

TE Lvwg Erkenntnis 2020/5/28 LVwG-314-1/2020-S1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.05.2020

Entscheidungsdatum

28.05.2020

Norm

BVergG 2018 §201

BVergG 2018 §250 Z4

BVergG 2018 §250 Z9

ABGB §914

1. BVergG 2018 § 201 heute
2. BVergG 2018 § 201 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 250 heute
2. BVergG 2018 § 250 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 250 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 250 heute
2. BVergG 2018 § 250 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 250 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

Anmerkung

Revision wurde vom Verwaltungsgerichtshof (22.12.2020, Ra 2020/04/0097) zurückgewiesen.

Text

Im Namen der Republik!

Erkenntnis

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch seinen Senat 1 mit den Mitgliedern Mag. Pathy, Dr. Wachter und Dr. Herzog über den Antrag der Bewerbergemeinschaft 1. S-N AG, I-B, und 2. L V K R GmbH, S, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Philipp Götzl, Salzburg, auf Nichtigkeitsklärung der Entscheidung auf Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens „Verkehrsdienstleistungen in insgesamt drei Losen in der Region K / A (GZ XX)“ vom 21.02.2020 zu Recht erkannt: Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch seinen Senat 1 mit den Mitgliedern Mag. Pathy, Dr. Wachter und Dr. Herzog über den Antrag der Bewerbergemeinschaft 1. S-N AG, I-B, und 2. L römisch

fünf K R GmbH, S, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Philipp Götzl, Salzburg, auf Nichtigerklärung der Entscheidung auf Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens „Verkehrsdienstleistungen in insgesamt drei Losen in der Region K / A (GZ römisch zwanzig)“ vom 21.02.2020 zu Recht erkannt:

I. Gemäß den §§ 3, 4 Abs 2 sowie 12 Abs 1 lit b und Abs 2 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung als unbegründet abgewiesen. römisch eins. Gemäß den Paragraphen 3, 4, Absatz 2, sowie 12 Absatz eins, Litera b und Absatz 2, des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung als unbegründet abgewiesen.

II. Gemäß § 24 Abs 3 bis 5 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Ersatz der Gebühren als unbegründet abgewiesen. römisch zwei. Gemäß Paragraph 24, Absatz 3 bis 5 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Ersatz der Gebühren als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

Begründung

Verfahrensgang

1.1. Die Gemeinde L, der Gemeindeverband Ö K und die V V GmbH (im Folgenden kurz: Auftraggeber) haben mit Bekanntmachung vom 12.12.2019, veröffentlicht im Amtsblatt der EU zur ZI, ein Vergabeverfahren zum Abschluss von zwei Rahmenvereinbarungen pro Los jeweils mit einer Partei betreffend „Verkehrsdienstleistungen in insgesamt drei Losen in der Region K / A“ im Wege eines (zweistufigen) Verhandlungsverfahrens im Oberschwellenbereich eingeleitet. Der Ausschreibungsgegenstand betrifft eine Transport- und Beförderungsdienstleistung im Sektorenbereich. Ein Unternehmen wird mit maximal zwei Losen beauftragt. 1.1. Die Gemeinde L, der Gemeindeverband Ö K und die römisch fünf römisch fünf GmbH (im Folgenden kurz: Auftraggeber) haben mit Bekanntmachung vom 12.12.2019, veröffentlicht im Amtsblatt der EU zur ZI, ein Vergabeverfahren zum Abschluss von zwei Rahmenvereinbarungen pro Los jeweils mit einer Partei betreffend „Verkehrsdienstleistungen in insgesamt drei Losen in der Region K / A“ im Wege eines (zweistufigen) Verhandlungsverfahrens im Oberschwellenbereich eingeleitet. Der Ausschreibungsgegenstand betrifft eine Transport- und Beförderungsdienstleistung im Sektorenbereich. Ein Unternehmen wird mit maximal zwei Losen beauftragt.

Das Ende der Teilnahmefrist wurde zunächst mit 17.01.2020, 12:00 Uhr festgelegt. Während offener Teilnahmefrist sind mehrere Fragen der Interessenten zu den Teilnahmeunterlagen eingelangt. Die Teilnahmefrist wurde aufgrund der Fragenbeantwortung auf 24.01.2020, 12:00 Uhr festgelegt.

