



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
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/060/34869/2014-6
VGW-123/060/34912/2014
M.

Wien, 27. Februar 2014

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Vorsitzenden Mag. Fischer und die Richter Dr. Neumann als Berichter sowie Dr.ⁱⁿ Lettner als Beisitzerin über die Anträge der M., vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung der Bekanntmachung (datiert mit 18. November 2014) zu dem Vergabeverfahren „F.“ der Stadt Wien (Magistratsabteilung ...), eventualiter bestimmter Festlegungen in dieser Bekanntmachung sowie auf Nichtigerklärung der Fragebeantwortung vom 11. Dezember 2014, eventualiter einzelner Festlegungen dieser Fragebeantwortung nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung durch Verkündung am 19. Februar 2014

zu Recht e r k a n n t:

- I. Dem Antrag, die Bekanntmachung (abgesendet am 14. November 2014, datiert mit 18. November 2014, 2014/S 222-392522) zu dem Vergabeverfahren „F.“ für nichtig zu erklären, wird stattgegeben.
- II. Dem Antrag, die rechtswidrige Fragebeantwortung vom 11. Dezember 2014 für nichtig zu erklären, wird insofern Folge gegeben, als die Beantwortung zu Frage Nr. 4, der zufolge Bietergemeinschaften und Subunternehmer für die Teilnahme am Verfahren unzulässig sind, für nichtig erklärt wird.
- III. Den Anträgen, die Auftraggeberin dazu zu verpflichten, der Antragstellerin die für die Nachprüfungsanträge (Nichtigerklärung der Bekanntmachung und

der Fragebeantwortung) sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen, wird Folge gegeben. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 1.900,-- zu ersetzen.

IV. Der Antragstellerin wird von den entrichteten Pauschalgebühren ein Betrag in der Höhe von EUR 1.250,-- rückerstattet.

V. Die Revision nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 7 Abs. 1 und 2 Z 2, 15 Abs. 1 und 3, 16 Abs. 1 und 2, 20 Abs. 1, 26 Abs. 1 WVRG 2014; §§ 1 und 3 Abs. 1 WVPVO; 141 Abs. 1, 2 und 5 BVergG 2006.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Gang des Verfahrens und Vorbringen

I.1 Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Mit Schriftsatz vom 19. Dezember 2014 stellt die M. (im Folgenden: Antragstellerin) bezüglich des gegenständlichen Vergabeverfahrens "F." der Stadt Wien (Magistratsabteilung ...) die im Spruch ersichtlichen Anträge. Darüber hinaus stellt sie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren durch die Antragsgegnerin. Schließlich wird unter anderem auch die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung beantragt.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichts Wien vom 23. Dezember 2014 wurde eine einstweilige Verfügung erlassen und darin ausgesprochen, dass für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Teilnahmefrist ausgesetzt und der Antragsgegnerin die Öffnung allfällig eingelangter Teilnahmeanträge untersagt wird.

I.2 Vorbringen der Antragstellerin und Stellungnahme der Antragsgegnerin

Die Antragstellerin sieht mehrere Gründe für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Festlegungen. Im Einzelnen legt sie dazu dar:

- Mehrere Punkte der Bekanntmachung seien rechtswidrig: Punkt III.2.1), Punkt III.2.2), Punkt III.3.2), Punkt IV.1.2).

Punkt III.2.1) der Bekanntmachung:

Es werde geregelt, dass der „Nachweis über die Befugnis“ beispielsweise durch „Eintragung im Vereinsregister“ erfolgen könne. Dies sei augenscheinlich rechtswidrig und auch diskriminierend für Bieter, die nicht in der Rechtsform eines Vereins tätig seien.

Ein Auftraggeber sei zudem verpflichtet, klare Vorgaben für die Eignung zu treffen. Dies sei bei der hier für Referenzen getroffenen Regelung nicht der Fall. Darüber hinaus komme es dabei zu einer unzulässigen Vermengung mit Aspekten, die für die Auswahlentscheidung herangezogen werden. Es sei nicht klar, in welchem Verhältnis dieses Eignungskriterium zu den dortigen Auswahlkriterien stehe.

Darauf erwidert die Antragsgegnerin:

Mit der beispielhaften Erwähnung eines „Vereinsregisterauszugs“ solle lediglich eine Möglichkeit des Nachweises der rechtlichen Existenz der BewerberInnen und damit auch letztlich jene über das Vorliegen einer beruflichen Befugnis aufgezeigt werden.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin würden die Eignungskriterien in nichtdiskriminierender Weise auf den Leistungsinhalt abstellen und in ausreichender Klarheit durch die angeführte Erbringung diesbezüglicher Nachweise (z.B. Referenzen) die Anforderungen an die BewerberInnen festlegen.

Punkt III.2.2) der Bekanntmachung:

Dazu die Antragstellerin:

Hier seien als Nachweis für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit unter anderem „Bonitätsauskünfte“ gefordert. Dabei sei aber völlig unklar, was darunter zu verstehen sei: Eigen- oder Drittauskunft bzw. welche Kreditauskünfte anerkannt werden, Mindestanforderungen, wie viele Auskünfte erforderlich seien (die Bekanntmachung spreche ja von Auskünften in der Mehrzahl) etc.. Eine derartige unklare Festlegung sei rechtswidrig.

Darauf erwidert die Antragsgegnerin:

Die Antragstellerin kritisiere, dass der Begriff „Bonitätsauskünfte“ unklar sei. Die Antragsgegnerin legt dar, dass nach § 74 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Auftraggeber eine entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft) verlangen könne. Insofern entspreche der Begriff Bonitätsauskünfte dem BVergG 2006. Gemäß § 70 Abs. 2 BVergG 2006 könnten Bieter ihre Befugnis, Zuverlässigkeit, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch mittels Eigenerklärung belegen. Hier hätte die Antragstellerin die Möglichkeit, auf vorhandene Bankauskünfte zu verweisen, welche nach Aufforderung der Auftraggeberin unverzüglich nachzubringen wären. Verfüge die Antragstellerin nur über eine Bankverbindung, sei zweifelsfrei die Vorlage einer Bankauskunft zulässig. Die von der Antragstellerin monierte Unklarheit liege demnach nicht vor.

Punkt III. 3. 2)

Die Antragstellerin bringt vor, dass unklar sei, welche Personen anzuführen seien. Denn es könnte sich um die juristisch oder um die inhaltlich Verantwortlichen oder überhaupt alle in der Leistungserbringung tätigen Personen handeln. Darüber hinaus sei auch diese Vorgabe inhaltlich nicht näher definiert sowie nicht dargelegt, ob damit eine Mindestanforderung festgelegt werde.

Die Antragsgegnerin führt nachstehend im Kern dazu aus:

Aufgrund des sensiblen Leistungsgegenstandes sei die Anführung jener

Personen, die für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlich seien, sachlich gerechtfertigt und sogar geboten.

Punkt IV.1.2) der Bekanntmachung:

Bezüglich der Auswahlentscheidung bringt die Antragstellerin vor, dass zunächst festzuhalten sei, dass mindestens drei und höchstens fünf Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden würden. Ein solcher Spielraum für die Auftraggeberin sei unzulässig, nachdem nicht definiert sei, wie die Entscheidung über die konkrete Anzahl der für die zweite Stufe aufzufordernden Bewerber erfolge.

