

TE Lvwg Erkenntnis 2018/11/7 LVwG-2018/S2/1387-10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.11.2018

Entscheidungsdatum

07.11.2018

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §41a;

1. BVergG 2006 § 41a gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 41a gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

Text

Antragstellerin: Fa. AA GmbH

Auftraggeberin: Gemeinde Z

Ausschreibungsgegenstand: „Neubau Kindergarten Z, Heizung und Sanitär“

IM NAMEN DER REPUBLIK

Mit Schriftsatz vom 25.06.2018, beim Landesverwaltungsgericht Tirol per E-Mail am 25.06.2018, 13.57 Uhr eingelangt, hat die Firma AA GmbH, Adresse 1, Y (im weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch BB, Adresse 2, Y, in der von der Gemeinde Z, Adresse 3, Z (im weiteren kurz Auftraggeberin genannt), im Vergaberechtschutzverfahren sodann vertreten durch die CC GmbH, vorgenommenen Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren „Heizung, Sanitär – Neubau Kindergarten Z“ die Einleitung eines Vergaberechtschutzverfahrens beantragt und gleichzeitig einen Feststellungsantrag gestellt.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Wurdinger als Vorsitzenden, den Richter Dr. Rosenkranz als Berichterstatter und die Richterin Mag.a Weißgatterer als weiteres Mitglied des Senates 2 gemäß § 3 Abs 3 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 (TVergNG 2006), nach öffentlicher mündlicher Verhandlung, Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Wurdinger als Vorsitzenden, den Richter Dr. Rosenkranz als Berichterstatter und die Richterin Mag.a Weißgatterer als weiteres Mitglied des Senates 2 gemäß Paragraph 3, Absatz 3, Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 (TVergNG 2006), nach öffentlicher mündlicher Verhandlung,

zu Recht:

1.

Der Antrag auf Feststellung, dass die Zuschlagserteilung an die Firma DD im Vergabeverfahren mit der Bezeichnung

„Heizung, Sanitär Neubau Kindergarten Z, Auftraggeber Gemeinde Z, vergebende Stelle CC GmbH, vom 23.05.2018 rechtswidrig war, sowie der Eventualantrag auf Feststellung, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz oder der hiezu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag an die Firma DD nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigeren bzw den technisch und wirtschaftlich geforderten Voraussetzungen des Bieters entsprechend, erteilt wurde, wird als unbegründet abgewiesen.

2.

Der Antrag auf Ersatz der Kosten für das gegenständliche Verfahren wird als unbegründet abgewiesen.

3. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. 3. Die ordentliche Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. römisch eins.

Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 25.06.2018, beim Landesverwaltungsgericht Tirol an diesem Tag um 13.57 Uhr per Email eingelangt, wurde die Einleitung eines Feststellungsverfahrens beantragt und die Feststellung begehrt, dass die Zuschlagserteilung an die Firma DD im Vergabeverfahren mit der Bezeichnung „Heizung, Sanitär – Neubau Kindergarten Z“, Auftraggeber Gemeinde Z, vergebende Stelle CC GmbH, vom 23.05.2018 rechtswidrig gewesen sei.

Im Einzelnen wurde im Schriftsatz der Antragstellerin ausgeführt wie folgt:

„In umseits näher bezeichneter Vergabesache teilt die Antragstellerin zunächst mit, dass sie die Rechtsanwälte BB, Adresse 2, Y, mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt und bevollmächtigt hat. Die ausgewiesenen Vertreter berufen sich gemäß §§ 8 RAO, 10 AVG auf die ihnen erteilte Vollmacht. In umseits näher bezeichneter Vergabesache teilt die Antragstellerin zunächst mit, dass sie die Rechtsanwälte BB, Adresse 2, Y, mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt und bevollmächtigt hat. Die ausgewiesenen Vertreter berufen sich gemäß Paragraphen 8, RAO, 10 AVG auf die ihnen erteilte Vollmacht.

1.

Sachverhalt:

Die Antragstellerin hat im Vergabeverfahren der Gemeinde Z mit der Bezeichnung Heizung, Sanitär Neubau Kindergarten Z am 26.04.2018 innerhalb offener Frist ein Angebot abgegeben. Von der Zuschlagserteilung an die Firma DD, Adresse 5, Z, erlangte die Antragstellerin am 23.05.2018 Kenntnis. Der gegenständliche Antrag erfolgt sohin fristgerecht.

Die Ausschreibung für das Verhandlungsverfahren Heizung, Sanitär und Neubau Kindergarten Z erfolgte durch die vergebende Stelle, die Firma CC GmbH, Adresse 4, X. In den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen ist unter Punkt 1.4 das Landesverwaltungsgericht Tirol als zuständige Vergabekontrollbehörde ausdrücklich angeführt. Die Ausschreibung für das Verhandlungsverfahren Heizung, Sanitär und Neubau Kindergarten Z erfolgte durch die vergebende Stelle, die Firma CC GmbH, Adresse 4, römisch zehn. In den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen ist unter Punkt 1.4 das Landesverwaltungsgericht Tirol als zuständige Vergabekontrollbehörde ausdrücklich angeführt.

2.

Zur Zulässigkeit des Antrages:

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber i.S.d § BVerG und es unterliegt der ausgeschriebene Antrag den Bestimmungen des BVerG, sowie dem Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz i.d.g.F. Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber i.S.d Paragraph BVerG und es unterliegt der ausgeschriebene Antrag den Bestimmungen des BVerG, sowie dem Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz i.d.g.F.

Gemäß § 331 Bundesvergabegesetz bzw. §14 Abs. 1 TirVerNG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hat, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung der Rechtswidrigkeit zu den im § 331 Abs. 1 Zif. 1-5 leg. cit. angeführten Gründen beantragen. Gemäß Paragraph 331, Bundesvergabegesetz bzw. §14 Absatz eins, TirVerNG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hat, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden

entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung der Rechtswidrigkeit zu den im Paragraph 331, Absatz eins, Zif. 1-5 leg. cit. angeführten Gründen beantragen.

Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren der Gemeinde Z mit der Bezeichnung Heizung, Sanitär Neubau Kindergarten Z am 26.04.2018 ein Angebot abgegeben und somit ihr Interesse am Abschluss eines Vertrages mit dem öffentlichen Auftraggeber dokumentiert.

3.

Zur Rechtswidrigkeit:

Nach Ansicht der Antragstellern! erfolgte die Zuschlagserteilung in rechtswidriger Weise, dies aus folgenden Gründen:

Gemäß den Ausschreibungsunterlagen der Firma CC wurde im Punkt 4. die Eignung der Bieter festgelegt. Im Punkt 4.1.3 wurde festgehalten, dass ein Bieter durch eigene Erklärung mit dem Angebot bestätigen und auf Verlangen des Auftragsgebers nachweisen muss, dass die geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeiten des Bieters für den vorliegenden Auftrag gegeben ist. Dazu muss der Bieter als Mindestkriterien einen durchschnittlichen konsolidierten Jahresumsatz in den letzten Jahren von zumindest € 500.000,00 jährlich nachweisen..

Des Weiteren wurde im Punkt 4.1.4 Abs. 1 die (technische) Leistungsfähigkeit festgelegt, welche besagt, dass der Bieter technisch in der Lage sein muss, den gegenständlichen Auftrag zu erfüllen. Dazu muss er als Mindestanforderung nachweisen, dass zumindest zwei vergleichbare Leistungen in den letzten fünf Jahren durch den Bieter erbracht wurden. Diesbezüglich sind ordnungsgemäß ausgeführte, also übergebene und übernommene Projekte aus den der Ausschreibung vorausgehenden fünf Kalenderjahren einschließlich dem Jahr der Ausschreibung für zulässig erklärt worden. Gemäß den allgemein abrufbaren Informationen auf der Webseite der Firma DD (www.****.at) wurde die Einzelfirma DD, Inhaber EE, am 01.09.2015 gegründet. Zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bestand die Firma somit seit 2 Jahren und 7 Monaten. Des Weiteren wurde im Punkt 4.1.4 Absatz eins, die (technische) Leistungsfähigkeit festgelegt, welche besagt, dass der Bieter technisch in der Lage sein muss, den gegenständlichen Auftrag zu erfüllen. Dazu muss er als Mindestanforderung nachweisen, dass zumindest zwei vergleichbare Leistungen in den letzten fünf Jahren durch den Bieter erbracht wurden. Diesbezüglich sind ordnungsgemäß ausgeführte, also übergebene und übernommene Projekte aus den der Ausschreibung vorausgehenden fünf Kalenderjahren einschließlich dem Jahr der Ausschreibung für zulässig erklärt worden. Gemäß den allgemein abrufbaren Informationen auf der Webseite der Firma DD (www.****.at) wurde die Einzelfirma DD, Inhaber EE, am 01.09.2015 gegründet. Zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bestand die Firma somit seit 2 Jahren und 7 Monaten.