Die Antragsteller haben fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben.

Mit Schreiben vom 21.02.2020 wurde den Antragstellern mitgeteilt, dass sie nicht zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen werden.

1.2. Die Antragsteller haben mit Schriftsatz vom 28.02.2020, per E-Mail am selben Tag bei Gericht eingelangt, die Nichtigerklärung dieser Entscheidung (Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe) beantragt. Zusätzlich haben sie den Ersatz der Kosten (Pauschalgebühr) für den Nachprüfungsantrag und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt.

1.3. Mit Beschluss vom 05.03.2020, LVwG-314-1/2020-S1, hat das Landesverwaltungsgericht dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Folge gegeben und den Auftraggebern untersagt, das Vergabeverfahren fortzusetzen, insbesondere die Bewerber zur Abgabe von Erstangeboten einzuladen. Dies gilt bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung.

1.4. Im Antrag auf Nichtigerklärung wird auszugsweise wie folgt ausgeführt: „ ...

□

□

...

□

□

-
-
-
-
-
-
-
-
-

...“

Die Antragsteller haben ihr Vorbringen mit Schriftsatz vom 23.04.2020 ergänzt.

1.5. Die Auftraggeber haben eine Gegenschrift erstattet, in der sie dem Vorbringen im Antrag auf Nichtigerklärung entgegengetreten sind.

Sachverhalt

2.1. Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handelt es sich um ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich, das in zwei Stufen durchgeführt wird. Ausschreibungsgegenstand ist eine Transport- und Beförderungsdienstleistung im Sektorenbereich. Die Auftraggeber möchten zwei Rahmenvereinbarungen, jeweils mit einer Partei in insgesamt drei Losen für Verkehrsdienstleistungen in der Region K / A mit einer Laufzeit von 96 Monaten abschließen.

In den Teilnahmeunterlagen (Stand 09.12.2019, Beilage ./3 des Vergabeaktes) wurde festgelegt, dass jeder Bieter mit höchstens zwei Losen beauftragt wird (Punkt 1.3.3.). Das Ende der Teilnahmefrist wurde zunächst mit 17.01.2020, 12:00 Uhr, festgelegt. Während offener Teilnahmefrist sind mehrere Fragen der Interessenten zu den Teilnahmeunterlagen eingelangt. Die Teilnahmefrist wurde aufgrund der Fragenbeantwortung auf 24.01.2020, 12:00 Uhr, festgelegt.

Die Teilnahmeunterlagen wurden nicht angefochten. Sie sind bestandsfest geworden.

Der Teilnahmeantrag der Antragsteller langte fristgerecht am 24.01.2020 bei den Auftraggebern ein. Der Teilnahmeantrag wurde für alle drei Lose abgegeben.

2.2. In den Ausschreibungsunterlagen im Dokument „Teilnahmeantrag“ (Stand 09.12.2019, Beilage ./3 des Vergabeaktes) wurde unter Punkt 10.3.3.2. „Mindest-Unternehmensreferenz“ Folgendes festgelegt:

„Der Bewerber hat Referenzen nachzuweisen, die jeweils von diesem als zivilrechtlicher Auftragnehmer erbracht wurden (Unternehmensreferenzen). Als zwingendes Mindestanforderung hat der Bewerber entweder in der EEE oder in Formblatt 6 zumindest ein (1) Referenzprojekt jeweils pro Los nachzuweisen, das alle untenstehenden Musskriterien erfüllt; diese Referenz wird anschließend auch anhand des Auswahlkriteriums gemäß Punkt 11 bei der Auswahlprüfung bewertet. (Anmerkung: Ein Bewerber bewirbt sich beispielsweise nur um Los 2; in diesem Fall muss nur ein Referenzprojekt gemäß litera b nachgewiesen werden. Ein Bewerber bewirbt sich beispielsweise um die Lose 1 und 2; in diesem Fall müssen zwei Referenzprojekte gemäß litera a und b nachgewiesen werden. Ein Bewerber bewirbt sich beispielsweise für alle drei Lose; in diesem Fall müssen drei Referenzprojekte gemäß litera a bis c nachgewiesen werden.).

a. Los 1 In vorliegenden Los ist als Referenzprojekt nur dann zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geeignet, wenn das Projekt alle nachstehenden Musskriterien kumulativ erfüllt:

a.1 Die Referenz muss das Erbringen eines Kraftfahrlinienverkehrs umfasst haben.