Zu den Auswahlkriterien 1. und 2. wird von der Antragstellerin – soweit ersichtlich – festgehalten, dass nicht klar sei, wie diese Auswahlkriterien konkret zu verstehen seien, wodurch auf Seiten der Auftraggeberin die Möglichkeit zur objektiven Willkür vorhanden sei.

Zum Auswahlkriterium 3. wird von der Antragstellerin vorgebracht, dass das Kriterium „Bekanntnis zu [...]“ schon deswegen als Auswahlkriterium ungeeignet sei, weil ein „Bekanntnis“ nicht quantifizierbar sei, was aber für ein Auswahlkriterium Voraussetzung sei. Abgesehen davon wäre es völlig unklar, wie ein Mehr an Bekanntnis zu bewerten wäre.

Zu allen Auswahlkriterien hält die Antragstellerin fest, dass § 2 Abs. 20 lit. a BVergG 2006 verlange, dass die Auswahlkriterien „in der Reihenfolge ihrer Bedeutung“ festgelegt würden; dies sei auch den Bewerbern mitzuteilen. Diese Festlegung fehle hier.

Darauf erwidert die Antragsgegnerin:

Die angegebene Mindestanzahl von drei Bewerbern ergebe sich aus § 103 Abs. 6 BVergG 2006, wonach im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer bei Existenz einer hinreichenden Anzahl von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern nicht unter drei liegen dürfe. Die Auswahl der besten fünf BewerberInnen sei eine Festlegung der Antragsgegnerin und ergebe sich aus den

den Auswahlkriterien am besten entsprechenden BewerberInnen.

Zu den Auswahlkriterien 1. und 2.: Der Auftraggeber habe nichtdiskriminierende, auf den Leistungsinhalt abgestimmte und unternehmensbezogene Auswahlkriterien festzulegen, nach welchen die Qualität der BewerberInnen beurteilt werde und die Auswahl der besten Bewerberinnen erfolge (§ 2 Z 20 lit. a BVergG 2006). Darüber hinaus müssten die Auswahlkriterien den besonderen Erfordernissen der zur Ausführung gelangenden Leistung Rechnung tragen. Sie müssten daher für die Ermittlung der für die Erfüllung des konkreten Auftrages bestgeeigneten BewerberInnen geeignet sein.

Diesen Anforderungen würden die angeführten Auswahlkriterien durchaus gerecht werden. Es könne nicht ersehen werden, dass es unklar wäre, was unter den Auswahlkriterien 1. und 2. zu verstehen sei. Auch würden diese Kriterien auf Kenntnisse und Erfahrungen in bestimmten näher und klar umschriebenen Bereichen abstellen, die die Umstände der Bewertung nicht fraglich erscheinen lassen würden, weswegen Willkür des Auftraggebers nicht vorliegen könne.

Zum Auswahlkriterium 3.: Die partizipative Einbeziehung von Kindern und ihren Eltern, Vernetzung, Kooperation und Dokumentation würden essenzielle Qualitätskriterien in der Familienarbeit (vor allem im Kinderschutz) darstellen und seien daher bei der Eignungsbeurteilung von wesentlicher Bedeutung. Die Umsetzung erfordere einerseits entsprechende EDV-Ausstattung sowie die Möglichkeit zur elektronischen Informationsübermittlung und Fallbearbeitung. Andererseits sei die qualifizierte Dokumentation von grundlegender Bedeutung, um diese Arbeit in ihren einzelnen Entwicklungsphasen für die Familien selbst, für HelferInnen und KooperationspartnerInnen, aber auch für EntscheidungsträgerInnen wie die Gerichte und Kontrollorgane der öffentlichen Hand zu jeder Zeit offen legen zu können.

Zur Bewertung dieses Auswahlkriteriums würden einerseits das Vorhandensein der technischen Voraussetzungen, andererseits die klaren Vorstellungen der BewerberInnen, wie partizipative Einbeziehung der betreuten Kinder und deren Familien und die kooperative Zusammenarbeit mit dem Kinder- und Jugendhilfeträger, herangezogen werden.

Zu allen Auswahlkriterien: Die Auswahlkriterien seien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegt und würden somit § 20 Z 20 lit. a BVergG 2006 entsprechen.

- Rechtswidrigkeit von **Fragebeantwortungen:**

Dazu die Antragstellerin:

Fragebeantwortung 4 vom 11. Dezember 2014:

In dieser Fragebeantwortung 4 werde zu Bietergemeinschaften und Subunternehmern festgehalten, dass keine Bietergemeinschaften und keine Subunternehmer zulässig seien. Diese Festlegungen seien zum vorliegenden Vergabeverfahren rechtswidrig. Im vorliegenden Fall sei keine entsprechende Rechtfertigung zu erblicken (mit Hinweis auf VKS Wien 20. März 2006, VKS-225/06). Der völlige Subunternehmer-Ausschluss sei jedenfalls rechtswidrig (unter Hinweis auf EuGH 18. März 2004, Rs C-314/01 - Chipkarte).

Darauf erwidert die Antragsgegnerin:

Aufgrund des sensiblen Aufgabengebietes solle die Leistung nur an einen Vertragspartner mit viel Erfahrung sowohl in der sozialarbeiterischen als auch sozialpädagogischen Arbeit vergeben werden. Es sei daher notwendig, dass Verhandlungsverfahren schon direkt mit dem potentiellen Auftragnehmer durchzuführen. Der Ausschluss von Bietergemeinschaften als auch von Subunternehmern sei daher im Hinblick auf den im konkreten Fall besonders sensiblen Leistungsgegenstand und die Notwendigkeit eines besonderen Vertrauensverhältnisses zum Auftragnehmer sachlich gerechtfertigt und zulässig (§ 20 Abs. 2 BVergG 2006, § 83 BVergG 2006).

Fragebeantwortung 6 vom 11. Dezember 2014:

Die Antragstellerin bringt vor:

Die Aussage der Fragebeantwortung 6 sei unklar. Sollte es sich dabei um eine

gebietsmäßige Beschränkung handeln, die nur Wiener Einrichtungen die Teilnahme am Vergabeverfahren gestatte, wäre das klar rechtswidrig. Aus Umsichtsgründen werde daher auch diese Festlegung ausdrücklich bekämpft.

Darauf repliziert die Antragsgegnerin:

Bei der Beantwortung handle es sich eindeutig um ein Missverständnis, da die Antragsgegnerin die nicht klar formulierte Frage auf die Durchführung der Bewertung der Eignungs- und Auswahlkriterien bezog. Einen anderen Schluss lasse die Fragebeantwortung keinesfalls zu. Selbstverständlich handle es sich nicht um eine gebietsmäßige Beschränkung, die nur Wiener Einrichtungen die Teilnahme am Vergabeverfahren gestatte.

Restliche Fragebeantwortung vom 11. Dezember 2014:

Die Antragstellerin bringt vor:

Sie gehe davon aus, dass es sich bei den restlichen Antworten dieser Fragebeantwortung um keine eigenständigen Festlegungen handle. Allenfalls könne dies aber anders gesehen werden. Deshalb bekämpfe die Antragstellerin aus Umsichtsgründen ausdrücklich auch diese Festlegungen und beantrage deren Nichtigerklärung. Diesbezüglich verweist die Antragstellerin auf die oben ausgeführten Gründe für die Rechtswidrigkeit der Fragebeantwortungen.

