

TE Lvwg Erkenntnis 2024/2/14 VGW-123/074/14840/2023

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.02.2024

Entscheidungsdatum

14.02.2024

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2018 §141 Abs1 Z2 und Abs2

BVergG 2018 §83

BVergG 2018 §78 Abs1 Z5 und Z9

BVergG 2018 §2 Z15 lita sublitaa

1. BVergG 2018 § 141 heute
2. BVergG 2018 § 141 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 83 heute
2. BVergG 2018 § 83 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 83 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 78 heute
2. BVergG 2018 § 78 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 78 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

Anmerkung

VwGH v. 27.03.2026, Ra 2024/04/0315; Zurückweisung

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterinnen Maga Mandl und die Richterin Dr.in Lettner über den Antrag der A. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, , auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "..., B.-Gasse, Baumeisterarbeiten" (...) der Stadt Wien - Wiener Wohnen, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, nach mündlicher Verkündung,

zu Recht e r k a n n t:

I.römisch eins.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 14.11.2023 wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

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

III.römisch drei.

Eine ordentliche Revision ist unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien, Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin und Auftraggeberin), führt ein Vergabeverfahren zum Abschluss eines Vertrages für die Erbringung von Baumeisterarbeiten in der B.-Gasse in Wien. Das Vergabeverfahren wurde europaweit bekannt gemacht. Ausgeschrieben wurde nach dem Bestbieterprinzip (Preis 95 %, Qualität 5 % - Verlängerung der Gewährleistungsfrist). Die Frist für die Abgabe der Angebote endete am 9.5.2023, 11:00 Uhr. Die Antragstellerin hat sich rechtzeitig mit einem Angebot beteiligt. Nach Angebotsöffnung lag die Antragstellerin mit ihrem Angebot an 1. Stelle.

Mit Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin vom 19.10.2023 wurde um Stellungnahme ersucht, da die Antragstellerin im Zuge der Vertragsabwicklung bei den im Aufklärungsersuchen genannten Projekten Subunternehmen ohne Genehmigung eingesetzt habe, was ihre Zuverlässigkeit infrage stelle.

Die Antragstellerin hat mit Aufklärungsschreiben geantwortet und in drei Fällen bei unterschiedlichen Bauvorhaben eine Übertretung eingestanden. Bei den drei anderen Fällen wurde begründet, warum kein Verstoß gegen die Einholung der Vorabzustimmung für den Einsatz eines Subunternehmers vorliege.

Mit der Ausscheidensentscheidung vom 14.11.2023 wurde das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden, wogegen sich gegenständlicher Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und Ersatz der Pauschalgebühren richtet.

Begründend wurde zusammengefasst ausgeführt, dass die Antragstellerin eine Vielzahl von Bauprojekten für die Auftraggeberin abgewickelt habe und aktuell abwickle und keine Mängel in der Ausführung beanstandet worden seien. Von der Antragstellerin seien lediglich drei (von angeblich sechs) Übertretungen im Jahr 2023 zugestanden worden, wobei eine dieser Übertretungen (Bauvorhaben C.-gasse) von der Antragstellerin zur Abwehr von Schäden und somit Wahrung der Interessen der Auftraggeberin in Kauf genommen worden sei. Die übrigen vorgeworfenen Übertretungen seien von der Antragstellerin aufgeklärt und substantiiert bestritten worden, wozu auf das Aufklärungsschreiben verwiesen werde. Zu angeblichen Übertretungen im Jahr 2021 sei die Stellungnahme der Antragstellerin akzeptiert worden, sodass 2021 ebenso keine Übertretungen vorgelegen seien und werde auf das Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin verwiesen. Weiters sei gegen die Antragstellerin nur bei einem Bauvorhaben (D.-gasse) als Sanktion für die fehlende Einholung einer Genehmigung eines Subunternehmens eine Vertragsstrafe i.H.v. 5000 EUR verhängt worden.

Die Auftraggeberin begründe ihre Ausscheidensentscheidung damit, dass die Antragstellerin aufgrund des Einsatzes von Subunternehmen bei mehreren unterschiedlichen Bauvorhaben der Auftraggeberin, die nicht vorab von der Auftraggeberin genehmigt worden seien, „wesentliche Vertragsverletzungen“ begangen habe und damit den Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG erfülle und keine selbstreinigenden Maßnahmen für die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit ergriffen worden seien. Die Auftraggeberin begründe ihre Ausscheidensentscheidung damit, dass die Antragstellerin aufgrund des Einsatzes von Subunternehmen bei mehreren unterschiedlichen Bauvorhaben der Auftraggeberin, die nicht vorab von der Auftraggeberin genehmigt worden seien, „wesentliche Vertragsverletzungen“ begangen habe und damit den Ausschlussgrund gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG erfülle und keine selbstreinigenden Maßnahmen für die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit ergriffen worden seien.

Zu § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG sei festzuhalten, dass im Erwägungsgrund 101 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU näher erläutert sei, wann von einem erheblichen Mangel auszugehen sei. Der Mangel müsse eine Gravität aufweisen, die eine der geforderten Sanktionen rechtfertige. Die Voraussetzung der wesentlichen Anforderung sei immer anhand des konkreten Vertrages zu prüfen. Im Zusammenhang mit der – vertragswidrigen – Heranziehung eines Subunternehmers

liege nach der Rechtsprechung des EuGH ein erheblicher Mangel vor, wenn „dieser Mangel die Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen des Erstauftrags beeinträchtigte“ und müsse sich der Mangel negativ auf die Ausführung ausgewirkt haben. Zu Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG sei festzuhalten, dass im Erwägungsgrund 101 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU näher erläutert sei, wann von einem erheblichen Mangel auszugehen sei. Der Mangel müsse eine Gravität aufweisen, die eine der geforderten Sanktionen rechtfertige. Die Voraussetzung der wesentlichen Anforderung sei immer anhand des konkreten Vertrages zu prüfen. Im Zusammenhang mit der – vertragswidrigen – Heranziehung eines Subunternehmers liege nach der Rechtsprechung des EuGH ein erheblicher Mangel vor, wenn „dieser Mangel die Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen des Erstauftrags beeinträchtigte“ und müsse sich der Mangel negativ auf die Ausführung ausgewirkt haben.

Damit sei klargestellt, dass bloße Formfehler (wie die Vorabgenehmigung eines Subunternehmers), die sich nicht negativ auf die Ausführung auswirkten, nicht ausreichend seien, um den Ausschlussstatbestand zu begründen. Zudem müsse nach der Rechtsprechung des EuGH unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit aus Sicht der Auftraggeberin geprüft werden, ob der Bieter aus Sicht der Auftraggeberin für erhebliche oder dauerhafte Mängel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses Auftrages verantwortlich sei, die das Vertrauensverhältnis zu diesem Bieter zerstörten. Weiters müsse der Mangel eine Sanktion (Beendigung des Vertrages, Schadenersatz oder eine vergleichbare Rechtsfolge) bestimmten Ausmaßes nach sich gezogen haben. Ohne eine Sanktion liege der Ausschlussgrund nicht vor. Bezüglich des Umfangs des Schadenersatzes oder einer vergleichbaren Rechtsfolge enthalte der Ausschlussstatbestand keine Vorgaben. Im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes könnten aber im Verhältnis zum Auftragswert untergeordnete Schadenersatzansprüche nicht ausreichen, wozu auf deutsche Literatur verwiesen werde.

Die Auftraggeberin begründe den Ausschlussgrund insbesondere mit dem wiederholten Verstoß gegen die Vorschrift der Einholung einer Genehmigung der Auftraggeberin für den Einsatz von Subunternehmen bei 5 verschiedenen Bauvorhaben. Eine nähere und nachvollziehbare Begründung, wodurch die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des Ausschlussgrundes im einzelnen gegeben sein sollten, könnten der Ausscheidensentscheidung nicht entnommen werden. Die Ausscheidensentscheidung sei unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH rechtlich nicht haltbar; wie bereits ausgeführt worden sei, gebe es bei keinem der im Aufklärungsschreiben angeführten Projekte Beanstandungen von Mängeln oder ähnlichem. Sämtliche Aufträge würden bzw. seien ordnungsgemäß erfüllt worden. Soweit daher tatsächlich bei der Ausführung der Leistungen nicht vorab eine Genehmigung für den Einsatz von Subunternehmen eingeholt worden sei, habe dies offensichtlich keine negativen Auswirkungen auf das jeweilige Bauvorhaben gehabt. Eine negative Auswirkung werde von der Auftraggeberin nicht mal behauptet. Schon aus diesem Grund sei das Vorliegen eines erheblichen Mangels aufgrund der Vertragsübertretungen in Zusammenhang mit der Einholung einer Genehmigung von Subunternehmen zu verneinen.

Wie bereits ausgeführt, liege ohne Sanktion der Ausschlussgrund nicht vor. Von der Auftraggeberin sei erst bei einem einzigen Bauvorhaben eine Pönale im Ausmaß von 5000 EUR für die Hinzuziehung eines Subunternehmers von einer Abschlagszahlung einbehalten worden. Somit komme grundsätzlich nur eine einzige Vertragsübertretung in diesem Projekt für den Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG in Betracht. Abgesehen davon, dass die Erheblichkeit des Mangels – insbesondere mangels einer negativen Auswirkung auf das jeweilige Projekt – zu verneinen sei, sei die Sanktion aufgrund des Verstoßes (Pönale i.H.v. 5000 EUR) im Verhältnis zum Auftragswert für dieses Projekt (über 2,2 Millionen EUR) gering und könne daher aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht das Vorliegen des Ausschlussgrundes des § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG begründen. Wie bereits ausgeführt, liege ohne Sanktion der Ausschlussgrund nicht vor. Von der Auftraggeberin sei erst bei einem einzigen Bauvorhaben eine Pönale im Ausmaß von 5000 EUR für die Hinzuziehung eines Subunternehmers von einer Abschlagszahlung einbehalten worden. Somit komme grundsätzlich nur eine einzige Vertragsübertretung in diesem Projekt für den Ausschlussgrund gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG in Betracht. Abgesehen davon, dass die Erheblichkeit des Mangels – insbesondere mangels einer negativen Auswirkung auf das jeweilige Projekt – zu verneinen sei, sei die Sanktion aufgrund des Verstoßes (Pönale i.H.v. 5000 EUR) im Verhältnis zum Auftragswert für dieses Projekt (über 2,2 Millionen EUR) gering und könne daher aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht das Vorliegen des Ausschlussgrundes des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG begründen.

