



# VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730  
Telefax: (43 01) 4000 99 38730  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/072/13557/2018-21  
GZ: VGW-123/072/13559/2018  
A. GmbH

Wien, 6.12.2018

Geschäftsabteilung: VGW-R

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner und den Richter Dr. Opperl über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidungen vom 5.10.2018 betreffend die Vergabeverfahren GZ ..., X., diverse Anlagen, gärtnerische Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten, ..., sowie GZ ..., Y., diverse Anlagen, gärtnerische Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten, ..., der Stadt Wien, MA 42, nach mündlicher Verhandlung durch Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

I. Den Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidungen vom 05.10.2018 wird stattgegeben. Die Ausscheidensentscheidungen werden für nichtig erklärt.

II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 6.242,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III. Der Antragstellerin werden vom Verwaltungsgericht Wien die zu viel entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 6.242,-- zurückerstattet.

IV. Die 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 – MA 42 (in der Folge: Antragsgegnerin) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages für gärtnerische Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten in mehreren Losen. Der Auftragswert der einzelnen Lose befindet sich jeweils im Unterschwellenbereich. Die A. GmbH (in der Folge: Antragstellerin) hat Angebote für drei Lose gelegt. Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 5.10.2018, zugestellt per Fax am selben Tag, wurden die Angebote für den X. und den Y. Bezirk ausgeschieden. Dagegen richten sich die gegenständlichen Nachprüfungsanträge.

Die Antragsgegnerin hat diese Ausscheidensentscheidungen mit dem Gesetzestext der §§ 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 bzw. 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 begründet. Nähere Angaben über die konkreten Ausscheidensgründe in Bezug zu den genannten Gesetzesstellen enthalten die Ausscheidensentscheidungen nicht.

Die Antragstellerin führt in ihren Nachprüfungsanträgen aus, dass in den Ausschreibungsunterlagen, Beilage D, als Zuschlagskriterien der Preis (95%) und die Gewährleistung (5%) festgelegt worden seien.

In der Beilage „Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise“ seien als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit folgende Mindestanforderungen festgelegt worden:

Ausbildungsnachweise für zwei GärtnerInnen und zwei BaumpflegerInnen, Beschäftigungsnachweise für 9 MitarbeiterInnen (2 GärtnerInnen, 5 GartenarbeiterInnen, 2 BaumpflegerInnen) aus den Jahren 2015, 2016 bis einschließlich 30.6.2017. Ferner sei festgelegt worden, dass pro zusätzlich bewältigbarem Teilgebiet laut Eigeneinschätzung (Beilage C) Beschäftigungsnachweise von vier zusätzlichen MitarbeiterInnen (1 GärtnerIn, 2 GartenarbeiterInnen, 1 BaumpflegerIn) aus den Jahren 2015, 2016 und bis einschließlich 30.6.2017 vorzulegen seien.

Die Antragstellerin habe für den X. und Y. Bezirk jeweils ein Angebot gelegt. Sie sei in beiden Losen Billigstbieterin gewesen. Sämtliche Bieter hätten beim Kriterium Gewährleistung gleich angeboten.

Mit Schreiben vom 24.10.2017 habe die Antragsgegnerin die Antragstellerin aufgefordert, die dort angeführten Beschäftigungsnachweise sowie Ausbildungsnachweise nachzureichen. Dies sei mit Schreiben vom 25.10.2017 erfolgt.

Mit Schreiben vom 6.7.2018 sei die Antragstellerin erneut zur Nachreichung von Ausbildungsnachweisen sowie von Beschäftigungsnachweisen aus den Jahren 2015, 2016 und bis einschließlich 30.6.2017 aufgefordert worden. Die Antragstellerin habe die nachgeforderten Unterlagen mit Schreiben vom 12.7.2018 übermittelt.

Mit Schreiben vom 20.7.2018 habe die Antragsgegnerin erneut moniert, dass Ausbildungsnachweise für die dort genannten MitarbeiterInnen nicht vorlägen, es seien die in diesem Schreiben angegebenen Ausbildungsnachweise und Beschäftigungsnachweise nachzureichen. Dieser Aufforderung habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 26.7.2018 entsprochen.

Am 1.8.2018 habe ein Aufklärungsgespräch stattgefunden, in dem sich die Antragsgegnerin auf das Fehlen von Nachweisen bezogen habe. Die Antragsgegnerin habe sich auf eine Vorentscheidung des Verwaltungsgerichts Wien berufen. Die Antragstellerin habe jedoch nicht nachvollziehen können, welche Nachweise noch fehlen sollten.

In der Folge habe die Antragstellerin die o.a. Ausscheidensentscheidungen erhalten, in der lediglich die Gesetzesbestimmungen angeführt seien, aber jeglicher Hinweis auf den konkreten Fall fehle.