Die Antragsgegnerin bringt dazu vor:

Bei den restlichen Fragebeantwortungen handle es sich nicht um eigenständige Festlegungen. Vielmehr würden die Fragen Verweise auf die Bekanntmachung beinhalten, da die Fragen aufgrund der Bekanntmachung zu beantworten wären.

- Ohne Bezug auf konkrete Punkte der Ausschreibung bringt die Antragstellerin vor:

Aus einer Zusammenschau der vorhandenen Festlegungen sowie auch in Verbindung mit dem Fehlen weiterer Festlegungen ergebe sich die

Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung. Der Auftraggeberin verbleibe bei der Auswahlentscheidung ein derart großer Spielraum, der zumindest die objektive Möglichkeit zur Willkür eröffnet. Schon diese theoretische Möglichkeit verletze die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz. Der Transparenzgrundsatz werde auch durch fehlende Angaben über die Größe und Zusammensetzung der Bewertungskommission verletzt.

In Summe ergebe sich daher die umfassende Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung; dies auch aufgrund der nur sehr rudimentären Festlegungen. Infolge des Zusammenhanges der vorhandenen, aber auch der fehlenden Regelungen sei eine Nichtigerklärung der beiden Entscheidungen jeweils zur Gänze vorzunehmen. Eine Teilnichtigerklärung sei gegenständlich nicht möglich, weil durch die Streichung aller rechtswidrigen Regelungen keine „sinnvolle“ Verfahrensgrundlage mehr verbliebe.

Die vorliegenden Rechtswidrigkeiten seien auch wesentlich im Sinn des § 26 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014. Die Wesentlichkeit einer Rechtswidrigkeit sei nach der genannten Bestimmung bereits dann anzunehmen, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben könnte. Es genüge somit eine bloß potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens.

Alle zur Rechtswidrigkeit des bisherigen Vergabeverfahrens angeführten Umstände werden von der Antragstellerin – aus Umsichtsgründen – auch ausdrücklich als Mängel des Vergabeverfahrens und damit als eigenständige Rechtswidrigkeit geltend gemacht.

- Schließlich führt die Antragsgegnerin nicht bezogen auf bestimmte Punkte der Ausschreibung aus:

Es liege mangelnde Antragslegitimation der Antragstellerin vor. Die Kernkompetenz der Antragstellerin liege laut eigener Beschreibung im Bereich unternehmensbezogener, persönlichkeitsorientierter, arbeitsmarktpolitischer und sozial-integrativer Programme jeder Größenordnung. Ziehe man die Auswahlkriterien heran, sei nach der Unternehmensbeschreibung der

Antragstellerin zweifelhaft bzw. nicht hinreichend dargelegt, ob diese ausreichende Kenntnisse im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe, insbesondere im Bereich der sozialen und sozialpädagogischen Arbeit und überhaupt Kenntnisse der rechtlichen Grundlagen, insbesondere im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe sowie im Familienrecht anzubieten vermöge. Aufgrund des von der Antragstellerin selbst beschriebenen Unternehmensgegenstandes sei davon auszugehen, dass diese zu keinem Zeitpunkt die alleinige Bewerbung in Betracht gezogen habe, sondern vielmehr in einer Bietergemeinschaft oder unter Heranziehung eines Subunternehmens an dem Vergabeverfahren teilnehmen wollte. In diesem Zusammenhang weist die Antragsgegnerin auf den Ausschluss von Bietergemeinschaften und Subunternehmern hin (Fragebeantwortung 4 vom 11. Dezember 2014).

Ganz allgemein weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass § 141 Abs. 1 BVergG 2006 keinen Verweis auf die allgemeinen Vergabegrundsätze in § 19 BVergG 2006 enthalte, zumal in Abs. 2 dieser Bestimmung eigene Vergabegrundsätze aufgestellt werden würden. Nach seinem Regelungskonzept solle § 141 BVergG 2006 alleinige Grundlage dafür sein, ob und inwieweit öffentliche Auftraggeber vergaberechtliche Normen bei der Vergabe von nicht-prioritären Dienstleistungen zu beachten hätten. Insofern werde den öffentlichen Auftraggebern durch § 141 BVergG 2006 unter Beachtung der Vergabegrundsätze des § 141 Abs. 2 BVergG 2006 eine gewisse Gestaltungsautonomie eingeräumt.

Insgesamt beantragt die Antragsgegnerin die Anträge der Antragstellerin als unzulässig zurückzuweisen, in eventu als unbegründet abzuweisen.

- Ergänzendes schriftliches Vorbringen der Antragstellerin vom 17. Februar 2015

Mit Schriftsatz vom 17. Februar 2015 (eingelangt am 18. Februar 2015) nahm die Antragstellerin über ihren Parteienvertreter ergänzend zum anhängigen Nichtigerklärungsverfahren Stellung, mit der auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin Bezug genommen wird.

Dabei wird darauf hingewiesen, dass nunmehr von der Antragsgegnerin

hinsichtlich des Auftragsgegenstands „Familienbegleitung“ eine Einengung des Leistungsgegenstandes vorgenommen werde. Die Auftraggeberin klammere mit ihren Ausführungen die Familienbegleitung infolge gerichtlicher Verfügung aus.

Zudem weist die Antragstellerin darauf hin, dass für die Frage der Antragslegitimation aus den Auswahlkriterien nichts gewonnen werden könne; vielmehr müssten diese dabei außer Acht bleiben. Allgemein sei darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin das Fehlen der Antragslegitimation mit gerade jenen einschränkenden Festlegungen in der Ausschreibung begründen wolle, die von der Antragstellerin als rechtswidrig bekämpft werden würden. Ein derartiger Zirkelschluss sei unzulässig. Vielmehr sei bloß eine oberflächlich vorzunehmende plausible Darlegung der Möglichkeit zur Leistungserbringung relevant. Betrachte man die sehr lose gestalteten Eignungsanforderungen, zeige sich, dass die Antragstellerin diese Kriterien vollständig erfülle. Der Hinweis der Auftraggeberin auf die Website der Antragstellerin könne niemals eine hinreichende Beurteilungsgrundlage in einem Vergabeverfahren sein. Dazu sei auch zu erwähnen, dass die Antragstellerin auf ihrer Website aus verschiedenen Gründen bewusst allgemein bleibe. Die Antragstellerin verweist auch auf die Ausführung eines öffentlichen Auftrags in der Steiermark (Bezirk B.) für das Land als Kinder- und Jugendhilfeträger mit der Erbringung vergleichbarer Leistungen.

Bezüglich der geforderten technischen Leistungsfähigkeit trete die Auftraggeberin mit ihren Ausführungen zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nicht substantiiert entgegen. Es bleibe vielmehr dabei, dass auch im nicht-prioritären Bereich die Vorgaben an Referenzen näher determiniert sein müssten. Darüber hinaus bestätige die Auftraggeberin selbst, dass sie die Eignungs- und Auswahlkriterien vermengt habe.