Diesbezüglich ist es aufgrund der sehr kurzen Bestanddauer des Unternehmens, welchem der Zuschlag erteilt wurde, nicht nachvollziehbar, dass der im Punkt 4.1.3 der Ausschreibungsunterlagen angeforderte Jahresumsatz von zumindest durchschnittlich € 500.000,00 in den letzten drei Jahren erreicht worden ist, da die Firma noch nicht einmal drei Jahre besteht und somit diese Voraussetzung gar nicht erfüllen kann.

Des Weiteren ist es aus technischer Sicht ebenfalls nicht möglich, dass die Firma DD die in Punkt 4.1.4 Absatz 2 angeführten zwei vergleichbaren Leistungen innerhalb des geforderten Zeitraumes von fünf Kalenderjahren nachgewiesen hat. Einerseits wurden keine solchen vergleichbaren Aufträge durchgeführt, andererseits wird auch hier vorgetragen, dass die Firma DD erst im Jahr 2015 gegründet wurde und der Zeitraum von 5 Jahren nicht erfüllt werden kann.

Sowohl hinsichtlich des Nachweises gemäß Punkt 4.1.3 als auch des Nachweises 4.1.4 Abs. 2 wurde in den Angebotsunterlagen ausdrücklich gefordert, dass die bezug habende Leistungsfähigkeit des Bieters und jedes möglichen Subunternehmers mit Eigenerklärung des Bieters und jedes möglichen Subunternehmers mit dem Angebot zu bestätigen und auf Verlangen nachzuweisen ist. Sowohl hinsichtlich des Nachweises gemäß Punkt 4.1.3 als auch des Nachweises 4.1.4 Absatz 2, wurde in den Angebotsunterlagen ausdrücklich gefordert, dass die bezug habende Leistungsfähigkeit des Bieters und jedes möglichen Subunternehmers mit Eigenerklärung des Bieters und jedes möglichen Subunternehmers mit dem Angebot zu bestätigen und auf Verlangen nachzuweisen ist.

Sollte die Antragsgegnerin eine solche Vorlage von ergänzenden Unterlagen nicht gefordert haben, ist der gegenständliche Feststellungsantrag jedenfalls auch aus diesem Grund berechtigt. In Folge der kurzen Bestanddauer der Firma DD wären solche allfälligen nachzufordernden Unterlagen jedenfalls einzufordern gewesen und ist auch aus diesem Grund die Zuschlagserteilung in unrechtswidriger Weise erfolgt.

Die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers steht somit im Widerspruch zu den Bestimmungen des BVerG, die die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte wirtschaftliche und technische Eignung durch die Firma DD nicht erfüllt sind. Bei gesetzeskonformer Vorgangsweise hätte der Auftraggeber eine andere Entscheidung getroffen, und war die angefochtene Entscheidung für den Ausgang des Verfahrens wesentlich.

4.

Zum Inhalt und Zulässigkeit des gegenständlichen Feststellungsantrages wird gemäß § 332 Abs. 1

Bundesvergabegesetz folgendes ergänzend ausgeführt: Zum Inhalt und Zulässigkeit des gegenständlichen

Feststellungsantrages wird gemäß Paragraph 332, Absatz eins, Bundesvergabegesetz folgendes ergänzend ausgeführt:

1.

Vergabeverfahren:

Vergabe eines Auftrages für Heizung und Sanitär für das Bauvorhaben „Neubau Kindergarten Z“

Auftraggeber: Gemeinde Z, Adresse 3, Z, Faxnummer: ****, E-Mail-Adresse: ****

Antragssteller: Firma AA GmbH, Adresse 1, Y, E-Mail: ****

Zuschlagsempfänger: DD, Adresse 5, Z

5.

Der Antragstellerin ist durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung an die Firm DD ein Schaden entstanden bzw. droht ein Schaden zu entstehen als der Antragstellerin jedenfalls der sogenannte Vertrauensschade (Ersatz der Kosten der Beteiligung im Vergabeverfahren) und/oder ein Erfüllungsschaden (Gewinn der durch die Nichtbeauftragung entgangen ist) droht. Gemäß § 337 Abs. 1 leg. cit. ist für die Rechtswidrigkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens kein Verschulden des Auftraggebers Voraussetzung, sondern eben nur der sogenannte hinreichend qualifizierte Verstoß. Dieser liegt nach Ansicht der Antragstellerin, wie bereits vorgetragen wurde, darin, dass die oben angeforderten Voraussetzungen bei der Firma DD, welche den Zuschlag erhielt, nicht vorliegen. Der Antragstellerin ist durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung an die Firm DD ein Schaden entstanden bzw. droht ein Schaden zu entstehen als der Antragstellerin jedenfalls der sogenannte Vertrauensschade (Ersatz der Kosten der Beteiligung im Vergabeverfahren) und/oder ein Erfüllungsschaden (Gewinn der durch die Nichtbeauftragung entgangen ist) droht. Gemäß Paragraph 337, Absatz eins, leg. cit. ist für die Rechtswidrigkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens kein Verschulden des Auftraggebers Voraussetzung, sondern eben nur der sogenannte hinreichend qualifizierte Verstoß. Dieser liegt nach Ansicht der Antragstellerin, wie bereits vorgetragen wurde, darin, dass die oben angeforderten Voraussetzungen bei der Firma DD, welche den Zuschlag erhielt, nicht vorliegen.

6.

Mit der Beilage./A wird der Nachweis erbracht, dass die Gebühr gern. § 2 Abs. 1 Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenordnung (Unterswellenbereich - Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung) von € 311,00 ordnungsgemäß entrichtet ist. Mit der Beilage./A wird der Nachweis erbracht, dass die Gebühr gern. Paragraph 2, Absatz eins, Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenordnung (Unterswellenbereich - Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung) von € 311,00 ordnungsgemäß entrichtet ist.

7.

Anträge:

Auf Grund des oben ausgeführten werden gestellt nachstehende:

Anträge:

Das Landesverwaltungsgericht für Tirol als Vergabekontrollbehörde wolle

1.

eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen.

2.

feststellen, dass die Zuschlagserteilung an die Firma DD im Vergabeverfahren mit der Bezeichnung „Heizung, Sanitär Neubau Kindergarten Z“, Auftraggeber Gemeinde Z, vergebende Stelle CC GmbH, vom 23.5.2018 rechtswidrig war.

3.

die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die Kosten für das gegenständliche Verfahren zu ersetzen.

In eventu:

4.

feststellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz oder der hiezu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag an die Firma DD nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigeren bzw. den technisch und wirtschaftlich geforderten Voraussetzungen des Bieters entsprechend, erteilt wurde.“

Zusammen mit dem Feststellungsantrag hat die Antragstellerin eine Urkunde gelegt, die zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurde:

Zahlungsbeleg Beilage ./A

Mit Schriftsatz vom 26.06.2018 hat die Auftraggeberin zum Vorbringen im Feststellungsantrag Stellung genommen und ausgeführt wie folgt:

„I. STELLUNGNAHME ZUM FESTSTELLUNGSANTRAG

II.römisch zwei.

URKUNDENVORLAGE

Der Feststellungsantrag vom 25.06.2018 wurde der Auftraggeberin am 25.06.2018 mit dem Auftrag zugestellt, binnen 3 Wochen, somit bis spätestens Montag, den 16.07.2018, beim Landesverwaltungsgericht Tirol Stellung zu nehmen. Innerhalb derselben Frist sind dem Landesverwaltungsgericht Tirol alle die Vergabe betreffenden Unterlagen vorzulegen. Fristgerecht erstatten die Gemeinde Z („Auftraggeberin“) und CC GmbH („vergebene Stelle“) nachstehende

I.römisch eins.

STELLUNGNAHME ZUM FESTSTELLUNGSANTRAG

ab:

1)

Vorbemerkungen

Die Auftraggeberin beabsichtigt den Neubau Kindergarten Z. Der geschätzte Netto-Auftragswert für alle Bauleistungen beträgt EUR 3,8 Mio., es liegt somit ein Bauvorhaben im Unterschwellenbereich vor.