Zudem lägen insgesamt maximal drei Übertretungen jeweils unterschiedlicher Bauvorhaben und lediglich eine einzige Sanktion für eine Übertretung im Ausmaß von 5000 EUR vor. Die Antragstellerin wickle allein für die Auftraggeberin

derzeit 15 Bauvorhaben mit einem Auftragsvolumen von über xx Millionen EUR ab. Die Anzahl der Übertretungen müsse daher – wenn man wie die Auftraggeberin mehrere Projekte betrachte – auch in ein Verhältnis zur Anzahl der derzeit abgewickelten Bauvorhaben gesetzt werden. Angesichts der Anzahl der Projekte und des Auftragsvolumens könnten drei Übertretungen und lediglich eine Sanktion i.H.v. 5000 EUR als gering gewertet werden. Die Ausscheidensentscheidung sei daher rechtswidrig, weil der Ausschluss der Antragstellerin völlig unverhältnismäßig sei.

Der Begründung der Ausscheidensentscheidung sei nicht zu entnehmen, woraus die Auftraggeberin das Vorliegen des behaupteten Ausschlussgrundes herleite. Es fehle eine Auseinandersetzung mit den Tatbestandsmerkmalen des § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG (Erheblichkeit des Mangels bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung sowie eine Sanktion) und inwieweit diese auf die Übertretungen zuträfen. Die Ausscheidensentscheidung sei daher unvollständig und mangelhaft. Der Begründung der Ausscheidensentscheidung sei nicht zu entnehmen, woraus die Auftraggeberin das Vorliegen des behaupteten Ausschlussgrundes herleite. Es fehle eine Auseinandersetzung mit den Tatbestandsmerkmalen des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG (Erheblichkeit des Mangels bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung sowie eine Sanktion) und inwieweit diese auf die Übertretungen zuträfen. Die Ausscheidensentscheidung sei daher unvollständig und mangelhaft.

Auch würden offenbar neue Tatbestandsmerkmale für die Begründung des Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG kreiert, die nicht vom BVergG umfasst seien, etwa die „fehlende Einsicht“, dass die Antragstellerin damit eine „schwere Vertragsverletzung“ begehe. Auch würden offenbar neue Tatbestandsmerkmale für die Begründung des Ausschlussgrundes gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG kreiert, die nicht vom BVergG umfasst seien, etwa die „fehlende Einsicht“, dass die Antragstellerin damit eine „schwere Vertragsverletzung“ begehe.

Die Angebotsprüfung sei mangelhaft und unvollständig, weil die behaupteten Übertretungen von der Antragstellerin – abgesehen von den drei angeführten Fällen – substantiiert bestritten und aufgeklärt worden seien. Umgekehrt werde von der Auftraggeberin ohne nachvollziehbare Begründung – ausschließlich mit Leerformeln wie „unglaublich“; „fernab jeglicher Lebenserfahrung“ – behauptet, dass die Aufklärung der Antragstellerin schlicht unrichtig sei und bloße Schutzbehauptungen seien und daher sechs Verstöße bei fünf unterschiedlichen Bauvorhaben im Jahr 2023 vorlägen. Die Auftraggeberin habe sich daher auch inhaltlich nicht mit der Faktenlage auseinandergesetzt und lägen auch keine Nachweise der Auftraggeberin für weitere Verstöße vor, die nicht bereits durch die Antragstellerin zugestanden worden seien. Auch aus diesem Grund sei die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig.

Mit Schriftsatz vom 1.12.2023 gab die Antragsgegnerin Daten zum Vergabeverfahren bekannt.

Mit Schriftsatz vom 5.12.2022 gab die Antragsgegnerin eine inhaltliche Stellungnahme ab. Vorab verwies sie auf die bestandfesten Festlegungen der Ausschreibung und die zugrundeliegenden WD 307 und WD 314; diese würden seit 2021 inhaltsgleich in sämtlichen Bauaufträgen gelten.

Die Antragstellerin sei für die Antragsgegnerin als Auftragnehmerin bei verschiedenen laufenden Bauvorhaben tätig, bei welchen sie ebenfalls Baumeisterarbeiten auf der Grundlage der im Hinblick auf den Subunternehmereinsatz wortgleichen Vergabe- und Vertragsbestimmungen zu erbringen habe. Im Zuge dieser Tätigkeiten für die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin mehrfach durch den Einsatz von nicht genehmigten Subunternehmen gegen wesentliche Vertragsbestimmungen verstoßen.

Der Antragsgegnerin habe beim Auftrag „...., C.-gasse – Baumeisterarbeiten“ im Jahr 2021 festgestellt, dass die Antragstellerin zwei Subunternehmen ohne Genehmigung als Subunternehmer eingesetzt habe. Die Antragstellerin sei mit diesem Umstand konfrontiert und zur Aufklärung aufgefordert worden und habe eine Stellungnahme abgegeben, welche als nicht überzeugend bzw. realitätsfremd anzusehen gewesen sei. Die Antragsgegnerin habe für die beiden festgestellten Verstöße jeweils eine Vertragsstrafe von der Rechnung in Abzug gebracht.

Im Jahr 2023 sei es – wie sich bei Kontrollen durch die BUAKE herausgestellt habe – erneut zum Einsatz von nicht gemeldeten Subunternehmern durch die Antragstellerin bei mehreren Bauvorhaben der Antragsgegnerin gekommen, welchen ebenfalls die WD 314 und diesmal auch die Integritätsvereinbarung zugrunde gelegen seien. (Die 5 Bauvorhaben werden in der Stellungnahme aufgezählt.)

Die Antragstellerin habe den Einsatz der genannten, faktisch eingesetzten Subunternehmen auf den jeweiligen Baustellen weder bei Angebotslegung beantragt, noch nach Auftragserteilung angekündigt bzw. gemeldet, noch zuvor Eignungsnachweise zu diesen Unternehmen vorgelegt und eine Genehmigung durch die Antragsgegnerin eingeholt.

Die Antragsgegnerin habe vom Einsatz dieser Subunternehmer erst zufällig durch die BUAK infolge von Baustellenkontrollen erfahren. Somit habe die Antragsgegnerin bis zu diesem Zeitpunkt keine Möglichkeit gehabt, die Eignung, insbesondere die berufliche Zuverlässigkeit der auf der Baustelle tätigen fremden Unternehmen im Hinblick auf die Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften (insbesondere des LSD-BG und des AuslBG) zu prüfen und deren Einsatz gegebenenfalls abzulehnen.

Bei drei Bauvorhaben hätten die nicht gemeldeten Subunternehmen die Leistungen ohne die Aufsicht der Antragstellerin erbracht und seien keine Mitarbeiter der Antragstellerin bei der Leistungserbringung durch diese Subunternehmer anwesend gewesen. Es handle sich um ..., C.-gasse; ..., D.-gasse; ..., E.-straße.

Bereits die Fülle an Verstößen zeige, dass die Antragstellerin offensichtlich systematisch gegen die vertraglichen Bestimmungen zum Einsatz vorab gemeldeter und genehmigter Subunternehmer verstoße.

Der Einsatz von nicht gemeldeten Unternehmen habe Sanktionen zur Folge gehabt, welche im Schriftsatz detailliert dargestellt werden (fünf Fälle von Vertragsstrafen im Rahmen von 5000 EUR je Vorfall bis 10.000 EUR je Vorfall samt Einbehalt von bis zu 20.000 EUR reichenden Vertragsstrafen etc.).

Nicht zuletzt aufgrund der Häufung dieser offenbar systematischen Verstöße gegen wesentliche vertragliche Bestimmungen zum Subunternehmereinsatz sei die Antragsgegnerin gemäß § 83 Abs. 1 BVergG verpflichtet gewesen, die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren mit dem Umstand der fehlenden beruflichen Zuverlässigkeit zu konfrontieren und habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.10.2023 zu den einzelnen Vorfällen Stellung genommen. Allgemein habe die Antragstellerin zu ihrer beruflichen Zuverlässigkeit auf ihr Zertifikat ISO 9001:2015 und auf „A. Standards“ verwiesen; es sei im März 2023 das Compliance Management System (CMS) gemäß ISO 37001 Anti-Korruption sowie ISO 37301 Compliance eingeführt worden, eine Auditierung erfolge derzeit und werde im März 2024 mit einer erfolgreichen Zertifizierung gerechnet. Nicht zuletzt aufgrund der Häufung dieser offenbar systematischen Verstöße gegen wesentliche vertragliche Bestimmungen zum Subunternehmereinsatz sei die Antragsgegnerin gemäß Paragraph 83, Absatz eins, BVergG verpflichtet gewesen, die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren mit dem Umstand der fehlenden beruflichen Zuverlässigkeit zu konfrontieren und habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.10.2023 zu den einzelnen Vorfällen Stellung genommen. Allgemein habe die Antragstellerin zu ihrer beruflichen Zuverlässigkeit auf ihr Zertifikat ISO 9001:2015 und auf „A. Standards“ verwiesen; es sei im März 2023 das Compliance Management System (CMS) gemäß ISO 37001 Anti-Korruption sowie ISO 37301 Compliance eingeführt worden, eine Auditierung erfolge derzeit und werde im März 2024 mit einer erfolgreichen Zertifizierung gerechnet.

Nach Durchführung des Aufklärungsverfahrens sei der Antragsgegnerin ein weiterer Verstoß der Antragstellerin bekannt geworden, bei welchem die Antragstellerin erneut nicht genehmigte Subunternehmen bei einem Bauvorhaben der Antragsgegnerin eingesetzt habe. Es handle sich hier um das Bauvorhaben ..., F.-straße und das Kontrollergebnis der BUAK vom 9.11.2023. Dazu sei der Antragstellerin Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden. Die Antragstellerin sei nach Meldung des Unternehmens am 7.11.2023 zur Vorlage von Eignungsnachweisen bis 14.11.2023 aufgefordert worden. Die Antragstellerin habe die angeforderten Unterlagen nach dem 14.11.2023 – sohin nach dem Einsatztermin am 9.11.2023 – vollständig vorgelegt. Das beantragte Subunternehmen habe bei der BUAK einen Rückstand i.H.v. xx.xxx,xx EUR gehabt. Das Unternehmen sei von der Antragstellerin am 6.11.2023 ausdrücklich als Subunternehmerin für Gerüstarbeiten (Leistungsgruppe 0118) gemeldet worden und sei die Behauptung des Subunternehmers, lediglich als Lieferant eingesetzt gewesen zu sein, wenig glaubwürdig erschienen. Der Antragsgegnerin werde wegen des Pflichtverstößes auch in diesem Bauvorhaben einen Abzug von der Abschlags- bzw. Schlussrechnung vornehmen.