Auch die Ausführungen der Antragsgegnerin zum Bonitätsnachweis änderten nichts daran, dass in der Ausschreibung dazu konkrete Angaben bzw. Vorgaben fehlen würden. Die nunmehrige Einschränkung in der Stellungnahme der Antragsgegnerin sei vom Text der Ausschreibung nicht gedeckt.

Zudem merkt die Antragstellerin an, dass auch nach dem „Auftraggeberin-Schriftsatz“ nicht völlig klar sei, welche „Personen“ konkret zu nennen seien. Bezüglich der Anzahl der einzuladenden Unternehmer bringt die Antragstellerin in

Replik auf die Ausführungen der Antragsgegnerin vor, dass mit keiner Auslegungsregel der von der Auftraggeberin gewünschte Sinn dieser Regelung erzielt werden könne. Es handle sich schließlich um eine nachträgliche Rechtfertigung der Auftraggeberin.

Die nicht in Zweifel zu ziehenden Ausführungen der Auftraggeberin im Schriftsatz vom 12. Jänner 2015 würden nichts an der Rechtswidrigkeit der Auswahlkriterien (Auswahlkriterien 1. bis 3.) ändern. Weiters würde aus den „Auftraggeberin-Ausführungen“ offenbar, dass diese eine Vermengung von Eignungs- und Auswahlkriterien vornehme, was aber unzulässig sei. Auch sei das Auswahlkriterium 3. nicht zulässig, da ein „Bekenntnis zu“ nicht quantifizierbar sei und die nunmehr dargestellten (Anm.: gemeint wohl in der Stellungnahme vom 12. Jänner 2015) Bewertungsaspekte nicht unter „Bekenntnis zu“ subsumiert werden könnten. Vielmehr würden zusätzliche Auswahlkriterien beschrieben werden, die bereits in der Bekanntmachung festgeschrieben werden hätten müssen.

Zum Ausschluss von Bietergemeinschaften und Subunternehmern bringt die Antragstellerin ergänzend sinngemäß vor, dass ein solcher nicht den Wettbewerbsgrundsatz des Vergaberechts verletzen dürfe und vielmehr Beschränkungen etwa von Arbeits- oder Bietergemeinschaften nur dann zulässig seien, wenn ohne diese Einschränkung der echte (freie und lautere) sowie unverfälschte Wettbewerb gefährdet wäre. Es müsse somit eine sachliche Rechtfertigung für die von der Auftraggeberin vorgenommenen Einschränkungen geben, die sich wiederum aus dem Wettbewerbsprinzip ableiten müsse. Die von der Auftraggeberin angeführte Begründung sei ebenfalls keine ausreichende sachliche Rechtfertigung für einen Ausschluss von Bietergemeinschaften und/oder Subunternehmern. Jedenfalls seien eine Mehrzahl gelinderer und auch geeigneterer Mittel zur Zielerreichung vorhanden.

I. 3 Mündliche Verhandlung

Am 19. Februar 2015 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt.

Ein Regionalmanager der Antragstellerin, Herr R., gibt als Zeuge über die Tätigkeit der Antragstellerin in der Steiermark an:

„Die Antragstellerin ist im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE), die sich aus fünf Trägern zusammensetzt, in der Steiermark tätig. Dabei konnte im Bereich Jugendwohlfahrt eine Ausschreibung im Bezirk B. für die ARGE entschieden werden. Die ARGE wird von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Betreuungsleistungen im Rahmen der Jugendwohlfahrt betraut. Die führende Funktion in der ARGE hat die Antragstellerin, d.h., dass die Antragstellerin das Konzept und Angebot entwickelt hat und dass die Koordination der ARGE bei der Antragstellerin liegt. 2015 werden etwa 600 Betreuungsfälle in diesem Zusammenhang an die ARGE übertragen.“

Wenn ich zum Leistungsgegenstand der ARGE in der Steiermark gefragt werde, so gebe ich an:

„Der Leistungsgegenstand richtet sich gegenwärtig im Präventionsbereich nach der Leistungsverordnung, die unterschiedlichen Leistungsarten sind genauestens definiert, wie z.B. etwa Sozialbetreuung oder Erziehungshilfe. Leistungen können entweder mobil oder auch durch ambulante Dienste erbracht werden. Gegenwärtig beauftragt die Bezirkshauptmannschaft für ein Familiensystem je nach Indikation für verschiedene Leistungsarten jeweils einen Träger. Es gibt Träger die haben etwa nur zwei Familien. Die ARGE hat im angeführten Bezirk ungefähr 80 Fälle. Im Rahmen des Übergangsmangements wird die Gesamtheit der Fälle ab 1. Juli 2015 an die ARGE übertragen. Gegenwärtig sind das die oben angeführten 600 Betreuungsfälle.“

Befragt zum Themenkreis Personalressourcen und Personalaufwand gibt der Zeuge an:

„Wenn ich nach Einschätzungen über die Rekrutierungsmöglichkeiten von Fachkräften für Wien gefragt werde, so gebe ich an, dass die Antragstellerin in ihrem Unternehmensverbund über 350 Fachkräfte mit pädagogischem oder psychosozialen Ausbildungshintergrund verfügt. Ca. zehn Mitarbeiter haben davon Erfahrungen im Jugendwohlfahrtsbereich. Ich möchte darauf hinweisen, dass es sich hier nur um eine Einschätzung handelt. Die Antragstellerin könnte darüber hinaus Mitarbeiter mit einschlägiger Fachqualifikation extern rekrutieren.“

Gefragt über den geschätzten Personalaufwand für eine Familienbetreuung gibt der Zeuge an:

„Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff Familienbetreuung nicht eindeutig normiert ist und in den Ländern unterschiedlich verstanden wird.“

Ungefähr würde ich folgende Einschätzung abgeben:

Zur Betreuung einer Familie sind 25 Monatsstunden unmittelbare Betreuung Face-to-Face und 25 Stunden mittelbare Betreuung erforderlich. Diese Zahlen leite ich aus der steiermärkischen Leistungsverordnung und aus der

Beauftragungspraxis der BVBs ab, dort sind diese Stundenansätze durchschnittlich vorgegeben für die sozialpädagogische Familienbetreuung."

Wenn ich gefragt werde, welche Bedeutung für die Antragstellerin der Rückgriff auf Bietergemeinschaften und Subunternehmer im Zusammenhang mit der Durchführung von Familienbetreuung auch für Wien hat, gebe ich an:

„Dies hängt nicht mit der fehlenden technischen Leistungsfähigkeit zusammen, sondern vielmehr damit, dass wir von den Konzepten und Methoden der Partner profitieren wollen und vice versa. Das ist insbesondere in einem Schnittstellenbereich wie der Jugendwohlfahrt von besonderem Interesse."

Ob wir bei dieser Ausschreibung als Arbeitsgemeinschaft geboten hätten, steht noch nicht fest; die Ausschreibung enthält nicht genug Angaben, um das jetzt schon zu beurteilen. Sofern der Leistungsgegenstand in Wien mit jenem in B. vergleichbar ist, würde die Antragstellerin auf die ARGE zurückgreifen."

