jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2023/3/21 VGW-123/074/14463/2022

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 21.03.2023

Entscheidungsdatum

21.03.2023

Index

97 Öffentliches Auftragswesen
L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

BVergG 2018 §83
BVergG 2018 §79 Abs1 Z1
BVergG 2018 §78 Abs1 Z4
WVRG 2020 §20

1. BVergG 2018 § 83 heute
2. BVergG 2018 § 83 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 79 heute
2. BVergG 2018 § 79 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 78 heute
2. BVergG 2018 § 78 gültig ab 21.08.2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Maga Mandl und die Richterin Dr.in Lettner über den Antrag der A. GmbH, vertreten Rechtsanwälte OG, auf Nichtigerklärung des Ausscheidens betreffend Vergabeverfahren "Rahmenvertrag Mechanische Lüftungen in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen" Ausscheidung Los 2, der Stadt Wien, Wiener Wohnen, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Verkündung am 15.02.2023,

zu Recht e r k a n n t :

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 14.11.2022 wird abgewiesen.

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

III. 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 – Wiener Wohnen, im Folgenden Auftraggeberin und Antragsgegnerin, führt ein Vergabeverfahren als Bauauftrag im Oberschwellenbereich, nämlich "Rahmenvertrag Mechanische Lüftungen in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen". Das Angebot der Antragstellerin wurde am 14.11.2022 ausgeschieden. Zeitgleich sind weitere Ausscheidensentscheidungen in anderen Vergabeverfahren der Antragsgegnerin ergangen, welche von der Antragstellerin großteils ebenso angefochten wurden.

Die Antragstellerin begehrte mit Nachprüfungsantrag vom ...2022 die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 14.11.2022 im gegenständlichen Verfahren und führte begründend aus, dass sie im Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben habe und Billigstbieterin sei. Sie sei im Zuge des Vergabeverfahrens von der Auftraggeberin am 17.10.2022 aufgefordert worden, zu einer von der Auftraggeberin angenommenen beruflichen Unzuverlässigkeit, welche auf Vorkommnissen bei einer vorangehenden Ausschreibung basiert habe, Stellung zu nehmen. Mit Schriftsatz vom 24.10.2022 sei diese Stellungnahme unter Vorlage von insgesamt 17 Beilagen erfolgt, es handle sich um Beilage ./E.

Bestritten werde, dass der Ausschlussgrund des § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 vorliege, und werde dazu auf die Stellungnahme vom 24.10.2022 verwiesen. Hervorgehoben werde, dass die vorgehaltenen objektiven Verhaltensweisen anlässlich der damaligen Angebotsabgabe („Gas-Wasser-Heizung"/Abgabetermin 09.02.2022) der namentlich genannten Mitarbeiter im Sinn eines „Tatsachengeständnisses" nicht bestritten würden, jedoch seien die von der AG daraus abgeleiteten Rechtsfolgen nicht richtig und auch nicht ausjudiziert. Dass die Ausscheidensentscheidung vom 14.07.2022 „bestandfest" geworden sei, sei keineswegs mit dem „Nachweis" gleichzusetzen, dass damit der Tatbestand des § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 tatsächlich verwirklicht sei.Bestritten werde, dass der Ausschlussgrund des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 vorliege, und werde dazu auf die Stellungnahme vom 24.10.2022 verwiesen. Hervorgehoben werde, dass die vorgehaltenen objektiven Verhaltensweisen anlässlich der damaligen Angebotsabgabe („Gas-Wasser-Heizung"/Abgabetermin 09.02.2022) der namentlich genannten Mitarbeiter im Sinn eines „Tatsachengeständnisses" nicht bestritten würden, jedoch seien die von der AG daraus abgeleiteten Rechtsfolgen nicht richtig und auch nicht ausjudiziert. Dass die Ausscheidensentscheidung vom 14.07.2022 „bestandfest" geworden sei, sei keineswegs mit dem „Nachweis" gleichzusetzen, dass damit der Tatbestand des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 tatsächlich verwirklicht sei.

Zu den Beschlüssen und Maßnahmen bei „B., C. und D." sei das konkrete Auskunftsersuchen vom 17.10.2022 maßgeblich. Gegenstand der Beantwortung könne nur sein, wie stattgefundene Verfehlungen verhindert werden könnten. Keinesfalls gehe es um potenzielle bzw. alle nur denkbaren Arten von Abreden. Auch verschweige die Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung, dass die drei genannten Unternehmen seit Sommer 2022 an überhaupt keinen Ausschreibungen mehr teilnehmen würden, weshalb es Verfehlungen nicht mehr geben könne. Auch seien die Dienstverhältnisse der involvierten Mitarbeiter allesamt aufgelöst worden und seien effektive Maßnahmen (Abmahnung Mitarbeiter E., Einführung eines Berichts- und Kontrollwesens sowie von Haftungs- und Schadenersatzregelungen) gesetzt worden, welche eine positive Prognose herbeizuführen geeignet wären.

Zu den Maßnahmen der Selbstreinigung bei der Antragstellerin selbst sei nach den vom Gesetz und von der Rechtsprechung vorgesehenen Maßnahmen ausgegangen worden. Die gesetzten Maßnahmen seien von der Auftraggeberin als untauglich abqualifiziert worden.

Zum Schadensausgleich sei auszuführen, dass die aus der sog. Integritätsvereinbarung hergeleitete Pönale nicht mit dem geforderten Tatbestand des tatsächlich verursachten Schadens gleichzuhalten sei und sei das Schreiben, mit dem eine Pönalforderung aus der Integritätsvereinbarung eingefordert werde, mit 15.11.2022 datiert und erst am 20.11.2022, sohin nach der Ausscheidensentscheidung, bei der Antragstellerin eingelangt sei. Es sei im Sinn der Grundsätze des Schadenersatzrechtes das rechtmäßige Alternativverhalten zu prüfen. Dieses wäre darin gelegen, kein Angebot zu legen. Dadurch sei jedoch die Angebotshöhe des letztlich zugeschlagenen Bieters nicht beeinflusst worden, sodass kein Schaden für die AG entstanden sei. Dass ohne Absprache ein billigeres Angebot abgegeben worden wäre, sei reine Hypothese, da die Antragstellerin das Billigstangebot gelegt habe. Auch hätte eine geleistete Zahlung eines „Ausgleiches" für den Geschäftsführer den Vorwurf der Untreue bewirkt, da eine solche Zahlung nach der sog. „business-judgement-rule" nicht zu rechtfertigen gewesen wäre und Schadenersatzforderungen der GmbH gegen den Geschäftsführer begründen könnten.

Zur aktiven Zusammenarbeit an der Klärung sei festzuhalten, dass eine Zusammenarbeit mit „Ermittlungsbehörden“ gefordert sei, welchen Rechtsstatus die Auftrageberin nicht aufweise. Entgegen des im Urteil des EuGH „Voßloh Laeis“ (Rs C-124/17) festgestellten Sachverhaltes sei vorliegend eine dem dg. Sachverhalt vergleichbare herauszugebende behördliche Entscheidung weder ersichtlich noch denkbar. Selbst bei Annahme einer solchen Zusammenarbeitsverpflichtung sei dies arbeitsrechtlich unzulässig und würde eine Vorwegnahme von arbeitsrechtlich potenziell relevanten Entlassungsgründen darstellen.