a.2 Mit der Referenz muss eine Jahres-Kilometerleistung von zumindest 200.000 km erbracht worden sein.

a.3 Mit der Referenz müssen die Leistungen aufgrund eines Dauerschuldverhältnisses (Vertrag mit wiederkehrender Leistungserbringung) erbracht worden sein. Ein Dauerschuldverhältnis in diesem Sinn liegt nur dann vor, wenn

aufgrund eines (1) Vertrages oder mehrerer Verträge ein Vertragszeitraum von insgesamt zumindest 36 Monaten unmittelbar aufeinander folgender Monate vorliegt; zumindest in diesen drei Jahren müssen jeweils die Jahres-Kilometerleistungen gemäß litera b.2 erbracht worden sein.

a.4 Die Referenz muss innerhalb eines rund fünfjährigen Referenzzeitraumes erbracht worden sein. Dieser Referenzzeitraum beginnt mit dem Fahrplanwechsel 2014/2015 (das ist grundsätzlich 14.12.2014) und endet mit der am Deckblatt festgelegten Teilnahmefrist. Eine Referenz, die außerhalb dieses Referenzzeitraumes erbracht wurde, wird nicht berücksichtigt; dabei muss der Kraftlinienverkehr zumindest während voller 36 Monate, die jeweils im vollen Umfang innerhalb des Referenzzeitraumes liegen müssen, erbracht worden sein. a.4 Die Referenz muss innerhalb eines rund fünfjährigen Referenzzeitraumes erbracht worden sein. Dieser Referenzzeitraum beginnt mit dem Fahrplanwechsel 2014 aus 2015, (das ist grundsätzlich 14.12.2014) und endet mit der am Deckblatt festgelegten Teilnahmefrist. Eine Referenz, die außerhalb dieses Referenzzeitraumes erbracht wurde, wird nicht berücksichtigt; dabei muss der Kraftlinienverkehr zumindest während voller 36 Monate, die jeweils im vollen Umfang innerhalb des Referenzzeitraumes liegen müssen, erbracht worden sein.

...“

Für die Lose 2 und 3 wurde unter Punkt 10.3.3.2 lit b und c dasselbe wie für Los 1 festgelegt. Lediglich hinsichtlich der Anzahl der Jahres-Kilometer unterscheidet sich der Ausschreibungstext (Los 2 zumindest 250.000 km und Los 3 zumindest 150.000 km). Für die Lose 2 und 3 wurde unter Punkt 10.3.3.2 Litera b und c dasselbe wie für Los 1 festgelegt. Lediglich hinsichtlich der Anzahl der Jahres-Kilometer unterscheidet sich der Ausschreibungstext (Los 2 zumindest 250.000 km und Los 3 zumindest 150.000 km).

Ein Bewerber stellte zu Punkt 10.3.3.2 der Teilnahmeunterlagen folgende Frage betreffend die Referenzen an die Auftraggeber (Beilage ./4 des Vergabeaktes): „Ist es richtig, dass für eine Teilnahme an allen drei Losen drei unterschiedliche Referenzprojekte beschrieben und bestätigt werden müssen?“

Die Auftraggeber haben diese Frage wie folgt beantwortet: „Ja; siehe dazu den ausdrücklichen Hinweis in Punkt 10.3.3.2.“

2.3. In den Ausschreibungsunterlagen im Dokument „Teilnahmeantrag“ (Stand 09.12.2019, Beilage ./3 des Vergabeaktes) wurde unter Punkt 9.2. „Nachweis für das Nicht-Vorliegen von Ausschlussgründen“ Folgendes festgelegt: „Der Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit hat insbesondere durch Vorlage folgender Unterlagen entweder im Teilnahmeantrag oder in der Nachreichung infolge einer Nachforderung (Punkt 2. Absatz 6) zu erfolgen. ...

...