Die Losregel (§ 14 BVergG i.d.g.F.) besagt folgendes: Die Losregel (Paragraph 14, BVergG i.d.g.F.) besagt folgendes:

„Im Unterschwellenbereich gilt für die Vergabe aller Lose der Unterschwellenbereich;

Für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Gewerkes.“

Die Vergabe für das Gewerk Heizung Sanität Neubau Kindergarten Z erfolgte nach den für die Vergabe von Bauleistungen geltenden Bestimmungen des BVergG 2006 für den Unterschwellenbereich und den dazu ergangenen Verordnungen in einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 2 BVergG 2006. Die Bekanntmachung erfolgte gemäß § 55 des BVerG 2006 im Boten für Tirol am 11.04.2018. Die Vergabe für das Gewerk Heizung Sanität Neubau Kindergarten Z erfolgte nach den für die Vergabe von Bauleistungen geltenden Bestimmungen des BVergG 2006 für den Unterschwellenbereich und den dazu ergangenen Verordnungen in einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG 2006. Die Bekanntmachung erfolgte gemäß Paragraph 55, des BVerG 2006 im Boten für Tirol am 11.04.2018.

In der Ausschreibungsunterlage wurde als Zuschlagsprinzip das Billigstbieterprinzip festgelegt.

Auszug Punkt 6 Ausschreibungsunterlage:

„6. Bestbieterermittlung und Zuschlagskriterien

Der Zuschlag wird dem Angebot mit den niedrigstem Preis erteilt.“

Die Abgabe der Angebote hatte bis spätestens 05.04.2018 um 12:00 Uhr zu erfolgen.

Es wurden insgesamt 5 Angebote fristgerecht eingereicht.

Von Seiten des Bieters DD wurde ein Angebot in der Höhe von 187.678,59 € netto gelegt

Von Seiten der Antragstellerin wurde hingegen ein Angebot in Höhe in 220.757,89€ netto gelegt und weicht somit 17,63% vom niedrigsten Angebot ab.

Der Auftraggeber hat sich gemäß Ausschreibungsunterlage vorbehalten mit Bieter, welche für den Zuschlag in Frage kommen Verhandlungsgespräche zu führen.

Nachdem die Abweichung des Angebotes der Antragstellerin zum Angebot mit dem niedrigsten Preis 17,63% betrug, wurde diese nicht zum Verhandlungsgespräch eingeladen.

Die Zuschlagserteilung erfolgte am 23.05.2018 an das Unternehmen DD, welcher das Angebot mit dem niedrigsten Gesamtpreis gelegt hat.

2)

Zur Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrages

Die Zuschlagserteilung wurde am 23.05.2018 um 09:04:52 über die Vergabeplattform „Vemap“ gemäß §41a (5) an die Antragstellerin übermittelt. Die Antragstellerin hat die Mitteilung nach § 132 Abs. 2 mit folgendem Wortlaut am 23.05.2018 10:08 Uhr angesehen. Die Zuschlagserteilung wurde am 23.05.2018 um 09:04:52 über die Vergabeplattform „Vemap“ gemäß §41a (5) an die Antragstellerin übermittelt. Die Antragstellerin hat die Mitteilung nach Paragraph 132, Absatz 2, mit folgendem Wortlaut am 23.05.2018 10:08 Uhr angesehen.

Zuschlagserteilung an:

DD

Adresse 5

Z

Gesamtpreis netto: 187.678,59€

Gemäß §15 Abs. 3 Z 1 TirVergNPG muss ein im Vergabeverfahren verbliebener Bieter einen Feststellungsantrag binnen 30 Tagen ab dem Tag der Absendung der Mitteilung nach § 132 Abs. 2 einbringen. Somit hätte der Feststellungsantrag der Antragstellerin bis spätestens Freitag, den 22.06.2018 eingebracht werden müssen. Daher wurde der Feststellungsantrag nicht fristgerecht eingebracht. Gemäß §15 Absatz 3, Ziffer eins, TirVergNPG muss ein im Vergabeverfahren verbliebener Bieter einen Feststellungsantrag binnen 30 Tagen ab dem Tag der Absendung der Mitteilung nach Paragraph 132, Absatz 2, einbringen. Somit hätte der Feststellungsantrag der Antragstellerin bis spätestens Freitag, den 22.06.2018 eingebracht werden müssen. Daher wurde der Feststellungsantrag nicht fristgerecht eingebracht.

B e w e i s: vorzulegende Unterlagen des Vergabeverfahrens:

weitere Beweise vorbehalten.

3)

Zur Rechtswidrigkeit

In der Ausschreibungsunterlage unter Punkt 4.2 folgendes festgelegt:

„4.2 NACHWEIS DER LEISTUNGSFÄHIGKEIT BEI DER ARBEITS- BZW. BIETERGEMEINSCHAFT; NACHWEIS DURCH DRITTE

Mitglieder von Arbeits- bzw. Bietergemeinschaften können – sofern im Einzelnen nichts anderes festgelegt ist – den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen sowie der technischen Leistungsfähigkeit gemeinsam erfüllen. Der Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters kann auch (zur Gänze oder zum Teil) durch den Nachweis der Leistungsfähigkeit eines mit dem Bieter verbundenen Unternehmens, eines Subunternehmers oder eines Dritten erbracht werden, sofern der Bieter nachweist, dass er tatsächlich über die Mittel dieser Einrichtungen, die zur Erreichung der Leistungsfähigkeit erforderlich sind, verfügt (Verfügungserklärung des Subunternehmers).“

Die Leistungsfähigkeit kann auch durch einen Subunternehmer oder einen Dritten erbracht werden. Sofern ist nicht zwingend notwendig, dass das Unternehmen selbst / alleine die Leistungsfähigkeit erfüllt.

B e w e i s: vorzulegende Unterlagen des Vergabeverfahrens;

weitere Beweise vorbehalten.

4)

Anträge

Aus den angeführten Gründen wird gestellt der

Antrag

1.

Den Feststellungsantrag als unzulässig zurückzuweisen, in eventu als unbegründet abzuweisen.

II.römisch zwei.

URKUNDENVORLAGE

Die Übermittlung der gewünschten Unterlagen wird zeitnah erfolgen, ebenso die Vorlage des Vergabeaktes.“

Mit E-Mail der Antragstellerin vom 26.08.2018 hat diese weitere Urkunden vorgelegt, die zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet werden:

Zahlungsbestätigungen Beilage ./B

Mit E-Mail der Auftraggeberin vom 03.07.2018, hat diese eine weitere Stellungnahme abgegeben und ausgeführt wie folgt:

„I.

STELLUNGNAHME ZUM FESTSTELLUNGSANTRAG

II.römisch zwei.

URKUNDENVORLAGE

Der Feststellungsantrag vom 25.06.2018 wurde der Auftraggeberin am 25.06.2018 mit dem Auftrag zugestellt, binnen 3 Wochen, somit bis spätestens Montag, den 16.07.2018, beim Landesverwaltungsgericht Tirol Stellung zu nehmen. Innerhalb derselben Frist sind dem Landesverwaltungsgericht Tirol alle die Vergabe betreffenden Unterlagen vorzulegen. Fristgerecht erstatten die Gemeinde Z („Auftraggeberin“) und die CC GmbH („vergebende Stelle“) nachstehende

I.römisch eins.

STELLUNGNAHME ZUM FESTSTELLUNGSANTRAG

ab:

1)

Vormerkungen

Diesbezüglich wird auf die Stellungnahme vom 26.06.2018 Bezug genommen.