Der Antragstellerin habe ein Interesse an den gegenständlichen Aufträgen und es sei ihr durch die angefochtene Entscheidung ein Schaden entstanden bzw. drohe ihr ein solcher, da sie ein befugtes, leistungsfähiges und zuverlässiges Unternehmen sei, das in der Vergangenheit bereits mehrfach entsprechende Aufträge von der Stadt Wien erhalten und ohne Beanstandung ausgeführt habe. Durch das Ausscheiden könne die Antragstellerin keinen Zuschlag hinsichtlich der

ausschreibungsgegenständlichen Leistungen mehr erhalten und es entfielen die Einnahmen aus den gegenständlichen Aufträgen sowie Referenzprojekte.

In der Folge stellt die Antragstellerin dar, in welchen Rechten sie sich durch die angefochtenen Entscheidungen als verletzt erachtet.

Sie führt weiter aus, dass die angefochtenen Entscheidungen bereits deshalb rechtswidrig seien, weil sie entgegen § 129 Abs. 3 BVergG 2006 keine Begründung enthielten. Die bloß unkommentierte Wiedergabe des Gesetzestextes sei nicht ausreichend. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs sei für das Ausreichen der Begründung entscheidend, ob es dem Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierter Begründungselemente unschwer möglich sei, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag zu stellen (VwGH 2011/04/0133). Auch zur Zahl 2011/04/0224 habe der Verwaltungsgerichtshof judiziert, dass der Bieter in die Lage versetzt werden müsse, wirksam einen Nachprüfungsantrag einzubringen.

Zweck der Begründung sei in jedem Falle der Rechtsschutz gegen den drohenden Entgang des Auftrages. Es müsse dem Bieter möglich sein, ein effektives Rechtsmittel zu erheben. Dies sei nicht möglich, wenn ihm nicht bekannt sei, aus welchen Gründen er den zitierten Tatbestand verwirklicht haben soll. Die Unterlassung der Begründung sei laut Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert würde. Es werde daher beantragt, die angefochtenen Entscheidungen nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung für nichtig zu erklären und der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren aufzutragen.

Mit Schriftsatz vom 18.10.2018 erhob die ARGE B., bestehend aus C. GmbH und D. GmbH, im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren hinsichtlich Los 13 begründete Einwendungen und machte eine Parteistellung in diesem Nachprüfungsverfahren geltend. Sie brachte weiters vor, dass ihr aufgrund ihrer Parteistellung der verfahrenseinleitende Nachprüfungsantrag, alle weiteren Schriftsätze und die Ladung zu einer mündlichen Verhandlung zu übermitteln seien.

Sie begründete dies damit, dass gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2014 Parteien des Nichtigerklärungsverfahrens neben dem Antragsteller jene UnternehmerInnen seien, die durch die vom Antrag begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen geschützten Interessen nachteilig betroffen sein könnten. Im Hinblick auf die Gesetzesmaterialien, die besagten, dass die Parteistellung in Orientierung an § 324 BVergG 2006 geregelt werde, sei davon auszugehen, dass es sich dabei nur um UnternehmerInnen handeln könne, die ein Interesse an der Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung hätten. Daher könnten auch in jenen Fällen, in denen ein Bieter sein Ausscheiden anfechte, die Mitbieter Parteistellung haben, weil sie durch die Nichtigerklärung des Ausscheidens einen Nachteil erleiden könnten.

Die Antragstellerin gehe aufgrund des Ergebnisses der Angebotsöffnung und der bei Verwaltungsgericht Wien bereits geführten Nachprüfungsverfahren im selben Vergabeverfahren davon aus, dass von der Antragsgegnerin beide vor ihr liegenden Angebote der A. GmbH und der E. GmbH ausgeschieden werden sollten bzw. worden seien. Es habe nur ein Unternehmen das Ausscheiden bekämpft. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Aufrechterbleiben der Ausscheidensentscheidung in Los 13, da sie im Vergabeverfahren als Erstgereichte übrig bliebe, wenn die vor ihr liegenden Bieter ausgeschieden würden.

In der Folge machte die Antragstellerin Ausführungen dazu, aus welchen Gründen die A. GmbH die im gegenständlichen Vergabeverfahren geforderte technische Leistungsfähigkeit mangels des erforderlichen Personals nicht aufweise. Sie bringt weiters vor, dass das Angebot der A. GmbH auch deshalb auszuschneiden sei, weil sie eine geforderte Aufklärung nicht fristgerecht erteilt habe.

Zum Angebot der E. GmbH brachte die Antragstellerin vor, dass dort die Beilage C fehle, was nach den Ausschreibungsunterlagen zu einem Ausscheiden des betreffenden Bieters führen müsse.