In rechtlicher Hinsicht führt die Antragsgegnerin aus, dass der Antragstellerin aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehung mit der Antragsgegnerin bekannt und bewusst sein müsse, dass der Einsatz von (nicht genehmigten) Subunternehmen in den Festlegungen der Vergabeverfahren der Antragsgegnerin – aber auch generell der Stadt Wien – streng geregelt sei und eine „Null Toleranz Politik“ gelte. Dass der wiederholte Verstoß keine negativen Auswirkungen auf das jeweilige Bauvorhaben gehabt habe, sei einerseits unzutreffend und andererseits rechtlich irrelevant, da durch diese Vorfälle das Vertrauen der Antragsgegnerin in die ordnungsgemäße Ausführung der geschuldeten Leistungen durch die Antragstellerin verloren gegangen sei. Es werde auf die vergaberechtliche Notwendigkeit der Genehmigung von Subunternehmen verwiesen und festgehalten, dass auch in Hinblick auf allfällige Auswirkungen durch den Einsatz von nicht genehmigten Subunternehmern die Regelung in verwaltungs-, straf- und

zivilrechtlicher Hinsicht beachtlich sei. Dass die Antragstellerin Subunternehmer nicht gemeldet habe, um einen vermeintlichen Schaden abzuwehren und somit Interessen der Antragsgegnerin zu wahren, sei absurd und erkläre auch nicht, weshalb die Antragstellerin nicht noch am selben Tag über den Einsatz dieses Unternehmens zumindest informiert habe. Faktum sei, dass die Antragsgegnerin von den Einsätzen erst durch einen Kontrollbesuch der BUA erfahren habe müssen – und nicht durch die Antragstellerin selbst.

Zum Vorliegen des Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG werde ausgeführt, dass in Hinblick auf die Vergaberichtlinie 2014/24/EU und Rechtsprechung des EuGH für die Antragsgegnerin feststehe, dass die Antragstellerin aufgrund der wiederholten und nicht genehmigten Weitergabe von Teilen der Leistung an unbekannte, teilweise ausländische Unternehmen, ohne vorherige Ankündigung und Vorlage von Nachweisen das Vertrauen in die Antragstellerin erschüttert habe. Die Antragsgegnerin könne aufgrund dieser Vorgehensweise nicht darauf vertrauen, dass die beauftragten Leistungen tatsächlich durch Unternehmen/Personen erbracht würden, die ursprünglich im Vergabeverfahren angeboten worden seien und die für die Leistungserbringung geeignet seien und insbesondere den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften entsprechen. Nicht zuletzt begründe die Tatsache, dass bei den früheren Aufträgen nicht gemeldete Unternehmen sogar gänzlich unbeaufsichtigt Leistungen erbringen haben können, ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit der Antragstellerin für die vertragsgemäße Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen.

Zum Vorliegen des Ausschlussgrundes gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG werde ausgeführt, dass in Hinblick auf die Vergaberichtlinie 2014/24/EU und Rechtsprechung des EuGH für die Antragsgegnerin feststehe, dass die Antragstellerin aufgrund der wiederholten und nicht genehmigten Weitergabe von Teilen der Leistung an unbekannte, teilweise ausländische Unternehmen, ohne vorherige Ankündigung und Vorlage von Nachweisen das Vertrauen in die Antragstellerin erschüttert habe. Die Antragsgegnerin könne aufgrund dieser Vorgehensweise nicht darauf vertrauen, dass die beauftragten Leistungen tatsächlich durch Unternehmen/Personen erbracht würden, die ursprünglich im Vergabeverfahren angeboten worden seien und die für die Leistungserbringung geeignet seien und insbesondere den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften entsprechen. Nicht zuletzt begründe die Tatsache, dass bei den früheren Aufträgen nicht gemeldete Unternehmen sogar gänzlich unbeaufsichtigt Leistungen erbringen haben können, ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit der Antragstellerin für die vertragsgemäße Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen.

Zum Vorliegen einer wesentlichen Anforderung werde auf den Wortlaut der WD 314, auf Punkt 11 der Besonderen Vertragsbestimmungen und die Integritätsvereinbarung in Punkt 2.1.8 verwiesen. Als wesentliche Anforderungen des Vertrages seien zunächst die Hauptleistungspflichten des Vertrages zu qualifizieren. Nach der herrschenden Meinung sei aber nicht ausgeschlossen, dass auch vertragliche Nebenpflichten eine wesentliche Anforderung im Sinne des § 78 Abs.1 Z 9 BVergG darstellen. Zum Vorliegen einer wesentlichen Anforderung werde auf den Wortlaut der WD 314, auf Punkt 11 der Besonderen Vertragsbestimmungen und die Integritätsvereinbarung in Punkt 2.1.8 verwiesen. Als wesentliche Anforderungen des Vertrages seien zunächst die Hauptleistungspflichten des Vertrages zu qualifizieren. Nach der herrschenden Meinung sei aber nicht ausgeschlossen, dass auch vertragliche Nebenpflichten eine wesentliche Anforderung im Sinne des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG darstellen.

Die bestandfesten Vorgaben für die Leistungserbringung durch genehmigte Subunternehmer stellten eine wesentliche Bedingung des Auftragsverhältnisses dar. Die Wesentlichkeit dieser Vorgaben finde nicht zuletzt auch dadurch ihren Ausdruck, dass die Verletzung dieser Anforderungen gemäß Punkt 8.8 der WD 314, Punkt 4.1 bzw. 20.1 der jeweiligen Besonderen Vertragsbestimmungen mit einer Vertragsstrafe und gemäß Punkt 1.7.1. Z 8 WD 314 mit dem vorzeitigen Rücktritt vom Vertrag sanktioniert sei.

Die bestandfesten Vorgaben für die Leistungserbringung durch genehmigte Subunternehmer stellten eine wesentliche Bedingung des Auftragsverhältnisses dar. Die Wesentlichkeit dieser Vorgaben finde nicht zuletzt auch dadurch ihren Ausdruck, dass die Verletzung dieser Anforderungen gemäß Punkt 8.8 der WD 314, Punkt 4.1 bzw. 20.1 der jeweiligen Besonderen Vertragsbestimmungen mit einer Vertragsstrafe und gemäß Punkt 1.7.1. Ziffer 8, WD 314 mit dem vorzeitigen Rücktritt vom Vertrag sanktioniert sei.

Der von § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG verwendete Begriff „Schadenersatz“ beschränke sich nicht bloß auf eine Ersatzpflicht nach den §§ 1293 ff ABGB oder ein anderes gesetzliches Schadenersatzregime, sondern sei weit auszulegen und umfasse insbesondere auch einen pauschalierten Schadenersatz im Sinne einer Vertragsstrafe. Unter dem Terminus „andere vergleichbare Sanktionen“ seien tatsächlich verhängte Sanktionen des früheren Auftraggebers zu verstehen, welche in ihrer Schwere und Bedeutung mit der Vertragsauflösung bzw. Leistung von Schadenersatz vergleichbar seien.

Der von Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG verwendete Begriff „Schadenersatz“ beschränke sich nicht

bloß auf eine Ersatzpflicht nach den Paragraphen 1293, ff ABGB oder ein anderes gesetzliches Schadenersatzregime, sondern sei weit auszulegen und umfasse insbesondere auch einen pauschalierten Schadenersatz im Sinne einer Vertragsstrafe. Unter dem Terminus „andere vergleichbare Sanktionen“ seien tatsächlich verhängte Sanktionen des früheren Auftraggebers zu verstehen, welche in ihrer Schwere und Bedeutung mit der Vertragsauflösung bzw. Leistung von Schadenersatz vergleichbar seien.

Die Antragsgegnerin habe auf die Missachtung der Bestimmungen gemäß Punkt 2.2.2 der WD 314 ohne Ausnahme mit dem Abzug von Vertragsstrafen reagiert bzw. sei ein Einbehalt bei der nächsten Rechnungslegung vorgesehen. Die Antragsgegnerin mache jene pauschalierten Vertragsstrafen geltend, die vertraglich vorgesehen seien. Der Umstand, dass der Abzug der einzelnen Aufträge noch nicht realisiert werden habe können, weil die Antragstellerin jeweils die Rechnung noch nicht gelegt habe, stelle keinen Verzicht auf die Verhängung einer Sanktion dar.

Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin vor dem Ausschluss die Möglichkeit eingeräumt, die Zuverlässigkeit durch getroffene Selbstreinigungsmaßnahmen glaubhaft zu machen. Im Rahmen der Aufzählung der Erfordernisse einer Selbstreinigung werde vom österreichischen Gesetzgeber wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass es im Aufgabenbereich des Unternehmers liege, dem öffentlichen Auftraggeber die gesetzten Maßnahmen und damit eine erfolgreiche Selbstreinigung nachzuweisen. Die Beweislast liege hier nach dem Gesetzeswortlaut beim Unternehmer und mache den Nachweis der Wiederherstellung der Zuverlässigkeit damit zu einer Bringschuld (Beibringungsgrundsatz).

Der Schadensausgleich bilde die erste zwingende Voraussetzung des § 83 Abs. 2 BVergG. Mit der Erwähnung der Voraussetzung des Schadensausgleichs an erster Stelle der Aufzählung in § 83 Abs. 2 Z 1 BVergG verdeutliche der Gesetzgeber die große Bedeutung und Unabdingbarkeit des Schadensausgleichs für eine erfolgreiche Selbstreinigung. Erst die Zahlung der Vertragsstrafen sämtlicher betroffener Bauvorhaben stelle eine Ausgleichsmaßnahme im Sinn des § 83 Abs. 2 Z 1 BVergG dar. Bis dato seien die Vertragsstrafen für die Bauvorhaben nicht vollständig bezahlt bzw. anerkannt worden. Ein Schadensausgleich könne erst mit dem vollständigen Abzug – allenfalls der Anerkennung – der geltend gemachten Vertragsstrafen erfüllt werden. Solange dieser Teilaspekt nicht erfüllt sei, könne eine Selbstreinigung der Antragstellerin von vornherein nicht eintreten. Der Schadensausgleich bilde die erste zwingende Voraussetzung des Paragraph 83, Absatz 2, BVergG. Mit der Erwähnung der Voraussetzung des Schadensausgleichs an erster Stelle der Aufzählung in Paragraph 83, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG verdeutliche der Gesetzgeber die große Bedeutung und Unabdingbarkeit des Schadensausgleichs für eine erfolgreiche Selbstreinigung. Erst die Zahlung der Vertragsstrafen sämtlicher betroffener Bauvorhaben stelle eine Ausgleichsmaßnahme im Sinn des Paragraph 83, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG dar. Bis dato seien die Vertragsstrafen für die Bauvorhaben nicht vollständig bezahlt bzw. anerkannt worden. Ein Schadensausgleich könne erst mit dem vollständigen Abzug – allenfalls der Anerkennung – der geltend gemachten Vertragsstrafen erfüllt werden. Solange dieser Teilaspekt nicht erfüllt sei, könne eine Selbstreinigung der Antragstellerin von vornherein nicht eintreten.

