

TE Uvs Bescheid 2009/10/13 314-011/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.10.2009

Norm

BVergG 2006 §68 Abs1 Z7

BVergG 2006 §129 Abs2

BVergG 2006 §103

BVergG 2006 §103 Abs3

BVergG 2006 §103 Abs6

BVergG 2006 §103 Abs7

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 103 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 103 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 103 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg hat durch seine Kammer 3 mit den Mitgliedern Dr Röser, Dr Böhler und Dr Herzog über den Antrag der Bewerbergemeinschaft Ingenieurbüro E ZT GmbH/W + S Ingenieure ZT GmbH, G, (Antragsteller) auf Nichtigkeitserklärung einer Vergabeentscheidung der Stadt F (Auftraggeber) betreffend das

Vergabeverfahren "Erbringung der Tragwerksplanung für den Neubau des M in F bestehend aus zwei Unter- und zwei Obergeschossen sowie einem Dachgeschoss" zu Recht erkannt:

Gemäß den §§ 4 Abs 2 und 13 Abs 1 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, dass der Antragsteller nicht zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens eingeladen werde, abgewiesen. Gemäß den Paragraphen 4, Absatz 2 und 13 Absatz eins, des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, dass der Antragsteller nicht zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens eingeladen werde, abgewiesen.

Gemäß § 19 Abs 3 und 4 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag des Antragstellers auf Gebührenersatz abgewiesen. Gemäß Paragraph 19, Absatz 3 und 4 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag des Antragstellers auf Gebührenersatz abgewiesen.

Text

1.1. In einem am XX.XX.XXXX beim Unabhängigen Verwaltungssenat eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem brachte er im Wesentlichen wie folgt vor: 1.1. In einem am römisch zwanzig.XX.XXXX beim Unabhängigen Verwaltungssenat eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem brachte er im Wesentlichen wie folgt vor:

„F) Beschwerdepunkte und Gründe, auf die sich die Rechtswidrigkeit stützt:

1. Der von der Antragstellerin abgegebene Teilnahmeantrag ist mangelfrei, ordnungsgemäß und ohne Zweifel hinsichtlich sämtlicher geforderten Kriterien beurteilbar. Insbesondere werden sämtliche gesetzlich zulässigen und dem Inhalt der Ausschreibung zu entnehmenden Voraussetzungen zweifelsfrei ordnungsgemäß erfüllt.

Die Begründung der Auftraggeberin bzw. der vergebenden Stelle, wonach die vergaberechtliche Eignung der Antragstellerin insbesondere im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit nicht eindeutig festgestellt werden konnte, ist unrichtig und rechtswidrig. Insbesondere auch die Begründung, wonach einem berechtigten Aufklärungsersuchen nicht vollständig entsprochen worden wäre bzw. aus Gründen der Gleichbehandlung ein weiteres Aufklärungsersuchen nicht zulässig gewesen wäre.

2. Ohne dass dies seitens der vergebenden Stelle in ihrem Schreiben vom XX.XX.XXXX explizit angeführt wird, stützt sich die vergebende Stelle bei ihrer Entscheidung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme bzw. zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens offenbar auf § 129 Abs. 2 BVergG 2006, zumal sie sich darauf bezieht, dass der geforderte Nachweis über die „Veröffentlichung oder Versand der Ausschreibung“ nicht nachgereicht worden sei. 2. Ohne dass dies seitens der vergebenden Stelle in ihrem Schreiben vom römisch zwanzig.XX.XXXX explizit angeführt wird, stützt sich die vergebende Stelle bei ihrer Entscheidung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme bzw. zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens offenbar auf Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006, zumal sie sich darauf bezieht, dass der geforderte Nachweis über die „Veröffentlichung oder Versand der Ausschreibung“ nicht nachgereicht worden sei.

Ein Ausschlussgrund gemäß § 68, insbesondere gemäß § 68 Abs. 1 Z 7 kann keinesfalls vorliegen, zumal das Erfordernis, dass sich der Bieter „... in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder die Auskünfte nicht erteilt haben...“ gegenständlich von der vergebenden Stelle in ihrer Begründung der Nichtberücksichtigung vom XX.XX.XXXX weder behauptet wird noch gegeben sein kann. Ein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, insbesondere gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, kann keinesfalls vorliegen, zumal das Erfordernis, dass sich der Bieter „... in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder die Auskünfte nicht erteilt haben...“ gegenständlich von der vergebenden Stelle in ihrer Begründung der Nichtberücksichtigung vom römisch zwanzig.XX.XXXX weder behauptet wird noch gegeben sein kann.

3. § 129 Abs. 2 sieht vor, dass Angebote von Bietern (sohin auch Teilnahmeanträge) ausgeschieden werden können, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellte Frist die verlangte Aufklärung zu geben oder deren Aufklärung einer nicht nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Zunächst ist in diesem Zusammenhang darauf zu verweisen, dass § 129 Abs. 2 lediglich ein fakultatives Ausscheiden vorsieht. Bei nicht entsprechend begründeter

Aufklärung besteht daher jedenfalls Ermessen. Bei der Nichterteilung von Auskünften wird daher abzuwägen sein, ob die Nichterteilung auf einem Versehen beruht oder absichtlich erfolgt ist bzw. ob die geforderte Information vom Auftraggeber auf andere Weise beigeschafft werden kann, wie dies selbst von der Auftraggeberin in der Ausschreibung in Punkt 10.3.2 im 5. Absatz ausdrücklich festgehalten wird.³ Paragraph 129, Absatz 2, sieht vor, dass Angebote von Bietern (sohin auch Teilnahmeanträge) ausgeschieden werden können, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellte Frist die verlangte Aufklärung zu geben oder deren Aufklärung einer nicht nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Zunächst ist in diesem Zusammenhang darauf zu verweisen, dass Paragraph 129, Absatz 2, lediglich ein fakultatives Ausscheiden vorsieht. Bei nicht entsprechend begründeter Aufklärung besteht daher jedenfalls Ermessen. Bei der Nichterteilung von Auskünften wird daher abzuwägen sein, ob die Nichterteilung auf einem Versehen beruht oder absichtlich erfolgt ist bzw. ob die geforderte Information vom Auftraggeber auf andere Weise beigeschafft werden kann, wie dies selbst von der Auftraggeberin in der Ausschreibung in Punkt 10.3.2 im 5. Absatz ausdrücklich festgehalten wird.