Die Antragsgegnerin machte mit Schreiben vom 25.10.2018 nähere Angaben zum gewählten Vergabeverfahren. In einem weiteren Schreiben vom selben Tag gab die Antragsgegnerin an, dass die angefochtene Ausscheidensentscheidung zu Recht erfolgt sei, da die Antragstellerin trotz mehrfacher Rückfragen und Aufforderungen zur Nachreichung von Unterlagen sowie einem abschließenden

Aufklärungsgespräch die festgelegten Eignungsanforderungen nicht nachgewiesen habe. Es fehlten die Nachweise für einen durchgängig beschäftigten Baumpfleger. Die Antragsgegnerin verwies auf das Vorerkenntnis des Verwaltungsgericht Wien zur Zahl VGW-123/062/15715/2017 und die in diesem Verfahren festgehaltenen Auslegungen der Ausschreibung.

Aufgrund der Nachprüfungsanträge wurde am 6.12.2018 vor dem Verwaltungsgericht Wien eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

Die Verhandlung und Entscheidung über die Nachprüfungsanträge hinsichtlich der Ausscheidensentscheidungen in Los 13 und 23 erfolgt gemäß § 39 Abs. 2 AVG gemeinsam, da in beiden Nachprüfungsverfahren dieselben Rechtsfragen zu beurteilen sind.

„Die Antragsgegnerin teilt mit, dass sich der Auftragswert insgesamt im Oberschwellenbereich bewegt. Der Auftragswert der einzelnen Lose bewegt sich im Unterschwellenbereich. Die Antragstellerin hat in drei Losen angeboten.

Auf die Frage, wie bei der Angebotsöffnung bzw. bei der Entscheidung welchen Bietern der Zuschlag in welchen Losen zu erteilen ist, vorgegangen wurde teilt die Antragsgegnerin mit, dass mit den Angeboten für Los 1 begonnen wurde. Wie in Beilage ./C, Seite 2, erster Absatz, letzter Satz festgelegt entsprach die Reihenfolge der Vergabe der Reihenfolge der Angebotsöffnungen. Dies bedeute, dass beginnend mit dem Los 1 der günstigste Bieter für dieses Los ermittelt wurde. Sodann wurde geprüft ob dieser Bieter die Mindestanforderungen gemäß Beilage 13.08.1, Seite 2 erfüllt. Wenn dies der Fall war so erhielt dieser Bieter den Zuschlag in Los 1. Die in diesem Los „verbrauchte“ technische Leistungsfähigkeit wurde sodann von der im Angebot ausgewiesenen abgerechnet. Sodann wurde zu Los 2 übergegangen.

Die Reihenfolge der Angebotsöffnung erfolgte von Los 1 aufwärts. Dies ist in den Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt. Alle Lose erfordern jedoch die gleichen Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit.

Die Festlegung Punkt 3 der Mindestanforderungen ist so zu verstehen, dass für das erste angebotene Los, für das der Zuschlag erteilt werden soll die dort angeführten Beschäftigungsnachweise nachzuweisen sind. Für alle weiteren Lose waren die „pro zusätzlich bewältigbarem Teilgebiet in Abhängigkeit der ausgefüllten Eigeneinschätzung (Beilage./C)“ angeführten Nachweise vorzulegen.

Aus dem Vorverfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien Zl.: VGW-123/062/15715/2017 (in der Folge: Vorverfahren) geht hervor, dass dort vom Gericht die Festlegungen in der Ausschreibung so verstanden wurden, dass Führungskräfte nicht als Mitarbeiter bekannt gegeben werden dürfen. Weiters ist

eine Doppelnennung von Personen in der Funktion des Gärtners und des Baumpflegerers unzulässig.

Die Antragsgegnerin teilt mit, dass mündlich weiters festgehalten wurde, dass die Beschäftigung der geforderten Mitarbeiter (Gärtner, Baumpfleger, Gartenarbeiter) für die Jahre 2015, 2016 und bis einschließlich 30.06.2017 durchgängig sein musste. Das bedeutet, dass diese Mitarbeiter das ganze Jahr über bei dem jeweiligen Bieter beschäftigt sein mussten.

Auf die Frage, wie die Festlegung in der Ausschreibung in Beilage ./1, Seite 3, 3. Absatz von unten („der Auftragnehmer hat sicherzustellen, ...)“ zu verstehen sei teilt die Antragsgegnerin mit, dass diese Festlegung getroffen wurde um sicherzustellen, dass der jeweilige Bieter die erforderliche Kapazität besitzt. Dabei sollte nicht auf bestimmte Personen abgestellt werden, sondern es war nachzuweisen, dass der Bieter die geforderte Anzahl an Fachkräften mit den erforderlichen Fertigkeiten für die Jahre 2015, 2016, einschließlich 30.06.2017 beschäftigt hat.