Auf Befragen der Vertretung der Antragsgegnerin, welche Leistungen im Bezirk B. erbracht werden, gebe ich an:

„Es sind alle Leistungen erfasst, nur stationäre Dienste sind ausgenommen. Außerdem kommt noch das sogenannte mobile betreute Wohnen dazu."

Auf weitere Frage der Vertretung der Antragsgegnerin, wie bei zehn Familienbetreuung in einer ARGE durchgeführt werden kann, gebe ich an:

„Wir würden auf das Beratungswissen der Mitglieder zurückgreifen; es würde sich auf Konsultationsleistungen beziehen. Die Arbeit vor Ort müsste von einem Träger durchgeführt werden."

Die Vertretung der Antragsgegnerin bringt zu ihrer schriftlichen Stellungnahme in der mündlichen Verhandlung ergänzend vor:

Wien unterscheidet sich von den Bundesländern und speziell von der Steiermark. Traditionell werde ein Großteil der Leistungen im Bereich der Jugendhilfe vom Magistrat der Stadt Wien selbst erbracht. Dazu könne gesagt werden, dass sowohl für den primären, den sekundären als auch den tertiären Präventionsbereich der Magistrat Leistungen erbringe. Beim primären Präventionsbereich seien es die sozialen Dienste. Beim sekundären Präventionsbereich sei eine Gefährdung des Kindes bereits festgestellt worden und ergebe sich ein Schutzbedarf, der durch ambulante Angebote abgedeckt werde. Beim tertiären Präventionsbereich sei bereits ein Schaden eingetreten und werde etwa zum Schutz mit sozialpädagogischen Wohngemeinschaften vorgegangen. Auf Grund des Leistungsangebotes der Stadt Wien sei an ein kleineres Volumen bezüglich des Zukaufs von klar umrissenen Leistungen in der Familienbetreuung gedacht. Dabei erscheine es von großer Bedeutung, auf Grund der Zusammenarbeit, dass eine unmittelbare Leistungserbringung erfolge und nicht eine solche von Bietergemeinschaften. Auch erscheine es erforderlich,

dass ein breites Wissen bei der Familienbetreuung etwa aus dem Gesundheitsbereich oder der Grundsicherung erforderlich sei. Insbesondere ist ein Ressourcenwissen über Wien und die einschlägigen Institutionen (Soziallandschaft) wichtig.

Der Vertreter der Antragstellerin erwidert dazu, dass das Leistungsspektrum, das von der Antragsgegnerin gefordert werde, geringer sei als das von der Antragstellerin in der Steiermark zu erbringende. Nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin sei ausschließlich wichtig, dass in der tatsächlichen Betreuungsleistung der unmittelbare und konstante Kontakt zwischen den betreuenden und den betreuten Personen bestehe. Die rechtliche Konstruktion auf der Seite der Antragstellerin, konkret ob die Antragstellerin Teil einer ARGE sei, spiele vor dem Hintergrund dieses Vorbringens der Antragsgegnerin gar keine Rolle. Das von der Antragsgegnerin genannte Ressourcenwissen und Know-How in Wien sei nicht als Eignungsvoraussetzung definiert, nichts desto trotz habe die Antragsgegnerin die Möglichkeit dieses Wissen für eine Leistungserbringung zur Verfügung zu stellen.

Die Vertretung der Antragsgegnerin beantwortet nachstehende vom erkennenden Senat gestellte Fragen wie folgt:

1. Welche Leistungen betreffen die Familienbegleitung der gegenständlichen Ausschreibung? *Es geht um Maßnahmen zur Wahrung des Kindeswohls in Anwendung des gelindesten Mittels bei gefährdeten Kindern. Darunter ist die Unterstützung bei der Erziehung im Fall festgestellter Gefährdung und eines festgestellten Unterstützungsbedarfs zu verstehen. Diese Leistungen sind in den Qualitätsstandards der MA ... klar definiert.*
2. Welche Personen mit welcher Qualifikation werden dafür benötigt? *Sozialpädagoginnen/Sozialarbeiterinnen*
3. Welche Befugnis benötigt eine Organisation? *Es gibt keine Gewerbeberechtigung, die eine Organisation für das Anbieten von Familienbegleitung benötigt. Als Träger für sozialpädagogische Einrichtungen braucht es eine Bewilligung auf Basis der Landesgesetze.*
4. Gibt die Reihenfolge der Kriterien in Punkt IV. 1.2) die Bedeutung der Kriterien wieder? *Die Kriterien sind vor dem Hintergrund des Schutzes der Kinder und Jugendlichen zu sehen und hängen miteinander zusammen.*
5. Was wird unter Bonitätsauskünfte verstanden und von wem ist eine Bestätigung zu erbringen? Von einer Bank, Kreditschutzverband usw. Wie viele werden benötigt? *Eine würde reichen. Welcher Grad bzw. welches Ausmaß der Bonität? Unseres Erachtens soll man eine bestimmte Liquidität haben und keine Außenstände. Das haben wir in der Ausschreibung nicht festgelegt.*
6. Wer ist aus ihrer Sicht die in Punkt III 3.2) verantwortliche Person? *Darunter sind jene Personen zu verstehen, die in der Familie unmittelbar tätig werden und die Sozialarbeit ausführen. Es gibt die juristische Person, die Vertragspartner ist, und die physischen Personen, die die Leistungen erbringen. Nicht gemeint damit ist etwa die administrative Tätigkeit im Zusammenhang mit Protokollierungen.*
7. Wie werden die Bieter anhand der Auswahlkriterien bewertet? *Im Hinblick*

auf die unterschiedlichen Problemlagen in den einzelnen Familien sollen die Bieter aufzeigen, dass sie sich mit dem Handlungsfeld ausreichend beschäftigt haben und auch mit den möglichen Problemlagen ausreichend vertraut sind. Bei der Bewertung soll berücksichtigt werden, wie differenziert sich die Bieter mit dem Handlungsfeld auseinandergesetzt haben und den Auftrag zur Unterstützung der Erziehung berücksichtigt haben. Sie sollen auch die Möglichkeit haben eigene Angebote einzubringen. Die Vergleichbarkeit der Angebote soll insofern berücksichtigt werden, als eine Kommission aus Sozialarbeitern und Sozialpädagogen gebildet werden soll, die auf Grund ihrer eigenen Qualifikation und Erfahrung gemeinsam einschätzen, welchen Kriterien welche Bedeutung beigemessen werden soll. Dabei sollen die Beurteilungsvorgaben jedoch nicht exakt definiert werden, damit den Bedürfnissen der einzelnen Familien Rechnung getragen werden kann.

8. *Warum darf es keine Subunternehmer oder Bietergemeinschaften geben? Die AG will keinen Leistungsvermittler zwischen sich und dem Leistungserbringer haben. Eine Zwischenkommunikation wäre schwierig. Die Diagnostik, nämlich das Feststellen der bestehenden Gefährdung, ist bei Auftragserteilung schon abgeschlossen. Auch die erforderlichen Maßnahmen sind schon von der MA ... ausgewählt. Dann soll der Kooperationspartner direkt einschreiten. Die direkte Zusammenarbeit ist sowohl für die AG als auch für die betreuten Familien sehr wichtig. Außerdem hätte eine Bietergemeinschaft beim konkreten Leistungsgegenstand gar keinen Sinn. Der Mehrwert ist nicht ersichtlich.*

Der Vertreter der Antragstellerin erwidert auf Frage 8., dass die fehlende Notwendigkeit keine sachliche Rechtfertigung für deren Ausschluss sei, vor allem dann, wenn die fehlende Sinnhaftigkeit oder Notwendigkeit in dieser Weise beurteilt werde.