Die Unbedenklichkeitsbescheinigung und Rückstandsbescheinigung gemäß litera c dürfen keine Rückstände aufweisen; sind darin dennoch Rückstände ausgewiesen, werden die Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung den Bewerber unter Fristsetzung von zumindest drei vollen Kalendertagen zum Nachweis nochmals gesondert auffordern, dass der Rückstand zwischenzeitig beglichen wurde.“

2.4. Die Antragsteller haben im Teilnahmeantrag für jedes der drei Lose dieselben zwei Referenzen vorgelegt. Eine Referenz betrifft die S-N AG, die andere die L V K R GmbH. Eine dritte Referenz wurde nicht vorgelegt. 2.4. Die Antragsteller haben im Teilnahmeantrag für jedes der drei Lose dieselben zwei Referenzen vorgelegt. Eine Referenz betrifft die S-N AG, die andere die L römisch fünf K R GmbH. Eine dritte Referenz wurde nicht vorgelegt.

Die Referenz der K R GmbH wurde von der V T GmbH ausgestellt und betrifft den Regional- und Stadtlinienverkehr im Bezirk L. Als Referenzjahre wurden die Jahre 2017 bis 2019 mit folgenden Jahres-Kilometerleistungen angeführt: 255.107 km im Jahr 2017 und jeweils 259.140 km in den Jahren 2018 und 2019. Dieses Auftragsverhältnis besteht seit dem Jahr 2003. Die Referenz der K R GmbH wurde von der römisch fünf T GmbH ausgestellt und betrifft den Regional- und Stadtlinienverkehr im Bezirk L. Als Referenzjahre wurden die Jahre 2017 bis 2019 mit folgenden Jahres-Kilometerleistungen angeführt: 255.107 km im Jahr 2017 und jeweils 259.140 km in den Jahren 2018 und 2019. Dieses Auftragsverhältnis besteht seit dem Jahr 2003.

Die Referenz der S N AG wurde von der A P B, Amt für Mobilität, ausgestellt und betrifft den öffentlichen Liniendienst im Überlandverkehr (vor allem im Raum S). Als Referenzjahre wurden die Jahre 2015 bis 2017 mit folgenden Jahres-Kilometerleistungen angeführt: 15.310.710 km im Jahr 2015, 15.636.803 km im Jahr 2016 und 14.537.933 km im Jahr

2017. Dieses Auftragsverhältnis besteht seit 2009.

Die Antragsteller haben mit dem Teilnahmeantrag einen Kontoauszug der Sozialversicherungsanstalt betreffend die L V K R GmbH vorgelegt. Auf diesem Kontoauszug scheint ein offener Betrag von 52,48 Euro auf. Die Antragsteller haben mit dem Teilnahmeantrag einen Kontoauszug der Sozialversicherungsanstalt betreffend die L römisch fünf K R GmbH vorgelegt. Auf diesem Kontoauszug scheint ein offener Betrag von 52,48 Euro auf.

2.5. Die Auftraggeber haben mit Schreiben vom 12.02.2020 ein Aufklärungsersuchen zum Teilnahmeantrag an die Antragsteller übermittelt. Dieses Aufklärungsersuchen lautet auszugsweise wie folgt:

„...; mit dem vorliegenden Aufklärungsersuchen wird Ihre Bietergemeinschaft aufgefordert, diese Unklarheiten vollständig auszuräumen:

...

2. Gemäß Punkt 9.2 litera c der Teilnahmeunterlagen hat der Bewerber bzw die Bewerbergemeinschaft mit dem Teilnahmeantrag zum Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit unter anderem einen letztgültigen Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt vorzulegen; dieser Nachweis muss aktuell sein und darf daher maximal aus dem Vormonat des Endes der Teilnahmefrist datieren. Dieser Nachweis darf keinen Rückstand aufweisen.

Mit dem Teilnahmeantrag wurde für die L V K R GmbH als Mitglied der Bewerbergemeinschaft zwar ein letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt vorgelegt. Dieser Kontoauszug hat aber einen Rückstand von EUR 52,48 ausgewiesen. Vor diesem Hintergrund ersuchen wir gemäß Punkt 2.2 Absatz 6 der Teilnahmeunterlagen um Nachreichung dieses Nachweises; das oben angegebene Alter des Nachweises ist dabei jedenfalls zu berücksichtigen. Mit dem Teilnahmeantrag wurde für die L römisch fünf K R GmbH als Mitglied der Bewerbergemeinschaft zwar ein letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt vorgelegt. Dieser Kontoauszug hat aber einen Rückstand von EUR 52,48 ausgewiesen. Vor diesem Hintergrund ersuchen wir gemäß Punkt 2.2 Absatz 6 der Teilnahmeunterlagen um Nachreichung dieses Nachweises; das oben angegebene Alter des Nachweises ist dabei jedenfalls zu berücksichtigen.