Die von der Auftraggeberin in Zusammenhang mit der Abmahnung des Mitarbeiters E. und dem Verbleib des Geschäftsführers Ing. F. angeführte Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 27.11.2015, VGW-123/009/4792/2015, basiere auf einem anders gelagerten Sachverhalt und wesentlich gravierenderen Verstößen der dort handelnden Personen. Vorliegend stehe keinerlei strafrechtlicher Vorwurf im Raum und habe der Geschäftsführer das damalige Angebot bloß unterfertigt, sei aber weder in den Informationsaustausch zwischen den Mitarbeitern verschiedener Unternehmen während der Kalkulation noch in die Kalkulation selbst eingebunden gewesen. Die Antragsgegnerin habe bei personellen Maßnahmen das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren und sei die Schwere der Verfehlungen für die Angemessenheit der Selbstreinigungsmaßnahmen als maßgeblich anzusehen. Die von der Antragsgegnerin geforderte Trennung von den für die Verfehlung verantwortlichen Personen wäre überschießend. Die Abmahnung des Mitarbeiters E., der die Verstöße unmittelbar zu verantworten gehabt habe, sei als ausreichend anzusehen und der Geschäftsführer F. sei bis auf den Umstand, dass er das Angebot unkritisch unterschrieben habe, überhaupt nicht involviert gewesen. Er habe somit in seiner Position verbleiben können und nehme seine Aufsichts- und Kontrollrechte durch die Einführung eines Berichts- und Kontrollwesens nun verstärkt wahr.

Dass zur Einführung eines Berichts- und Kontrollwesens keine Nachweise vorgelegt worden seien, werde mit dem Wortlaut der zweiten Nachforderung vom 17.10.2022, welches „Erklärungen“ und keine Nachweise verlangt habe, erklärt. Mit allen in die Angebotskalkulation, Prüfung, Freigabe und Unterfertigung involvierten Personen seien die Arbeitsabläufe und die einzelnen Schritte des Berichts- und Kontrollwesens im Detail besprochen worden und werde dies laufend angesprochen, falls eine Abweichung passieren sollte. Auch fänden unregelmäßige Überprüfungen statt. Nicht richtig sei, dass die Angebote von Ing. G. bzw. Ing. F. selbst kalkuliert worden seien. Eine Freigabe der Angebote sei in Unkenntnis des internen Informationsaustausches zwischen den einzelnen Mitarbeitern erfolgt. Ein Verbleib der genannten Personen sei vergaberechtlich zulässig, umso mehr sich diese verstärkt in das nunmehrige Kontroll- und Berichtssystem einbrächten.

Die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregeln sei in § 83 Abs. 2 Z 3 lit c BVergG 2018 für die Selbstreinigung ausdrücklich vorgesehen. Eine Pönalvereinbarung reduziere aufgrund des Strafcharakters von vornherein das Risiko von Zuwiderhandlungen und seien alle Verstöße gegen Vergabevorschriften sanktioniert (damit auch ein „interner“ Informationsaustausch). Auch sei der Dienstnehmer verpflichtet, seine Verhaltensweisen so zu ändern, dass Vergabeverstöße hintangehalten würden. Zur Durchsetzung einer Pönalforderung gegen einen Geschäftsführer werde auf gesellschaftsrechtliche Regelungen und Instrumente verwiesen. Der Grund, dass Mehrfachverstöße vorgesehen seien, sei, dass zB zwei oder mehrere unabhängige Verstöße knapp hintereinander gesetzt werden könnten, die erst später bekannt würden und für die nur eine einzige Pönale einbehalten werden könnte. Die Haftungs- und Pönalvereinbarung trete zu den allgemeinen arbeitsrechtlichen Sanktionen hinzu, sodass bereits beim ersten Verstoß eine Entlassung möglich sei. Sanktioniert seien jegliche Verstöße gegen Vergabevorschriften, somit auch jene, die ggf. gar nicht nach außen gegenüber einem Auftraggeber in Erscheinung treten, weil sie zuvor im Rahmen des internen Berichts- und Kontrollsystems erkannt und abgestellt werden oder dann auf eine Angebotslegung verzichtet werde. Die Höhe der Pönalvereinbarung allein, die Geltendmachung darüber hinausgehenden Schadens sowie die Entlassung seien als effektiv zu bezeichnen.Die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregeln sei in Paragraph 83, Absatz 2, Ziffer 3, Litera c, BVergG 2018 für die Selbstreinigung ausdrücklich vorgesehen. Eine Pönalvereinbarung reduziere aufgrund des Strafcharakters von vornherein das Risiko von Zuwiderhandlungen und seien alle Verstöße gegen Vergabevorschriften sanktioniert (damit auch ein „interner“ Informationsaustausch). Auch sei der Dienstnehmer verpflichtet, seine Verhaltensweisen so zu ändern, dass Vergabeverstöße hintangehalten würden. Zur Durchsetzung einer Pönalforderung gegen einen Geschäftsführer werde auf gesellschaftsrechtliche Regelungen und Instrumente verwiesen. Der Grund, dass Mehrfachverstöße vorgesehen seien, sei, dass zB zwei oder mehrere unabhängige Verstöße knapp hintereinander gesetzt werden könnten, die erst später bekannt würden und für die nur eine einzige Pönale einbehalten werden

könnte. Die Haftungs- und Pönalvereinbarung trete zu den allgemeinen arbeitsrechtlichen Sanktionen hinzu, sodass bereits beim ersten Verstoß eine Entlassung möglich sei. Sanktioniert seien jegliche Verstöße gegen Vergabevorschriften, somit auch jene, die ggf. gar nicht nach außen gegenüber einem Auftraggeber in Erscheinung treten, weil sie zuvor im Rahmen des internen Berichts- und Kontrollsystems erkannt und abgestellt werden oder dann auf eine Angebotslegung verzichtet werde. Die Höhe der Pönalvereinbarung allein, die Geltendmachung darüber hinausgehenden Schadens sowie die Entlassung seien als effektiv zu bezeichnen.

Allgemein brachte die Antragstellerin vor, dass sie in einem Rahmenvertrag vom 23.08.2019 für die Lose 3, 6 und 17 Vertragspartner gewesen sei und trotz Ablauf dieses Rahmenvertrages, jener am 14.08.2022 verlängert worden sei. Es seien daraus insgesamt rund 200-250 Bestellungen von der Auftraggeberin erfolgt, von der Antragstellerin ausgeführt und von der Auftraggeberin bezahlt worden. Auch arbeite die Antragstellerin trotz Ausscheidens noch immer in den Wohnhausanlagen H.-straße, I.-straße und J.-straße. Die Auftraggeberin sei gehalten, Sachverhalte mit identer Ausgangssituation gleich zu beurteilen. Bei „plausiblen Anhaltspunkten“ hätte bereits die Verlängerung des Rahmenvertrages unterbleiben müssen und sei aus dem früheren Ausscheiden wegen beruflicher Unzuverlässigkeit eine unverzügliche Handlungspflicht der Auftraggeberin abzuleiten.Allgemein brachte die Antragstellerin vor, dass sie in einem Rahmenvertrag vom 23.08.2019 für die Lose 3, 6 und 17 Vertragspartner gewesen sei und trotz Ablauf dieses Rahmenvertrages, jener am 14.08.2022 verlängert worden sei. Es seien daraus insgesamt rund 200-250 Bestellungen von der Auftraggeberin erfolgt, von der Antragstellerin ausgeführt und von der Auftraggeberin bezahlt worden. Auch arbeite die Antragstellerin trotz Ausscheidens noch immer in den Wohnhausanlagen H.-straße, römisch eins.-straße und J.-straße. Die Auftraggeberin sei gehalten, Sachverhalte mit identer Ausgangssituation gleich zu beurteilen. Bei „plausiblen Anhaltspunkten“ hätte bereits die Verlängerung des Rahmenvertrages unterbleiben müssen und sei aus dem früheren Ausscheiden wegen beruflicher Unzuverlässigkeit eine unverzügliche Handlungspflicht der Auftraggeberin abzuleiten.

Mit Schriftsatz vom 02.12.2022 gab die Antragsgegnerin allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren bekannt.

In der Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 09.12.2022 stellte sie zunächst die „Vorgeschichte – Festgestellte Absprachen konzernverbundener Unternehmen“ beginnend mit dem Jahr 2018 dar und äußerte sich sodann zum Vorbringen im Nachprüfungsantrag:

Die Antragstellerin liege falsch, dass die Antragsgegnerin „in einer konzertierten Aktion“ eine Vielzahl ihrer Angebote am selben Tag ausgeschieden habe, obwohl dazu kein ersichtlicher bzw. sachlicher Anlass bestanden habe. Vielmehr sei dieser Vorgang konsequent und aus verfahrensökonomischen Gründen geboten, denn sei ein Bieter festgestellter Maßen unzuverlässig, so schlage dies auf alle zeitgleich beim selben Auftraggeber in parallelgeführten Vergabeverfahren durch. Es sei schlicht sinnwidrig, den selben Lebenssachverhalt in unterschiedlichen, zeitgleich geführten Vergabeverfahren anders zu beurteilen.