Bezüglich der Bewertung und des Bewertungsvorganges bei der Auswahl der Bewerber für die zweite Stufe weist der Vertreter der Antragstellerin ergänzend darauf hin, dass der vergaberechtliche Rahmen nicht eingehalten worden sei, beispielsweise werde darauf verwiesen, dass die von der Antragsgegnerin genannten Kriterien zum Teil auftragsbezogen seien und daher für eine Auswahlentscheidung nicht herangezogen werden könnten. Darüber hinaus bedürfe es beim bewussten Offenlassen der konkreten Beurteilungskriterien der Festlegung einer Kommissionsbewertung und des dabei einzuhaltenden Vorganges, was aber gegenständlich nicht erfolgt sei.

In ihren Schlussausführungen verweist die Antragsgegnerin darauf, dass im gegenständlichen Fall es erforderlich sei, flexibel auf die Anforderungen eingehen zu können. In der Familienbetreuung seien die Aufgaben so vielfältig und es gebe so viele Eventualitäten, dass die Leistungsbeschreibung diesen Anforderungen nie gerecht werden könne.

II. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

1. Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Die Bekanntmachung zum gegenständlichen Vergabeverfahren des öffentlichen Auftraggebers Stadt Wien, Magistratsabteilung ..., mit der Bezeichnung „...“ (im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, 2012/S 222-392522; abgesendet am 14. November 2014) enthält – unter anderem – folgende Informationen:

Als Kontaktstelle des öffentlichen Auftraggebers ist I.1) der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung ... genannt. Der Auftrag wird mit „F.“ bezeichnet.

Als Vergabeverfahren wurde ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gewählt. Das Vergabevolumen beläuft sich auf eine Höhe von zu erwartenden EUR 300.000,--.

Punkt III.2.1) der Bekanntmachung lautet wie folgt:

„Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister

Aufgaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Nachweis über Befugnis (z.B. Eintragung im Vereinsregister). Nachweis über die in den letzten 3 Jahren erbrachten und mit der ausschreibungsgegenständlichen Leistung vergleichbaren Leistungen mittels Referenzen.“

Punkt III.2.2) der Bekanntmachung lautet:

„Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Nachweis der Bezahlung der Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge gemäß den gesetzlichen Bestimmungen (z.B. letztgültige Lastschriftanzeige des Finanzamtes, letztgültiger Kontoauszug der Krankenkasse oder Sozialversicherungsanstalt). Bonitätsauskünfte.“

Punkt III.3.2) der Bekanntmachung lautet:

„Für die Erbringung der Dienstleistung verantwortliches Personal

Juristische Personen müssen die Namen und die beruflichen Qualifikationen der Personen eingeben, die für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlich sind: ja“

Punkt IV.1.2) der Bekanntmachung lautet:

„Beschränkung der Zahl der Wirtschaftsteilnehmer, die zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme aufgefordert werden

geplante Mindestzahl 3 und Höchstzahl 5

Objektive Kriterien für die Auswahl der begrenzten Zahl von Bewerbern:

1. Kenntnisse und Erfahrungen der Bewerberin bzw. des Bewerbers im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe, insbesondere im Bereich der sozialen und sozialpädagogischen Arbeit, Kenntnisse der rechtlichen Grundlagen, insbesondere im Kinder- und Jugendhilfe- und Familienrecht.
2. Erfahrungen im Bereich sozialarbeiterischer/sozialpädagogischer Intensivbetreuung von Familien im Rahmen der Unterstützung der Erziehung mittels qualifizierter Fachkräfte mit mehrjähriger, einschlägiger Berufserfahrung mit dem Ziel, den Schutz der Kinder in ihren Familien zu gewährleisten und Eltern zu befähigen, ihre Erziehungsaufgaben dem Kindeswohl entsprechend wahrzunehmen.
3. Bekenntnis zu vernetztem, dokumentierten Arbeiten, partizipativer Einbeziehung der betreuten Kinder und deren Familien und kooperativer Zusammenarbeit mit dem Kinder- und Jugendhilfeträger.“

Zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin fand folgende verfahrensrelevante Korrespondenz statt:

Mit E-Mail vom 4. Dezember 2016 tritt die Antragstellerin (Herr N.) mit folgenden Fragen an die Auftraggeberin heran:

„ ...

- Welches sind die genauen Eignungs- und Auswahlkriterien, die erfüllt werden müssen, um zu einer Angebotslegung eingeladen zu werden.
- Welche Form (z.B. Formblätter, Formulare) der Einreichung zur Eignungs- und Auswahlprüfung ist zu beachten.
- Nach welchen Kriterien findet die Differenzierung der Eignungs- und Auswahlprüfung statt.
- Sind Bietergemeinschaften und Subunternehmer für die Teilnahme an dem Verfahren zulässig.
- Müssen alle Mitglieder der Bietergemeinschaft die Kriterien der Eignungs- und Auswahlprüfung erfüllen.
- Sind Jugendwohlfahrtsträger aus anderen Bundesländern für die Eignungs- und Auswahlprüfung zulässig.

...“

Mit E-Mail vom 11. Dezember 2014 antwortet der Magistrat der Stadt Wien (Frau Mag. H., Dezernat ...) auf die oben dargestellte Anfrage der Antragstellerin wie folgt:

„...“

- Welches sind die genauen Eignungs- und Auswahlkriterien, die erfüllt werden müssen, um zu einer Angebotslegung eingeladen zu werden.
Die Eignungs- und Auswahlkriterien finden Sie in der Bekanntmachung
- Welche Form (z.B. Formblätter, Formulare) der Einreichung zur Eignungs- und Auswahlprüfung ist zu beachten.
Es gibt keine Formvorschrift für Teilnahmeanträge
- Nach welchen Kriterien findet die Differenzierung der Eignungs- und Auswahlprüfung statt.
Nach den Eignungs- und Auswahlkriterien aus der Bekanntmachung
- Sind Bietergemeinschaften und Subunternehmer für die Teilnahme an dem Verfahren zulässig.
Nein
- Müssen alle Mitglieder der Bietergemeinschaft die Kriterien der Eignungs- und Auswahlprüfung erfüllen.
s. vorige Frage
- Sind Jugendwohlfahrtsträger aus anderen Bundesländern für die Eignungs- und Auswahlprüfung zulässig.
Nein, der Wiener Kinder- und Jugendhilfeträger (= Stadt Wien) als Auftraggeber

...“

Die Antragstellerin verfügt in ihrem Unternehmensverbund über in etwa 350 Fachkräfte mit pädagogischem oder psychosozialen Ausbildungshintergrund. Ca. zehn dieser Mitarbeiter haben Erfahrungen im Jugendwohlfahrtsbereich. Sie ist im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft, die sich aus fünf Trägern zusammensetzt, in der Steiermark tätig. Dabei konnte im Bereich Jugendwohlfahrt eine Ausschreibung im Bezirk B. für die erwähnte Arbeitsgemeinschaft entschieden werden. Die Arbeitsgemeinschaft wird von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Betreuungsleistungen im Rahmen der Jugendwohlfahrt betraut. Die führende Funktion in der Arbeitsgemeinschaft hat die Antragstellerin, d.h., die Antragstellerin hat das Konzept und Angebot entwickelt und liegt die Koordination der Arbeitsgemeinschaft bei der Antragstellerin. 2015 werden etwa 600 Betreuungsfälle in diesem Zusammenhang an die Arbeitsgemeinschaft übertragen.