...

Im Namen der vergebenden Stellen ersuchen wir, die oben angeforderten Nachweise vollständig bis längstens 17.02.2020, 12:00 Uhr (Einlangen), auf der Vergabeplattform der Auftraggeber nachzureichen. ...“

Das Aufklärungsschreiben der Antragsteller langte fristgerecht (17.02.2020, vor 12:00 Uhr) auf der Vergabeplattform der Auftraggeber ein. In diesem Schreiben wurde hinsichtlich des Kontoauszuges der Sozialversicherungsanstalt Folgendes ausgeführt:

„...“

Kontoauszug der Sozialversicherungsanstalt

Es wird die WEBEKU Kontoinformation für den Zeitraum 31.12.2018 bis 12.12.2020 beigelegt. Daraus geht hervor, dass am Stichtag 24.01.2020 auch der Restbetrag von 52,48 € saldiert und somit keine Restschuld gegenüber der Sozialversicherungsanstalt bestand. Die Zahlung des derzeit offenen Betrages von 17.588,92 € ist am 17.02.2020 fällig und wird heute überwiesen.

...“

Diesem Schreiben wurde unter anderem die WEBEKU Kontoinformation als Beilage angeschlossen. Aus dieser Beilage ergibt sich, dass der offene Betrag von 52,48 EUR am 24.01.2020 beglichen wurde und am 17.02.2020 ein Betrag von 17.588,92 EUR offen aushaftete. Die Überweisung dieses offenen Betrages erfolgte am 17.02.2020. Der Betrag wurde dem Konto der Sozialversicherungsanstalt am 19.02.2020 gutgeschrieben.

Die Antragsteller haben den Nachweis, dass auch dieser offene Betrag bezahlt wurde, dem Gericht und den Auftraggebern erst am Tag der mündlichen Verhandlung (29.04.2020) erbracht.

2.6. Mit Schreiben der Auftraggeber vom 21.02.2020, den Antragstellern über die Vergabeplattform am selben Tag zugestellt, wurde den Antragstellern mitgeteilt, dass sie nicht zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen werden. Als Gründe für die Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe wurde einerseits der Umstand, dass nur zwei

Referenzen für drei Lose vorgelegt wurden, und andererseits der Rückstand von über 17.000 Euro am Sozialversicherungskonto zum 17.02.2020 angeführt.

Beweiswürdigung

3.1. Dieser Sachverhalt wird aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere aufgrund der Ausschreibungsunterlagen zum Teilnahmeantrag (inklusive Beilagen), des Teilnahmeantrags der Antragsteller (inklusive Beilagen), dem Aufklärungsersuchen der Auftraggeber vom 12.02.2020, dem Aufklärungsschreiben der Antragsteller vom 17.02.2020, der Beweisergebnisse der mündlichen Verhandlung, insbesondere der Einvernahme des Geschäftsführers der Antragsteller und des vorgelegten Kontoauszugs über die Bezahlung der offenen Sozialversicherungsbeiträge, als erwiesen angenommen. Der Sachverhalt ist im Wesentlichen unstrittig. Die auszugsweise zitierten Ausschreibungsunterlagen zum Teilnahmeantrag wurden wörtlich aus diesen Unterlagen übernommen.