2)

Zur Rechtswidrigkeit

Auszug §41a BVergG i.d.g.F. „Für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gelten ausschließlich der 1. Teil des BVergG i.d.F. mit Ausnahme des § 2 Z 20, die §§ 3 Abs. 1, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 bis 4, 25 Abs. 11, 42 Abs. 3, 43 Abs. 1 und 2, 87a, 99a, 135 Abs. 1, 140 Abs. 9, der 4. bis 6. Teil des BVergG i.d.F. sowie die Vorschriften der Abs. 2 bis 7.“ Auszug §41a BVergG i.d.g.F. „Für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gelten ausschließlich der 1. Teil des BVergG in der Fassung mit Ausnahme des Paragraph 2, Ziffer 20,, die Paragraphen 3, Absatz eins, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Absatz eins, 19, Absatz eins bis 4, 25 Absatz 11, 42, Absatz 3, 43, Absatz eins und 2, 87 a, 99 a, 135 Absatz eins, 140, Absatz 9,, der 4. bis 6. Teil des BVergG in der Fassung sowie die Vorschriften der Absatz 2 bis 7,

Abgesehen von diesen Bestimmungen ist das Verfahren der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung frei gestaltbar. Es handelt sich um eine „Direktvergabe“, die zwar mit Transparenzvorschriften angereichert ist, aber dennoch ein weitgehend formfreies Verfahren darstellen soll. Es liegt daher im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, das Verfahren einstufig oder zweistufig zu gestalten, mit den Bieter zu verhandeln oder auch im Laufe des Verfahrens die Anzahl der Bieter zu reduzieren. Eingeschränkt wird dieses Ermessen des öffentlichen

Auftraggebers durch die Verpflichtung des § 41a Abs. 4 BVergG i.d.g.F, wonach der öffentliche Auftraggeber bereits zu Beginn festlegen muss, nach welchen Kriterien er den oder die Unternehmer auswählt, vom dem oder denen er ein Angebot einholt, und nach welchen Kriterien er das erfolgreiche Angebot bestimmt. Diese Festlegung ist den interessierten Unternehmern vorab bekanntzugeben (diese Kriterien bilden einen notwendigen Teil der Ausschreibungsunterlagen, die vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung zu stellen sind). Diese Bestimmungen wurden in der Ausschreibungsunterlage (siehe Vergabeakt) festgelegt. Abgesehen von diesen Bestimmungen ist das Verfahren der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung frei gestaltbar. Es handelt sich um eine „Direktvergabe“, die zwar mit Transparenzvorschriften angereichert ist, aber dennoch ein weitgehend formfreies Verfahren darstellen soll. Es liegt daher im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, das Verfahren einstufig oder zweistufig zu gestalten, mit den Bietern zu verhandeln oder auch im Laufe des Verfahrens die Anzahl der Bieter zu reduzieren. Eingeschränkt wird dieses Ermessen des öffentlichen Auftraggebers durch die Verpflichtung des Paragraph 41 a, Absatz 4, BVergG i.d.g.F, wonach der öffentliche Auftraggeber bereits zu Beginn festlegen muss, nach welchen Kriterien er den oder die Unternehmer auswählt, vom dem oder denen er ein Angebot einholt, und nach welchen Kriterien er das erfolgreiche Angebot bestimmt. Diese Festlegung ist den interessierten Unternehmern vorab bekanntzugeben (diese Kriterien bilden einen notwendigen Teil der Ausschreibungsunterlagen, die vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung zu stellen sind). Diese Bestimmungen wurden in der Ausschreibungsunterlage (siehe Vergabeakt) festgelegt.

Gemäß § 41a Abs. 3 BVergG i.d.g.F. ist die beabsichtigte Vergabe eines Auftrages mittels Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bekannt zu machen. Diese Bekanntmachung erfolgte im Boten für Tirol (siehe Vergabeakt). Gemäß Paragraph 41 a, Absatz 3, BVergG i.d.g.F. ist die beabsichtigte Vergabe eines Auftrages mittels Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bekannt zu machen. Diese Bekanntmachung erfolgte im Boten für Tirol (siehe Vergabeakt).

Gemäß § 41a Abs. 4 BVergG i.d.g.F. hat der öffentliche Auftraggeber objektive, nicht diskriminierende und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien festzulegen, anhand derer die allenfalls vorgesehene Auswahl des Unternehmers bzw. der Unternehmer erfolgt, von dem bzw. denen Angebote eingeholt werden, und anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird. Gemäß Paragraph 41 a, Absatz 4, BVergG i.d.g.F. hat der öffentliche Auftraggeber objektive, nicht diskriminierende und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien festzulegen, anhand derer die allenfalls vorgesehene Auswahl des Unternehmers bzw. der Unternehmer erfolgt, von dem bzw. denen Angebote eingeholt werden, und anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird.

Für die Bestimmung des erfolgreichen Angebotes ergibt sich jedoch aus den Bestimmungen des BVergG in Zusammenschau mit den haushaltsrechtlichen Grundsätzen (Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit), dass es sich bei Verwendung eines einzigen Kriteriums nur um den Preis handeln kann.

Der öffentliche Auftraggeber kann beispielsweise festlegen, dass die interessierten Unternehmer gleich in einem ersten Schritt Angebote legen sollen, um mit den Bietern der drei besten/billigsten Angebote zu verhandeln und in einem weiteren Schritt das beste/billigste Angebot auszuwählen. Der öffentliche Auftraggeber kann die Anzahl der auszuwählenden Unternehmer dabei auch mit einer Maximalzahl festlegen.

Gemäß Ausschreibungsunterlage Punkt 2.1.1 Verfahrensablauf wurde festgelegt, dass sich der Auftraggeber vorbehält mit jenen Bietern Vergabegespräche zu führen welche für den Zuschlag in Frage kommen.

Die Öffnung der Angebote erfolgt nach Ablauf der Angebotsfrist unter Ausschluss der Öffentlichkeit um diese Verhandlungen nicht zu gefährden. Aufgrund der eingereichten Angebote und dem gemäß Ausschreibungsunterlage festgelegten Billigstbieterprinzips, wurde nur das Unternehmen DD zum Verhandlungsgespräch eingeladen (siehe Vergabeakt).

§ 41a Abs. 5 BVergG i.d.g.F. enthält die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, den am Verfahren beteiligten Unternehmern mitzuteilen, wem zu welchem Preis der Zuschlag erteilt wurde. Diese Mitteilung erfolgte am 23.05.2018 (siehe Vergabeakt). Paragraph 41 a, Absatz 5, BVergG i.d.g.F. enthält die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, den am Verfahren beteiligten Unternehmern mitzuteilen, wem zu welchem Preis der Zuschlag erteilt wurde. Diese Mitteilung erfolgte am 23.05.2018 (siehe Vergabeakt).

Dass die Leistung auch bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nur von einem befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmer bezogen werden darf, ergibt sich bereits aus Abs. 1, der die Anwendbarkeit der Grundsätze gemäß § 19 Abs. 1 BVergG i.d.g.F. vorsieht. Daraus resultiert - wie auch bei der

Direktvergabe gemäß § 41 BVergG i.d.g.F. - jedoch nicht, dass jedenfalls eine nähere Eignungsprüfung durchgeführt werden muss. Über die Art und Weise der Eignungsprüfung entscheidet allein der öffentliche Auftraggeber. Dass die Leistung auch bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nur von einem befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmer bezogen werden darf, ergibt sich bereits aus Absatz eins,, der die Anwendbarkeit der Grundsätze gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG i.d.g.F. vorsieht. Daraus resultiert - wie auch bei der Direktvergabe gemäß Paragraph 41, BVergG i.d.g.F. - jedoch nicht, dass jedenfalls eine nähere Eignungsprüfung durchgeführt werden muss. Über die Art und Weise der Eignungsprüfung entscheidet allein der öffentliche Auftraggeber.

Wenn keine Anhaltspunkte bestehen, die auf das Nichtvorliegen der Eignung schließen lassen, kann - wie auch bei der (klassischen) Direktvergabe - etwa der äußere Anschein eines befugten Gewerbebetriebes für die Annahme des Vorliegens der Eignung hinreichend sein. Die Eignung muss spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen. Den Zeitpunkt, an dem die Eignungsprüfung vorgenommen wird, bestimmt der öffentliche Auftraggeber selbst.

Diesbezüglich wird auch auf die Ausschreibungsunterlage verwiesen, wo festgehalten wurde, dass gern. § 70 Abs. 2 BVergG i.d.g.F. die Nachweise über Befugnis, allgemeine berufliche Zuverlässigkeit und der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in Form einer Eigenerklärung erbracht werden können, wobei der Bieter zu erklären hat, dass er die in der Ausschreibung verlangten Eignungskriterien erfüllt und die darin festgelegten Nachweise auf Aufforderung des Auftraggebers unverzüglich, längstens jedoch binnen sieben Tagen beibringen kann. Diesbezüglich wird auch auf die Ausschreibungsunterlage verwiesen, wo festgehalten wurde, dass gern. Paragraph 70, Absatz 2, BVergG i.d.g.F. die Nachweise über Befugnis, allgemeine berufliche Zuverlässigkeit und der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in Form einer Eigenerklärung erbracht werden können, wobei der Bieter zu erklären hat, dass er die in der Ausschreibung verlangten Eignungskriterien erfüllt und die darin festgelegten Nachweise auf Aufforderung des Auftraggebers unverzüglich, längstens jedoch binnen sieben Tagen beibringen kann.