Den vergaberechtlichen Grundsätzen folgend ist ein entsprechendes Ermessen im Sinne der Bieter auszuüben, sohin dass möglichst viele der qualifizierten Bieter entsprechende Angebote abgeben können, um somit ein in jeglicher Hinsicht - insbesondere jedoch auch in volkswirtschaftlicher Hinsicht - bestes Angebot für den Auftraggeber zu erhalten.

4. Gegenständlich ist darauf zu verweisen, dass die Behauptung der vergebenden Stelle, wonach von ihr „der effektive Abschluss der Referenz nicht beurteilt werden konnte“, offenbar eine gewillkürte Schutzbehauptung ist.

Aus den bereits dem Teilnahmeantrag angeschlossenen Beilagen hat sich eindeutig ergeben, dass die angeschlossene Referenz bzw. das dieser Referenz zugrunde liegende Projekt bzw. die dieser Referenz zugrunde liegende Leistung bereits seit längerem abgeschlossen war. Hierbei sind eben auf die angesprochenen Beilagen ./7 „Projektleiter-Personalreferenz 2 bzw. Unternehmensreferenz 3“ zu verweisen. Darin ist zur Rubrik „konkretes Datum des Abschluss des Referenzprojektes“ ausdrücklich angeführt „abgeschl. Planung: März 2009“. Diese Beilage wurde entsprechend den Erfordernissen der Ausschreibungsbedingung ordnungsgemäß vom seinerzeitigen Auftraggeber gestempelt, unterfertigt, mit Anführung des vollständigen Namens des Unterzeichners bzw. der Ansprechperson versehen und enthielt auch die Angabe des Ortes und des Datums.

Aus dem auf der angesprochenen Beilage ersichtlichen Datum „XX/XX/XXXX“ ist auch der eindeutige Rückschluss zu ziehen, dass infolge dieser - gegenüber der ausgeführten Leistung - nachfolgend erteilten Bestätigung die in der Referenz angeführten Angaben jedenfalls den Tatsachen entsprechen und daher richtig sind. In der Referenz wurde ausdrücklich festgehalten, dass der Abschluss bereits im März 2009 erfolgt ist. Woraus sich aus der Zusammenschau dieser Umstände eine Unklarheit ergeben sollte - dies insbesondere im Hinblick auf den effektiven Abschluss der Referenz - ist völlig unerfindlich.

Nach herrschender ständiger Rechtsprechung besteht eine Unklarheit über das Angebot bzw. dessen Inhalt nur dann, wenn der objektive Erklärungswert eines Angebotes nicht eindeutig ist und mit Hilfe der Interpretationsmethoden der §§ 914 f ABGB vom Auftraggeber nicht allein ermittelt werden kann. Lässt sich hingegen mit Hilfe der angeführten Interpretationsmethoden der Angebotsinhalt feststellen, besteht keine Unklarheit und ist keine Aufklärung geboten. Ist der Angebotsinhalt daher klar, ist auch der Inhalt nachträglicher Bieteraufklärungen unerheblich (siehe hierzu M. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 126 RZ 8 mwN) Exakt dies trifft auf den gegenständlichen Fall zu. Nach herrschender ständiger Rechtsprechung besteht eine Unklarheit über das Angebot bzw. dessen Inhalt nur dann, wenn der objektive Erklärungswert eines Angebotes nicht eindeutig ist und mit Hilfe der Interpretationsmethoden der Paragraphen 914, f ABGB vom Auftraggeber nicht allein ermittelt werden kann. Lässt sich hingegen mit Hilfe der angeführten Interpretationsmethoden der Angebotsinhalt feststellen, besteht keine Unklarheit und ist keine Aufklärung geboten. Ist der Angebotsinhalt daher klar, ist auch der Inhalt nachträglicher Bieteraufklärungen unerheblich (siehe hierzu M. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 126, RZ 8 mwN) Exakt dies trifft auf den gegenständlichen Fall zu.

Es war daher bereits das Auskunftersuchen der vergebenden Stelle vom 30.07.2009 rechtswidrig. Dies insbesondere deshalb, da Auskunft über etwas begehrt wurde, was bereits eindeutig belegt war.

Darüber hinaus kann zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit - wie gegenständlich gefordert - auch nur auf die in § 75 in Absatz 5 bis 7 BVergG 2006 angeführten Nachweise zurückgegriffen werden bzw. können nur diese

verlangt werden. Es ist in § 75 Abs. 1 BVergG 2006 ausdrücklich festgehalten, dass „andere als die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise der Auftraggeber nicht verlangen darf“. Bei dem nunmehr von der vergebenden Stelle mit deren Schreiben vom XX.XX.XXXX geforderten Nachweis handelt es sich um keinen § 75 Abs. 6 BVergG 2006 (darin sind die Nachweise hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit angeführt und nur ein solcher wurde gefordert) entsprechenden Nachweis. Dies insbesondere nicht bei dem begehrten schriftlichen Nachweis über die „Veröffentlichung oder Versand der Ausschreibung“. Auch wenn man nunmehr davon ausgehen wollte, dass ein derart geforderter schriftlicher Nachweis über die Veröffentlichung und den Versand der Ausschreibung nicht erbracht wurde, ist dies daher unbeachtlich bzw. kann zu keinem Ausscheiden bzw. zur Nichtzulassung des Teilnehmers führen, zumal dieses Begehren bereits rechtswidrig gewesen war. Dies ungeachtet des Umstandes, dass die technische Leistungsfähigkeit gegenständlich ohnehin bereits eindeutig nachgewiesen worden war. Darüber hinaus kann zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit - wie gegenständlich gefordert - auch nur auf die in Paragraph 75, in Absatz 5 bis 7 BVergG 2006 angeführten Nachweise zurückgegriffen werden bzw. können nur diese verlangt werden. Es ist in Paragraph 75, Absatz eins, BVergG 2006 ausdrücklich festgehalten, dass „andere als die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise der Auftraggeber nicht verlangen darf“. Bei dem nunmehr von der vergebenden Stelle mit deren Schreiben vom römisch zwanzig.XX.XXXX geforderten Nachweis handelt es sich um keinen Paragraph 75, Absatz 6, BVergG 2006 (darin sind die Nachweise hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit angeführt und nur ein solcher wurde gefordert) entsprechenden Nachweis. Dies insbesondere nicht bei dem begehrten schriftlichen Nachweis über die „Veröffentlichung oder Versand der Ausschreibung“. Auch wenn man nunmehr davon ausgehen wollte, dass ein derart geforderter schriftlicher Nachweis über die Veröffentlichung und den Versand der Ausschreibung nicht erbracht wurde, ist dies daher unbeachtlich bzw. kann zu keinem Ausscheiden bzw. zur Nichtzulassung des Teilnehmers führen, zumal dieses Begehren bereits rechtswidrig gewesen war. Dies ungeachtet des Umstandes, dass die technische Leistungsfähigkeit gegenständlich ohnehin bereits eindeutig nachgewiesen worden war.