Nach den Materialien zum Bundesvergabegesetz müsse sich ein Unternehmen im Rahmen der Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden „aktiv, ernsthaft und erkennbar“ um eine umfassende Sachverhaltsaufklärung bemühen. Dies, weil erst aufgrund dieser Informationen festgestellt werden könne, welche Umstände tatsächlich ursächlich für das damalige Verhalten gewesen und welche konkreten Selbstreinigungsmaßnahmen diesfalls passend seien.

Im vorliegenden Fall sei das nicht ausreichend geschehen. Die Antragstellerin übergehe zur Gänze, dass sie sich gemäß Punkt 2.2.2 der WD 314 und Punkt 2.1.8 der Integritätsvereinbarung dazu verpflichtet habe, abgesehen von genehmigten Subunternehmern, keine unternehmensfremden Personen bei der Leistungserbringung einzusetzen. Aus keiner der Stellungnahmen könne nachvollzogen werden, weshalb es der Antragstellerin jeweils nicht möglich gewesen sein soll, die nicht genehmigten Subunternehmer vorab zu melden und genehmigen zu lassen. Aus den Erklärungen vom 24.10.2023 könne höchstens abgeleitet werden, dass die Antragstellerin entweder selbst nicht gewusst habe, dass fremde Personen bei den jeweiligen Bauvorhaben tätig waren, was auf eine mangelnde Kontrollorganisation schließen lasse; oder sie habe es schlicht in Kauf genommen, um sich einen Verwaltungsaufwand zu ersparen. Beides spreche nicht dafür, dass die Antragstellerin die wesentlichen Anforderungen der Antragsgegnerin an die Leistungserbringung durch Subunternehmen bei künftigen Aufträgen sorgfältig wahrnehmen bzw. erfüllen werde.

Die vom Unternehmer gewählten konkreten technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen müssen

geeignet sein, weitere Verfehlungen im allgemeinen sowie eine Wiederholung der bereits eingetretenen Verfehlungen im Besonderen hintanzuhalten. Insbesondere sollten die gewählten Maßnahmen des Unternehmers zeigen, dass er sich des Unrechtsgehalts seiner Verfehlungen bewusst sei.

Die Antragstellerin habe im Schreiben vom 24.10.2023 darauf verwiesen, dass das Unternehmen verschiedenen Qualitätsstandards entsprechen würde, auch sei im März 2023 ein Compliance Managementsystem (CMS) eingeführt worden. Tatsache sei, dass auf den Bauvorhaben der Antragsgegnerin seit Februar 2023 laufend und in gehäufte Form der Einsatz von nicht gemeldeten Subunternehmen festgestellt worden sei. Speziell beim Bauvorhaben ..., C.-gasse seien vier Vorfälle seit 2021 bekannt und habe die Antragstellerin selbst drei von sechs Verstößen bei unterschiedlichen Bauvorhaben im Jahr 2023 zugestanden. Es bestehe daher auf Basis der zur Verfügung gestellten Unterlagen Zweifel daran, dass die bestehenden „A. Standards“ und das eingeführte Compliance Managementsystem (CMS) geeignet seien, effektiv etwas am bestehenden Missstand zu ändern.

Im Ergebnis sei das gehäufte und wiederholte Vorkommen dieser Vorfälle an unterschiedlichen Standorten, die fehlende Einsicht für die Bedeutung dieser Vertragsverletzungen für die Antragsgegnerin sowie das Fehlen eines Konzepts zur Beseitigung des bestehenden Missstandes für die negative Zuverlässigkeitsprognose ausschlaggebend.

Die Antragstellerin entgegnete mit Schriftsatz vom 18.12.2023, dass angesichts der derzeitigen 15 Bauvorhaben mit einem Auftragsvolumen von ca. xx Millionen EUR und der Anzahl der von der Antragstellerin zu verantwortenden (drei) Verstöße von einem systematischen Verstoß gegen die Vorabgenehmigungspflicht von Subunternehmern keine Rede sein könne. Auch sei festzuhalten, dass es sich bei allen weitergegebenen (auch bei den bestrittenen) Leistungsteilen jeweils sowohl qualitativ als auch quantitativ um unbedeutende Leistungsteile gehandelt habe. Die Abwicklung sei mängelfrei erfolgt und die BUAK habe bei keiner einzigen Kontrolle auch nur einen Verdacht auf Unterentlohnung erhoben. Sämtliche (auch angeblich) eingesetzte Subunternehmer seien geeignet gewesen. Die Auftraggeberin habe bislang auch in ihrer Stellungnahme vom 5.12.2023 nicht einmal behauptet, dass ein Schaden durch die behauptete bzw. erfolgte Übertretung bei der fehlenden Bekanntgabe von Subunternehmen entstanden sei oder dies negative Auswirkungen auf die Ausführung der Leistung gehabt habe. Dass aufgrund der Verstöße ein Vertrauensverlust vorliege, könne nicht nachvollzogen werden.

Auch werde im Angebotsprüfbericht nicht begründet, dass die in der Integritätsvereinbarung vorgesehenen Voraussetzungen für einen Ausschluss erfüllt seien. Nichtsdestotrotz würde die Antragstellerin von der Auftraggeberin derzeit nicht nur im gegenständlichen, sondern in sämtlichen laufenden Vergabeverfahren ausgeschieden.

Zu den Vorfällen aus dem Jahr 2021 sei festzuhalten, dass die Auftraggeberin im Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin angegeben habe, den behaupteten Verstoß akzeptiert zu haben. Es sei keine Vertragsstrafe abgezogen oder geltend gemacht worden.

Zu den Kontrollen im Jahr 2023 könne im Ergebnis festgehalten werden, dass lediglich in drei Fällen Subunternehmer ohne Vorabgenehmigung durch die Auftraggeberin eingesetzt worden seien und alle anderen behaupteten Verstöße ausdrücklich bestritten würden. Auch fehle es an einem Nachweis der vertraglichen Verfehlung durch die Auftraggeberin.

Sollten auch künftig Pönalen einbehalten werden, ändere dies nichts an der Tatsache, dass erst ein Verstoß eine Sanktion (Pönale in Höhe von EUR 5000) im Sinn des § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG nach sich gezogen habe und daher auch nur dieser eine Verstoß zur Beurteilung der Zuverlässigkeit herangezogen werden dürfe. Hinsichtlich der Höhe der Pönalen sei auf das richterliche Mäßigungsrecht hinzuweisen. Sollten auch künftig Pönalen einbehalten werden, ändere dies nichts an der Tatsache, dass erst ein Verstoß eine Sanktion (Pönale in Höhe von EUR 5000) im Sinn des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG nach sich gezogen habe und daher auch nur dieser eine Verstoß zur Beurteilung der Zuverlässigkeit herangezogen werden dürfe. Hinsichtlich der Höhe der Pönalen sei auf das richterliche Mäßigungsrecht hinzuweisen.

In Hinblick auf Rechtsprechung des EuGH sei zu prüfen, ob der Einsatz des Subunternehmers negative Auswirkungen auf die Ausführung des Auftrages gehabt habe, was gegenständlich zu verneinen sei. Auch sei nach der Rechtsprechung des EuGH die Bedeutung des Teiles, der an den Subunternehmer ohne Genehmigung weitergegeben worden sei, zu beurteilen. In sämtlichen Fällen handelte es sich sowohl qualitativ als quantitativ um völlig untergeordnete Leistungen.

Zuletzt sei an die Antragstellerin eine Aufforderung zur Darlegung selbstreinigender Maßnahmen nicht erfolgt und seien daher die Ausführungen der Auftraggeberin diesbezüglich unzutreffend.

Am 10.1.2024 fand die beantragte mündliche Verhandlung statt. Auf Antrag der Antragstellerin erfolgte der Ausschluss der Öffentlichkeit von der Teilnahme an der Verhandlung. In der Verhandlung wurde die Ausscheidensentscheidung, deren Umstände und das Vorbringen der Parteien erörtert. Im Anschluss fand die mündliche Verkündung der Entscheidung statt. Der Antragstellervertreter hat am Ende der Verhandlung eine Langausfertigung des mündlich verkündeten Erkenntnisses beantragt.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Nachstehender Sachverhalt wird neben dem oben wiedergegebenen Verfahrensablauf als erwiesen festgestellt:

Die Auftraggeberin hat im Vergabeverfahren „...., B.-Gasse – Baumeisterarbeiten“, einem Bauauftrag als offenes Verfahren im Oberschwellerbereich, am 14.11.2023 eine Ausscheidensentscheidung gegenüber der Antragstellerin erlassen. Zu dieser Ausscheidensentscheidung ist es gekommen, weil der Auftraggeberin durch Protokolle der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) von Baustellenüberprüfungen nicht genehmigte Subunternehmereinsätze zur Kenntnis gelangt sind. Aus diesen Protokollen gehen insgesamt sechs nicht genehmigte Subunternehmereinsätze hervor.

Auf Vorhalt dieser nicht genehmigten Subunternehmer durch die Auftraggeberin hat die Antragstellerin drei Einsätze von Subunternehmern als von der Auftraggeberin nicht genehmigt zugestanden. Es handelt sich hierbei um die Baustelle Wien, C.-gasse mit dem Subunternehmer G. KG (Baustellenkontrolle 23.6.2023), um die Baustelle Wien, D.-gasse und den Subunternehmer H. GmbH (Baustellenkontrolle 16.8.2023) und um die Baustelle Wien, I.-gasse und den Subunternehmer J. GmbH (Baustellenkontrolle 10.8.2023). Dies wurde im Verfahren außer Streit gestellt. Auf Vorhalt dieser nicht genehmigten Subunternehmer durch die Auftraggeberin hat die Antragstellerin drei Einsätze von Subunternehmern als von der Auftraggeberin nicht genehmigt zugestanden. Es handelt sich hierbei um die Baustelle Wien, C.-gasse mit dem Subunternehmer G. KG (Baustellenkontrolle 23.6.2023), um die Baustelle Wien, D.-gasse und den Subunternehmer H. GmbH (Baustellenkontrolle 16.8.2023) und um die Baustelle Wien, römisch eins.-gasse und den Subunternehmer J. GmbH (Baustellenkontrolle 10.8.2023). Dies wurde im Verfahren außer Streit gestellt.

Bei drei von den sechs durch die BUAK kontrollierten Baustellen wurden nicht genehmigte Subunternehmer von der BUAK angetroffen, ohne dass Mitarbeiter der Antragstellerin anwesend waren. Hierbei handelt es sich um die oben bereits erwähnten Baustellen in Wien, C.-gasse mit dem Subunternehmer G. KG (Baustellenkontrolle 23.6.2023) und um die Baustelle Wien, D.-gasse mit dem Subunternehmer H. GmbH (Baustellenkontrolle 16.8.2023), sowie um die Baustelle Wien, E.-straße mit dem Subunternehmer K. GmbH (Baustellenkontrolle 2.8.2023). Dies wurde ebenso außer Streit gestellt.