Weiters wurde unter Punkt 4.2 folgendes festgelegt:

„4.2 NACHWEIS DER LEISTUNGSFÄHIGKEIT BEI DER ARBEITS- BZW. BIETERGEMEINSCHAFT;

NACHWEIS DURCH DRITTE

Mitglieder von Arbeits- bzw. Bietergemeinschaften können - sofern im Einzelnen nichts anderes festgelegt ist - den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen sowie der technischen Leistungsfähigkeit gemeinsam erfüllen. Der Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters kann auch (zur Gänze oder zum Teil) durch den Nachweis der Leistungsfähigkeit eines mit dem Bieter verbundenen Unternehmens, eines Subunternehmers oder eines Dritten erbracht werden, sofern der Bieter nachweist, dass er tatsächlich über die Mittel dieser Einrichtungen, die zur Erreichung der Leistungsfähigkeit erforderlich sind, verfügt (Verfügungserklärung des Subunternehmers).“

Die Leistungsfähigkeit kann auch durch einen Subunternehmer oder einen Dritten erbracht werden. Sofern ist nicht zwingend notwendig, dass das Unternehmen selbst / alleine die Leistungsfähigkeit erfüllt.

Durch das Vorliegen der Eigenerklärung und der Verfügungserklärung des Subunternehmers vertritt die Prüfungskommission die Ansicht, dass das Unternehmen DD über ausreichende technische, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit verfügt, um die ausgeschriebenen Leistungen technisch einwandfrei, termin- und vertragsgetreu zu erbringen. Nach Prüfung der eingereichten Unterlagen und der erteilten Auskünfte ist kein Anlass gegeben, an der geforderten Zuverlässigkeit des Unternehmens zu zweifeln.

Zusammenfassend hat die Prüfungskommission festgestellt, dass das Unternehmen DD für die gegenständlichen Leistungen über die entsprechende Befugnis verfügt. Die Preise sind angemessen.

Somit erfolgte die Zuschlagserteilung rechtmäßig.

B e w e i s: vorzulegende Unterlagen des Vergabeverfahrens;

weitere Beweise Vorbehalten.

3)

Anträge

Aus den angeführten Gründen wird gestellt der

Antrag

1.

Den Feststellungsantrag als unzulässig zurückzuweisen, kostenpflichtig abzuweisen. in eventu als unbegründet

II. URKUNDENVORLAGErömisch zwei. URKUNDENVORLAGE

Unter einem legen Auftraggeberin und vergebende Stelle dem LVwG Tirol nachstehende Urkunden vor, wobei beantragt wird, der Antragstellerin keine Einsicht in die unterstrichenen fett gedruckten Unterlagen zu gewähren, um keine sensiblen Daten wie Angebots- und Vergabesummen von Mitbewerbern offen zu legen:

Vergabeakt bestehend aus:

1.

Vergabevermerk

2.

Amtsblätter

?

Veröffentlichung Boten für Tirol

3.

Verfahrensunterlagen

?

Verfahrensbestimmungen

?

Allgemeine Vertragsbestimmungen

?

Leistungsbeschreibung / Leistungsverzeichnis

?

Planbeilagen (Ausführungsplanung)

?

Grundlagen

4.

Infomails

?

Nachricht Ergänzung Ausschreibungsunterlage

?

Einladung Vergabegespräch

?

Auskunft_AusIBG, Auskunft LSDBG

5.

Angebot DD

6.

Angebot AA

7.

Angebotsprüfung

?

399_AA

?

400_XXXX

?

401_XXXX

?

402_XXXX

?

403_DD

?

Prüfung gesamt bestehend aus:

?

Bieterlückenprotokoll

?

Bieterlückenprotokoll_letzte Runde

?

Preisvergleich

?

Preisvergleich_letzte Runde

8.

Interne Protokolle

9.

Vergabebericht

10.

Zuschlagserteilung

?

AA

?

xxxx

?

xxxx

?

xxxx

?

DD“

Gemeinsam mit diesem E-Mail wurden Urkunden gelegt, die zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet werden:

Konvolut Vergabeakt Beilage ./1

Mit E-Mail der Antragstellerin vom 13. Juli 2018 wurde ersucht, sämtliche von der Gemeinde Z vorgelegten Urkunden zu übermitteln, woraufhin dem rechtsfreundlichen Vertreter der Antragstellerin die Möglichkeit zur Akteneinsicht (in die von der Akteneinsicht nicht ausgenommenen Urkunden) eingeräumt wurde, was der Vertreter der Antragstellerin auch wahrgenommen hat.

Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 20.09.2018 wurde von der Auftraggeberin weiter vorgebracht wie folgt:

„Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handelt es sich um eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung, wobei gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterverfahren) der Zuschlag erteilt wurde.

In einem solchen Verfahren kann nach Zuschlagserteilung mittels Feststellungsantrag lediglich beantragt werden, festzustellen, dass der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten oder – falls es sich um ein Bestbieterverfahren handelt – dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Im vorliegenden Fall könnte sohin nur bekämpft werden, dass nicht dem Billigstbieter der Zuschlag erteilt wurde, was gegenständlich aber sehr wohl erfolgt ist.

Vor diesem Hintergrund ist die Begründung im Feststellungsantrag, insbesondere das Antragsbegehren unschlüssig bzw nicht rechtskonform ausgeführt und ist der Feststellungsantrag schon aus diesem Grund zurück- bzw abzuweisen.

Die vom Antragsteller behaupteten Fehler während der Durchführung des Vergabeverfahrens bzw Rechtsverletzungen sind einerseits nicht nachvollziehbar, nicht richtig und können außerdem – selbst wenn diese vorliegen sollten, was ausdrücklich bestritten bleibt – gar nicht bekämpft werden. Auch bereits aus diesem Grund der Nichtbekämpfbarkeit ist der Feststellungsantrag zurück- bzw abzuweisen.

Darüber hinaus sind die vom Antragsteller behaupteten Rechtswidrigkeiten bzw Versäumnisse in Bezug auf die Eignung nicht nachvollziehbar und liegen auch nicht vor.

Die geforderte Eignung wurde im Zuge des Verfahrens bzw mittels Eigenerklärung geprüft und nachgewiesen. Die Einforderung weiterer Nachweise bzw Unterlagen war nicht erforderlich und es gab auch keinen Anlass dafür."

Seitens der Antragstellerin wurde anlässlich dieser Verhandlung weiter vorgebracht wie folgt:

„Soweit sich die Gemeinde Z auf § 70 BVergG in der Fassung vor der Novelle zum Bundesvergabegesetz BGBl I Nr 65/2018 vom 20.08.2018) bezieht, ist grundsätzlich richtig, dass gemäß § 70 Abs 2 eine Eigenerklärung vorgelegt werden kann. Dabei ist der Auftraggeber jedoch an den sogenannten Sachlichkeitsmaßstab bei der Einforderung von Nachweisen gebunden. Gegenständlich erfolgte die Zuschlagserteilung an die Firma DD, Adresse 5, Z, somit an eine sozusagen ortsansässige Firma. Der Gemeinde Z musste somit jedenfalls bekannt sein, dass die Firma DD erst am 01.09.2015 gegründet wurde. Gleiches gilt auch für die in Punkt 4. 1. 3. der Ausschreibungsunterlagen angeforderten Jahresumsatz von zumindest durchschnittlich Euro 500.000,00. „Soweit sich die Gemeinde Z auf Paragraph 70, BVergG in der Fassung vor der Novelle zum Bundesvergabegesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2018, vom 20.08.2018) bezieht, ist grundsätzlich richtig, dass gemäß Paragraph 70, Absatz 2, eine Eigenerklärung vorgelegt werden kann. Dabei ist der Auftraggeber jedoch an den sogenannten Sachlichkeitsmaßstab bei der Einforderung von Nachweisen gebunden. Gegenständlich erfolgte die Zuschlagserteilung an die Firma DD, Adresse 5, Z, somit an eine sozusagen ortsansässige Firma. Der Gemeinde Z musste somit jedenfalls bekannt sein, dass die Firma DD erst am 01.09.2015 gegründet wurde. Gleiches gilt auch für die in Punkt 4. 1. 3. der Ausschreibungsunterlagen angeforderten Jahresumsatz von zumindest durchschnittlich Euro 500.000,00.

Diesbezüglich wird vorgebracht, dass die Gemeinde Z hier gegen den Sachlichkeitsmaßstab jedenfalls verstoßen hat. Bei Bauaufträgen, dessen geschätzter Auftragswert mindestens Euro 120.000,00 beträgt, sind diese Nachweise vom Zuschlagsempfänger vor der Zuschlagserteilung jedenfalls zu verlangen (BVA N/0112-BVA/10/2011-32 ua mehr).