5. Weiters ist hierbei darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin mit ihrer schriftlich erteilten Auskunft vom XX.XX.XXXX das Auskunftsverlangen ohnehin vollinhaltlich erfüllt hat. Hierbei wurde insbesondere darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung (zwei Bauabschnitte) an die bauausführenden Unternehmen am XX.XX.XXXX bzw. am XX.XX.XXXX versendet wurde und die Bauleistungen jeweils beschränkt ausgeschrieben worden waren. Hierbei handelt es sich um den entsprechend geforderten schriftlichen Nachweis. 5. Weiters ist hierbei darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin mit ihrer schriftlich erteilten Auskunft vom römisch zwanzig.XX.XXXX das Auskunftsverlangen ohnehin vollinhaltlich erfüllt hat. Hierbei wurde insbesondere darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung (zwei Bauabschnitte) an die bauausführenden Unternehmen am römisch zwanzig.XX.XXXX bzw. am römisch zwanzig.XX.XXXX versendet wurde und die Bauleistungen jeweils beschränkt ausgeschrieben worden waren. Hierbei handelt es sich um den entsprechend geforderten schriftlichen Nachweis.

Bei einer vergebenden Stelle, welche mit der Vergabe der einschlägigen Leistungen auch nur im Ansatz vertraut ist, ist jedenfalls davon auszugehen, dass dieser bekannt ist, dass komplexe Planungen wie z.B. die gegenständlich ausgeschriebene, sowie auch die im Referenzprojekt angeführte, niemals zur Gänze fertig gestellt sind, bevor die Ausschreibung erfolgt. Bei derartig komplexen Planungen bzw. Bauvorhaben ist es geradezu typisch, dass entsprechende Planungen auch noch nach erfolgter Ausschreibung weitergeführt werden bzw. im Detail erfolgen und daher auch fortlaufend mit der Ausführung. Dies insbesondere auch bei der Ausführung von mehreren Bauabschnitten. Dass beim angeführten Referenzprojekt mehrere Bauabschnitte gegeben waren, wurde ausdrücklich in der erfolgten Aufklärung vom XX.XX.XXXX angeführt. Eine mit der Beurteilung derartig komplexer Planungsausschreibungen betraute Person muss zwingend über entsprechende Kenntnisse der tatsächlichen Abläufe verfügen. Dieser wären daher auch niemals Zweifel - ungeachtet dessen, dass diese gegenständlich ohnehin völlig unberechtigt waren - hinsichtlich des Abschlusses der Planungsleistung das angesprochene Referenzprojekt betreffend gekommen. Bei einer vergebenden Stelle, welche mit der Vergabe der einschlägigen Leistungen auch nur im Ansatz vertraut ist, ist jedenfalls davon auszugehen, dass dieser bekannt ist, dass komplexe Planungen wie z.B. die gegenständlich ausgeschriebene, sowie auch die im Referenzprojekt angeführte, niemals zur Gänze fertig gestellt sind, bevor die Ausschreibung erfolgt. Bei derartig komplexen Planungen bzw. Bauvorhaben ist es geradezu typisch, dass entsprechende Planungen auch noch nach erfolgter Ausschreibung weitergeführt werden bzw. im Detail erfolgen und daher auch fortlaufend mit der Ausführung. Dies insbesondere auch bei der Ausführung von mehreren Bauabschnitten. Dass beim angeführten Referenzprojekt mehrere Bauabschnitte gegeben waren, wurde ausdrücklich

in der erfolgten Aufklärung vom römisch zwanzig.XX.XXXX angeführt. Eine mit der Beurteilung derartig komplexer Planungsausschreibungen betraute Person muss zwingend über entsprechende Kenntnisse der tatsächlichen Abläufe verfügen. Dieser wären daher auch niemals Zweifel - ungeachtet dessen, dass diese gegenständlich ohnehin völlig unberechtigt waren - hinsichtlich des Abschlusses der Planungsleistung das angesprochene Referenzprojekt betreffend gekommen.

6. Selbst wenn jedoch bei der vergebenden Stelle nach Erhalt der Aufforderung vom XX.XX.XXXX noch Zweifel gegeben gewesen wären, hätte sich diese zwingend durch ein entsprechendes Nachfragen bei der in der betreffenden Beilage ./7 bezüglich „Projektleiter-Personalreferenz 2 bzw. Unternehmensreferenz 3“ ausdrücklich namentlich angeführten Auskunftspersonen des seinerzeitigen Auftraggebers der Bieterin erkundigen können bzw. entsprechende Aufklärung verlangen und erhalten können. Dies wäre insbesondere im Rahmen des zwingend auszuübenden Ermessens (C. Maier in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 68 RZ 74 bzw. FN 119) sowie entsprechend der eigenen Festlegung gemäß Punkt 10.3.2 Abs. 5 letzter Satz der Ausschreibung jedenfalls erforderlich gewesen, auch jederzeit zumutbar gewesen und hätte keinesfalls eine unzulässige Gleichbehandlung bedeutet. Die Auftraggeberin bzw. die vergebende Stelle hätte daher auch auf direktem Wege Unklarheiten beseitigen können und wäre hierzu im Rahmen des auszuübenden Ermessens (M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 126 RZ 23 mwN) sowie auch nach ihrer eigenen Ausschreibung verpflichtet gewesen.⁶ Selbst wenn jedoch bei der vergebenden Stelle nach Erhalt der Aufforderung vom römisch zwanzig.XX.XXXX noch Zweifel gegeben gewesen wären, hätte sich diese zwingend durch ein entsprechendes Nachfragen bei der in der betreffenden Beilage ./7 bezüglich „Projektleiter-Personalreferenz 2 bzw. Unternehmensreferenz 3“ ausdrücklich namentlich angeführten Auskunftspersonen des seinerzeitigen Auftraggebers der Bieterin erkundigen können bzw. entsprechende Aufklärung verlangen und erhalten können. Dies wäre insbesondere im Rahmen des zwingend auszuübenden Ermessens (C. Maier in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 68, RZ 74 bzw. FN 119) sowie entsprechend der eigenen Festlegung gemäß Punkt 10.3.2 Absatz 5, letzter Satz der Ausschreibung jedenfalls erforderlich gewesen, auch jederzeit zumutbar gewesen und hätte keinesfalls eine unzulässige Gleichbehandlung bedeutet. Die Auftraggeberin bzw. die vergebende Stelle hätte daher auch auf direktem Wege Unklarheiten beseitigen können und wäre hierzu im Rahmen des auszuübenden Ermessens (M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 126, RZ 23 mwN) sowie auch nach ihrer eigenen Ausschreibung verpflichtet gewesen.