Die Antragstellerin hat im Vergabeverfahren zu den Vorhalten eine Stellungnahme vom 24.10.2023 abgegeben, in dieser ist sie auf die einzelnen Baustellen und Subunternehmer eingegangen, hat auf eine ISO-Zertifizierung verwiesen, die ANKÖ Führungsbestätigung vorgelegt und auf zwei Genehmigungen von Subunternehmern durch die Antragstellerin am 8.8.2022 und am 28.4.2023 hingewiesen.

BUAK-Protokolle über Baustellenkontrollen betreffend Baustellen der Auftraggeberin werden dieser von der BUAK laufend übermittelt und von der Auftraggeberin in einer Datenbank gesammelt. Das gegenständliche Vergabeverfahren der Auftraggeberin wurde zunächst ohne Kenntnis dieser in der Datenbank gesammelten Informationen geführt. Erst eine Verschneidung dieser an verschiedenen Stellen vorhandenen Informationen führte zu einem Vorhalt an die Antragstellerin.

Die Antragstellerin selbst hat trotz eines im Aufklärungsverfahren dargelegten Systems von festgelegten Prozessabläufen erst durch den Vorhalt dieser BUAK-Protokolle von den Versäumnissen Kenntnis erlangt.

Unbestritten handelt es sich bei der Antragstellerin um ein Unternehmen, das seit vielen Jahren Aufträge für die Auftraggeberin ausführt und auch derzeit Baustellen und Bauvorhaben für die Auftraggeberin führt. Nach den Angaben der Antragstellerin handelt es sich derzeit um 15 Bauvorhaben mit einem Auftragswert von xx Millionen EUR.

Zu den im Nachprüfungsverfahren bestritten gebliebenen, nicht genehmigten Subunternehmereinsätzen zählen die Baustelle Wien, C.-gasse mit dem Subunternehmer L. d.o.o. (Baustellenkontrolle 14.2.2023), die Baustelle Wien, E.-straße mit dem Subunternehmer K. GmbH (Baustellenkontrolle 2.8.2023) und die Baustelle Wien, M.-Platz mit dem

Subunternehmer N. d.o.o. (Baustellenkontrolle 13.4.2023).

Die auf der Baustelle der Auftraggeberin in Wien, C.-gasse mit dem Subunternehmer L. d.o.o. (Baustellenkontrolle 14.2.2023) angetroffenen zwei Mitarbeiter dieser nicht genehmigten Subunternehmerin sind laut BUAK-Protokoll zwei angelernte Bauarbeiter – Schaler. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin seien diese beiden Bauarbeiter auf dieser Baustelle anwesend gewesen, weil sie ihre Stunden vom Polier abzeichnen ließen. Auf diesen Umstand haben die auf der Baustelle anwesenden Mitarbeiter der Antragstellerin bei der BUAK-Kontrolle nach dem Ergebnis des Verfahrens nicht hingewiesen. Etwa wäre der die Stunden abzeichnende Polier in der Lage gewesen, eine solche Erklärung gegenüber der BUAK abzugeben oder darauf hinzuweisen, oder diese zwei Bauarbeiter zu instruieren, eine solche Erklärung zu geben.

Es mag nach dem Vorbringen im Verfahren richtig sein, dass die BUAK bei ihren Kontrollen nicht nach der Funktion der angetroffenen Personen differenziert, sondern alle Anwesenden aufnimmt. Jedoch erfordert genau dieser Umstand, dass die Antragstellerin bei der Aufnahme von Anwesenden durch die BUAK die Kontrollorgane darauf aufmerksam macht, wenn – wie vorgebracht – zwei Bauarbeiter lediglich auf Besuch beim Polier sind, um ihre Stunden abzeichnen zu lassen.

Vielmehr Gewicht erhält ein solch erforderlicher Umgang, die BUAK-Organe über den lediglichen Besuch von Bauarbeitern etwa zur Stundenabzeichnung zu informieren, insofern, als ein solcher Umstand bereits bei einem im Jahr 2021 festgestellten nicht genehmigten Subunternehmereinsatz auf dieser Baustelle geltend gemacht wurde.

Ebenso fällt ins Gewicht, dass an der genannten Baustelle Wien, C.-gasse nach den Daten des Prüfprotokolls der BUAK im Jahr 2021 insgesamt vier und im Jahr 2023 nach dem Vergabeakt zwei Kontrollen stattgefunden haben. Zum einen lässt sich daraus für die Antragstellerin eine gewisse Routine im Umgang mit solchen Kontrollen ableiten, die einen Hinweis zu gerade zufällig anwesenden Bauarbeitern erwarten lässt, zum anderen ist auffallend, dass bei den Kontrollen im Jahr 2021 und 2023 nicht genehmigte Subunternehmer festgestellt wurden.

Zum unbestrittenen Subunternehmereinsatz auf der Baustelle Wien, C.-gasse mit dem Subunternehmer G. KG (Baustellenkontrolle 23.6.2023) ist in Hinblick auf die Rechtfertigung der Antragstellerin, dass hier durch den nicht genehmigten Subunternehmereinsatz Gefahr von der Auftraggeberin abzuwenden gewesen sei, festzuhalten, dass dem Vorbringen nicht zu folgen war, da eine kurzfristige Meldung an die Auftraggeberin mit dem Hinweis auf Gefahr in Verzug ein durchaus taugliches Mittel zur Klärung des Einsatzes dieses Subunternehmers dargestellt hätte.

Es ist demnach festzustellen, dass bei den Baustellenkontrollen am 14.2.2023 und am 23.6.2023 an der Baustelle Wien, C.-gasse nicht genehmigte Subunternehmer der Antragstellerin anwesend waren.

Zur Baustelle in Wien, E.-straße (Baustellenkontrolle 2.8.2023), wurde von der Antragstellerin vorgebracht, dass die beiden Mitarbeiter der nicht genehmigten Subunternehmerin K. GmbH nur eine Lieferung auf diese Baustellen vorgenommen hätten. Bei den beiden angetroffenen Mitarbeitern handelt es sich nach dem Prüfprotokoll der BUAK um einen Facharbeiter und einen Bauhilfsarbeiter.

Nun ist nicht völlig von der Hand zu weisen, dass Geräte oder Baumaterial zwischen Baustellen transportiert werden. Jedoch gilt auch hier, dass bei einer BUAK-Kontrolle ein entsprechender Hinweis und eine diesbezügliche Auskunft gegenüber den BUAK-Organen erfolgen kann. Dies ist nicht erfolgt und wurden auch weder im Aufklärungsverfahren der Auftraggeberin noch im Nachprüfungsverfahren irgendwelche Nachweise zur Liefertätigkeit (etwa eidesstattliche Erklärungen etc.) erbracht.

Nachvollziehbar erscheint auch der Einwand der Auftraggeberin, dass zum einen unwahrscheinlich erscheine, dass ein Facharbeiter zum Transport bzw. Liefern eingesetzt werde, und zum anderen – weit gewichtiger –, dass kein einziger Mitarbeiter der Antragstellerin oder eines anderen Unternehmens auf der Baustelle anwesend war, um den Transport bzw. die Lieferung in Empfang zu nehmen, welcher Tatsache in Hinblick auf die Rügepflicht Bedeutung zukommt. Mag hier nach dem Vorbringen der Antragstellerin auch ein Baustellenteam beide Baustellen betreuen, wäre umso mehr zu erwarten, dass die von den BUAK-Kontrollleuten angetroffenen Bauarbeiter einer anderen Baustelle auf genau diesen Umstand hinweisen. Dies ist nicht erfolgt.

Nach dieser Würdigung ist daher auch auf der Baustelle in Wien, E.-straße (Baustellenkontrolle 2.8.2023) von einem nicht genehmigten Subunternehmereinsatz auszugehen.

Zur Baustelle Wien, M.-Platz mit dem Subunternehmer N. d.o.o. (Baustellenkontrolle 13.4.2023) ist festzuhalten, dass im BUA-Kontrollprotokoll keine Mitarbeiter dieses Unternehmens eingetragen sind. Diesen Umstand konnten die anwesenden Parteien nicht näher erklären.

Die Antragstellerin hat dazu auf ein Schreiben einer Rechtsanwaltskanzlei vom 13.12.2023 verwiesen (Beilage .H), wonach zwischen dem dort genannten Subunternehmer der Antragstellerin O. GmbH und der N. d.o.o. kein (Sub-)Werkvertragsverhältnis bestehe. Dies blieb seitens der Auftraggeberin unbestritten.

Es war demnach nicht festzustellen, dass die N. d.o.o. als nicht genehmigte Subunternehmerin Mitarbeiter auf der genannten Baustelle eingesetzt hat. Weshalb im Ergebnis statt sechs nur fünf Fälle von nicht genehmigten Subunternehmereinsätzen vorliegen.

Für den außer Streit gestellten Subunternehmereinsatz auf der Baustelle Wien, D.-gasse, Subunternehmer H. GmbH (Baustellenkontrolle 16.8.2023) und die dazu gemachten Angaben, es habe sich um einen Leiharbeiter gehandelt, wurde die Vertragsstrafe nach den Angaben der Antragstellerin bereits geahndet.

Zur Baustelle Wien, I.-gasse und den Subunternehmer J. GmbH (Baustellenkontrolle 10.8.2023) wurde die Angabe gemacht, dass es sich bei dem Mitarbeiter um einen Praktikanten gehandelt habe, und werde dazu eine Vertragsstrafe erwartet. Zur Baustelle Wien, römisch eins.-gasse und den Subunternehmer J. GmbH (Baustellenkontrolle 10.8.2023) wurde die Angabe gemacht, dass es sich bei dem Mitarbeiter um einen Praktikanten gehandelt habe, und werde dazu eine Vertragsstrafe erwartet.

Zu den drei eingestandenen Subunternehmereinsätzen ist – wie bereits oben – festzuhalten, dass eine Aufklärung der BUA-Kontrollure vor Ort über die Eigenschaften der anwesenden Personen möglich gewesen wäre. Die Antragstellerin hat bereits in ihrer Stellungnahme im Vergabeverfahren vom 24.10.2023 zu diesen drei Vorfällen eine Vertragsstrafe akzeptiert. Eine Erklärung, aus welchem Grund eine Aufklärung durch die auf der Baustelle angetroffenen Mitarbeiter, zu welchem Baustellenbetrieb sie nun zählen, (regelmäßig) unterblieben ist, blieb die Antragstellerin neben allfälligen Nachweisen schuldig.