Beweiswürdigend ist auszuführen:

Abgesehen von den einschlägigen Unternehmensdaten der Antragstellerin ergibt sich der festgestellte Sachverhalt aus dem von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakt in Verbindung mit den vorgelegten Schriftstücken der Antragstellerin.

Es sind keine Anhaltspunkte für Zweifel an der Echtheit der den Feststellungen zugrunde liegenden Urkunden hervorgekommen. Es gibt zudem kein Vorbringen der Verfahrensparteien, das im Widerspruch zum Inhalt jener Urkunden steht, die Grundlage für die Feststellungen über Inhalt und Art der Bekanntmachung der Ausschreibung waren. Somit konnte der Inhalt der angesprochenen Urkunden Feststellungen zugrunde gelegt werden.

Die festgestellten – die Antragstellerin betreffenden – Tatsachen über deren Personal und deren Betreuungsleistungen im Rahmen der Jugendwohlfahrt ergeben sich aus der Befragung des Zeugen R.. Gerade die sachkundig wirkenden Ausführungen des Zeugen in der mündlichen Verhandlung, die selbstsicher und ohne zögerndes Nachdenken vorgetragen wurden, vermittelten den Eindruck glaubwürdiger Angaben. Es gibt somit für das erkennende Gericht keinen Grund zur Annahme, dass diese nicht stimmen würden.

2. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich in rechtlicher Hinsicht Folgendes:

- Allgemeines

§ 141 Abs. 1, 2, 3 und 5 BVergG 2006, BGBl. I 17/2006 idF BGBl. I 128/2013, lauten:

„(1) Für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs. 1 und 6, 6, 9, 10, 12 Abs. 1 und 3, 13, 16, 20 Abs. 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 87a, 98, 99a und 140 Abs. 9 sowie der 4. bis 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

(2) Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den §§ 30 Abs. 2 bzw. 38 Abs. 2 Z 3 bis 5 genannten Voraussetzungen vorliegt.

(3) Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100 000 Euro zulässig; die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt. Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer ist

zulässig, sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes auf Grund der Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar ist und der geschätzte Auftragswert 50vH des jeweiligen Schwellenwertes gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 nicht erreicht.

...

(5) Als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers.

...“

Anhang IV „Nicht-Prioritäre Dienstleistungen“ Kategorie 25 zum BVergG 2006 bezieht sich auf das „Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen“. Aus den der Ausschreibung zu gegenständlichem Vergabeverfahren enthaltenen Informationen lässt sich ableiten, dass der zu vergebende öffentliche Auftrag sozialarbeiterische bzw. sozialpädagogische Leistungen im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe umfasst. Somit ist der Leistungsgegenstand unter den Tatbestand „Sozialwesen“ des Anhangs IV zum BVergG 2006 zu subsumieren und handelt es sich folglich dabei um eine nicht-prioritäre Dienstleistung.

Wie § 141 Abs. 2 BVergG 2006 zeigt, sind auch bei der Auftragsvergabe von nicht-prioritären Dienstleistungen die unionsrechtlichen Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot sowie der Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs zu beachten.

Gemäß § 141 Abs. 5 BVergG 2006 ist jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Folglich sind sowohl die Bekanntmachung als auch die Fragebeantwortung vom 11. Dezember 2014, sofern sie Festlegungen enthält, gesondert anfechtbar. Die Beantwortung von Frage Nr. 4 schließt Bietergemeinschaften und Subunternehmer für die Teilnahme am Verfahren aus, gestaltet somit die Ausschreibungsbedingungen und ist deswegen auch als anfechtbare Festlegung einzustufen. Die Antwort auf Frage Nr. 6 hat hingegen lediglich klarstellenden Charakter, weil allgemein auf die Zuständigkeit der Stadt Wien als Auftraggeberin für die Eignungs- und Auswahlprüfung hingewiesen wird. Eine nähere Erklärung, wie die Frage der Antragstellerin zu verstehen ist (Warum wird nach der Zulässigkeit von Jugendwohlfahrtsträger aus anderen Bundesländern gefragt?) und ob gegebenenfalls eine Beantwortung erfolgte, kann deswegen

dahingestellt bleiben. Zweifellos haben die restlichen Antworten der Fragebeantwortung nicht den Charakter einer Festlegung; sie geben lediglich das in der Ausschreibung wieder, was ohnedies aus der Ausschreibung abgeleitet werden kann.

- Zur Antragslegitimation der Antragstellerin

Die Antragstellerin hat in ihrem Antrag das Interesse an einer Teilnahme am Vergabeverfahren und den ihr drohenden Schaden nachvollziehbar dargelegt. Auf Grund der getroffenen Feststellungen zur Antragstellerin über Personal und Betreuungsleistungen in der Jugendwohlfahrt gibt es auch keinen Grund zur Annahme, dass bereits von vornherein auszuschließen wäre, dass die Antragstellerin an einem Vergabeverfahren für Dienstleistungen im Bereich der sozialpädagogischen/sozialarbeiterischen Familienbetreuung teilnehmen könnte. Dies umso mehr, da nicht davon auszugehen ist, dass die Antragstellerin bei der Leistungserbringung auf einen Subunternehmer oder eine Bietergemeinschaft unbedingt angewiesen wäre. Die vorgetragenen Zweifel der Antragsgegnerin erweisen sich – wie obige Ausführungen zeigen – im gegebenen Zusammenhang als nicht gerechtfertigt. Darüber hinaus war für die Beurteilung der Antragslegitimation zu berücksichtigen, dass der Auftragsgegenstand angesichts der angefochtenen und letztlich als rechtswidrig festgestellten Ausschreibungsbestimmungen (siehe unten) relativ unbestimmt blieb.

- Zur Rechtswidrigkeit der Bekanntmachung

Zu Punkt III.2.1) der Bekanntmachung

Unter dem oben genannten Abschnitt der Ausschreibung führt die Antragsgegnerin in der Ausschreibung nicht an, welche Befugnis nachgewiesen werden soll. Nichts desto trotz wird als mögliche Form des Nachweises beispielhaft die Eintragung im Vereinsregister genannt. Daraus ist abzuleiten, dass jeder Bewerber, der im Vereinsregister eingetragen ist, den unter Pkt III. 2. 1) geforderten Nachweis erbringen kann, was zu einer Diskriminierung gegenüber all jenen Mitbewerbern führt, die nicht in Form eines Vereins organisiert sind.