Unzutreffend sei auch, dass die Antragsgegnerin mit zweierlei Maß messe und Aufträge quasi „beliebig“ erteile. Es handle sich um temporäre Weiterbeauftragungen der Antragstellerin aus dem alten Rahmenvertrag Gas/Wasser/Heizung, um die Fortsetzung des bestehenden Altauftrages bis zur Neuvergabe im Vergabeverfahren „Rahmenvertrag für Gas, Wasser, Heizung in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen“ und sei die Antragsgegnerin ihren Mietern verpflichtet, für eine entsprechende Instandhaltung der städtischen Wohnhausanlagen Sorge zu tragen. Eine sofortige Auflösung bestehender Vertragsbeziehungen mit der Antragstellerin hätte laufende Instandhaltungen gefährdet. Ein kurzfristiger Wechsel des Auftragnehmers wäre nicht nur faktisch bzw. zeitlich kaum zu bewerkstelligen, sondern auch mit beträchtlichen Zusatzkosten verbunden gewesen. Die Fortsetzung der bestehenden Vertragsbeziehung mit der Antragstellerin sei daher einzig den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit geschuldet gewesen. Die Weiterbeauftragung sei auch vertretbar gewesen, da sich die Neuvergabe nur um wenige Wochen auf Grund der Prüfnotwendigkeit bzw. mehrmaligen Aufklärungen von der Antragstellerin verzögert habe. Auch sei eine Eignungsprüfung für bestehende Verträge gesetzlich nicht vorgesehen. Neben den mit der Auflösung von Verträgen in Folge Unzuverlässigkeit aus zivilrechtlicher Sicht einhergehenden rechtlichen Unsicherheiten wäre für die Antragsgegnerin mit der sofortigen Auflösung der laufenden Vertragsverhältnisse bei den von der Antragstellerin angeführten Sanierungsvorhaben ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden verbunden (insbesondere Baustopp und Stillstandszeiten, Mehrkostenforderungen anderer Auftragnehmer, Neuausschreibung, Baupreissteigerungen etc.). Der Antragstellerin könne ein rechtserheblicher Nachteil daraus nicht entstanden sein, dass bestehende Verträge fortgeführt würden und könne auch nicht abgeleitet werden, dass ein

festgestellter Ausscheidensgrund in Folge Weiterbeauftragung „verwirkt“ wäre.

Zum Vorliegen des Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 werde auf Rechtsprechung und Literatur verwiesen; was unter „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ zu verstehen sei, habe die Europäische Kommission in ihrer „Bekanntmachung über Instrumente zur Bekämpfung geheimer Absprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und über Leitlinien für die Anwendung des entsprechenden Ausschlussgrundes“ (2021/C91/01 vom 18.03.2021) mit konkreten Beispielen erläutert. Auch der VwGH habe in seiner Rechtsprechung zu § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 die Maßgeblichkeit von Indizien (für die Annahme wettbewerbswidriger Abreden) bejaht. Die mit Ausscheidensentscheidung vom 14.07.2022 festgestellte Unzuverlässigkeit wirke gemäß § 83 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 bis zu 3 Jahre ab dem betreffenden Ereignis fort, wenn nicht selbstreinigende Maßnahmen im Sinn des § 83 Abs. 2 BVergG 2018 gesetzt werden. Zum Vorliegen des Ausschlussgrundes gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 werde auf Rechtsprechung und Literatur verwiesen; was unter „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ zu verstehen sei, habe die Europäische Kommission in ihrer „Bekanntmachung über Instrumente zur Bekämpfung geheimer Absprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und über Leitlinien für die Anwendung des entsprechenden Ausschlussgrundes“ (2021/C91/01 vom 18.03.2021) mit konkreten Beispielen erläutert. Auch der VwGH habe in seiner Rechtsprechung zu Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 die Maßgeblichkeit von Indizien (für die Annahme wettbewerbswidriger Abreden) bejaht. Die mit Ausscheidensentscheidung vom 14.07.2022 festgestellte Unzuverlässigkeit wirke gemäß Paragraph 83, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 bis zu 3 Jahre ab dem betreffenden Ereignis fort, wenn nicht selbstreinigende Maßnahmen im Sinn des Paragraph 83, Absatz 2, BVergG 2018 gesetzt werden.

Zu den Beschlüssen und Maßnahmen bei „B., C. und D.“ habe die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 24.10.2022 ausgeführt, dass der wirtschaftliche Eigentümer der Unternehmen, die K., den Beschluss gefasst habe, dass sich diese Unternehmen nicht mehr an öffentlichen Aufträgen beteiligten und sei zudem beschlossen, die genannten Unternehmen zu liquidieren. Nicht beurteilt werden könne, ob sich diese Unternehmen tatsächlich nicht mehr an öffentlichen Auftragsvergaben beteiligen, richtig sei, dass sie sich im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht beteiligt haben. Nach dem tagesaktuellen Firmenbuch seien diese Unternehmen nicht in Liquidation. Die Beschlüsse hätten keine selbstreinigende Wirkung und seien nicht geeignet, ein abgestimmtes Verhalten der Antragstellerin, das auf die Verzerrung des Wettbewerbs abziele, mit anderen Unternehmen zu verhindern. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die im Nachprüfungsantrag verharmloste Vorgehensweise mit anderen Wettbewerbsteilnehmern fortgesetzt werde.

Zu den vermeintlichen Maßnahmen der Selbstreinigung werde allgemein vorgebracht, dass die Antragstellerin es selbst in der Hand habe, taugliche Selbstreinigungsmaßnahmen einzuführen und deren Einführung auch nachvollziehbar zu belegen. Dass dies die Antragstellerin nicht getan habe, könne der Antragsgegnerin nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Zum vorgebrachten Schadensausgleich treffe die Annahme der Antragstellerin nicht zu, dass ein durch die verpönte Abrede entstandener Schaden nicht ersichtlich wäre. Der Antragsgegnerin entstehe durch den Zuschlag auf den nächstteureren zuverlässigen Unternehmer, den erheblich höheren Prüfaufwand, weil nachgereihte Bieter in Folge des Ausscheidens der vorgereihten Bieter ebenfalls geprüft werden müssten, und der Annahme, dass ohne die verpönte Abrede noch deutlich wirtschaftlichere Angebote von der Antragstellerin und den genannten Unternehmen gelegt worden wären, zweifellos ein tatsächlicher verursachter Schaden.

Abgesehen davon habe die Antragstellerin die Integritätsvereinbarung zum Teil ihres Angebotes gemacht und sei damit eine vertragliche Verpflichtung eingegangen, wonach sie der Antragsgegnerin im Falle von verpönten Absprachen jedenfalls einen pauschalen Schadenersatz in Höhe von 3 % des Auftragswertes, höchstens jedoch EUR 50.000,--, zu bezahlen habe. Dies sei schon bei Angebotslegung festgestanden. Zumindest diesen pauschalen Schadensausgleich hätte die Antragstellerin als zwingenden Schritt der Selbstreinigung im Sinn des § 83 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 jedenfalls und freiwillig zahlen müssen. Einer schriftlichen Geltendmachung bedürfe es dazu nicht. Abgesehen davon habe die Antragstellerin die Integritätsvereinbarung zum Teil ihres Angebotes gemacht und sei damit eine vertragliche Verpflichtung eingegangen, wonach sie der Antragsgegnerin im Falle von verpönten Absprachen jedenfalls einen pauschalen Schadenersatz in Höhe von 3 % des Auftragswertes, höchstens jedoch EUR 50.000,--, zu bezahlen habe. Dies sei schon bei Angebotslegung festgestanden. Zumindest diesen pauschalen Schadensausgleich hätte die Antragstellerin als zwingenden Schritt der Selbstreinigung im Sinn des Paragraph 83,

Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2018 jedenfalls und freiwillig zahlen müssen. Einer schriftlichen Geltendmachung bedürfe es dazu nicht.