Die Antragstellerin bringt vor, dass aus ihrer Sicht nicht nachvollziehbar sei, wie im Vorverfahren zu der Ansicht gelangt worden sei, dass Führungskräfte nicht als Mitarbeiter zählten und daher für die technische Leistungsfähigkeit nicht bekannt gegeben werden dürften.“

In der Folge wurden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin erörtert, die Verhandlung wurde daher in Abwesenheit der Teilnahmeberechtigten durchgeführt. Darüber wurde ein gesondertes Protokoll aufgenommen und dem Nachprüfungsakt angeschlossen).

(...)

„Die Berichterin fasst den Verhandlungsinhalt, soweit er in Abwesenheit der Teilnahmeberechtigten erörtert wurde, in allgemeiner Form zusammen.

(...)

Die Teilnahmeberechtigte bringt vor, dass nach der Judikatur des VwGH das Nachschieben von Ausscheidensgründen zulässig ist wenn der Bieter im Nachprüfungsverfahren die Möglichkeit hat, sich dazu zu äußern. Weiters werde darauf hingewiesen, dass, wie die Teilnahmeberechtigte aus dem Vorverfahren weiß, der Antragstellerin mehrfach die Möglichkeit zur Verbesserung gegeben worden sei. Es sei jedoch nur ein Verbesserungsversuch erforderlich weshalb sich schon daraus ein ausreichender Ausscheidensgrund für das Angebot der Antragstellerin ergebe.

Die Antragstellerin entgegnet, dass die Möglichkeit zum Nachschieben von Ausscheidensgründen nicht so exzessiv interpretiert werden dürfe, dass die Verpflichtung der Auftraggeberin die Angebote zu prüfen und die Ausscheidensentscheidung zu begründen zum Gericht verlagert werde. Im

Übrigen sei in den Aufklärungsersuchen im Vergabeverfahren nicht auf das Erfordernis der ganzjährigen Beschäftigung eingegangen worden.

Weiters sei auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Ausschreibung abzustellen und es dürften keine Ausscheidensgründe nachgeschoben werden, deren Erfüllung per se unmöglich sei. Dazu sei insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Beschäftigung von ausgebildeten BaumpflegerIn im Winterdienst auf Grund deren hohen Einkommens unwirtschaftlich wäre. Der entsprechende Mitarbeiter würde solche Arbeiten auch berechtigter Weise verweigern.

Die Ausschreibung ist von der Antragstellerin nicht angefochten worden, da sie zu diesem Zeitpunkt die Auslegung durch das Verwaltungsgericht Wien nicht gekannt habe.

Die Antragsgegnerin verweist auf ihr bisheriges Vorbringen und bringt abschließend vor, dass es durchaus Bieter gebe, die die geforderten Anforderungen erfüllen könnten.“

Aufgrund des Inhalts des Vergabeaktes und der Schriftsätze sowie des Verhandlungsergebnisses steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Die Stadt Wien – MA 42 führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages für gärtnerische Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten in mehreren Losen. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip (Preis, Verlängerung der Gewährleistungsfrist) erfolgen. In der MD BD – SR 75 (2016), Beilage 13.08.1, Seite 2, die Teil der Ausschreibungsunterlagen ist, wird als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit u.a. gefordert:

„(...)

2) Ausbildungsnachweise für zwei GärtnerInnen und zwei BaumpflegerInnen (siehe Beilage A),

3) Beschäftigungsnachweise für 9 MitarbeiterInnen (2 GärtnerInnen, 5 GartenarbeiterInnen, 2 BaumpflegerInnen) aus den Jahren 2015, 2016 bis einschließlich 30.6.2017. Pro zusätzlich bewältigbarem Teilgebiet laut Eigeneinschätzung (Beilage C) sind Beschäftigungsnachweise von vier zusätzlichen MitarbeiterInnen (1 GärtnerIn, 2 GartenarbeiterInnen, 1 BaumpflegerIn) aus den Jahren 2015, 2016 und bis einschließlich 30.6.2017 sowie Ausbildungsnachweise von 1 GärtnerIn und einem Baumpfleger.“

In den ergänzenden Festlegungen Beilage A wird der Ausbildungsnachweis der BaumpflegerInnen näher geregelt. Es wird auch festgehalten, dass der Auftragnehmer sicher zu stellen hat, dass der laut MD BD – SR 75 (2016) Beilage 13.08.1 – Seite 2 bei den Mindestanforderungen (Punkt 3) angeführte

Personalstand in dieser Zusammensetzung auch zur Abwicklung des Auftrages zur Verfügung steht. Diese Festlegung bedeutet nicht, dass die gemäß den Mindestanforderungen Punkt 3 bekanntgegebenen Personen auch für den gegenständlichen Auftrag zur Verfügung stehen müssen. Damit sollte vielmehr die für die Auftragserbringung erforderliche Kapazität der Bieter anhand der von ihnen in den Vorjahren beschäftigten Gärtnern, Gartenarbeitern und Baumpflegerinnen überprüft werden.