7. Schließlich ist auch darauf zu verweisen, dass das Auskunftersuchen vom XX.XX.XXXX infolge der obig angeführten Gründe auch der gesetzlichen Regelung des § 70 Abs. 2 BVergG 2006 widersprochen hat, wonach Nachweise nur soweit verlangt werden dürfen, wie dies durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Der gegenständlich geforderte Nachweis, dessen Nichtbebringung für die Entscheidung der Nichtzulassung herangezogen wurde, ist jedenfalls ein solcher, der keinesfalls durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dies insbesondere deshalb, da es für den Gegenstand des Auftrages lediglich von Relevanz ist, ob die Planungsleistung abgeschlossen wurde. Dies völlig ungeachtet, ob bzw. wann eine Ausschreibung veröffentlicht oder versandt wurde.⁷ Schließlich ist auch darauf zu verweisen, dass das Auskunftersuchen vom römisch zwanzig.XX.XXXX infolge der obig angeführten Gründe auch der gesetzlichen Regelung des Paragraph 70, Absatz 2, BVergG 2006 widersprochen hat, wonach Nachweise nur soweit verlangt werden dürfen, wie dies durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Der gegenständlich geforderte Nachweis, dessen Nichtbebringung für die Entscheidung der Nichtzulassung herangezogen wurde, ist jedenfalls ein solcher, der keinesfalls durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dies insbesondere deshalb, da es für den Gegenstand des Auftrages lediglich von Relevanz ist, ob die Planungsleistung abgeschlossen wurde. Dies völlig ungeachtet, ob bzw. wann eine Ausschreibung veröffentlicht oder versandt wurde.

Aus all den oben dargelegten Gründen ist daher die Entscheidung der Antragsgegnerin bzw. der vergebenden Stelle auf Nichtzulassung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens bzw. auf Ausscheidung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin im Widerspruch zu den einschlägig zu berücksichtigenden Bestimmungen des BVergG 2006 und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss.

Aus den angeführten Gründen erachtet sich die Antragstellerin daher in ihren Rechten auf Nichtausscheidung bzw. Berücksichtigung des von ihr gelegten Teilnahmeantrags im gegenständlichen Vergabeverfahren sowie Einhaltung der Vergabevorschriften verletzt (insbesondere in dem ihr nach § 103 Abs. 4 BVergG 2006 zustehenden Recht aufgrund ihres rechtzeitigen Teilnahmeantrages und des Umstandes, dass es sich bei ihr um einen befugten, leistungsfähigen

und zuverlässigen Unternehmer handelt, zur Beteiligung am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung). Aus den angeführten Gründen erachtet sich die Antragstellerin daher in ihren Rechten auf Nichtausscheidung bzw. Berücksichtigung des von ihr gelegten Teilnahmeantrags im gegenständlichen Vergabeverfahren sowie Einhaltung der Vergabevorschriften verletzt (insbesondere in dem ihr nach Paragraph 103, Absatz 4, BVergG 2006 zustehenden Recht aufgrund ihres rechtzeitigen Teilnahmeantrages und des Umstandes, dass es sich bei ihr um einen befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmer handelt, zur Beteiligung am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung).

BEWEIS:

wie bisher;

sowie Einsichtnahme in den bei der Antragsgegnerin bzw. der vergebenden Stelle über das gegenständliche Vergabeverfahren erliegenden Akt.“

1.2. Gleichzeitig wurde beantragt, der Unabhängige Verwaltungssenat möge dem Auftraggeber durch einstweilige Verfügung untersagen, den Zuschlag für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens zu erteilen.

2. Mit Bescheid vom 27.08.2009, hat der Unabhängige Verwaltungssenat dem im obigen Punkt 1.2. erwähnten Antrag des Antragstellers auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insoweit Folge gegeben, als dem Auftraggeber untersagt wurde, das gegenständliche Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates über den ebenfalls eingebrachten Antrag des Antragstellers auf Nichtigerklärung fortzusetzen, insbesondere durch die Auswahl und Einladung der Bewerber zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens.

3. Der Auftraggeber hat eine Gegenschrift zu dem Vorbringen nach Punkt 1.1. erstattet und ist diesem darin entgegengetreten.

4. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat in gegenständlicher Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender, im Wesentlichen unbestrittener Sachverhalt steht fest:

Die Stadt F beabsichtigt den Neubau des „M F“. Zu diesem Zweck hat die Stadt F ua ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich für folgendes Beschaffungsvorhaben ausgeschrieben: „Abschluss eines Dienstleistungsauftrages über die Erbringung der Tragwerksplanung für den Neubau des M in F, bestehend aus zwei Unter- und zwei Obergeschossen sowie einem Dachgeschoss“. Das Ende der Teilnahmefrist wurde mit 22.07.2009, 15.00 Uhr (Einlangen) festgelegt.

In den Ausschreibungsunterlagen ist ua folgendes festgehalten:

„10.3.2 Allgemeine Anforderungen an Referenzen

Der Bewerber hat seinem Angebot zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit unter anderem Personal- und Unternehmensreferenzen beizulegen. Für Personal- und Unternehmensreferenzen kann auch dasselbe Projekt bekanntgegeben werden, sofern dabei die übrigen Voraussetzungen der Teilnahmeunterlagen erfüllt werden. Alle Referenzprojekte, welche die Auftraggeberin im Rahmen der Eignungs- oder Auswahlprüfung berücksichtigen soll, müssen auch die Anforderungen des vorliegenden Punktes erfüllen.

Darüber hinaus liegt eine gültige Referenz unter anderem nur dann vor, wenn diese im Wesentlichen vor nicht mehr als zehn Jahren (also vor dem 1.6.1999) abgeschlossen wurde (Referenzzeitraum). Referenzen, die vor dem 1.6.1999 abgeschlossen wurden, oder die mangels Detailangaben nicht überprüfbar sind, werden nicht berücksichtigt. Der Abschluss einer Referenz im Sinne dieser Festlegung liegt dann vor, wenn die betreffende Ausschreibung zumindest veröffentlicht oder an die bauausführenden Unternehmer versandt wurde.