Zur aktiven Zusammenarbeit an der Klärung werde festgehalten, dass eine Zusammenarbeit mit der Antragsgegnerin und eine ehrliche und reumütige Aufklärung sämtlicher Umstände bis dato nicht stattgefunden habe und die Antragstellerin weiterhin eine Verfehlung im Sinn des § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 leugne. Dass es bei der Verpflichtung nach § 83 Abs. 2 Z 2 BVergG 2018 nur um die Zusammenarbeit mit Polizei oder Staatsanwaltschaft ginge, widerspreche dem Telos der Bestimmung des § 83 BVergG 2018. Auch wäre es der Antragstellerin möglich gewesen, eine Selbstanzeige wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Polizei oder Staatsanwaltschaft zu machen. Auch sei in der genannten Bestimmung ausdrücklich von „Straftat oder Verfehlung" die Rede, sodass eben auch sonstige Verfehlungen und nicht nur strafrechtlich relevantes Verhalten erfasst seien. Es werde auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 24.10.2018, Rs C-124/17, „Voßloh-Laeis" verwiesen. Zur aktiven Zusammenarbeit an der Klärung werde festgehalten, dass eine Zusammenarbeit mit der Antragsgegnerin und eine ehrliche und reumütige Aufklärung sämtlicher Umstände bis dato nicht stattgefunden habe und die Antragstellerin weiterhin eine Verfehlung im Sinn des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 leugne. Dass es bei der Verpflichtung nach Paragraph 83, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2018 nur um die Zusammenarbeit mit Polizei oder Staatsanwaltschaft ginge, widerspreche dem Telos der Bestimmung des Paragraph 83, BVergG 2018. Auch wäre es der Antragstellerin möglich gewesen, eine Selbstanzeige wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Polizei oder Staatsanwaltschaft zu machen. Auch sei in der genannten Bestimmung ausdrücklich von „Straftat oder Verfehlung" die Rede, sodass eben auch sonstige Verfehlungen und nicht nur strafrechtlich relevantes Verhalten erfasst seien. Es werde auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 24.10.2018, Rs C-124/17, „Voßloh-Laeis" verwiesen.

Zu den vermeintlich effektiven Maßnahmen und hierbei zur Abmahnung des Mitarbeiters E. und dem Verbleib des Geschäftsführers F. müsse zunächst darauf hingewiesen werden, dass auch im Lichte der vergangenen Aufklärungen von vornherein unglaubwürdig sei, dass ausschließlich der Mitarbeiter E. für die verpönten Absprachen verantwortlich sei. Während im Nachprüfungsantrag behauptet werde, dass der Geschäftsführer Ing. F. das damalige Angebot bloß „unkritisch unterschrieben" habe, sei im Rahmen der Aufklärung vom 17.05.2018 und vom 13.06.2018 von der Antragstellerin demgegenüber noch felsenfest behauptet worden, dass die Preisgestaltung nur der Geschäftsführung obliege und in jedem Fall eine Kontrolle gegeben sei, weil kein Mitarbeiter eigenständig ein Angebot erstellen könne und nur bestehende von der Geschäftsführung festgesetzte Preise den Angeboten zu Grunde gelegt würden. Wie also sollte der Mitarbeiter E. die Abstimmung ohne Einbindung von Geschäftsführer Ing. F. machen, wenn doch ohnedies die Kalkulation unter Letztaufsicht der Geschäftsführung vorgenommen werde? Selbst wenn die Version stimmte und nur der Mitarbeiter E. alleinverantwortlich Angebote abgestimmt habe, was durch zeugenschaftliche Einvernahme unter Wahrheitspflicht zu überprüfen sein werde, sei die vorgelegte Abmahnung untauglich und weitestgehend inhaltsleer. Aus welchem konkreten Grund die Abmahnung erfolgt sei, also welche Handlung des Mitarbeiters E. abgemahnt worden sei, werde nicht erwähnt. Für die behauptete Weisung zum künftigen Verhalten sei kein Nachweis vorgelegt worden. Selbst wenn es die behauptete Weisung jemals gegeben haben sollte, wäre sie viel zu eng. Nicht unerwähnt bleiben dürfe, dass bereits über Nachfrage mit Aufklärung vom 13.06.2018 vom Geschäftsführer Ing. L. F. ausgeführt worden sei, dass die Mitarbeiter entsprechend instruiert worden seien, dass eine Abstimmung mit Mitbewerbern bei der Legung von Angeboten unzulässig sei. Insofern stelle sich die Frage, warum der Mitarbeiter E. bloß abgemahnt worden sei, wenn er doch laut Aufklärung der Geschäftsführung von früher ausdrücklich angewiesen worden sei und dagegen offenkundig bewusst verstoßen habe. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes Wien (VGW-123/009/4792/2015) sei die bloße Abmahnung keinesfalls ausreichend. Hinzukomme, dass für die ebenfalls für die verpönten Abreden mitverantwortlichen Personen in der Geschäftsführung, allen voran der Geschäftsführer Ing. M. F. und der gewerbliche Geschäftsführer Ing. G., der gleichzeitig 100 % Gesellschafter und handelsrechtlicher Geschäftsführer bei D. sei, offenbar nicht verwarnt worden seien; sie seien vielmehr weiterhin de facto unverändert an den maßgeblichen Stellen und würden sogar noch in das eingeführte Berichts- und Kontrollwesen federführend eingebunden. Insofern scheitere eine Selbstreinigung schon am Fehlen tauglicher personeller Konsequenzen.

Zum vermeintlichen Berichts- und Kontrollwesen sei festzuhalten, dass ein solches nur sehr allgemein bzw. kursorisch und ohne Vorlage eines einzigen Beleges oder Nachweises (z.B. interne Dienstanweisung, eidesstattliche Erklärung, etc.) vorliege. Es werde auf den Wortlaut der Bestimmung § 83 Abs. 2 2. Satz BVergG 2018 („nachzuweisen") verwiesen,

womit klar sei, dass diese Maßnahme nicht nur nachvollziehbar darzustellen, sondern auch zu belegen sei. Auch inhaltlich sei das beschriebene Berichts- und Kontrollwesen nicht geeignet, die Verfehlungen der Vergangenheit zu verhindern. Es werde in keinster Weise sichergestellt, dass keine Informationen zwischen (gleichgültig, ob verbundenen oder nichtverbundenen) Unternehmen ausgetauscht werden können, oder ein mit anderen Unternehmen abgestimmtes wettbewerbswidriges Verhalten nicht gesetzt werden könne. Insofern sei die Wirksamkeit der getroffenen Maßnahme in Frage zu stellen. Auch seien die oben genannten Personen weiterhin in die Angebotslegung eingebunden und handle es sich dabei um jene Personen, die zumindest nach den eigenen Aufklärungen der Vergangenheit auch im Vergabeverfahren „Rahmenvertrag Gas, Wasser, Heizung in Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen" die Angebote selbst kalkuliert bzw. freigegeben und unterfertigt hätten, also direkt für das Ausscheiden in Folge Unzuverlässigkeit verantwortlich gewesen seien. Zum vermeintlichen Berichts- und Kontrollwesen sei festzuhalten, dass ein solches nur sehr allgemein bzw. kursorisch und ohne Vorlage eines einzigen Beleges oder Nachweises (z.B. interne Dienstanweisung, eidesstattliche Erklärung, etc.) vorliege. Es werde auf den Wortlaut der Bestimmung Paragraph 83, Absatz 2, 2. Satz BVergG 2018 („nachzuweisen") verwiesen, womit klar sei, dass diese Maßnahme nicht nur nachvollziehbar darzustellen, sondern auch zu belegen sei. Auch inhaltlich sei das beschriebene Berichts- und Kontrollwesen nicht geeignet, die Verfehlungen der Vergangenheit zu verhindern. Es werde in keinster Weise sichergestellt, dass keine Informationen zwischen (gleichgültig, ob verbundenen oder nichtverbundenen) Unternehmen ausgetauscht werden können, oder ein mit anderen Unternehmen abgestimmtes wettbewerbswidriges Verhalten nicht gesetzt werden könne. Insofern sei die Wirksamkeit der getroffenen Maßnahme in Frage zu stellen. Auch seien die oben genannten Personen weiterhin in die Angebotslegung eingebunden und handle es sich dabei um jene Personen, die zumindest nach den eigenen Aufklärungen der Vergangenheit auch im Vergabeverfahren „Rahmenvertrag Gas, Wasser, Heizung in Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen" die Angebote selbst kalkuliert bzw. freigegeben und unterfertigt hätten, also direkt für das Ausscheiden in Folge Unzuverlässigkeit verantwortlich gewesen seien.