Aus dem Vorbringen der Gemeinde Z ergibt sich nunmehr, dass tatsächlich keine solchen Nachweise vor der Zuschlagserteilung mehr angefordert wurden, sondern vielmehr, dass durch das Vorliegen der Eigenerklärung und der Verfügungserklärung des Subunternehmers die Prüfungskommission die Ansicht vertreten hat, dass die Firma DD über ausreichende technische, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit verfügt. In den von der Gemeinde Z vorgelegten Unterlagen findet sich eine Niederschrift über die Prüfung des Angebots der Antragstellerin. Es handelt sich hier jedoch um ein leeres Formularblatt, ohne dass dieses unterfertigt wurde, sodass eine ordnungsgemäße Prüfung offensichtlich nicht erfolgte, dies verhält sich gleich mit der Angebotsprüfung der Firma DD."

Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 08.10.2018 wurde von der Antragstellerin weiters vorgebracht wie folgt:

„Herr EE hat heute bestätigt, dass bei seinem Angebot nur seine eigene Eigenerklärung vorgelegt wurde. Die Erklärung des Subunternehmers wurde nachträglich vorgelegt. Dies nach Angabe der Zeugin FF nachdem dieses Verfahren eingeleitet war. Gemäß 4.1.3 der Ausschreibungsunterlage hat ein Bieter und jeder mögliche Subunternehmer die Eigenerklärung mit dem Angebot vorzulegen. Dies erfolgte gegenständlich nicht. Die gegenständliche Vergabe ist auch aus diesem Grund rechtswidrig erfolgt."

Seitens der Auftraggeberin wurde anlässlich dieser Verhandlung vorgebracht wie folgt:

„Der Nachweis der Eignung sowie der Leistungsfähigkeit wurde vom Bieter, Firma DD, mittels Eigenerklärung, welche auch den Subunternehmer umfasst, sowie im Zuge des Bietergespräches, ausreichend erbracht. Für den Auftraggeber gab es diesbezüglich keinen Zweifel. Der Zuschlag wurde wie in der Ausschreibung vorgesehen dem Billigstbieter erteilt. Das Angebot des Antragstellers lag rund Euro 33.000,00 über dem Billigstangebot.

Beweis: Vergabeakt, ZV FF, ZV EE

Im Übrigen wird beantragt, dass für den Fall, dass dem Antrag stattgegeben werden sollte, festzustellen, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine reelle Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte."

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden sowie in den Akt des Landesverwaltungsgerichts und durch Einvernahme der Zeugin FF sowie des Bürgermeisters der Auftraggeberin, GG, und Herrn EE.

II.römisch zwei.

Sachverhalt:

Auftraggeber ist die Gemeinde Z, sohin ein öffentlicher Auftraggeber iSd § 1 Abs 1 TVerNG 2006. Auftraggeber ist die Gemeinde Z, sohin ein öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph eins, Absatz eins, TVerNG 2006.

Die Auftraggeberin hat Arbeiten für Heizung, Sanitär im Neubau Kindergarten Z ausgeschrieben, wobei ein Direktvergabeverfahren mit vorhergehender Bekanntmachung durchgeführt wurde.

Die Auftraggeberin führt den Neubau Kindergarten Z aus, wobei der Nettoauftragswert für alle Bauleistungen Euro 3,8 Millionen beträgt und damit ein Bauvorhaben im Unterschwellenbereich vorliegt.

Die Antragstellerin hat ebenso wie die Antragsgegnerin, die Firma DD, ein Einzelunternehmen, ein Angebot abgegeben.

In der Ausschreibungsunterlage unter Punkt 6. ist festgelegt, dass der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wird.

Die Antragsgegnerin hat ein Angebot in Höhe von Euro 187.678,59 netto gelegt, die Antragstellerin ein Angebot in Höhe von Euro 220.757,89 netto.

Aus den Ausschreibungsunterlagen (Konvolut Beilage ./1) ergibt sich aus Punkt 2.1. „Verfahrensablauf“, dass sich die Auftraggeberin vorbehält, mit jenen Bietern Vergabegespräche zu führen, welche für den Zuschlag in Frage kommen.

Aufgrund dessen hat die Auftraggeberin die Antragstellerin nicht zu einem Verhandlungsgespräch eingeladen, da ihr Angebot nicht dasjenige mit dem niedrigsten Preis war.

Aus Punkt 3.1. „Teilnehmer am Vergabeverfahren“ der Ausschreibungsunterlage (Konvolut Beilage ./1) ergibt sich, dass alle Unternehmer teilnahmeberechtigt sind, die nicht gemäß § 68 BVergG 2006 vom Vergabeverfahren auszuschließen sind und die ihre Eignung gemäß § 69 ff BVergG 2006 nachweisen. Aus Punkt 3.1. „Teilnehmer am Vergabeverfahren“ der Ausschreibungsunterlage (Konvolut Beilage ./1) ergibt sich, dass alle Unternehmer teilnahmeberechtigt sind, die nicht gemäß Paragraph 68, BVergG 2006 vom Vergabeverfahren auszuschließen sind und die ihre Eignung gemäß Paragraph 69, ff BVergG 2006 nachweisen.

Aus Punkt 3.4 „Subunternehmer“ in den Ausschreibungsunterlagen (Konvolut Beilage ./1) ergibt sich, dass der Auftragnehmer grundsätzlich berechtigt ist, sich bei der Leistungserbringung Subunternehmer zu bedienen. Die Weitergabe an Subunternehmer ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teils erforderliche Befugnis, die erforderliche technische, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit besitzt. Sofern zum Nachweis und zur Erfüllung der Eignungs- bzw Auswahlanforderungen Subunternehmer herangezogen werden, sind die entsprechenden Nachweise mit dem Angebot vorzulegen. Der Bieter hat darüber hinaus laut Ausschreibungsunterlagen auch den Nachweis zu erbringen, dass er über die Kapazitäten des jeweiligen Subunternehmers verfügt.

In der Ausschreibungsunterlage wird unter Punkt 4.1.3 „Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“ verlangt, dass der Bieter und jeder mögliche Subunternehmer durch eigene Erklärung mit dem Angebot bestätigen und auf Verlangen des Auftraggebers nachweisen muss, dass seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für den vorliegenden Auftrag gegeben ist. Dabei wird vom Auftraggeber als Mindestkriterium ein durchschnittlicher konsolidierter Jahresumsatz in den letzten drei Jahren von zumindest Euro 500.000,00 gefordert. Weiters ist ausgeführt, dass die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bieters und jedes möglichen Subunternehmers mit Eigenerklärung des Bieters und jedes möglichen Subunternehmers mit dem Angebot zu bestätigen und auf Verlangen durch näher angeführte Unterlagen nachzuweisen ist. Diese Mindestanforderungen gelten für den Bieter und notwendige Subunternehmer.

In der Ausschreibungsunterlage ist überdies unter Punkt 4.1.4 „Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit“ unter anderem gefordert, dass der Bieter und jeder mögliche Subunternehmer technisch in der Lage sein muss, den gegenständlichen Auftrag zu erfüllen, wobei als Mindestanforderungen zumindest zwei vergleichbare Leistungen eines Bieters aus den letzten fünf Jahren gefordert werden. Auch diesbezüglich sind die Unterlagen näher angeführt, die auf Verlangen vorzulegen sind. Auch diesfalls gelten die Mindestanforderungen für den Bieter und notwendige Subunternehmer.

Unter Punkt 4.3 „Nachreichung von fehlenden Unterlagen“ wird in der Ausschreibungsunterlage ferner festgehalten, dass dann, wenn sich für den Bieter kein Vorteil aus der Nachreichung ergibt und es sich um einen behebbaren Mangel handelt, die fehlenden Unterlagen nachgefordert werden.

Die Antragsgegnerin hat die geforderte Eigenerklärung abgegeben und wurde anlässlich des Bietergespräches seitens der Antragsgegnerin der Auftraggeberin gegenüber erklärt, dass für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der technischen Leistungsfähigkeit ein Subunternehmer genannt wird. Dieser Subunternehmer hat auch die entsprechende Erklärung ausgefüllt, nämlich schon bei Angebotslegung, die Subunternehmererklärung wurde jedoch vom Antragsgegner dem Angebot noch nicht beigelegt.

Die Abwicklung des Vergabeverfahrens erfolgte für die Auftraggeberin durch die CC GmbH.

In diesem Zusammenhang wurde in der im Konvolut Beilage ./1 übermittelten Niederschrift über die Prüfung der Eignung und der Angebote betreffend die Firma DD festgehalten, dass nach Prüfung der mit dem Angebot eingereichten Unterlagen und der erteilten Auskünfte kein Anlass gegeben sei, an der geforderten Zuverlässigkeit des Unternehmens zu zweifeln.