3.2. Die Feststellungen zu den Punkten 2.1. bis 2.3. ergeben sich einerseits aus der Bekanntmachung und andererseits aus den Ausschreibungsunterlagen zum Teilnahmeantrag. Die Feststellungen zu den Punkten 2.4. und 2.5. ergeben sich aus den dort angeführten Punkten der Ausschreibungsunterlagen zum Teilnahmeantrag und dem Teilnahmeantrag der Antragsteller. Die Feststellungen zu den vorgelegten zwei Referenzen konnten den Beilagen zum Teilnahmeantrag der Antragsteller entnommen werden. Die Feststellungen zu den offenen Sozialversicherungsbeiträgen konnten der WEBEKU Kontoinformation betreffend die L V K R GmbH entnommen werden. Über Aufforderung des Gerichtes wurde vom Geschäftsführer der L V K R GmbH unmittelbar nach der mündlichen Verhandlung ein Überweisungsbeleg und eine WEBEKU Kontoinformation vorgelegt. Daraus kann entnommen werden, dass der offene Betrag von über 17.000 Euro am 17.02.2020 vom Konto der Auftraggeber überwiesen und am 19.02.2020 auf dem Konto der Sozialversicherung gutgeschrieben wurde. 3.2. Die Feststellungen zu den Punkten 2.1. bis 2.3. ergeben sich einerseits aus der Bekanntmachung und andererseits aus den Ausschreibungsunterlagen zum Teilnahmeantrag. Die Feststellungen zu den Punkten 2.4. und 2.5. ergeben sich aus den dort angeführten Punkten der Ausschreibungsunterlagen zum Teilnahmeantrag und dem Teilnahmeantrag der Antragsteller. Die Feststellungen zu den vorgelegten zwei Referenzen konnten den Beilagen zum Teilnahmeantrag der Antragsteller entnommen werden. Die Feststellungen zu den offenen Sozialversicherungsbeiträgen konnten der WEBEKU Kontoinformation betreffend die L römisch fünf K R GmbH entnommen werden. Über Aufforderung des Gerichtes wurde vom Geschäftsführer der L römisch fünf K R GmbH unmittelbar nach der mündlichen Verhandlung ein Überweisungsbeleg und eine WEBEKU Kontoinformation vorgelegt. Daraus kann entnommen werden, dass der offene Betrag von über 17.000 Euro am 17.02.2020 vom Konto der Auftraggeber überwiesen und am 19.02.2020 auf dem Konto der Sozialversicherung gutgeschrieben wurde.

Rechtliche Grundlagen

4.1. Das Gesetz über die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen (Vergabenachprüfungsgesetz), LGBl Nr 1/2003, idF LGBl Nr 33/2019, lautet auszugsweise (ohne Hervorhebungen) wie folgt: 4.1. Das Gesetz über die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen (Vergabenachprüfungsgesetz), Landesgesetzblatt Nr 1 aus 2003,, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr 33 aus 2019,, lautet auszugsweise (ohne Hervorhebungen) wie folgt:

„§ 1

Geltungsbereich und Zuständigkeiten

(1) Entscheidungen eines Auftraggebers in einem Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2018, dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012, das gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fällt, unterliegen der Nachprüfung durch das Landesverwaltungsgericht. (1) Entscheidungen eines Auftraggebers in einem Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2018, dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012, das gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fällt, unterliegen der Nachprüfung durch das Landesverwaltungsgericht.

(2) In Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch Senat.

§ 3 Paragraph 3

Antragslegitimation

Ein Unternehmer kann nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er

- a) ein Interesse an einem dem Bundesvergabegesetz 2018, dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 unterliegenden Vertrag hat oder hatte, und
- b) durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden erleidet oder zu erleiden droht.

§ 12 Paragraph 12

Entscheidung vor dem Zuschlag oder Widerruf

(1) Bis zum Zuschlag oder Widerruf ist das Landesverwaltungsgericht zuständig

...

b) Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären; ...“

4.2. Folgende Bestimmungen des Bundesvergabegesetz 2018, BGBl I Nr 65/2018, idF BGBl I Nr 100/2018, sind für das gegenständliche Verfahren (ohne Hervorhebungen) maßgeblich: 4.2. Folgende Bestimmungen des Bundesvergabegesetz 2018, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2018,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 100 aus 2018,, sind für das gegenständliche Verfahren (ohne Hervorhebungen) maßgeblich:

„Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 193. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 193, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

...

Gesamt- oder Losvergabe

§ 201. (1) Die Leistungen eines Vorhabens können gemeinsam oder getrennt vergeben werden (Gesamt- oder Losvergabe). Eine getrennte Vergabe in Losen kann in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Gewerbe oder Fachrichtungen erfolgen. Für die Gesamt- oder Losvergabe sind wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte, wie zB die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung, maßgebend. Paragraph 201, (1) Die Leistungen eines Vorhabens können gemeinsam oder getrennt vergeben werden (Gesamt- oder Losvergabe). Eine getrennte Vergabe in Losen kann in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Gewerbe oder Fachrichtungen erfolgen. Für die Gesamt- oder Losvergabe sind wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte, wie zB die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung, maßgebend.