Zur Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregeln treffe zu, dass von der Antragstellerin Haftungs- und Pönalevereinbarungen zwischen der Antragstellerin und ihrem Geschäftsführer, dem Prokuristen und dem gewerberechtlichen Geschäftsführer vorgelegt worden seien. In wie weit dadurch künftig ein verpönter Informationsaustausch zwischen (verbundenen) Unternehmen hintangehalten werden solle, bleibe im Dunklen. Nach der Textierung dieser Vereinbarungen sei die Entlassung erst nach dreimaligem Verstoß zwingend, möge sie auch vorher möglich sein. Offenkundig werde in den Haftungs- und Pönalevereinbarungen mit mehrfachen Verstößen gerechnet und sei nicht einsichtig, warum nicht bereits ein einziger Verstoß zu einer Entlassung führe.

Offenbar kenne die Antragstellerin die eigenen Haftungs- und Pönalevereinbarungen nicht, da dort eine Pönale in Höhe von 10 % bzw. 15 % des durchschnittlichen monatlichen Nettogehaltes und nicht das Jahresgehalt festgesetzt werde. Wenn nun im Nichtigerklärungsantrag behauptet werde, dass eine Pönale in jedem Fall einen Betrag deutlich über der 10.000,-- EUR-Grenze erreiche, sei dies unglaubwürdig. Nicht nur, dass die Festlegung „zumindest jedoch EUR 500,-- " von vornherein keinen erkennbaren Sinn hätte, würde dies rückgerechnet bedeuten, dass die betreffenden Mitarbeiter monatlich netto über EUR 100.000,-- verdienten, d.h. mehr als EUR 200.000,-- brutto. Das richterliche Mäßigungsrecht könne auch nie ein Grund sein, eine Pönale unangemessen niedrig festzusetzen, zumal es sich dabei um ein im Rahmen eines Zivilprozesses über Einwendung des Betroffenen auszuübendes richterliches Recht handle, das nur auszuüben sei, wenn die Pönale im Einzelfall unangemessen wäre.

Mit Schriftsatz vom 30.12.2022 führte die Antragstellerin aus, dass die Laufzeit des Rahmenvertrages einschließlich der maximalen optionalen Verlängerungsfrist am 22.08.2022 geendet habe. Tatsächlich habe die Auftraggeberin einmal mit Schreiben vom 18.11.2021 den Rahmenvertrag von 28.02.2022 bis 30.04.2022 um ca. zwei Monate verlängert und ein weiteres Mal mit den Schreiben vom 14.02.2022 und vom 08.03.2022 bis 12.09.2022 verlängert, als auch zuletzt mit Schreiben vom 24.08.2022 den Rahmenvertrag von 13.09.2022 bis 16.10.2022 verlängert. Die sogenannten Verlängerungen vom 18.01.2021 und 14.02.2022 seien keine echten Vertragsverlängerungen im zivilrechtlichen Sinn gewesen, weil die optionalen Weiterbeauftragungen weit nach Ende des definitiven Leistungszeitraumes der oben angeführten Ausschreibung stattgefunden hätten. Auch klafften zwischen dem definitiven Leistungszeitraum und den Verlängerungen zeitliche „Beauftragungslücken" (in denen die Auftraggeberin von der Antragstellerin aber Leistungen abgerufen habe). Somit hätten die ursprünglichen Rahmenverträge durch Zeitablauf geendet und seien vergaberechtlich Weiterbeauftragungen als Neuaufträge zu qualifizieren. In jedem Fall sei aber die Verlängerung des

Rahmenvertrages für den Zeitraum 13.09.2022 bis 16.10.2022 ganz eindeutig eine Neubeauftragung und sei die Beauftragung zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem die Auftraggeberin in Kenntnis der durch die Ausscheidensentscheidung vom 14.07.2022 angeblich vorliegenden beruflichen Unzuverlässigkeit gewesen sei und die Ausscheidensentscheidung auch bereits durch Ablauf der Anfechtungsfrist bestandfest gewesen sei. Es stünde nicht im Belieben der Auftraggeberin, die Beurteilung der Zuverlässigkeit je nach Auftragsvergabe und wie es zum Vorteil der Auftraggeberin gereiche, jeweils unterschiedlich ausfallen zu lassen. Klar sei, dass auch Weiterbeauftragungen Eignungsprüfungen vorangingen oder zumindest vorangehen hätten müssen. Wenn die Auftraggeberin meine, dass auftragsübergreifend eine einheitliche Beurteilung der Zuverlässigkeit durchzuführen sei, müsse dieses Argument umso mehr auch hier gelten. Auf Grund der damaligen Situation hätte die Antragstellerin ohne weiteres davon ausgehen können, dass sie sich auch bei der gegenständlichen Ausschreibung bewerben könne, ohne ein Ausscheiden wegen einer weiterwirkenden Unzuverlässigkeit befürchten zu müssen. Die Antragstellerin hätte sich in Kenntnis der Beurteilung der Zuverlässigkeit möglicherweise gar nicht an der gegenständlichen Ausschreibung beteiligt und in weiterer Folge keine Streitpunkte mit der Auftraggeberin im Zusammenhang mit der Integritätsvereinbarung und keine Aufwendungen für die Angebotslegung sowie die notwendige anwaltliche Vertretung gehabt. All dies seien Argumente, dass die Auftraggeberin, wenn sie in Kenntnis von Gründen sei, die die berufliche Zuverlässigkeit in Zweifel ziehen, an eine einmal getroffene Beurteilung gebunden und somit der Ausscheidensgrund von vornherein verwirkt sei.

Zutreffend sei, dass die Verfehlungen im Sinne eines Tatsachengeständnisses auf faktischer Ebene zugestanden seien und die Ausscheidensentscheidung vom 14.07.2022 mangels Anfechtung bestandfest geworden sei. Auf die Geschehnisse der Vergangenheit werde hier nicht mehr eingegangen.

Der Antragstellerin sei bewusst, dass die Maßnahmen bei den Unternehmen B., C. und D. nicht unmittelbar die Selbstreinigung der Antragstellerin betreffen. Allerdings habe der konkrete Vorhalt im Rahmen des Vergabeverfahrens gelautet: „Wir ersuchen um Stellungnahme zu den festgestellten Verfehlungen (...), die zum Ausschluss geführt haben" Es seien somit Maßnahmen abgefragt worden, die zusätzlich zur Selbstreinigung gesetzt worden seien und die Antragstellerin habe die Maßnahmen bei anderen Unternehmen der Vollständigkeit halber dargelegt. Dass diese Unternehmen noch nicht liquidiert seien, liege auch daran, dass diese Unternehmen nach wie vor Aufträge der Stadt Wien (auch Wiener Wohnen) aus laufenden Verträgen abwickelten und eine Liquidierung schon aus diesem Grund noch nicht in Frage komme. Auch sei der Antragstellerin bisher ausschließlich vorgehalten worden, dass sie mit den genannten Unternehmen Absprachen getroffen hätte. Dass auch mit dritten Unternehmen Absprachen getroffen worden seien, wurde bislang nicht einmal von der Auftraggeberin behauptet. Jedenfalls könne die Antragstellerin im Rahmen der Selbstreinigung einen solchen Nachweis gar nicht erbringen.