Zu Punkt III.2.2)

Zum oben genannten Abschnitt der Ausschreibung („wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“) geht es um die Frage, wie der verwendete Begriff „Bonitätsauskünfte“ zu verstehen ist. Auch der (nachgereichte) Hinweis der Antragsgegnerin auf § 74 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 leistet dazu keinen Beitrag. So spricht die angeführte Gesetzesstelle von „Bankerklärung (Bonitätsauskunft)“ und nicht bloß von Bonitätsauskunft. Die erläuternden Bemerkungen (EBRV 2006 zu § 74) führen aus, dass unter Bankerklärung gemäß Abs. 1 Z 1 die üblicherweise als „Bankauskunft“ bezeichnete Bonitätserklärung zu verstehen sei. Auch Auskünfte von Kreditschutzverbänden oder Auskunftsteilen kämen hier infrage. Schon die erläuternden Bemerkungen gehen somit in Bezug auf diejenigen Einrichtungen, die eine Bankerklärung (Bonitätsauskunft) entsprechend der Bestimmung des § 74 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 abgeben können, über Kredit- und Finanzinstitute iSd § 1 BWG klar hinaus. Anzumerken ist aber, dass die Ausschreibung bei dem angeführten Begriff „Bonitätsauskünfte“ ohnedies nicht auf § 74 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 Bezug nimmt. Fragen wirft aber auch die Verwendung der Mehrzahl dieses Begriffs auf.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass aus der Ausschreibung nicht hervorgeht, welcher Grad an Leistungsfähigkeit nachgewiesen werden soll und von wem Bonitätsauskünfte erteilt werden sollen. In der vorliegenden Ausgestaltung ist die getroffene Festlegung zum Nachweis der „wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit“ aufgrund ihrer Unklarheit rechtlich nicht zulässig.

Zu Punkt III.3.2)

Bezüglich des oben genannten Abschnitts der Ausschreibung ist zu prüfen, ob der mit den Worten „Personen [...], die für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlich sind“ umschriebene Personenkreis eindeutig identifizierbar ist. Versteht man darunter jenen Personenkreis, der bei der Auftragserfüllung für eine zivilrechtliche Haftung infrage kommt, oder jenen, der bei den Familien bzw. Kindern- und Jugendlichen der begleiteten Familien interveniert, oder schließlich nur die Geschäftsführung? Auch der Umstand, dass die Regelung so gestaltet ist, dass die verantwortlichen Personen lediglich bei juristischen Personen anzuführen sind, schafft keine Klarheit. Im Ergebnis steht unzweifelhaft fest,

dass sich aus der in der Ausschreibung gewählten Bestimmung nicht ergibt, welche Personen bekanntzugeben sind. Die Festlegung ist unklar und aus diesem Grund rechtlich nicht zulässig.

Zu Punkt IV.1.2)

Abgesehen von einer gewissen Unschärfe der für die Kriterien 1. und 2. gewählten Formulierungen, wird nicht festgelegt, wie bei der Bewertung der Auswahlkriterien vorzugehen ist. Auch finden sich keine Festlegungen über eine in Aussicht genommene Bewertungskommission.

Inwieweit ein „Bekenntnis“ ein geeignetes Auswahlkriterium ist, braucht aufgrund der vorliegenden Rechtswidrigkeit genauso wenig erörtert werden, wie die Frage, ob die in der Stellungnahme der Antragsgegnerin gemachten Ausführungen zum Kriterium 3. in Bezug auf EDV-Ausstattung sowie die Möglichkeit zur elektronischen Informationsübermittlung und Fallbearbeitung überhaupt im Wortlaut des Kriteriums 3. Deckung finden.

*

Die aufgezeigten Mängel belasten das Vergabeverfahren mit Rechtswidrigkeit, da sie aufgrund der verwendeten unklaren Bestimmungen und Regelungen (siehe oben) dem Grundsatz eines freien und lautereren Wettbewerbs gemäß § 141 Abs. 2 BVergG 2006 zuwiderlaufen. Sie sind im Sinne von § 26 Abs. 1 Z 2 WVRG für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da sie einerseits mangels ausreichender klarer Bestimmungen keine vergleichbare Bewertung und Auswahl zulassen und andererseits geeignet sind, bestimmten Bewerbern aus unsachlichen Gründen Vorteile zu verschaffen. Es war aus diesem Grund die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, weil mit dem verbliebenen Rest kein ordnungsgemäßes durchgeführt werden kann. Die (in der Stellungnahme und in der mündlichen Verhandlung) nachgereichten Erklärungen konnten die Mängel der Ausschreibung schon allein deswegen nicht sanieren, weil die erforderlichen Informationen in der Bekanntmachung selbst angeführt werden hätten müssen.

- Zur Rechtswidrigkeit der Beantwortung der Frage Nr. 4 der Fragenbeantwortung:

Da in der Ausschreibung bzw. Fragebeantwortung (Antwort zu Frage Nr. 4), mit der die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften und Subunternehmern verneint wurde, selbst keine sachlichen Kriterien festgelegt wurden, die einen solchen Ausschluss rechtfertigen könnten, ist die mit der Beantwortung der Frage Nr. 4 der Fragebeantwortung getroffene Festlegung als rechtswidrig anzusehen. Dazu ist noch anzumerken, dass allfällige Festlegungen, die einen Ausschluss von Bietergemeinschaften und Subunternehmern rechtfertigen könnten, auch nicht nachgereicht werden können. Dass auch bei der Vergabe von nicht-prioritären Dienstleistungen Arbeits- und Bietergemeinschaften grundsätzlich nicht ausgeschlossen sind, zeigt sich auch darin, dass § 20 Abs. 2 BVergG 2006 in § 141 Abs. 1 BVergG 2006 aufgezählt wird.

- Zur Entscheidung über die zu entrichtenden Gebühren und Gebührenersatz:

Beim vorliegenden Vergabeverfahren handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich: Gemäß § 1 WVPVO (Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung – WVPVO; LGBl 2013/24) sind dafür EUR 2.000,-- zu entrichten. Allerdings legt § 3 Abs. 1 WPVO fest, dass Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags die zu entrichtende Pauschalgebühr 25 % der gemäß § 1 festgesetzten Gebühr beträgt. Somit sind für den Antrag, mit dem die Ausschreibung angefochten wird, Gebühren in der Höhe von EUR 500,-- zu entrichten.

Gemäß § 15 Abs. 3 WVRG beträgt die Gebühr für Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Hälfte des ausgewiesenen Gebührensatzes. Der ausgewiesene Gebührensatz der WPVO beträgt für Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich gemäß § 1 WPVO EUR 2.000,--. In Anwendung von § 15 Abs. 3 WVRG ist der ausgewiesene Gebührensatz zu halbieren und folglich mit EUR 1.000,-- festzulegen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Fragebeantwortung ist in Anwendung von § 1 iVm § 3 Abs. 1 WVPVO unter Berücksichtigung der Reduktion von 20 % gemäß § 15 Abs. 4 WVRG („im selben Vergabeverfahren bereits einmal mit einem Antrag auf Nichtigerklärung ... befasst“) mit EUR 400,-- zu vergebühren.

Insgesamt waren somit Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 1.900,-- zu entrichten, die aufgrund des Verfahrensausgangs gemäß § 16 Abs. 1 WVRG von der Antragsgegnerin zu ersetzen sind. Der darüber hinaus erstattete Geldbetrag in der Höhe von EUR 1.250,-- ist der Antragstellerin zurückzuerstatten.

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.

R e c h t s m i t t e l 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 des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.