Mit Beilage C ist von den Bietern die von ihnen jeweils unter Berücksichtigung eines wöchentlichen Auftragsvolumens von 15.000,-- Euro und im Hinblick auf ihre technische Leistungsfähigkeit bewältigbare Anzahl an Losen bekannt zu geben. Beilage C bestimmt auch, dass der Bieter mit der richtig und vollständig ausgefüllten Beilage C alle Ausschreibungen bekommen kann, für die er das günstigste Angebot gelegt hat, vorausgesetzt die angegebene Leistungsfähigkeit reicht dazu aus. Die Reihenfolge der Vergabe entspricht laut Beilage C der Reihenfolge der Angebotsöffnung, wobei bei Los 1 begonnen wurde und der Zuschlag dem Bieter erteilt wurde, der in diesem Los der Bestbieter war und die Mindestanforderungen erfüllte. Die für dieses Los erforderlichen Beschäftigungs- und Ausbildungsnachweise wurden von den von diesem Bieter nachgewiesenen abgezogen. Sodann wurde zu Los 2 übergegangen und der erfolgreiche Bieter wie oben dargestellt ermittelt. Wenn ein Bieter in einem Los, für das er angeboten hat, die Mindestanforderungen nicht mehr erfüllen konnte, wurde sein Angebot in diesem Los, wie in Beilage C festgelegt, ausgeschieden.

Für das erste angebotene Los, für das der Zuschlag erteilt werden soll, sehen die Mindestanforderungen vor, dass die dort in Punkt 3) zuerst angeführten Beschäftigungsnachweise zu erbringen sind. Für alle weiteren Lose waren die „pro zusätzlich bewältigbarem Teilgebiet in Abhängigkeit der ausgefüllten Eigeneinschätzung (Beilage ./C)“ angeführten Nachweise vorzulegen.

Die Antragstellerin hat in drei Losen Angebote gelegt. Sie hat den Zuschlag in Los 10 erhalten. Das Vergabeverfahren wurde danach unterbrochen. Nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht Wien zur Zahl VGW-123/062/15715/2017 wurde das Vergabeverfahren hinsichtlich der noch nicht vergebenen Lose fortgesetzt und die Angebote hinsichtlich der noch offenen Lose unter Berücksichtigung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien im o.a. Nachprüfungsverfahren neuerlich geprüft. Dabei wurde von der

Antragsgegnerin aufgrund der im Vorverfahren getroffenen Aussagen des Gerichtes insbesondere davon ausgegangen, dass Führungskräfte nicht als Mitarbeiter anzusehen seien und daher nicht als solche genannt werden dürften und dass eine „Doppelterverwertung“ von Mitarbeitern als Gärtner und Baumpfleger unzulässig sei. Dies kommt im Verhandlungsprotokoll vom 10.1.2018 zum Ausdruck. Die Antragsgegnerin ist weiters davon ausgegangen, dass die Mitarbeiter, für die die Beschäftigungsnachweise zu erbringen waren, in den Jahren 2015, 2016 und bis einschließlich 30.6.2017 durchgehend bei der jeweiligen Bieterin beschäftigt sein mussten. Dies hat keinen Eingang in die Entscheidung gefunden.

Die Teilnahmeberechtigte war am Vorverfahren als Antragstellerin beteiligt.

Die Angebote der Antragstellerin für den X. und Y. Bezirk wurden in der Folge ausgeschieden.

Die Antragstellerin hat mit ihren Angeboten die jeweils in Mappe 1, Unterteilung 3.24, ersichtlichen Gärtner, Gartenarbeiter und Baumpfleger mit den ebenfalls dort ersichtlichen Ausbildungs- und Beschäftigungsnachweisen bekannt gegeben. Sie hat das jeweils aus Mappe 1, Unterteilung 3.21, ersichtliche Beiblatt C mit der dort ersichtlichen Anzahl an bewältigbaren Losen den Angeboten beigelegt.