Die Antragsgegnerin hat nach Feststellung des Einsatzes nicht genehmigter Subunternehmer gegenüber der Antragstellerin Vertragsstrafen in einer Bandbreite von 5.000 EUR bis 10.000 EUR je Vorfall verhängt, welche bei der Rechnungslegung und Abrechnung des Auftrages in Abzug gebracht werden sollen bzw. betreffend die Baustelle Wien, D.-gasse bereits abgezogen wurde. Da die Auftraggeberin Vertragsstrafen nach Rechnungslegung in Abzug bringt, liegt mit dem Zuwarten (auf Rechnungslegung) kein Verzicht auf die Vertragsstrafen vor.

Unbestritten liegen der gegenständlichen, wie auch den übrigen Ausschreibungen der Auftraggeberin seit 2021 inhaltsgleich in sämtlichen Bauaufträgen die Allgemeinen Verfahrensbestimmungen der Stadt Wien für Vergabeverfahren (WD307), die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (WD314), die Besonderen Vertragsbestimmungen und die Integritätsvereinbarung zugrunde. Diese Vertragsbestandteile enthalten Festlegungen zum Einsatz von Subunternehmern sowie zur Eignung und beruflichen Zuverlässigkeit.

Es ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin als seit Jahren auf vielen Baustellen beschäftigte Auftragnehmerin der Stadt Wien diese Festlegungen kennt und hat die Antragstellerin dies auch nicht bestritten.

Es hat nach Angebotsprüfung einen neuerlichen Einsatz eines nicht genehmigten Subunternehmers durch die Antragstellerin gegeben, welcher nach der BUA-Kontrolle am 9.11.2023 der Auftraggeberin gemeldet wurde. Es handelt sich dabei um die Baustelle Wien, F.-straße mit dem Subunternehmer P. GmbH. Da diese jedoch nicht Inhalt der gegenständlichen Ausscheidensentscheidung war, war auf den Vorfall nicht weiter einzugehen.

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in den Vergabeakt und Würdigung des erstatteten Vorbringens sowie der vorgelegten Nachweise.

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Gemäß § 78 Abs. 1 Z 5 und Z 9 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber – unbeschadet der Abs. 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn Gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 5 und Ziffer 9, BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber – unbeschadet der Absatz 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn

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

9. der Unternehmer bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben.

Gemäß § 83 Abs. 1 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit des Unternehmers die gemäß § 82 Abs. 2 verlangten Nachweise und die gemäß § 82 Abs. 3 eingeholten Auskünfte zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesen Bescheinigungen, dass eine rechtskräftige Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung im Sinne des § 78 Abs. 1 Z 1 oder 6 lit. a vorliegt oder erlangt der öffentliche Auftraggeber auf andere Weise von einem solchen Urteil, einer solchen Verfehlung oder vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs. 1 oder 2 nachweislich Kenntnis, so ist der Unternehmer mangels Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen, es sei denn, die Voraussetzungen des § 78 Abs. 3 bis 5 liegen vor oder der Unternehmer macht glaubhaft, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist. Gemäß Paragraph 83, Absatz eins, BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit des Unternehmers die gemäß Paragraph 82, Absatz 2, verlangten Nachweise und die gemäß Paragraph 82, Absatz 3, eingeholten Auskünfte zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesen Bescheinigungen, dass eine rechtskräftige Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung im Sinne des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer eins, oder 6 Litera a, vorliegt oder erlangt der öffentliche Auftraggeber auf andere Weise von einem solchen Urteil, einer solchen Verfehlung oder vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß Paragraph 78, Absatz eins, oder 2 nachweislich Kenntnis, so ist der Unternehmer mangels Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen, es sei denn, die Voraussetzungen des Paragraph 78, Absatz 3 bis 5 liegen vor oder der Unternehmer macht glaubhaft, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist.

Gemäß § 83 Abs. 2 BVergG 2018 hat der Unternehmer zur Glaubhaftmachung im Sinn des Abs. 1 letzter Satz darzulegen, dass er konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern. Der Unternehmer hat nachzuweisen, dass er folgende Maßnahmen getroffen hat: Gemäß Paragraph 83, Absatz 2, BVergG 2018 hat der Unternehmer zur Glaubhaftmachung im Sinn des Absatz eins, letzter Satz darzulegen, dass er konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern. Der Unternehmer hat nachzuweisen, dass er folgende Maßnahmen getroffen hat:

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

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

3. er effektive Maßnahmen wie

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

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

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

Gemäß § 83 Abs. 3 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber die vom Unternehmer ergriffenen Maßnahmen zu prüfen und bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit insbesondere die vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu setzen. (...) Erachtet der öffentliche Auftraggeber die Maßnahmen des Unternehmers als unzureichend, so hat er diese Entscheidung gegenüber dem Unternehmer zu begründen. Gemäß Paragraph 83, Absatz 3, BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber die vom Unternehmer ergriffenen Maßnahmen zu prüfen und bei der Beurteilung der

Zuverlässigkeit insbesondere die vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu setzen. (...) Erachtet der öffentliche Auftraggeber die Maßnahmen des Unternehmers als unzureichend, so hat er diese Entscheidung gegenüber dem Unternehmer zu begründen.

Gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieterinnen, deren Eignung nicht gegeben ist, auszuscheiden. Gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieterinnen, deren Eignung nicht gegeben ist, auszuscheiden.

Gemäß § 141 Abs. 2 BVergG 2018 kann der öffentliche Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieterinnen ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren. (...) Gemäß Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018 kann der öffentliche Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieterinnen ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren. (...)

Rechtliche Würdigung:

Die Antragsgegnerin ist unbestritten öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018; sie hat einen Bauauftrag als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat sich durch Angebotslegung am Vergabeverfahren beteiligt. Die Antragsgegnerin ist unbestritten öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2018; sie hat einen Bauauftrag als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat sich durch Angebotslegung am Vergabeverfahren beteiligt.

Nach den getroffenen Feststellungen hat die Antragstellerin bei der Ausführung anderer Aufträge Subunternehmer ohne vorherige Genehmigung durch die Auftraggeberin eingesetzt, wovon die Auftraggeberin durch BUA-Kontrollberichte Kenntnis erlangt hat und die Antragstellerin damit konfrontiert hat. Nach der Stellungnahme der Antragstellerin vom 24.10.2023 wurde die Antragstellerin am 14.11.2023 gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 BVergG 2018 aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden, wogegen sich gegenständlicher Nachprüfungsantrag richtet. Nach den getroffenen Feststellungen hat die Antragstellerin bei der Ausführung anderer Aufträge Subunternehmer ohne vorherige Genehmigung durch die Auftraggeberin eingesetzt, wovon die Auftraggeberin durch BUA-Kontrollberichte Kenntnis erlangt hat und die Antragstellerin damit konfrontiert hat. Nach der Stellungnahme der Antragstellerin vom 24.10.2023 wurde die Antragstellerin am 14.11.2023 gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 2, BVergG 2018 aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden, wogegen sich gegenständlicher Nachprüfungsantrag richtet.

Bei der Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018. Die Formalvoraussetzungen des Antrages auf Nichtigkeitsklärung gemäß §§ 18, 20 WVRG 2020 sind erfüllt, die Pauschalgebühr wurde nachweislich entrichtet. Bei der Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Liter a, a, BVergG 2018. Die Formalvoraussetzungen des Antrages auf Nichtigkeitsklärung gemäß Paragraphen 18, 20, WVRG 2020 sind erfüllt, die Pauschalgebühr wurde nachweislich entrichtet.

Zum Ausschlussgrund des § 78 Abs. 1 Z 5 und Z 9 BVergG 2018 Zum Ausschlussgrund des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 5 und Ziffer 9, BVergG 2018:

Nach dem 101. Erwägungsgrund der Vergaberichtlinie ist unter dem Begriff „erhebliche Mängel“ ein Fehlverhalten zu verstehen, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt.

Nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes vom 3.10.2019, Rs C-267/18, Delta, RZ 38, stellt die Vergabe eines Unterauftrags für einen Teil der Arbeiten im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags durch einen Wirtschaftsteilnehmer, die ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers entschieden wurde und zur vorzeitigen Beendigung des Auftrags führte, einen erheblichen oder dauerhaften Mangel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses Auftrags dar und rechtfertigt einen Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers von der

Teilnahme an einem späteren Vergabeverfahren, wenn der dieses spätere Vergabeverfahren organisierende öffentliche Auftraggeber, nachdem er selbst die Integrität und Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers, dessen vorheriger öffentlicher Auftrag vorzeitig beendet wurde, bewertet hat, der Auffassung ist, dass eine solche Unterauftragsvergabe das Vertrauensverhältnis zu diesem Wirtschaftsteilnehmer zerstört.

Die Antragstellerin hat durch die nicht genehmigten Subunternehmereinsätze auf Baustellen der Auftraggeberin erhebliche Mängel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages erkennen lassen. Zwar hat die Auftraggeberin die Aufträge aus diesem Grund nicht vorzeitig beendet, jedoch Vertragsstrafen verhängt. Durch die mehrfache Unterauftragsvergabe ohne Zustimmung der Auftraggeberin ist jedenfalls das Vertrauensverhältnis zur Antragstellerin schwer erschüttert und kann durch die gegenständliche Abstandnahme von einer vorzeitigen Beendigung von früheren Aufträgen durch die Auftraggeberin nicht einzig darauf geschlossen werden, dass dem mehrfachen nicht genehmigten Einsatz von Subunternehmern durch die Antragstellerin keine Erheblichkeit im Sinn der oben zitierten Judikatur zukomme.

Von erheblichen Mängeln ist auszugehen, weil der Einsatz von Subunternehmern zur Leistungserbringung und somit zur Erfüllung einer wesentlichen Anforderung eines Auftrages erfolgt ist, ohne dass die Auftraggeberin Gelegenheit zur Prüfung der Eignung und Zuverlässigkeit der Subunternehmer hatte. Teile der Leistung dürfen nach den Vertragsbestimmungen nur insoweit weitergegeben werden, als Subunternehmer die für die Ausführung ihres Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie berufliche Zuverlässigkeit besitzen. Der Einsatz von nicht geeigneten Subunternehmern kann schwerwiegende (verwaltungs-, straf- und zivilrechtliche) Auswirkungen für das Bauvorhaben und die Antragsgegnerin haben. Die Auftraggeberin muss daher Kenntnis von den auf ihren Baustellen tätigen Unternehmen haben. Die Antragstellerin muss diese daher bereits im Angebot nennen oder ordnungsgemäß nachmelden.