Zum Schadensausgleich wurde bereits dargelegt, dass das Bundesvergabegesetz nur den Ausgleich des verursachten Schadens verlangt. Zu den Argumenten der Antragsgegnerin sei auszuführen, dass der Zuschlag auf den nächst teureren Bieter schon deshalb kein Schaden sei, weil schadenersatzrechtlich zu prüfen sei, ob bei rechtmäßigem Alternativverhalten derselbe Schaden eingetreten wäre. Dies sei der Fall, weil auch ohne die Beteiligung der Antragstellerin der Angebotspreis des zweit teureren Anbieters zu zahlen gewesen wäre. Auch sei der Prüfaufwand der Auftraggeberin nicht höher, weil im Rahmen des Fehlerkalküls ein Bieter - ohne schadenersatzpflichtig zu werden - ein Angebot legen könne, das später ausgeschieden werden müsse. Wie hoch der tatsächliche Schaden sein solle, verschweige die Auftraggeberin nach wie vor. Ein pauschaler Schadenersatz (Pönale) stelle keinen verursachten Schaden dar, da dieser schadensunabhängig gebühre. Hinzuweisen sei auch, dass wegen der angeführten Weiterbeauftragungen die Antragstellerin zumindest vertretbar davon ausgehen habe können, dass eine Teilnahme an der gegenständlichen Ausschreibung nicht zum Ausscheiden wegen angeblicher Unzuverlässigkeit führen werde.

Im Zusammenhang mit der aktiven Zusammenarbeit an der Klärung verlasse die Auftraggeberin schlicht den Boden der geltenden Rechtslage und stelle Behauptungen auf, die weder vom Strafgesetzbuch noch vom Bundesvergabegesetz gedeckt seien. Eine „reumütige" Aufklärung von Umständen sei ein Begriff, der dem Bundesvergabegesetz fremd sei. Wenn die Auftraggeberin der Antragstellerin zu einer „Selbstanzeige" rate, stelle sich die Frage, welches Delikt die Antragstellerin anzeigen solle. Bei der tätigen Reue übersehe die Auftraggeberin, dass diese (abgesehen davon, dass kein strafgesetzwidriges Verhalten gesetzt worden sei) nach § 167 Abs. 1 StGB nur für jene Delikte möglich wäre, die dort angeführt sind. Der EuGH-Entscheidung „Voßloh-Laeis" sei sachverhaltsbezogen eine ganz andere Ausgangssituation zugrunde gelegen. Im Zusammenhang mit der aktiven Zusammenarbeit an der Klärung verlasse die Auftraggeberin schlicht den Boden der geltenden Rechtslage und stelle Behauptungen auf, die

weder vom Strafgesetzbuch noch vom Bundesvergabegesetz gedeckt seien. Eine „reumütige“ Aufklärung von Umständen sei ein Begriff, der dem Bundesvergabegesetz fremd sei. Wenn die Auftraggeberin der Antragstellerin zu einer „Selbstanzeige“ rate, stelle sich die Frage, welches Delikt die Antragstellerin anzeigen solle. Bei der tätigen Reue übersehe die Auftraggeberin, dass diese (abgesehen davon, dass kein strafgesetzwidriges Verhalten gesetzt worden sei) nach Paragraph 167, Absatz eins, StGB nur für jene Delikte möglich wäre, die dort angeführt sind. Der EuGH-Entscheidung „Voßloh-Laeis“ sei sachverhaltsbezogen eine ganz andere Ausgangssituation zugrunde gelegen.

Den Verbleib des Mitarbeiters E. bei gleichzeitiger Abmahnung habe die Antragstellerin unter anderem mit arbeitsrechtlichen Gründen sachlich begründet. Bei dem vermeintlichen Widerspruch zwischen den Aussagen in der Aufklärung vom 17.05.2018 und 13.06.2018 dürfe bei der Auftraggeberin eine Verwechslung von Personen vorliegen, da beide Geschäftsführer im Nachnamen F. heißen und es sich einmal um den Sohn, L. F., geb. ...1990, und einmal um den Vater, Ing. M. F., handle. Herr L. F. sei vom ...2017 bis ...2019 Geschäftsführer gewesen und treffe für diese Zeit zu, dass die Preisgestaltung der Geschäftsführung oblegen gewesen sei. Dies habe seinen Grund darin gehabt, dass Herr L. F. Geschäftsführer nur dieses einen Unternehmens war und sich daher umfangreicher einbringen habe können. Seit ...2019 vertrete Herr Ing. M. F., welcher auch bei anderen Unternehmen Geschäftsführungsfunktionen innehabe und sich naturgemäß in die Kalkulation nicht einbringen könne.

Zum Berichts- und Kontrollwesen sei vorauszuschicken, dass die Einführung eines solchen vom Gesetz her eine mögliche Maßnahme sei. Welche Ansprüche an den Nachweis eines solchen Berichtswesen gestellt würden, regle das Gesetz nicht. Im Hinblick auf die Unternehmensgröße sei ein solches eingeführt und der Nachweis gegenüber der Auftraggeberin geführt worden. Die zu treffenden Maßnahmen müssen nach der Literatur verhältnismäßig sein und sich wirtschaftlich im vertretbaren Rahmen bewegen. Für die Unternehmensgröße der Antragstellerin ein kostspieliges Revisionswesen zu verlangen, wäre nach der Literatur unverhältnismäßig.

Zur Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregeln sei auch vorauszuschicken, dass dies vom Gesetz her eine mögliche Maßnahme sei. Das Gesetz regle nicht den Inhalt dieser internen Haftungs- und Schadenersatzregeln. Dass mit wiederholten Verstößen gerecht würde, sei schlicht eine unzutreffende Behauptung. Vielmehr könne sein, dass ein Mitarbeiter in knappen Abständen Vergabeverstöße gesetzt habe, die aber erst später nach und nach erkannt würden und müsse dies als Vorsorge getroffen werden. Die Behauptung, dass die Pönalen unangemessen niedrig seien, scheitere schon an einer gesetzlichen Untergrenze und sei diese zudem eine von mehreren von einem Bieter gegebenenfalls zu treffenden Maßnahmen, sodass diese auch in deren Zusammenspiel zu beurteilen seien.

Die Antragsgegnerin replizierte darauf mit Schriftsatz vom 16.01.2023 wie folgt:

Festzuhalten sei, dass die Antragsgegnerin bis zur Ausscheidensentscheidung vom 14.07.2022 im Vergabeverfahren „Rahmenvertrag für Gas, Wasser, Heizung in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen“ (Datum der Angebotsöffnung 09.02.2022) lediglich den (noch nicht erwiesenen) Verdacht gehabt habe, dass die Antragstellerin mit anderen Unternehmen - konkret den verbunden Unternehmen C., D. und B. - laufend seit 2018 bei Vergabeverfahren betreffend Gas-, Wasser- und Installationsarbeiten, insbesondere beim „Rahmenvertrag Gas, Wasser, Heizung in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen“ (Angebotsöffnung 17.12.2018) und bei der Direktvergabe „RA Not- und Gebrechensdienst 2018“, das Angebotsverhalten abgestimmt, Angebots- und Kalkulationsdetails ausgetauscht sowie Abreden im Sinn des § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 getroffen habe. Dieser Verdacht habe sich auf Grund mehrerer Indizien ergeben: Auffällige Angebotslegung, die Verbindung der Unternehmen durch einen gemeinsamen wirtschaftlichen Eigentümer, personelle Verflechtungen in leitender Funktion, der gemeinsame Standort, die gemeinsame IT-Infrastruktur und das gemeinsame Kalkulationstool. Neben diesen Indizien sei auch aus vergangenen Aufklärungen bekannt gewesen, dass die Antragstellerin gemeinsam mit den genannten Unternehmen über einen mit diesen Unternehmen gemeinsamen Einkaufstool verfügt habe. Allein auf Grund dieser Indizien und ohne Belege habe sich das Vorliegen von laufenden verpönten Absprachen tatsächlich jedoch nicht beweisen lassen. Der Verdacht habe sich erst im Zuge des Vergabeverfahrens „Rahmenvertrag für Gas, Wasser, Heizung in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen“ - GWH2018FV (Angebotsöffnung 09.02.2022) und insbesondere des dortigen Aufklärungsverfahrens, im Rahmen dessen unerklärliche, jedenfalls nicht durch ein marktwirtschaftliches Handeln erklärbare Parallelitäten in den Angeboten und Kalkulationen der Antragstellerin und den genannten Unternehmen offenkundig geworden seien, verdichtet. Festzuhalten sei, dass die Antragsgegnerin bis zur Ausscheidensentscheidung vom 14.07.2022 im Vergabeverfahren „Rahmenvertrag für Gas, Wasser, Heizung in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen“ (Datum der Angebotsöffnung 09.02.2022) lediglich den (noch nicht erwiesenen) Verdacht gehabt habe, dass die