Für jede nachgewiesene Referenz hat der Bewerber dem Teilnahmeantrag eine Auftraggeber-Bestätigung gemäß Beilage ./7 bis Beilage ./9 beizulegen; diese Auftraggeber-Bestätigung, bestehend aus dem vollständigen Namen, dem Stempel und der Unterschrift der angegebenen Ansprechperson beim Referenz-Auftraggeber samt Angabe des Ortes und Datums dieser Bestätigung, hat am Ende jedes Einzelblatts zu erfolgen. Mit dieser Unterschrift ist zu bestätigen, dass die Schlüsselperson bzw. das beauftragte Unternehmen die beauftragten Leistungen beim angeführten Referenzprojekt ‚inhaltlich vereinbarungsgemäß sowie termin- und fristgemäß‘ erfüllt hat. Der Bewerber nimmt zur Kenntnis, dass die Auftraggeberin zur Überprüfung der angegebenen Referenzen mit diesem ehemaligen Auftraggeber Kontakt aufnehmen kann.

Der Bewerber hat die in den Punkten 10.3.1 bis 10.3.5 angeführten Spezifikationen und Musskriterien sowie die in den Punkten 11.1 bis 11.3 angeführten Kennzahlen und Subkriterien zum einen durch Eigenerklärungen (Ausfüllen der in Beilage ./5 bis Beilage ./9 geforderten grau unterlegten Angaben) und zum anderen durch Auftraggeber-Bestätigungen im Sinne des vorstehenden Absatzes nachzuweisen. Sollte der Bewerber dabei mit seiner Eigenerklärung eine den Tatsachen widersprechende Angabe gemacht haben, die sich auf die festgelegten Musskriterien, Kennzahlen oder Subkriterien bezieht und die Einfluss auf die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit hat, wird die Auftraggeberin den Bewerber - ohne weiteres - vom Vergabeverfahren ausschließen. Dies gilt auch bereits bei einer unrichtigen Eigenerklärung. Diese Eigenerklärungen sind für den Bewerber insofern bindend, als die im Teilnahmeantrag nachgewiesenen Referenzen nach Ende der Teilnahmefrist im Rahmen der Eignungs- und Auswahlprüfung keinesfalls durch andere Referenzen ausgetauscht oder durch andere Referenzen ergänzt werden dürfen. Darüber hinaus sind die Eigenerklärungen für den Bewerber auch insofern bindend, als der Bewerber die im Teilnahmeantrag nachgewiesenen Angaben, die sich auf die festgelegten Musskriterien und Subkriterien beziehen, nach Ende der Teilnahmefrist im Rahmen der Eignungs- und Auswahlprüfung keinesfalls ändern oder ergänzen darf.

10.3.3 Mindest-Personalreferenzen des Projektleiters

Der Bewerber hat in Beilage ./6 den im Auftragsfall tatsächlich einzusetzenden Projektleiter zu benennen. Als zwingendes Mindestanforderung hat der Bewerber in Beilage ./7 zwei Referenzprojekte für diesen Projektleiter nachzuweisen, die jeweils alle untenstehenden Musskriterien erfüllen und bei denen der bekannt gegebene Projektleiter auch tatsächlich als Projektleiter tätig war (Personalreferenz).

Eine Personalreferenz ist nur dann zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geeignet, wenn das Projekt alle nachstehenden Musskriterien erfüllt:

a. Die vom Projektleiter erbrachte Referenz muss zumindest folgende Tragwerksplanung im Sinne des § 9 Abs 4 HOB-S umfasst haben: Statisch konstruktiver Vorentwurf (litera a), Konstruktionsentwurf (litera b), Einreichplanung (litera c), Ausführungsplanung (litera d), Kostenermittlungsgrundlagen (litera e). a. Die vom Projektleiter erbrachte Referenz muss zumindest folgende Tragwerksplanung im Sinne des Paragraph 9, Absatz 4, HOB-S umfasst haben: Statisch konstruktiver Vorentwurf (litera a), Konstruktionsentwurf (litera b), Einreichplanung (litera c), Ausführungsplanung (litera d), Kostenermittlungsgrundlagen (litera e).

b. Diese Referenz muss sich entweder auf den Umbau oder die Erweiterung oder den Neubau von räumlichen Tragwerken oder vorgespannten Tragwerken oder Tragwerken in Stahlbetonbau- oder Stahlbauweise mit zumindest einer Mindest-Stützweite von jeweils 20m bezogen haben; als Tragwerke im vorliegenden Fall gelten ausschließlich Hochbauten mit einem Schwierigkeitsgrad zumindest der Klasse 4 regelmäßig im Sinne des § 8 Abs 3 HOB-S (das sind im Wesentlichen Bauwerke aus Stahlbeton, Stahl: Träger-, Stützen-, Platten- und Scheibenkonstruktionen schwieriger Ausbildung, Rahmen und Fachwerke in ebenem System, verankerte Wände und Stützmauern, verankerte Schlitz-, Pfahl- und Spundwände und schwierige Pfahlwerke, punktgestützte Platten).“ b. Diese Referenz muss sich entweder auf den Umbau oder die Erweiterung oder den Neubau von räumlichen Tragwerken oder vorgespannten Tragwerken oder Tragwerken in Stahlbetonbau- oder Stahlbauweise mit zumindest einer Mindest-Stützweite von jeweils 20m bezogen haben; als Tragwerke im vorliegenden Fall gelten ausschließlich Hochbauten mit einem Schwierigkeitsgrad zumindest der Klasse 4 regelmäßig im Sinne des Paragraph 8, Absatz 3, HOB-S (das sind im Wesentlichen Bauwerke aus Stahlbeton, Stahl: Träger-, Stützen-, Platten- und Scheibenkonstruktionen schwieriger Ausbildung, Rahmen und Fachwerke in ebenem System, verankerte Wände und Stützmauern, verankerte Schlitz-, Pfahl- und Spundwände und schwierige Pfahlwerke, punktgestützte Platten).“