Die Antragstellerin hat aufgrund der mehrmaligen nicht genehmigten Weitergabe von Teilen der Leistung an unbekannte und teilweise ausländische Unternehmen das Vertrauen der Antragsgegnerin in die Antragstellerin erschüttert. Hinzu tritt, dass bei früheren Aufträgen nicht gemeldete Unternehmen sogar gänzlich unbeaufsichtigt Leistungen erbracht haben und somit keinerlei Nachvollziehbarkeit oder gesicherte Dokumentation einer Leistung für die Auftraggeberin gegeben ist. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die bestandfesten Vorgaben für die Leistungserbringung durch genehmigte Subunternehmer eine wesentliche Bedingung eines Auftragsverhältnisses darstellen und mit dem nicht genehmigten Einsatz von Subunternehmern eine wesentliche Anforderung des Vertrages nicht erfüllt wird.

In den den Ausschreibungen und Verträgen der Auftraggeberin regelmäßig zugrundeliegenden Festlegungen (WD 307, WD314, Besondere Vertragsbestimmungen und Integritätsvereinbarung) sind die vorzeitige Beendigung des Vertrages und Vertragsstrafen etwa bei nicht genehmigten Subunternehmereinsätzen vorgesehen. Die Antragsgegnerin hat auf die unzulässige Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer mit dem Abzug von Vertragsstrafen reagiert bzw. den Einbehalt bei der nächsten Rechnungslegung vorgesehen. Damit wird ein pauschalierter Schadenersatz geltend gemacht, der vertraglich vorgesehen ist.

Im Hinblick auf das Vorbringen der Auftraggeberin, dass durch die wiederholten Verstöße das Vertrauen der Antragsgegnerin in die ordnungsgemäße Ausführung der geschuldeten Leistungen durch die Antragstellerin verloren gegangen sei, erscheint rechtlich irrelevant, dass der Subunternehmereinsatz keine derzeit erkennbaren negativen Auswirkungen auf das jeweilige Bauvorhaben bis dato gehabt hat.

Nachvollziehbar kann die Antragsgegnerin aufgrund dieser Vorgehensweise der Antragstellerin, nicht genehmigte Subunternehmer einzusetzen, nicht darauf vertrauen, dass die beauftragten Leistungen tatsächlich durch Unternehmen/Personen erbracht werden, die ursprünglich im Vergabeverfahren angeboten wurden, die für die Leistungserbringung geeignet sind und den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften entsprechen.

Auch enthebt der Vorfall aus 2021, der von der Auftraggeberin im Ergebnis damals hingenommen wurde, die Antragstellerin nicht vom Vorwurf, damals schon nicht genehmigte Subunternehmer eingesetzt zu haben.

Letztlich sind die unterbliebenen Meldungen des Subunternehmereinsatzes zwecks Einholung von Genehmigungen auch aus dem Grund erheblich, weil die Antragstellerin trotz ihres bereits damals bestehenden Systems von festgelegten Prozessabläufen die Versäumnisse nicht von sich aus entdeckt hat, sondern auf die Übermittlung der BUAK Meldungen durch die Auftraggeberin angewiesen war, um überhaupt erst Kenntnis von diesen Versäumnissen

zu erlangen.

Der Ausschlussgrund des § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 ist erfüllt, weil die Antragstellerin bei früheren Aufträgen erhebliche Mängel durch den Einsatz nicht genehmigter Subunternehmer hat erkennen lassen und die Auftraggeberin mit der Geltendmachung von pauschalitem Schadenersatz reagiert hat. Der Ausschlussgrund des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG 2018 ist erfüllt, weil die Antragstellerin bei früheren Aufträgen erhebliche Mängel durch den Einsatz nicht genehmigter Subunternehmer hat erkennen lassen und die Auftraggeberin mit der Geltendmachung von pauschalitem Schadenersatz reagiert hat.

Auch kann im Hinblick auf § 78 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 in der Unterlassung der Einholung der Genehmigung der Subunternehmer eine schwere Verfehlung gegen die Pflichten der Antragstellerin, solche Genehmigungen einzuholen, erblickt werden. Diese Pflichten sind in den den Vergabeverfahren der Auftraggeberin regelmäßig zugrundeliegenden Festlegungen enthalten und wurden von der Auftraggeberin nach erfolgter Kenntnis durch die BUA-Protokolle in geeigneter Weise nachgewiesen. Die Missachtung der bestandfesten Festlegungen und Vertragsbestimmungen durch die Auftragnehmerin bzw. Antragstellerin stellt eine schwere berufliche Verfehlung dar, weshalb mit dem gegenständlich der Antragstellerin vorgehaltenen Verhalten des Einsatzes nicht genehmigter Subunternehmer auch dieser Ausschlussgrund verwirklicht wurde. Auch kann im Hinblick auf Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2018 in der Unterlassung der Einholung der Genehmigung der Subunternehmer eine schwere Verfehlung gegen die Pflichten der Antragstellerin, solche Genehmigungen einzuholen, erblickt werden. Diese Pflichten sind in den den Vergabeverfahren der Auftraggeberin regelmäßig zugrundeliegenden Festlegungen enthalten und wurden von der Auftraggeberin nach erfolgter Kenntnis durch die BUA-Protokolle in geeigneter Weise nachgewiesen. Die Missachtung der bestandfesten Festlegungen und Vertragsbestimmungen durch die Auftragnehmerin bzw. Antragstellerin stellt eine schwere berufliche Verfehlung dar, weshalb mit dem gegenständlich der Antragstellerin vorgehaltenen Verhalten des Einsatzes nicht genehmigter Subunternehmer auch dieser Ausschlussgrund verwirklicht wurde.

Zur Selbstreinigung gemäß § 83 Abs. 2 BVergG 2018 Zur Selbstreinigung gemäß Paragraph 83, Absatz 2, BVergG 2018:

Nach dem Wortlaut des § 83 Abs. 2 BVergG 2018 („hat der Unternehmer darzulegen, dass.“) liegt es im Aufgabenbereich des Unternehmers, dem öffentlichen Auftraggeber die gesetzten Maßnahmen und damit eine erfolgreiche Selbstreinigung nachzuweisen. Die Beweislast liegt hier nach dem Gesetzeswortlaut beim Unternehmer und macht den Nachweis der Wiederherstellung der Zuverlässigkeit damit zu einer Bringschuld. Es kann sohin dahingestellt bleiben, ob die Antragstellerin im Aufklärungsverfahren ausdrücklich zur Geltendmachung sog. selbstreinigender Maßnahmen aufgefordert wurde und war das Aufforderungsschreiben im Vergabeverfahren als ausreichend klar anzusehen. Nach dem Wortlaut des Paragraph 83, Absatz 2, BVergG 2018 („hat der Unternehmer darzulegen, dass.“) liegt es im Aufgabenbereich des Unternehmers, dem öffentlichen Auftraggeber die gesetzten Maßnahmen und damit eine erfolgreiche Selbstreinigung nachzuweisen. Die Beweislast liegt hier nach dem Gesetzeswortlaut beim Unternehmer und macht den Nachweis der Wiederherstellung der Zuverlässigkeit damit zu einer Bringschuld. Es kann sohin dahingestellt bleiben, ob die Antragstellerin im Aufklärungsverfahren ausdrücklich zur Geltendmachung sog. selbstreinigender Maßnahmen aufgefordert wurde und war das Aufforderungsschreiben im Vergabeverfahren als ausreichend klar anzusehen.

Die Antragstellerin hat mit der Begleichung der aufgrund der gegenständlichen Verfehlungen verhängten Vertragsstrafen die gesetzliche Möglichkeit, sich „zur Zahlung eines Ausgleiches verpflichtet“ zu haben. Damit wäre § 83 Abs. 2 Z 1 leg.cit. erfüllt. Der Erfüllung dieser Bedingung steht gegenständlich entgegen und schadet in diesem Fall, dass die Antragstellerin nicht sämtliche Vertragsstrafen, welche aufgrund der unzulässigen Subunternehmereinsätze verhängt wurden, anerkannt hat, weshalb Z 1 des § 83 Abs. 2 leg.cit. nicht erfüllt ist. Die Antragstellerin hat mit der Begleichung der aufgrund der gegenständlichen Verfehlungen verhängten Vertragsstrafen die gesetzliche Möglichkeit, sich „zur Zahlung eines Ausgleiches verpflichtet“ zu haben. Damit wäre Paragraph 83, Absatz 2, Ziffer eins, leg.cit. erfüllt. Der Erfüllung dieser Bedingung steht gegenständlich entgegen und schadet in diesem Fall, dass die Antragstellerin nicht sämtliche Vertragsstrafen, welche aufgrund der unzulässigen Subunternehmereinsätze verhängt wurden, anerkannt hat, weshalb Ziffer eins, des Paragraph 83, Absatz 2, leg.cit. nicht erfüllt ist.

Zur aktiven Zusammenarbeit zur Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Verfehlung gemäß § 83 Abs. 2 Z 2 leg.cit. ist festzuhalten, dass die Zusammenarbeit nach den Gesetzesmaterialien „aktiv, ernsthaft und erkennbar“ erfolgen muss. Aufgrund dieser aktiven Zusammenarbeit sollen Informationen dazu festgestellt werden, welche