Antragstellerin mit anderen Unternehmen - konkret den verbunden Unternehmen C., D. und B. - laufend seit 2018 bei Vergabeverfahren betreffend Gas-, Wasser- und Installationsarbeiten, insbesondere beim „Rahmenvertrag Gas, Wasser, Heizung in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen“ (Angebotsöffnung 17.12.2018) und bei der Direktvergabe „RA Not- und Gebrechensdienst 2018“, das Angebotsverhalten abgestimmt, Angebots- und Kalkulationsdetails ausgetauscht sowie Abreden im Sinn des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 getroffen habe. Dieser Verdacht habe sich auf Grund mehrerer Indizien ergeben: Auffällige Angebotslegung, die Verbindung der Unternehmen durch einen gemeinsamen wirtschaftlichen Eigentümer, personelle Verflechtungen in leitender Funktion, der gemeinsame Standort, die gemeinsame IT-Infrastruktur und das gemeinsame Kalkulationstool. Neben diesen Indizien sei auch aus vergangenen Aufklärungen bekannt gewesen, dass die Antragstellerin gemeinsam mit den genannten Unternehmen über einen mit diesen Unternehmen gemeinsamen Einkaufstool verfügt habe. Allein auf Grund dieser Indizien und ohne Belege habe sich das Vorliegen von laufenden verpönten Absprachen tatsächlich jedoch nicht beweisen lassen. Der Verdacht habe sich erst im Zuge des Vergabeverfahrens „Rahmenvertrag für Gas, Wasser, Heizung in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen“ - GWH2018FV (Angebotsöffnung 09.02.2022) und insbesondere des dortigen Aufklärungsverfahrens, im Rahmen dessen unerklärliche, jedenfalls nicht durch ein marktwirtschaftliches Handeln erklärbare Parallelitäten in den Angeboten und Kalkulationen der Antragstellerin und den genannten Unternehmen offenkundig geworden seien, verdichtet.

Sowohl formal als auch inhaltlich unzutreffend sei die Behauptung der Antragstellerin, die Antragsgegnerin hätte den Ausscheidensgrund der beruflichen Unzuverlässigkeit verwirkt, weil die Antragsgegnerin den am 23.08.2019 abgeschlossenen Rahmenvertrag verlängert habe. Hier genügt der Hinweis, dass dem BVergG 2018 eine derartige „Verwirkung“ oder „Präklusion“ schlichtweg unbekannt sei. Eine Unzuverlässigkeit habe als rechtliche Konsequenz das Ausscheiden zur Folge, wenn sie in einem Vergabeverfahren festgestellt werde. Dies natürlich auch dann, wenn die Unzuverlässigkeit in einem anderen Vergabeverfahren nicht aufgefallen sein sollte.

Die Antragstellerin gehe von falschen Annahmen aus. Richtig sei, dass der am 23.08.2019 beauftragte, aber richtigerweise erst per 13.09.2019 - und nicht per 23.08.2019 - laufende Rahmenvertrag GWH2018FV das einseitige Optionsrecht der Antragsgegnerin vorgesehen habe, die Vertragslaufzeit um eine beliebige Anzahl von Monaten bis höchstens ein Jahr zu verlängern sowie den Leistungsumfang bei Wegfall des Auftragnehmers eines benachbarten Loses zu erweitern. Falsch sei die Behauptung der Antragstellerin, wonach der Rahmenvertrag „Rahmenvertrag für Gas, Wasser, Heizung in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen“ - GWH2018FV am 22.08.2022 geendet hätte. Die Vertragslaufzeit dieses Rahmenvertrages habe tatsächlich mit 13.09.2019 begonnen und sollte nach zwei Jahren, demgemäß am 12.09.2021 enden, so die Option auf Verlängerung des Vertrages nicht genutzt werde. Die Antragsgegnerin habe diesen Rahmenvertrag auf Grund dieses Optionsrechts mehrmals verlängert und voll ausgeschöpft, sodass die reguläre Vertragslaufzeit am 12.09.2022 geendet habe. Die Vertragsverlängerungen seien mit den Schreiben vom 07.09.2021, vom 18.11.2021, vom 13.04.2022 und vom 24.08.2022 erfolgt. Es hätten also weder „Beauftragungslücken“ bestanden, noch seien neue Aufträge erteilt worden. Die Antragsgegnerin habe die Vertragsverlängerungen jeweils drei Monate vor Ablauf der jeweiligen Vertragslaufzeit vorgenommen.

Die von der Antragstellerin angesprochene Erweiterung des Leistungsumfangs sei vertraglich vorgesehen und damit vom bestehenden Vertrag umfasst; sie sei am 08.03.2022 angeordnet worden, weil ein Auftragnehmer eines benachbarten Loses ausgefallen sei. Zu diesem Zeitpunkt habe als Ende der Vertragslaufzeit der 30.04.2022 festgestanden. Die Anordnung sei sohin nicht nur innerhalb der Vertragslaufzeit, sondern auch zeitlich begrenzt auf Grund einer „Notsituation“ erfolgt.

Festzuhalten sei, dass sämtliche Vertragsverlängerungen sowie die Erweiterung des Leistungsumfanges lange vor der Ausscheidensentscheidung vom 14.07.2022 erfolgt seien. Diese Vertragsänderungen seien also in Unkenntnis der (erst später festgestellten) Verfehlungen der Antragstellerin erfolgt.

Allein die Vertragsverlängerung vom 24.08.2022, mit der die Vertragslaufzeit bis zum 16.10.2022 verlängert worden sei, sei nach dem Ausscheiden vom 14.07.2022 erfolgt. Sie sei unter anderem dem Umstand geschuldet, dass sich das Vergabeverfahren (Angebotsöffnung 09.02.2022) auf Grund der aufwendigen Zuverlässigkeitsprüfung der Antragstellerin und deren Verbindungen zu anderen Bietern verzögert habe und zum Zeitpunkt der Vertragsverlängerung noch kein Rahmenvertragspartner festgestanden habe. Zur Sicherstellung der Instandhaltungsverpflichtung, insbesondere zur Gebrechensbehebung in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen sei es notwendig gewesen, den Vertrag mit der Antragstellerin kurzfristig zu verlängern, um keinen