Im Zuge der Angebotsprüfung wurden von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 24.10.2017, vom 6.7.2018 und vom 20.7.2018 die aus den Vergabeakten, Mappe 1, Unterteilung 3, ersichtlichen Unterlagen von der Antragstellerin nachgefordert. Diese übermittelte die aus Mappe 1 ebenfalls ersichtlichen Unterlagen. Am 1.8.2018 fand ein Aufklärungsgespräch statt. Darüber wurde der ebenfalls aus der Mappe 1, Unterteilung 3 ersichtliche Aktenvermerk angefertigt. Aus der der Auftraggeberin von der Antragstellerin zu diesem Aktenvermerk übermittelten Ergänzung vom 14.8.2018 geht hervor, dass im Zuge der Aufklärung im Wesentlichen die Themenbereiche „durchgehende Beschäftigung der Mitarbeiter“ und „Bekanntgabe von Führungskräften“ besprochen wurden.

Von der Antragsgegnerin wurde in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass von ihr nur das Thema „durchgehende Beschäftigung der Mitarbeiter“ für das Ausscheiden der Angebote der Antragstellerin in den verfahrensgegenständlichen Losen herangezogen wurde. Nähere Ausführungen, inwieweit die Angebote der

Antragstellerin dazu Angaben enthalten, sind aus den Vergabeakten, Ordner 1, Unterteilung 3, ersichtlich.

Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 5.10.2018 zu Los 13 und 23 wurden die diesbezüglichen Angebote der Antragstellerin ausgeschieden, wobei als Begründung der Ausscheidensentscheidungen ausschließlich der Gesetzestext der §§ 129 Abs. 1 Z 2 und 7 BVergG 2006 angeführt ist.

Im Nachprüfungsverfahren betreffend das verfahrensgegenständliche Los 13 hat die ARGE B. begründete Einwendungen vorgebracht und die Zuerkennung der Parteistellung sowie Übermittlung der im Verfahren bereits eingebrachten Schriftsätze beantragt. Sie hat im Los betreffend den X. Bezirk ein Angebot gelegt und ist dort an dritter Stelle gereiht. Dies ergibt sich aus Mappe 1 Unterteilung 2.1.2 (Niederschrift zur Angebotsöffnung).

Sie bringt vor, dass sie bei Ausscheiden der vor ihrem Angebot gereihten Angebote an die erste Stelle vorrücken und damit primär für die Zuschlagsentscheidung in Frage kommen würde. Sie könne daher durch die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein. Sie führt weiters aus, aus welchen Gründen ihrer Ansicht nach die Antragstellerin die Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit hinsichtlich des Personals im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht erfülle.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 2 Abs. 4 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) entscheidet das Verwaltungsgericht Wien in Nichtigerklärungsverfahren und Feststellungsverfahren durch Senate. Entscheidungen über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und gesonderte Entscheidungen über den Gebührenersatz in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sowie Entscheidungen über Zeuginnen- oder Zeugen- und Sachverständigengebühren erfolgen durch Einzelrichterinnen oder Einzelrichter.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Gemäß § 22 WVRG 2014 sind Parteien des Nichtigerklärungsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht Wien jedenfalls die Antragstellerin oder der Antragsteller und die Auftraggeberin oder der Auftraggeber.

(2) Parteien des Nichtigerklärungsverfahrens sind ferner jene Unternehmerinnen oder Unternehmer, die durch die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (mitbeteiligte Parteien); insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin oder der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nichtigerklärungsverfahrens.

(3) Parteien im Sinne des Abs. 2, ausgenommen eine in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin oder ein in Aussicht genommener Bieter, verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zwei Wochen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 25 Abs. 2 erheben.

(4) Sofern eine mündliche Verhandlung vor Ablauf dieser Fristen stattfindet, können die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden.

Gemäß § 129 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung u.a. folgende Angebote auszuschneiden:

Z 2: Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

Z 7: den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

Gemäß § 129 Abs. 3 BVergG 2006 hat der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Im vorliegenden Fall wurde Folgendes erwogen:

Gemäß § 129 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung u.a. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden, auszuschneiden. Gemäß § 129 Abs. 3 BVergG 2006 hat der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Im vorliegenden Fall hat die Antragsgegnerin in der Begründung der angefochtenen Ausscheidensentscheidungen nur den Gesetzestext des § 129 Abs. 1 Z 2 und 7 BVergG 2006 angeführt, ohne aus den dort angeführten Ausscheidensgründen den oder diejenigen auszuwählen, auf den bzw. die sie sich konkret bezieht. So hat sie nicht angegeben, ob die Angebote der Antragstellerin in Anwendung des § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ausgeschieden wurden, weil die erforderliche Befugnis, die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht vorlagen. Sie hat weiters zum Ausscheidensgrund der Z 7 nicht angegeben, ob diese Angebote ihrer Ansicht nach den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, unzulässige Teil-, Alternativ- oder Abänderungsangebote darstellen, die Mindestanforderungen nicht erfüllen, oder fehlerhaft oder unvollständig sind und deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

Dabei handelt es sich um völlig unterschiedliche Ausscheidensgründe, denen ein völlig unterschiedliches Fehlverhalten der Antragstellerin im Zusammenhang mit ihrer Angebotslegung zu Grunde liegen würde.