Umstände tatsächlich ursächlich für das Fehlverhalten waren und welche konkreten Selbstreinigungsmaßnahmen diesfalls passend sind. Aus den Erklärungen der Antragstellerin ergibt sich, dass diese entweder selbst nicht wusste, dass fremde Personen bei den jeweiligen Bauvorhaben tätig waren, was auf eine mangelhafte Kontrollorganisation schließen lässt. Damit geht einher, dass die Auftraggeberin jeden der festgestellten Fälle von nicht genehmigten Subunternehmereinsätzen nur durch die Meldung nach erfolgter BUA-Kontrolle erfahren hat, was im Übrigen auch auf die Antragstellerin zutrifft, und neuerlich eine mangelhafte Kontrollorganisation der Antragstellerin offenlegt. Durch die Kenntnis beider Parteien erst nach erfolgter BUA-Meldung wäre die Antragstellerin als die Genehmigung schuldig gebliebene Vertragspartnerin gehalten gewesen, der Antragsgegnerin aktiv Aufklärung zu leisten. Dies ist mit der Stellungnahme im Aufklärungsverfahren nicht erfolgt, weil Erklärungen gegeben wurden, die eine Nachvollziehbarkeit und Belegbarkeit der geltend gemachten Umstände nicht enthielten. Es mangelte demnach an der erforderlichen aktiven, ernsthaften und erkennbaren Zusammenarbeit im Aufklärungsverfahren. Zur aktiven Zusammenarbeit zur Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Verfehlung gemäß Paragraph 83, Absatz 2, Ziffer 2, leg.cit. ist festzuhalten, dass die Zusammenarbeit nach den Gesetzesmaterialien „aktiv, ernsthaft und erkennbar“ erfolgen muss. Aufgrund dieser aktiven Zusammenarbeit sollen Informationen dazu festgestellt werden, welche Umstände tatsächlich ursächlich für das Fehlverhalten waren und welche konkreten Selbstreinigungsmaßnahmen diesfalls passend sind. Aus den Erklärungen der Antragstellerin ergibt sich, dass diese entweder selbst nicht wusste, dass fremde Personen bei den jeweiligen Bauvorhaben tätig waren, was auf eine mangelhafte Kontrollorganisation schließen lässt. Damit geht einher, dass die Auftraggeberin jeden der festgestellten Fälle von nicht genehmigten Subunternehmereinsätzen nur durch die Meldung nach erfolgter BUA-Kontrolle erfahren hat, was im Übrigen auch auf die Antragstellerin zutrifft, und neuerlich eine mangelhafte Kontrollorganisation der Antragstellerin offenlegt. Durch die Kenntnis beider Parteien erst nach erfolgter BUA-Meldung wäre die Antragstellerin als die Genehmigung schuldig gebliebene Vertragspartnerin gehalten gewesen, der Antragsgegnerin aktiv Aufklärung zu leisten. Dies ist mit der Stellungnahme im Aufklärungsverfahren nicht erfolgt, weil Erklärungen gegeben wurden, die eine Nachvollziehbarkeit und Belegbarkeit der geltend gemachten Umstände nicht enthielten. Es mangelte demnach an der erforderlichen aktiven, ernsthaften und erkennbaren Zusammenarbeit im Aufklärungsverfahren.

Eine umfassende Sachverhaltsaufklärung seitens der Antragstellerin hat nicht stattgefunden, vielmehr scheint es, dass die Antragstellerin die Geschehnisse mit verschiedenen Sachverhalten (Stundenabrechnung, Gefahrenabwehr) zu bagatellisieren bzw. zu plausibilisieren versucht hat, ohne weitere Nachweise dazu anzubieten. Im dargestellten Handeln der Antragstellerin kann eine aktive, ernsthafte und erkennbare Zusammenarbeit zur Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Verfehlungen nicht erkannt werden.

§ 83 Abs. 2 Z 3 lit. a bis c BVerGG 2018 enthalten eine demonstrative Aufzählung von effektiven Maßnahmen, die zukünftige Verfehlungen verhindern sollen. Die vom Unternehmer gewählten konkreten technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen müssen geeignet sein, weitere Verfehlungen im Allgemeinen sowie eine Wiederholung der bereits eingetretenen Verfehlungen im Besonderen hintanzuhalten. Paragraph 83, Absatz 2, Ziffer 3, Litera a bis c BVerGG 2018 enthalten eine demonstrative Aufzählung von effektiven Maßnahmen, die zukünftige Verfehlungen verhindern sollen. Die vom Unternehmer gewählten konkreten technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen müssen geeignet sein, weitere Verfehlungen im Allgemeinen sowie eine Wiederholung der bereits eingetretenen Verfehlungen im Besonderen hintanzuhalten.

Die Antragstellerin hat zu ihrer beruflichen Zuverlässigkeit auf ihr Zertifikat ISO 9001:2015 und auf „A. Standards“ verwiesen, sowie darauf, dass im März 2023 das Compliance Management System (CMS) gemäß ISO 37001 Antikorruption sowie ISO 37301 Compliance eingeführt worden sei und eine Auditierung derzeit erfolge.

Bei der im Aufklärungsverfahren vorgelegten und geltend gemachten Zertifizierung nach ISO 9001:2015 handelt es sich um eine Ablaufstrukturierung, und zwar vom Beginn über die Kalkulation bis zur Übergabe der Baustelle und Fertigstellung. Der Auftraggeberin ist diese Zertifizierung bekannt. Ein Ablauf im Sinn einer Genehmigung von Subunternehmen ist in dieser Zertifizierung unbestritten nicht enthalten.

Die Antragstellerin hat in der Verhandlung vorgebracht, dass in den festgelegten Prozessabläufen nunmehr ein Punkt „Freigabe des Subunternehmers durch den Auftraggeber“ aufgenommen worden sei.

Dass seit Februar 2023 bei den sechs genannten BUA-Kontrollen fünf BUA-Kontrollen mit einem nicht genehmigten

Subunternehmereinsatz bei der Auftraggeberin aufgefallen sind, wobei der Antragsgegnerin solche Vorfälle gerade bei der Antragstellerin vermehrt ins Auge fallen, lässt eine Effektivität der von der Antragstellerin vorgebrachten Maßnahmen nicht erkennen.

Effektive Maßnahmen wie sie in § 83 Abs. 2 Z 3 BVergG 2018 demonstrativ aufgezählt sind, werden gegenständlich weder mit der genannten Zertifizierung noch mit dem im Aufklärungsschreiben der Antragstellerin genannten Compliance Managementsystem oder den in den Prozessablauf nun integrierten Schritt „Freigabe des Subunternehmers durch den Auftraggeber“ dargelegt. Selbstreinigende Maßnahmen im Sinn der zitierten Gesetzesbestimmung liegen nicht vor. Effektive Maßnahmen wie sie in Paragraph 83, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2018 demonstrativ aufgezählt sind, werden gegenständlich weder mit der genannten Zertifizierung noch mit dem im Aufklärungsschreiben der Antragstellerin genannten Compliance Managementsystem oder den in den Prozessablauf nun integrierten Schritt „Freigabe des Subunternehmers durch den Auftraggeber“ dargelegt. Selbstreinigende Maßnahmen im Sinn der zitierten Gesetzesbestimmung liegen nicht vor.

Hinsichtlich des Ausscheidensgrundes gemäß § 141 Abs. 2 BVergG 2018 ist festzuhalten, dass die mangelhafte Aufklärung darin liegt, dass die Antragstellerin zu den im Aufklärungsverfahren getätigten Vorhalten und Angaben zu den einzelnen Baustellen keine Nachweise erbracht hat und die dargelegten Umstände daher nicht nachvollziehbar waren. Hinsichtlich des Ausscheidensgrundes gemäß Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018 ist festzuhalten, dass die mangelhafte Aufklärung darin liegt, dass die Antragstellerin zu den im Aufklärungsverfahren getätigten Vorhalten und Angaben zu den einzelnen Baustellen keine Nachweise erbracht hat und die dargelegten Umstände daher nicht nachvollziehbar waren.

In Hinblick auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit hat die Antragstellerin ausgeführt, dass es sich um sowohl qualitativ als auch quantitativ unbedeutende Leistungsteile gehandelt habe, die Abwicklung mängelfrei erfolgt sei sowie kein Verdacht auf eine Unterentlohnung erhoben worden sei, sämtliche eingesetzte Subunternehmer geeignet gewesen seien, kein Schaden oder negative Auswirkung auf die Ausführung der Leistung entstanden sei.

Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass das Vertrauen der Antragsgegnerin in die Antragstellerin durch den festgestellten mehrmaligen Subunternehmereinsatz nachvollziehbar erschüttert ist. Mag es auch sein, dass die eingesetzten Subunternehmer geeignet waren, so ist dies nach den Verfahrens- und Vertragsbestimmungen im Zuge der Genehmigung des Subunternehmers durch die Auftraggeberin festzustellen, was im vorliegenden Fall nicht erfolgt ist und zu welcher Feststellung die Auftraggeberin auch nicht die Möglichkeit hatte. Sollten auch nur qualitativ und quantitativ unbedeutende Leistungsteile durch die Subunternehmer erledigt worden sein, so fehlt es auch hier an der Möglichkeit, dass die Auftraggeberin diesen Umstand selbst feststellen kann, was wiederum gegen die Verfahrens- und Vertragsbestimmungen ist. Zu den derzeit 15 Bauvorhaben mit einem Auftragsvolumen von xx Millionen EUR und dem Vorbringen der Antragstellerin, dass diesem Umstand nur drei Übertretungen und eine Sanktion gegenüberstünden, ist zu entgegnen, dass auch die drei zugestandenen Subunternehmereinsätze letztlich nicht genehmigte Subunternehmer waren, welche Tatsache allein das Vertrauen der Antragsgegnerin keineswegs stärken kann, zumal sie davon erst durch Baustellenkontrollen der BUAK erfahren hat. Wenn hingegen die Antragstellerin meint, ebenso erst mit den BUAK-Protokollen von den Vorfällen Kenntnis erlangt zu haben, so scheint ihr dies vorwerfbar, weil sie etwa auf den Baustellen nicht anwesend ist und somit ihre Kontrolle nicht ausübt. Dass nach dem Vorbringen der Antragstellerin lediglich eine Sanktion durch die Antragsgegnerin effektiert wurde, liegt am Abrechnungsprozess der Antragsgegnerin, in welchem die Antragstellerin mit Rechnungslegung eingebunden ist, und kann dieses Vorbringen daher kein anderes Ergebnis bringen.

Der Ausschluss der Antragstellerin erscheint demnach auch verhältnismäßig.

Im Ergebnis hat die Antragstellerin durch den erheblichen Einsatz nicht genehmigter Subunternehmer einen Ausschlussgrund verwirklicht, der zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 BVergG 2018 geführt hat, weshalb der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abzuweisen und spruchgemäß zu entscheiden war. Im Ergebnis hat die Antragstellerin durch den erheblichen Einsatz nicht genehmigter Subunternehmer einen Ausschlussgrund verwirklicht, der zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 2, BVergG 2018 geführt hat, weshalb der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abzuweisen und spruchgemäß zu entscheiden war.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 15 WVRG 2020. Die für einen Kostenersatz notwendige Voraussetzung eines teilweisen Obsiegens liegt nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet auf Paragraph 15, WVRG 2020. Die für einen Kostenersatz notwendige Voraussetzung eines teilweisen Obsiegens liegt nicht vor.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Vergabeverfahren, Nachprüfungsantrag, Nichtigerklärung, Ausscheidensentscheidung, Ausschlussgrund, Vertragsverletzungen, Unterauftragsvergabe, Einsatz von Subunternehmer, erheblicher Mangel, ernste Zweifel, zerstörtes Vertrauensverhältnis, Einholung einer Genehmigung, Unterlassung, Missachtung der bestandsfesten Festlegungen, schwere berufliche Verfehlung, Selbstreinigung, selbstreinigende Maßnahmen, Wiederherstellung, Zuverlässigkeit, aktive Zusammenarbeit, effektive Maßnahmen, mangelhafte Kontrollorganisation, Verhältnismäßigkeit, Sanktion

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2024:VGW.123.074.14840.2023

Zuletzt aktualisiert am

24.04.2026

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at