Im Zuge des Vergabekontrollverfahrens wurde seitens der CC GmbH die Verfügungserklärung (laut Konvolut Beilage ./1 „Solidarhaftungserklärung von Subunternehmern“ und „Subunternehmererklärung“) eingefordert. Daraus ergibt sich, dass seitens der Antragsgegnerin für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der technischen Leistungsfähigkeit ein Subunternehmer namhaft gemacht wurde, der den als Mindestkriterium geforderten durchschnittlichen konsolidierten Jahresumsatz in den letzten drei Jahren von zumindest Euro 500.000,00 jedenfalls problemlos erreicht bzw sogar überschritten hat und auch die geforderten zumindest zwei vergleichbaren Leistungen innerhalb der letzten fünf Jahre nachgewiesen hat.

Der Subunternehmer führt auch auf der Baustelle Arbeiten aus, wobei der Subunternehmeranteil ca ein Viertel bis ein Drittel des Gesamtauftrages betragen wird. Der Subunternehmer führt Teile der Sanitärinstallation durch.

Aus dem Protokoll über das Bietergespräch vom 15.05.2018 mit der Firma DD (Konvolut Beilage ./1) ergibt sich, dass in diesem Gespräch auch über Subunternehmer gesprochen wurde, wobei dieses Protokoll das Gespräch nur auszugsweise wiedergibt und darin nur festgehalten ist, dass die Vorgaben des Auftraggebers erfüllt sind und sichergestellt wird, dass bei der Vergabe der Subunternehmerleistungen darauf geachtet wird, dass die ordnungsgemäßen Meldungen der Arbeitnehmer „funktionieren“ und alle Subunternehmer spätestens drei Wochen vor Arbeitsbeginn an die Gemeinde gemeldet werden müssen.

Letztlich erfolgte die Zuschlagserteilung an die Firma DD.

III.römisch drei.

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zum öffentlichen Auftraggeber und dem vorgenommenen Vergabeverfahren ergeben sich aus den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen (Beilage ./1). Die Feststellungen zu den Urkunden ergeben sich ebenfalls aus Beilage ./1.

Die Feststellungen dahingehend, dass der Subunternehmer bereits bei Angebotslegung die Subunternehmererklärung ausgefüllt hat, diese dem Angebot jedoch noch nicht beigelegt gewesen war und seitens der CC GmbH dies im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutzverfahren eingefordert wurde, ergibt sich aus den Angaben des Herrn EE sowie von Frau FF.

Die Feststellungen, dass der Subunternehmer Sanitärinstallationen auf der Baustelle durchführt, und zum Umfang der Subunternehmerleistungen stützen sich auf die Angaben des Herrn EE.

Wenn demgegenüber seitens des Bürgermeisters der Gemeinde Z ausgeführt wurde, dass der Subunternehmer keine Arbeiten durchführen soll, ist festzuhalten, dass einerseits Herr EE bestätigt hat, dass der Subunternehmer an der Baustelle bereits arbeitet und andererseits der Bürgermeister angeführt hat, dass er über den aktuellen Stand an der Baustelle nicht informiert ist. Da für die Auftraggeberin die CC GmbH die Ausschreibung und das Vergabeverfahren durchgeführt hat, sind die Ausführungen des Bürgermeisters verständlich, dass er bei der Angebotsprüfung nicht

direkt involviert war und nur die Prüfungsergebnisse vorgelegt bekommen hat. Aber auch der Bürgermeister hat bestätigt, dass es ein „Thema gewesen“ sei, ob die Firma DD leistungsfähig ist und dass die Firma DD die Leistungsfähigkeit mit einem Subunternehmer bestätigt habe.

,

IV.römisch vier.

Rechtslage:

„§ 25 Abs 11BVerfG 2006,§ 25 Absatz 11 B, römisch fünf e, r, g, G, 2006

Bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung wird, nachdem einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmern die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages bekannt gemacht wurde, und nach Einholung von einem oder mehreren Angeboten, eine Leistung formfrei von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.

§ 41a BVerfG 2006 Paragraph 41 a, BVerfG 2006

Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung

Für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gelten ausschließlich der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 20, die §§ 3 Abs. 1, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 bis 4, 25 Abs. 11, 42 Abs. 3, 43 Abs. 1 und 2, 87a, 99a, 135 Abs. 1, 140 Abs. 9, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften der Abs. 2 bis 7.Für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gelten ausschließlich der 1. Teil mit Ausnahme des Paragraph 2, Ziffer 20,, die Paragraphen 3, Absatz eins, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Absatz eins, 19, Absatz eins bis 4, 25 Absatz 11, 42, Absatz 3, 43, Absatz eins und 2, 87 a, 99 a, 135 Absatz eins, 140, Absatz 9,, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften der Absatz 2 bis 7,

(2) Eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ist nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert

1. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 130 000 Euro und
2. bei Bauaufträgen 500 000 Euro

nicht erreicht.

(3) Der Auftraggeber hat die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages mittels einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 55 Abs. 2 und 3 bekannt zu machen. Die Bekanntmachung hat zumindest folgende Angaben zu enthalten:(3) Der Auftraggeber hat die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages mittels einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 55, Absatz 2 und 3 bekannt zu machen. Die Bekanntmachung hat zumindest folgende Angaben zu enthalten:

1. Bezeichnung des Auftraggebers,
2. Gegenstand der Leistung sowie Erfüllungsort und Leistungsfrist,
3. Hinweis, wo nähere Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf verfügbar sind und
4. ausdrückliche Bezeichnung als Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung.

(4) Der Auftraggeber muss objektive, nicht diskriminierende und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien festlegen, anhand derer die allenfalls vorgesehene Auswahl des Unternehmers bzw. der Unternehmer erfolgt, von dem bzw. denen Angebote eingeholt werden, und anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird.

(5) Der Auftraggeber hat den Unternehmern, die sich um eine Teilnahme am Verfahren zur Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung beworben oder ein Angebot gelegt haben, unverzüglich nach Zuschlagserteilung mitzuteilen, welchem Unternehmer der Zuschlag erteilt wurde. In dieser Mitteilung ist der Gesamtpreis anzugeben.

(6) Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des erfolgreichen Bieters muss spätestens zum Zeitpunkt des Zuschlages vorliegen. An Unternehmer, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder die sich in

Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen, können jedoch Aufträge im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn ihre Leistungsfähigkeit dazu hinreicht.

(7) Der Auftraggeber hat die Widerrufserklärung den Unternehmern, die sich um eine Teilnahme am Verfahren zur Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung beworben oder ein Angebot gelegt haben, unverzüglich bekannt zu geben.“

V.römisch fünf.

Erwägungen:

Bei der Auftraggeberin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinn des § 1 Abs 1 TVergNG 2006, dessen Auftragsvergaben der Nachprüfungskontrolle durch das Landesverwaltungsgericht Tirol unterliegen. Bei der Auftraggeberin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinn des Paragraph eins, Absatz eins, TVergNG 2006, dessen Auftragsvergaben der Nachprüfungskontrolle durch das Landesverwaltungsgericht Tirol unterliegen.

Die Auftraggeberin hat ein Direktvergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, sohin ein Verfahren im Unterschwellenbereich, durchgeführt.

Zum Zeitpunkt der Durchführung des Vergabeverfahrens war das BVergG 2006 in Geltung.

Aufgrund der Tatsache, dass das gegenständliche Vergaberechtschutzverfahren mit dem Feststellungsantrag vom 25. Juni 2018 eingeleitet wurde, ist gemäß § 27 Abs 2 TVergNG 2018 das Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 anzuwenden. Aufgrund der Tatsache, dass das gegenständliche Vergaberechtschutzverfahren mit dem Feststellungsantrag vom 25. Juni 2018 eingeleitet wurde, ist gemäß Paragraph 27, Absatz 2, TVergNG 2018 das Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 anzuwenden.

Aufgrund der Tatsache, dass eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt wurde, war auch der gegenständliche - innerhalb von 6 Wochen eingebrachte - Feststellungsantrag rechtzeitig (§ 15 Abs 2 TVergNG 2006). Aufgrund der Tatsache, dass eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt wurde, war auch der gegenständliche - innerhalb von 6 Wochen eingebrachte - Feststellungsantrag rechtzeitig (Paragraph 15, Absatz 2, TVergNG 2006).