Eine sonstige Begründung des Ausscheidens enthalten die nunmehr angefochtenen Ausscheidensentscheidungen nicht. Für die Antragstellerin war daher aus den angefochtenen Ausscheidensentscheidungen nicht ersichtlich, auf welche Ausscheidensgründe sich die Antragsgegnerin stützt. Damit ist der Argumentation der Antragstellerin zu folgen, dass diese Begründung grundsätzlich unzureichend ist, obwohl diese in ihrem Vorbringen Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs zur Begründung von Zuschlagsentscheidungen zitiert, die auf den vorliegenden Fall nur bedingt zutreffen.

Das Unterbleiben jeglicher auf das konkrete Angebot bezogenen Begründung verfehlt im Hinblick auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 8.10.2010, Zahl 2009/04/0214, nur dann nicht den Zweck der Verpflichtung zur Begründung der Ausscheidensentscheidung, wenn der Antragstellerin ohnedies aufgrund der schriftlichen und mündlichen Kommunikation der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung klar sein muss, worauf sich die Ausscheidensentscheidung aus der Sicht der Antragsgegnerin stützt.

Erst die mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien hat ergeben, dass die Antragsgegnerin sich beim Ausscheiden der Angebote ausschließlich auf das Thema „durchgehende Beschäftigung der Mitarbeiter“ gestützt hat. Dieses Thema wurde im Vergabeverfahren zwar angesprochen und war der Antragstellerin, wie aus ihrer Ergänzung zum Aktenvermerk vom 14.8.2018 hervorgeht, auch bewusst. Die Antragsgegnerin hat das Verständnis der Festlegungen in der Ausschreibung in Beilage 13.08.1 hinsichtlich der Mindestanforderungen Punkt 3), das ihren Angaben nach in der mündlichen Verhandlung im Vorverfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien vom dort erkennenden Senat offenbar zum Ausdruck gebracht wurde, nämlich, dass die Beschäftigungsnachweise sich auf Mitarbeiter beziehen müssen, die in den Jahren 2015, 2016 und bis einschließlich 30.6.2017 durchgehend beschäftigt waren, ihrer Angebotsprüfung und den Ausscheidensentscheidungen zu Grunde gelegt.

Dieses Verständnis kommt jedoch weder in der Entscheidung noch in der Verhandlungsschrift aus dem Vorverfahren zum Ausdruck. Es kann sich dabei daher nicht um tragende Gründe für die Vorentscheidung handeln, an die der nunmehr entscheidende Senat gebunden wäre. Würde man diesen Erwägungen, die nicht schriftlich festgehalten wurden, Relevanz für zukünftige Nachprüfungsverfahren zum selben Vergabeverfahren zuerkennen, würde dies den Rechtsschutz aller jener Bieter (wie z.B. der nunmehrigen Antragstellerin), die an der mündlichen Verhandlung im genannten Vorverfahren nicht teilgenommen haben, verletzen, da sie diese Erwägungen nicht kennen können.

Der nunmehr erkennende Senat kann der Wortfolge in Punkt 3) der Mindestanforderungen diesen Sinn nicht entnehmen, zumal Beschäftigungsnachweise aus den Jahren 2015, 2016 und bis einschließlich 30.6.2017 und nicht für diese Jahre gefordert waren. Eine darüber hinausgehende nähere Spezifizierung zum Zeitraum, den diese Beschäftigungsnachweise umfassen sollten, erfolgte nicht.

Die Verständigung eines Bieters vom Ausscheiden seines Angebotes hat den Grund des Ausscheidens anzugeben. Dieser Grund muss dem Zweck der Vorschrift entsprechen – nämlich den Bieterrechtsschutz gegen ein allfällig rechtswidriges Ausscheiden zu ermöglichen – soweit konkretisiert sein, dass der Bieter einen ausreichend begründeten Nachprüfungsantrag stellen kann. Nach

der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wird die Ausscheidensentscheidung diesem Zweck auch dann gerecht, wenn dort nur allgemein auf die Ausscheidensgründe hingewiesen wird und dem Bieter auf Grund des Vergabeverfahrens klar sein muss, auf welche Ausscheidensgründe darin Bezug genommen wird. Im vorliegenden Fall sind die Ausscheidensentscheidungen ausschließlich mit dem Gesetzestext begründet, wobei nicht einmal der auf das konkrete Ausscheiden zutreffende Tatbestand ausgewählt wurde.