vertragslosen Zustand für dringend erforderliche Arbeiten zu haben. Wiener Wohnen sei seinen Mietern verantwortlich und es habe gegolten, einen Schaden von den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen und von deren Mietern abzuwenden. Diese „außerordentliche“ Verlängerung habe einen Zeitraum von lediglich rund einen Monat betroffen, welche, gemessen an der eigentlichen Vertragslaufzeit (36 Monate), geringfügig gewesen sei und offenkundig aus einer Notsituation erfolgt sei. Es habe sich um eine unwesentliche Änderung des bestehenden Rahmenvertrages „Rahmenvertrag für Gas, Wasser, Heizung in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen“ - GWH2018FV im Sinne des § 365 BVergG 2018 gehandelt und jedenfalls nicht um eine neue Vergabe der Leistungen. Die geringfügige Änderung des bestehenden Rahmenvertrages habe die Antragsgegnerin nicht zur Durchführung einer Eignungsprüfung und/oder zum „Ausscheiden“ des bestehenden Rahmenvertragspartners auf Kosten einer Notsituation verpflichtet. Es sei daher formal aus der vertraglich und vergaberechtlich zulässigen Vertragsverlängerung für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Allein die Vertragsverlängerung vom 24.08.2022, mit der die Vertragslaufzeit bis zum 16.10.2022 verlängert worden sei, sei nach dem Ausscheiden vom 14.07.2022 erfolgt. Sie sei unter anderem dem Umstand geschuldet, dass sich das Vergabeverfahren (Angebotsöffnung 09.02.2022) auf Grund der aufwendigen Zuverlässigkeitsprüfung der Antragstellerin und deren Verbindungen zu anderen Bietern verzögert habe und zum Zeitpunkt der Vertragsverlängerung noch kein Rahmenvertragspartner festgestanden habe. Zur Sicherstellung der Instandhaltungsverpflichtung, insbesondere zur Gebrechensbehebung in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen sei es notwendig gewesen, den Vertrag mit der Antragstellerin kurzfristig zu verlängern, um keinen vertragslosen Zustand für dringend erforderliche Arbeiten zu haben. Wiener Wohnen sei seinen Mietern verantwortlich und es habe gegolten, einen Schaden von den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen und von deren Mietern abzuwenden. Diese „außerordentliche“ Verlängerung habe einen Zeitraum von lediglich rund einen Monat betroffen, welche, gemessen an der eigentlichen Vertragslaufzeit (36 Monate), geringfügig gewesen sei und offenkundig aus einer Notsituation erfolgt sei. Es habe sich um eine unwesentliche Änderung des bestehenden Rahmenvertrages „Rahmenvertrag für Gas, Wasser, Heizung in den Objekten der Stadt Wien - Wiener Wohnen“ - GWH2018FV im Sinne des Paragraph 365, BVergG 2018 gehandelt und jedenfalls nicht um eine neue Vergabe der Leistungen. Die geringfügige Änderung des bestehenden Rahmenvertrages habe die Antragsgegnerin nicht zur Durchführung einer Eignungsprüfung und/oder zum „Ausscheiden“ des bestehenden Rahmenvertragspartners auf Kosten einer Notsituation verpflichtet. Es sei daher formal aus der vertraglich und vergaberechtlich zulässigen Vertragsverlängerung für die Antragstellerin nichts zu gewinnen.

Faktum sei, dass die Antragstellerin bis zum vorliegenden Nachprüfungsantrag zu keinem Zeitpunkt ein Fehlverhalten zugestanden oder ein Tatsachengeständnis abgegeben habe. Die Antragstellerin habe in der für die Zuverlässigkeitsprüfung maßgeblichen Stellungnahme vom 24.10.2022 weder den relevanten Sachverhalt restlos aufgeklärt, noch eine aktive Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin zur Aufarbeitung der Geschehnisse der Vergangenheit, die im damaligen Rahmenvertrag zum Ausscheiden am 14.07.2022 geführt haben, angeboten. Dies sei aber im Rahmen einer Gesamtbetrachtung und Prognoseentscheidung wesentlich, da für eine Selbstreinigung im Sinn des § 83 BVergG 2018 nach der Judikatur des EuGH neben effektiven Maßnahmen eben auch eine aktive Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin erforderlich sei. Faktum sei, dass die Antragstellerin bis zum vorliegenden Nachprüfungsantrag zu keinem Zeitpunkt ein Fehlverhalten zugestanden oder ein Tatsachengeständnis abgegeben habe. Die Antragstellerin habe in der für die Zuverlässigkeitsprüfung maßgeblichen Stellungnahme vom 24.10.2022 weder den relevanten Sachverhalt restlos aufgeklärt, noch eine aktive Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin zur Aufarbeitung der Geschehnisse der Vergangenheit, die im damaligen Rahmenvertrag zum Ausscheiden am 14.07.2022 geführt haben, angeboten. Dies sei aber im Rahmen einer Gesamtbetrachtung und Prognoseentscheidung wesentlich, da für eine Selbstreinigung im Sinn des Paragraph 83, BVergG 2018 nach der Judikatur des EuGH neben effektiven Maßnahmen eben auch eine aktive Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin erforderlich sei.

Aus Sicht der Antragsgegnerin sei es weiterhin wenig glaubwürdig, dass die Unternehmen B., C. und D. liquidiert würden. Der Hinweis auf laufende Vertragsverhältnisse als Grund für die Nichtdurchführung der angekündigten Selbstreinigungsmaßnahme überzeuge von vornherein nicht, da bei jeder Unternehmensschließung immer noch laufende Vertragsverhältnisse vorhanden seien, die eben im Rahmen der Abwicklung beendet werden müssten.

Festzuhalten sei, dass es nicht die Aufgabe eines öffentlichen Auftraggebers sei, den Bietern taugliche Maßnahmen zur Selbstreinigung vorzugeben.

Der öffentliche Auftraggeber könne lediglich im Rahmen einer Prognoseentscheidung abschließend und in einer

Gesamtbetrachtung beurteilen, ob die vom jeweiligen Unternehmer gesetzten Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend seien, Verfehlungen aus der Vergangenheit künftig zu vermeiden. Bloße Absichtsmaßnahmen und Lippenbekenntnisse, die in Schriftform gegossen seien, würden dem nicht gerecht. Vielmehr müssten derartige Maßnahmen auf das jeweilige Unternehmen, auf dessen Prozesse und Organisationsabläufe zugeschnitten sein, um eine erneute Begehung des gleichen Vergehens zu vermeiden und in der Praxis auch gelebt zu werden.

Zum Schadensausgleich werde ergänzt, dass mit Rechnung vom 19.12.2022 die Antragsgegnerin den pauschalierten Schadenersatz gemäß Punkt 4.1 der Integritätsvereinbarung auf Grund der Ausscheidensentscheidung gemäß Punkt 3.1 der Integritätsvereinbarung geltend gemacht habe. Eine Bezahlung der vereinbarten Vertragsstrafe sei bis dato nicht erfolgt. Die Antragstellerin habe auch sonst keinen - wie auch immer gearteten - Ausgleich für den der Antragsgegnerin entstandenen Mehraufwand auf Grund des Fehlverhaltens der Antragstellerin angeboten. Die Antragstellerin habe den Schaden der Antragsgegnerin durch die von ihr zu verantwortenden Verfehlungen und verpönten Abreden weder im Zuge des Aufklärungsverfahrens im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung noch zuletzt in ihren Schriftsätzen des gegenständlichen Nachprüfungsverfahren dem Grunde nach anerkannt. Vom Nachweis eines Schadensausgleiches im Sinn des § 83 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 könne daher keine Rede sein. Zum Schadensausgleich werde ergänzt, dass mit Rechnung vom 19.12.2022 die Antragsgegnerin den pauschalierten Schadenersatz gemäß Punkt 4.1 der Integritätsvereinbarung auf Grund der Ausscheidensentscheidung gemäß Punkt 3.1 der Integritätsvereinbarung geltend gemacht habe. Eine Bezahlung der vereinbarten Vertragsstrafe sei bis dato nicht erfolgt. Die Antragstellerin habe auch sonst keinen - wie auch immer gearteten - Ausgleich für den der Antragsgegnerin entstandenen Mehraufwand auf Grund des Fehlverhaltens der Antragstellerin angeboten. Die Antragstellerin habe den Schaden der Antragsgegnerin durch die von ihr zu verantwortenden Verfehlungen und verpönten Abreden weder im Zuge des Aufklärungsverfahrens im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung noch zuletzt in ihren Schriftsätzen des gegenständlichen Nachprüfungsverfahren dem Grunde nach anerkannt. Vom Nachweis eines Schadensausgleiches im Sinn des Paragraph 83, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2018 könne daher keine Rede sein.

Zur aktiven Zusammenarbeit an der Klärung verweise die Antragsgegnerin nochmals auf das EuGH-Urteil „Voßloh-Laeis“ vom 24.10.2018 zu RS C-124/17, wonach eine Zusammenarbeit mit dem

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at