Gemäß § 41a Abs 6 BVergG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des erfolgreichen Bieters spätestens zum Zeitpunkt des Zuschlages vorliegen. Gemäß Paragraph 41 a, Absatz 6, BVergG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des erfolgreichen Bieters spätestens zum Zeitpunkt des Zuschlages vorliegen.

Überdies ist darauf hinzuweisen, dass § 41a Abs 1 BVergG 2006 eine taxative Aufzählung jener Paragraphen enthält, die neben § 41a BVergG 2006 in diesem Verfahren zur Anwendung gelangen. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass Paragraph 41 a, Absatz eins, BVergG 2006 eine taxative Aufzählung jener Paragraphen enthält, die neben Paragraph 41 a, BVergG 2006 in diesem Verfahren zur Anwendung gelangen.

Daraus ergibt sich, dass die nicht genannten Regelungen in diesem Verfahren nicht zur Anwendung gelangen und daher beispielsweise der Auftraggeber ein weitgehend formfreies Verfahren zur Verfügung hat.

Aus § 41a Abs 6 BVergG 2006 geht nicht hervor, dass die Bestimmungen des 5. Abschnittes des dritten Hauptstücks des BVergG 2006 betreffend die Eignung der Unternehmer anwendbar wären. Ebenso wenig ergibt sich, dass jedenfalls eine nähere Eignungsprüfung durchgeführt werden müsste. Über die Art und Weise der Eignungsprüfung entscheidet allein der Auftraggeber und kann sogar dann, wenn keine Anhaltspunkte bestehen, die auf das Nicht-Vorliegen der Eignung schließen lassen, auch der äußere Anschein eines befugten Gewerbebetriebs für die Annahme des Vorliegens der Eignung hinreichend seien (vgl Schlamadinger/Neuper, Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung, RFG 2012, 131). Aus Paragraph 41 a, Absatz 6, BVergG 2006 geht nicht hervor, dass die Bestimmungen des 5. Abschnittes des dritten Hauptstücks des BVergG 2006 betreffend die Eignung der Unternehmer anwendbar wären. Ebenso wenig ergibt sich, dass jedenfalls eine nähere Eignungsprüfung durchgeführt werden müsste. Über die Art und Weise der Eignungsprüfung entscheidet allein der Auftraggeber und kann sogar dann, wenn keine Anhaltspunkte bestehen, die auf das Nicht-Vorliegen der Eignung schließen lassen, auch der äußere Anschein eines befugten Gewerbebetriebs für die Annahme des Vorliegens der Eignung hinreichend seien vergleiche Schlamadinger/Neuper, Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung, RFG 2012, 131).

Im gegenständlichen Fall hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen zugelassen, dass sich ein Bieter auch in Bezug auf die Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der technischen Leistungsfähigkeit auf Subunternehmer stützen kann.

Weiters hat zwar der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass dann, wenn zum Nachweis und zur Erfüllung der Eignungs- bzw. Auswahlanforderungen Subunternehmen herangezogen werden, die Nachweise mit dem Angebot vorzulegen seien, jedoch handelt es sich dabei um eine Festlegung, die nicht den Regeln über die Bestandsfestigkeit unterliegt, da beim gewählten Verfahren gemäß § 2 Z 16 lit. oo BVergG 2006 lediglich die Wahl des Vergabeverfahrens und die Bekanntmachung gesondert anfechtbare Entscheidungen darstellen. Weiters hat zwar der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass dann, wenn zum Nachweis und zur Erfüllung der Eignungs- bzw. Auswahlanforderungen Subunternehmen herangezogen werden, die Nachweise mit dem Angebot vorzulegen seien, jedoch handelt es sich dabei um eine Festlegung, die nicht den Regeln über die Bestandsfestigkeit unterliegt, da beim gewählten Verfahren gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, lit. oo BVergG 2006 lediglich die Wahl des Vergabeverfahrens und die Bekanntmachung gesondert anfechtbare Entscheidungen darstellen.

Überdies ist die Vorlage eines bereits bestehenden Nachweises jedenfalls ein behebbarer Mangel, sodass die Nichtvorlage des geforderten Nachweises in vergaberechtskonformer Weise jedenfalls vom Auftraggeber nachgefordert werden konnte.

Dass der öffentliche Auftraggeber den Nachweis nicht verlangt hat, sondern den Angaben vertraut hat, war – im Lichte der vorher getätigten Ausführungen – ebenfalls nicht unzulässig.

Darüber hinaus hat der Antragsgegner sofort nach Aufforderung durch die Auftraggeberin die geforderte Urkunde übermittelt, sodass auch diesfalls von einer Behebung des Mangels ausgegangen werden konnte.

Die Tatsache, dass die Aufforderung zur Mängelbehebung durch die Auftraggeberin erst nach Zuschlagserteilung erfolgte, ist aber in jedem Fall schon deshalb auch nicht als vergabe- rechtswidrig anzusehen, da gemäß § 17 Abs. 1 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 eine entsprechende Feststellung von Rechtsverstößen nur dann zu treffen ist, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war. Dass dies nicht der Fall war, ist durch die sofortige Vorlage der geforderten Urkunde belegt. Dies alles unabhängig davon, ob bei einer Direktvergabe mit vorhergehender Bekanntmachung der Auftraggeber die Eignungsnachweise überhaupt einfordern muss, selbst wenn er in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt hat, dass die Nachweise mit dem Angebot abgegeben werden müssen. Die Tatsache, dass die Aufforderung zur Mängelbehebung durch die Auftraggeberin erst nach Zuschlagserteilung erfolgte, ist aber in jedem Fall schon deshalb auch nicht als vergabe- rechtswidrig anzusehen, da gemäß Paragraph 17, Absatz eins, Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 eine entsprechende Feststellung von Rechtsverstößen nur dann zu treffen ist, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war. Dass dies nicht der Fall war, ist durch die sofortige Vorlage der geforderten Urkunde belegt. Dies alles unabhängig davon, ob bei einer Direktvergabe mit vorhergehender Bekanntmachung der Auftraggeber die Eignungsnachweise überhaupt einfordern muss, selbst wenn er in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt hat, dass die Nachweise mit dem Angebot abgegeben werden müssen.

Da sich aus den Feststellungen auch ergeben hat, dass der Subunternehmer tatsächlich auf der Baustelle arbeitet, konnte sich die Firma DD auch zur Substitution der fehlenden Eignung auf diesen Subunternehmer stützen. Da nach der Definition des § 2 Z 33a BVergG 2006 Subunternehmer Unternehmer sind, die Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführen, kann ein Bieter nur dann seine fehlende Eignung mit Hilfe eines von ihm genannten Subunternehmers kompensieren, wenn dieser auch tatsächlich für ihn tätig wird. Die blanke Benennung eines Unternehmens als Subunternehmer wäre sohin unzulässig, wenn dieses Unternehmen in der Folge keine Tätigkeit im Rahmen des vergebenen Auftrages entfaltet. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Feststellungen aber von einem korrekten Vorgehen auszugehen. Da sich aus den Feststellungen auch ergeben hat, dass der Subunternehmer tatsächlich auf der Baustelle arbeitet, konnte sich die Firma DD auch zur Substitution der fehlenden Eignung auf diesen Subunternehmer stützen. Da nach der Definition des Paragraph 2, Ziffer 33 a, BVergG 2006 Subunternehmer Unternehmer sind, die Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführen, kann ein Bieter nur dann seine fehlende Eignung mit Hilfe eines von ihm genannten Subunternehmers kompensieren, wenn dieser auch tatsächlich

für ihn tätig wird. Die blanke Benennung eines Unternehmens als Subunternehmer wäre sohin unzulässig, wenn dieses Unternehmen in der Folge keine Tätigkeit im Rahmen des vergebenen Auftrages entfaltet. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Feststellungen aber von einem korrekten Vorgehen auszugehen.

Gemäß § 19 Abs 5 TVergNG 2006 hat ein Antragsteller nur dann Anspruch auf Ersatz der von ihm entrichteten Pauschalgebühren, wenn er gänzlich oder zumindest teilweise obsiegt. Gemäß Paragraph 19, Absatz 5, TVergNG 2006 hat ein Antragsteller nur dann Anspruch auf Ersatz der von ihm entrichteten Pauschalgebühren, wenn er gänzlich oder zumindest teilweise obsiegt.

Im gegenständlichen Fall ist ein zumindest teilweises obsiegen nicht gegeben, sodass sich der Antrag auf Kostenersatz als unbegründet erweist.

VI.römisch sechs.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden können.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Wurdinger

(Richter)

Schlagworte

Eignung;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2018:LVwG.2018.S2.1387.10

Zuletzt aktualisiert am

05.12.2018

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwG Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at