Der Antragsteller hat innerhalb der Teilnahmefrist einen entsprechenden Teilnahmeantrag gestellt. In diesem Teilnahmeantrag hat der Antragsteller für seinen Projektleiter - neben einer (einzigen) weiteren Personalreferenz für diesen Projektleiter - die Personalreferenz 2 nachgewiesen, in welcher er in der Rubrik „Konkretes Datum des Abschlusses des Referenzprojektes (Punkt 10.3.2 Abs 4)“ folgende Angabe tätigte: „abgeschl. Planung: März 2009“. In dem Referenzblatt ergibt sich weiters, dass das Referenzprojekt die Teilleistungen Vorentwurf, Konstruktionsentwurf, Einreichplanung, Ausführungsplanung und Kostenermittlungsgrundlage gemäß § 9 Abs 4 lit a bis e der Honorarleitlinie Bauwesen für statische und konstruktive Bearbeitung von Hoch-, Industrie-, Wasser- und Sonderbauten umfasste. Der Antragsteller hat innerhalb der Teilnahmefrist einen entsprechenden Teilnahmeantrag gestellt. In diesem Teilnahmeantrag hat der Antragsteller für seinen Projektleiter - neben einer (einzigen) weiteren Personalreferenz für

diesen Projektleiter - die Personalreferenz 2 nachgewiesen, in welcher er in der Rubrik „Konkretes Datum des Abschlusses des Referenzprojektes (Punkt 10.3.2 Absatz 4,)“ folgende Angabe tätigte: „abgeschl. Planung: März 2009“. In dem Referenzblatt ergibt sich weiters, dass das Referenzprojekt die Teilleistungen Vorentwurf, Konstruktionsentwurf, Einreichplanung, Ausführungsplanung und Kostenermittlungsgrundlage gemäß Paragraph 9, Absatz 4, Litera a bis e der Honorarleitlinie Bauwesen für statische und konstruktive Bearbeitung von Hoch-, Industrie-, Wasser- und Sonderbauten umfasste.

Mit Faxschreiben vom 30.07.2009 stellte der Auftraggeber an den Antragsteller ein Aufklärungsersuchen, welches ua folgenden Inhalt hat:

„Als Projektleiter - Personalreferenz 2 und als Unternehmensreferenz 3 wurde jeweils das Projekt ‚Erweiterung der Tiefgarage K & Ö, G? bekanntgegeben. Für dieses Referenzprojekt wurde als konkretes Datum des ‚Abschlusses? folgendes mitgeteilt: ‚abgeschl. Planung: März 2009?. Um effektiv beurteilen zu können, ob dieses Referenzprojekt den relevanten Referenzzeitraum erfüllt, ersuchen wir zum einen um Mitteilung, welche konkreten Teilleistungen der Tragwerksplanung im ‚März 2009? abgeschlossen wurden. Zum anderen ersuchen wir um die Vorlage schriftlicher Nachweise (Veröffentlichung oder Versandt der Ausschreibung), dass dieses Referenzprojekt den Referenzzeitraum tatsächlich erfüllt.“

Der Antragsteller beantwortete dieses Aufklärungsersuchen mit E-Mail vom 04.08.2009. In diesem E-Mail heißt es ua:

„Projekt ‚Erweiterung der Tiefgarage K & Ö, G?:

Bis zum März 2009 wurden folgende Teilleistungen der Tragwerksplanung gem. HOB-S (§ 9 (4)) von uns erbracht. Bis zum März 2009 wurden folgende Teilleistungen der Tragwerksplanung gem. HOB-S (Paragraph 9, (4)) von uns erbracht:

- -Strichaufzählung
Vorentwurf (a)
- -Strichaufzählung
Konstruktionsentwurf (b)
- -Strichaufzählung
Einreichplanung (c)
- -Strichaufzählung
Ausführungsplanung (d)
- -Strichaufzählung
Kostenermittlungsgrundlagen (Massen und LV) (e)
- -Strichaufzählung
zusätzlich die Kontrolle der Bewehrungen (Bewehrungsabnahmen) (gem. HOB-S § 9, (7) o1) zusätzlich die Kontrolle der Bewehrungen (Bewehrungsabnahmen) (gem. HOB-S Paragraph 9,, (7) o1)

Die betreffenden Ausschreibungen (zwei Bauabschnitte) wurden an die bauausführenden Unternehmen am 28.10.2007 bzw. am 04.04.2008 versendet. Die Bauleistungen wurden jeweils beschränkt ausgeschrieben.“

Der Antragsteller hatte diesem E-Mail keine weiteren Nachweise beigegeben.

Der Auftraggeber teilte dem Antragsteller mit Faxschreiben vom 11.08.2009 ua mit, dass der Antragsteller nicht zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens eingeladen werden könne. Dies insbesondere deshalb, weil der Antragsteller keinen schriftlichen Nachweis vorgelegt habe, wonach das näher bezeichnete Referenzprojekt den Referenzzeitraum tatsächlich erfüllt. Es habe damit der effektive Abschluss der Referenz nicht beurteilt werden können. Im Ergebnis liege somit für den Projektleiter nur eine gültige Personalreferenz vor, sodass dadurch das zwingende Mindestanfordernis gemäß Punkt 10.3.3 der Teilnahmeunterlagen von zwei Referenzen nicht erfüllt werde.

5.1. Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrundeliegt, fällt gemäß Art 14b Abs 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes. 5.1. Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrundeliegt, fällt gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes.

Bei dem Auftraggeber handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen Dienstleistungsauftrag im zweistufigen

Verhandlungsverfahren nach vorheriger europaweiter Bekanntmachung dar. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt weit über dem EU-Schwellenwert von 206.000 Euro (exkl MwSt) und ist somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Bei dem Auftraggeber handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen Dienstleistungsauftrag im zweistufigen Verhandlungsverfahren nach vorheriger europaweiter Bekanntmachung dar. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt weit über dem EU-Schwellenwert von 206.000 Euro (exkl MwSt) und ist somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat ist daher für die Behandlung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages sachlich und örtlich zuständig.

5.2. Gemäß § 4 Abs 2 Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklage einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. 5.2. Gemäß Paragraph 4, Absatz 2, Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklage einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Der Antragsteller hat glaubhaft gemacht, dass er ein Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrages hat und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden zu entstehen droht. Der vorliegende Nachprüfungsantrag ist daher von vornherein zulässig.

6.1. Gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVerG 2006 hat der Auftraggeber - unbeschadet der Abs 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben. 6.1. Gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVerG 2006 hat der Auftraggeber - unbeschadet der Absatz 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

Gemäß § 103 Abs 4 BVerG 2006 ist Unternehmern, die auf Grund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß den §§ 68 bis 78 als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, unter Bedachtnahme auf Abs. 6 und 7 Gelegenheit zur Beteiligung am nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu geben. Gemäß Paragraph 103, Absatz 4, BVerG 2006 ist Unternehmern, die auf Grund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß den Paragraphen 68 bis 78 als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, unter Bedachtnahme auf Absatz 6 und 7 Gelegenheit zur Beteiligung am nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu geben.