Der von der Antragsgegnerin nach ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien ausschließlich herangezogene Ausscheidensgrund trägt die Ausscheidensentscheidungen nach Ansicht des erkennenden Senates daher nicht. Im Vergabeverfahren wurde die Antragstellerin mehrfach zur Nachreichung von Nachweisen aufgefordert und hat auch Unterlagen nachgereicht. Inwiefern weiterhin Unterlagen über die o.a. Thematik hinaus nach Ansicht der Antragsgegnerin noch gefehlt haben, hat diese nach dem Vergabeakt der Antragstellerin nicht unmissverständlich zur Kenntnis gebracht, bevor die Ausscheidensentscheidungen erfolgt sind. Es wurde auch nicht darauf eingegangen, inwiefern die Voraussetzungen für ein Los bzw. beide Lose gefehlt haben.

Die Antragsgegnerin hat somit weder in den Ausscheidensentscheidungen selbst den von ihr konkret herangezogenen Ausscheidensgrund genannt, noch ist aus den Vergabeakten nachvollziehbar, dass sie ihre Entscheidung auf einen anderen zulässigen Ausscheidensgrund gestützt hätte.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wäre das Gericht auch befugt, auf solche Gründe für das Ausscheiden eines Angebotes Bedacht zu nehmen, die vom Auftraggeber nicht herangezogen wurden, wenn sich diese Gründe aus den Akten des Vergabeverfahrens ergeben.

Es ist aber nicht primär Aufgabe des Gerichtes, potentielle Ausscheidensgründe auf Grund des Vergabeaktes und des Vorbringens der Parteien im Nachprüfungsverfahren herauszuarbeiten und damit die Zuständigkeit der Auftraggeberin wahrzunehmen, zumal dies im vorliegenden Fall mit einer umfangreichen Prüfung des Angebotes der Antragstellerin und den bereits durchgeführten Aufklärungen verbunden wäre.

Da im vorliegenden Fall die Antragstellerin nicht die Möglichkeit hatte, die Ausscheidensgründe ausreichend zu erkennen, ist ihr Rechtsschutz hinsichtlich allfälliger Rechtswidrigkeiten der Ausscheidensentscheidungen nicht sicher gestellt. Wenn die Ausscheidensgründe erst im Nachprüfungsverfahren vom Gericht herausgearbeitet werden müssen, so ist dies nicht ausreichend, zumal das Gericht keine im Vergabeverfahren üblichen Prüfschritte vornehmen kann.

Zur Frage der Parteistellung der ARGE B. ist Folgendes auszuführen:

§ 22 WVRG 2014 normiert, dass Parteien des Nichtigerklärungsverfahrens u.a. jene Unternehmerinnen oder Unternehmer sind, die durch die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (mitbeteiligte Parteien).

Diese Formulierung orientiert sich laut den Erläuterungen zu § 22 WVRG 2014 an § 324 Abs. 3 BVergG 2006. Dort wird ebenfalls geregelt, dass „Parteien des Nachprüfungsverfahrens ferner jene Unternehmer sind, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können“. In den Erläuterungen zu § 324 Abs. 3 BVergG 2006 wird ausdrücklich ausgeführt, dass in jenen Fällen, in denen ein Bieter sein Ausscheiden anfecht, auch die Mitbieter Parteistellung haben, weil sie durch die Nichtigerklärung des Ausscheidens einen Nachteil erleiden können.

Die ARGE B. war daher als Partei zuzulassen. Die Schriftsätze der Antragstellerin und der Antragsgegnerin waren ihr zur Kenntnis zu bringen, wobei diese, soweit Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (z.B. hinsichtlich Angebotsdetails der Antragstellerin zu den bekannt gegebenen Gärtner/Gartenarbeiter/Baumpfleger) betroffen waren, vom Gericht geschwärzt wurden. Auch war die ARGE B. zur mündlichen Verhandlung zu laden. Auch hier musste sie die Verhandlung verlassen, wenn Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragstellerin besprochen wurden und es wurde ihr das Verhandlungsprotokoll nur in dem Umfang übergeben, in dem es keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragstellerin enthält.

Eine Vertagung der mündlichen Verhandlung war nicht erforderlich, da es allen Parteien möglich war, zum gegnerischen Vorbringen eine Stellungnahme abzugeben.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr für Nachprüfungsanträge zu zwei Ausscheidensentscheidungen in einem Vergabeverfahren für Bauleistungen im Oberschwellenbereich entrichtet. Die angefochtenen Lose bewegen sich jedoch im Unterschwellenbereich, weshalb der Antragstellerin der im Spruch ersichtliche Teil der Pauschalgebühr vom Gericht zurück zu erstatten ist. Die übrige Pauschalgebühr ist der Antragstellerin von der Antragsgegnerin zu ersetzen, da sie mit ihren Nachprüfungsanträgen obsiegt hat.

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.

### B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die

beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.