Gemäß § 103 Abs 7 BVerG 2007 hat der Auftraggeber die nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber von dieser Entscheidung unverzüglich, jedenfalls aber eine Woche, bei der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens gemäß den §§ 61 bis 63, 66 und 67 drei Tage, nach Abschluss der Auswahl unter Bekanntgabe der Gründe für die Nicht-Zulassung zu verständigen. Gemäß Paragraph 103, Absatz 7, BVerG 2007 hat der Auftraggeber die nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber von dieser Entscheidung unverzüglich, jedenfalls aber eine Woche, bei der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens gemäß den Paragraphen 61 bis 63, 66 und 67 drei Tage, nach Abschluss der Auswahl unter Bekanntgabe der Gründe für die Nicht-Zulassung zu verständigen.

6.2. Im vorliegenden Fall ist von Bedeutung, ob das Aufklärungsersuchen des Auftraggebers vom 30.07.2009, insbesondere das Verlangen um Vorlage eines schriftlichen Nachweises zulässig war und ob der Antragsteller diesem Aufklärungsersuchen entsprochen hat.

6.3. Ausgangspunkt für die Beurteilung der obigen Fragen ist zunächst der vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Referenzzeitraum. Danach musste eine Referenz, damit diese berücksichtigt

werden konnte, im Zeitraum vom 01.06.1999 bis 22.07.2009 abgeschlossen sein, wobei laut Ausschreibung dann vom Vorliegen des Abschlusses der Referenz auszugehen ist, „wenn die betreffende Ausschreibung zumindest veröffentlicht oder an die bauausführenden Unternehmer versandt wurde“.

6.4. In den vom Antragsteller in seinem Teilnahmeantrag beigeschlossenen Referenzen Personalreferenz 2 (des Projektleiters) und Unternehmensreferenz 3 hat der Antragsteller - wie im Sachverhalt ausgeführt - als konkretes Datum des Abschlusses des betreffenden Referenzprojekts „abgeschl. Planung: März 2009“ angegeben.

Der objektive Erklärungswert dieser Angabe des Antragstellers ist nicht eindeutig, da sich weder aus dem Wortsinn noch aus der dem Erklärungsempfänger (Auftraggeber) erkennbaren Absicht des Erklärenden (Antragsteller), somit auch nicht mit Hilfe der Interpretationsmethoden der §§ 914f ABGB, ergibt, wann das Referenzprojekt tatsächlich als abgeschlossen im Sinne der Ausschreibung galt; so lässt nämlich diese Angabe offen, ob die Veröffentlichung oder die Versendung der betreffenden Ausschreibung allenfalls vor dem Referenzzeitraum gelegen war. Der objektive Erklärungswert dieser Angabe des Antragstellers ist nicht eindeutig, da sich weder aus dem Wortsinn noch aus der dem Erklärungsempfänger (Auftraggeber) erkennbaren Absicht des Erklärenden (Antragsteller), somit auch nicht mit Hilfe der Interpretationsmethoden der Paragraphen 914 f, ABGB, ergibt, wann das Referenzprojekt tatsächlich als abgeschlossen im Sinne der Ausschreibung galt; so lässt nämlich diese Angabe offen, ob die Veröffentlichung oder die Versendung der betreffenden Ausschreibung allenfalls vor dem Referenzzeitraum gelegen war.

Dazu kommt, dass das Referenzprojekt laut Teilnahmeantrag lediglich folgende Tragwerksplanung im Sinne des § 9 Abs 4 HOB-S umfasste: Vorentwurf, Konstruktionsentwurf, Einreichplanung, Ausführungsplanung und Kostenermittlungsgrundlagen. Da die genannten Planungsleistungen der Ausschreibung vorangehen, konnte aus den Angaben des Antragstellers („abgeschl. Planung: März 2009“) auch nicht entnommen werden, ob die Ausschreibung des betreffenden Referenzprojektes innerhalb des Referenzzeitraumes veröffentlicht oder versandt wurde. Dazu kommt, dass das Referenzprojekt laut Teilnahmeantrag lediglich folgende Tragwerksplanung im Sinne des Paragraph 9, Absatz 4, HOB-S umfasste: Vorentwurf, Konstruktionsentwurf, Einreichplanung, Ausführungsplanung und Kostenermittlungsgrundlagen. Da die genannten Planungsleistungen der Ausschreibung vorangehen, konnte aus den Angaben des Antragstellers („abgeschl. Planung: März 2009“) auch nicht entnommen werden, ob die Ausschreibung des betreffenden Referenzprojektes innerhalb des Referenzzeitraumes veröffentlicht oder versandt wurde.

Es war somit insgesamt hinsichtlich der Angabe des Antragstellers („abgeschl. Planung: März 2009“) von einer diesbezüglichen Unklarheit des Teilnahmeantrages auszugehen, weshalb der Auftraggeber nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet war, ein Aufklärungsverfahren einzuleiten (vgl BVA 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16). Es war somit insgesamt hinsichtlich der Angabe des Antragstellers („abgeschl. Planung: März 2009“) von einer diesbezüglichen Unklarheit des Teilnahmeantrages auszugehen, weshalb der Auftraggeber nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet war, ein Aufklärungsverfahren einzuleiten vergleiche BVA 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16).

An dieser Beurteilung vermag auch das Vorbringen des Antragstellers nichts zu ändern, wonach die hier gegenständliche Referenz - den Erfordernissen der Ausschreibung entsprechend - vom seinerzeitigen Auftraggeber bestätigt worden sei. Dies deshalb, da der seinerzeitige Auftraggeber nur bestätigt hat, dass der im Referenzblatt angeführte Auftrag „inhaltlich vereinbarungsgemäß sowie termin- und fristgerecht“ erfüllt worden sei. Aus dieser Bestätigung des Auftraggebers lässt sich somit kein über die Angabe des Antragstellers („abgeschl. Planung: März 2009“) hinausgehender Erklärungswert ableiten.

Soweit der Antragsteller die Auffassung vertritt, es hätte von vornherein bei der Ausschreibung nur um den Abschluss der Planungsleistung gehen dürfen und nicht darum, ob bzw wann eine Ausschreibung veröffentlicht oder versandt wurde, genügt es darauf hinzuweisen, dass die diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung (Punkt 10.3.2 vierter Absatz) vom Antragsteller nicht bekämpft wurden und die Ausschreibung daher diesbezüglich bestandsfest geworden ist.

6.5. Der Unabhängige Verwaltungssenat hegt keine Bedenken dagegen, dass das Aufklärungsersuchen des Auftraggebers auch die Vorlage schriftlicher Nachweise über die tatsächliche Erfüllung der betreffenden Referenz innerhalb des Referenzzeitraumes umfasste. Dies umso mehr als das gegenständliche Aufklärungsersuchen erst auf Grund der unklaren Angaben des Antragstellers erforderlich wurde. Das Verlangen nach einer Vorlage dieser schriftlichen Nachweise war aus Gründen der Vorsicht, weitere unklare und möglicherweise unrichtige Angaben und

damit letztlich eine weitere Verzögerung des Verfahrens zu vermeiden, gerechtfertigt. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass es sich bei Vorlegen der geforderten schriftlichen Nachweise erübrigt hätte, hinsichtlich der neuen Angaben wiederum die schon in der Ausschreibung geforderte Bestätigung des Auftraggebers zu verlangen.

Bei der gegenständlichen Vorlage der geforderten schriftlichen Nachweise geht es eindeutig um eine Verpflichtung des Antragstellers. Der Umstand, dass der Auftraggeber allenfalls die Möglichkeit gehabt hätte, eigene Erhebungen vorzunehmen, kann den Antragsteller nicht entlasten.

6.7. Der Antragsteller hat dem Aufklärungsersuchen dadurch, dass er seinem Antwort-E-Mail vom 04.08.2009 den vom Auftraggeber geforderten Nachweis nicht beigelegt hatte, nicht entsprochen. Entgegen der Auffassung des Antragstellers handelt es sich bei seinem E-Mail vom 04.08.2009 nicht um den vom Auftraggeber geforderten schriftlichen Nachweis, sondern lediglich um Angaben des Antragstellers.

6.8. Die vom Auftraggeber aufgrund der Nichterfüllung des Aufklärungsersuchens durch den Antragsteller erfolgte Nichtzulassung des Antragstellers zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens ist zu Recht erfolgt. Dadurch, dass der Antragsteller das Aufklärungsersuchen nicht erfüllt hat, war dem Auftraggeber nämlich eine abschließende Beurteilung dahingehend, ob das Referenzprojekt den in der Ausschreibung festgelegten Referenzzeitraum tatsächlich erfüllt, verwehrt. Das betreffende Referenzprojekt durfte daher bei der Eignungs- und Auswahlprüfung nicht berücksichtigt werden. Dies hat zur Folge, dass der Antragsteller das zwingende Mindestanforderungsmerkmal von zwei Referenzprojekten für den Projektleiter nicht nachgewiesen hat.

Die Auffassung des Antragstellers, bei einer unzureichenden Aufklärung seitens des Bewerbers sei nicht zwingend ein Ausscheiden vorzunehmen, sondern bestehe seitens des Auftraggebers diesbezüglich Ermessen, ist unzutreffend. Laut § 68 Abs 1 Z 7 BVergG 2006, welcher eine lex specialis zu § 129 Abs 2 BVergG 2006 darstellt, besteht nämlich im Fall der Nichterteilung von Auskünften betreffend die Eignung des Bieters eine klare Ausscheidenspflicht seitens des Auftraggebers (vgl. Öhler/Schramm in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rzn 151f zu § 129). Die Auffassung des Antragstellers, bei einer unzureichenden Aufklärung seitens des Bewerbers sei nicht zwingend ein Ausscheiden vorzunehmen, sondern bestehe seitens des Auftraggebers diesbezüglich Ermessen, ist unzutreffend. Laut Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006, welcher eine lex specialis zu Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 darstellt, besteht nämlich im Fall der Nichterteilung von Auskünften betreffend die Eignung des Bieters eine klare Ausscheidenspflicht seitens des Auftraggebers (vergleiche Öhler/Schramm in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rzn 151f zu Paragraph 129,).

Selbst wenn es im Ermessen des Auftraggebers liegen würde, ob er einen Teilnahmeantrag ausscheidet oder nicht, so könnte nach Ansicht des Verwaltungssenates im vorliegenden Fall nicht davon gesprochen werden, der Auftraggeber habe sein Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes ausgeübt; hier ist vor allem darauf hinzuweisen, dass ein nochmaliges Aufklärungsersuchen durch den Auftraggeber für diesen einen zusätzlichen Aufwand und eine weitere zeitliche Verzögerung bedeutet hätte.

6.9. Bei diesem Ergebnis kommt der Auffassung des Auftraggebers, der Antragsteller wäre bereits ohne Aufklärungsersuchen nicht zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe zuzulassen gewesen, da der Antragsteller bezüglich des Abschlusses des Referenzprojektes kein konkretes Datum genannt habe und nach den Ausschreibungsbedingungen (Punkt 10.3.2, letzter Satz) Eigenerklärungen nicht geändert oder ergänzt werden durften, keine Bedeutung zu. Abgesehen davon ginge es im vorliegenden Fall nicht um eine Änderung bzw. Ergänzung der Eigenerklärung, sondern um die Aufklärung einer Unklarheit.

Weiters war nicht mehr zu prüfen, ob die Nichtangabe des Schwierigkeitsgrades in der Unternehmensreferenz 5 und Personalreferenz für den Projektleiter-Stellvertreter einen - so die Auffassung des Auftraggebers - unbehebbarer Mangel darstellt. Dasselbe gilt für den Umstand, dass die vom Antragsteller - aufgrund eines Mängelbehebungsversuchs des Auftraggebers - vorgelegten Strafregistrauszüge erst nach dem Ende der Teilnahmefrist datieren.

7. Gemäß § 13 Abs 1 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers auf Antrag mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie 7. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, des Vergabenachprüfungsgesetzes hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers auf Antrag mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. a)Litera a
im Widerspruch zu Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und
2. b)Litera b
für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Entscheidung des Auftraggebers, den Antragsteller nicht zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens einzuladen, steht auf Grund der unter Punkt 6. getätigten Ausführungen nicht im Widerspruch zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Dem Antrag, die zuvor genannte Entscheidung des Auftraggebers für nichtig zu erklären, war daher keine Folge zu geben. Es war daher auch der Antrag auf Gebührenersatz abzuweisen.

Schlagworte

Vergaberecht, Aufklärungsersuchen, Ausscheiden

Zuletzt aktualisiert am

31.01.2018

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at