(2) Ein Zuschlag in Teilen einer ausgeschriebenen Gesamtleistung ist ebenso wie ein bloßer Vorbehalt einer allfälligen Losvergabe unzulässig. Soll die Möglichkeit für eine Vergabe in Losen gewahrt bleiben, sind sowohl die Gesamtleistung als auch die allenfalls getrennt zur Vergabe gelangenden Lose auszuschreiben.

(3) Erfolgt eine Losvergabe, hat der Sektorenauftraggeber

1. die Ausschreibung so zu gestalten, dass der Bieter Lospreise bilden kann, und

2. in der Bekanntmachung, in der Aufforderung zur Interessensbestätigung oder – im Fall der Bekanntmachung im Wege einer Bekanntmachung über das Bestehen eines Prüfsystems – in der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme am Dialog anzugeben, ob Angebote nur für ein Los, für mehrere Lose oder für alle Lose abgegeben werden können sowie eine etwaige Höchstzahl der Lose, für die ein einzelner Bieter den Zuschlag erhalten kann.

(4) Der Sektorenauftraggeber hat für den Fall, dass die Anwendung der Zuschlagskriterien dazu führen würde, dass ein

einzelner Bieter den Zuschlag für eine größere Zahl von Losen als die gemäß Abs. 3 Z 2 festgelegte Höchstzahl erhalten würde, in den Ausschreibungsunterlagen objektive und nicht diskriminierende Kriterien oder Regeln für die Losvergabe festzulegen.(4) Der Sektorenauftraggeber hat für den Fall, dass die Anwendung der Zuschlagskriterien dazu führen würde, dass ein einzelner Bieter den Zuschlag für eine größere Zahl von Losen als die gemäß Absatz 3, Ziffer 2, festgelegte Höchstzahl erhalten würde, in den Ausschreibungsunterlagen objektive und nicht diskriminierende Kriterien oder Regeln für die Losvergabe festzulegen.

(5) Erfolgt eine Losvergabe, kann der Sektorenauftraggeber Aufträge über mehrere oder alle Lose aufgrund einer gesamthaften Bewertung an einen Bieter vergeben, wenn er sich in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung diese Möglichkeit vorbehalten hat, er die Lose oder Losgruppen angegeben hat, die kombiniert werden können, und die gemeinsame Vergabe der Lose wirtschaftlich günstiger als eine getrennte Vergabe der Lose ist.

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 250. Unbeschadet des § 194 Abs. 1 muss die Eignung spätestensParagraph 250, Unbeschadet des Paragraph 194, Absatz eins, muss die Eignung spätestens

...

4. beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, beim wettbewerblichen Dialog und bei der Innovationspartnerschaft grundsätzlich zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist,

...

9. bei der Rahmenvereinbarung zum jeweils relevanten Zeitpunkt gemäß der gewählten Verfahrensart zum Abschluss der Rahmenvereinbarung gemäß Z 1 bis 5 sowie zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung,9. bei der Rahmenvereinbarung zum jeweils relevanten Zeitpunkt gemäß der gewählten Verfahrensart zum Abschluss der Rahmenvereinbarung gemäß Ziffer eins bis 5 sowie zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung,

...

vorliegen.“

4.3. Folgende Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG),BGBl Nr 189/1955, idFBGBl I Nr 8/2019, sind für das gegenständliche Verfahren (ohne Hervorhebungen) maßgeblich4.3. Folgende Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), Bundesgesetzblatt Nr 189 aus 1955,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 8 aus 2019,, sind für das gegenständliche Verfahren (ohne Hervorhebungen) maßgeblich:

Fälligkeit und Einzahlung der Beiträge; Beitragsvorauszahlung

§ 58. (1) Die allgemeinen Beiträge sind am letzten Tag des Kalendermonates fällig, in den das Ende des Beitragszeitraumes fällt, sofern die Beiträge nicht gemäß Abs. 4 vom Träger der Krankenversicherung dem Beitragsschuldner vorgeschrieben werden. Die gemäß Abs. 4 vorgeschriebenen Beiträge sind mit Ablauf des zweiten Werktages nach der Aufgabe der Beitragsvorschrift zur Post bzw. mit dem Zeitpunkt der Zustellung durch Organe des Trägers der Krankenversicherung fällig. Die Fälligkeit der Sonderbeiträge wird durch die Satzung des Versicherungsträgers geregelt.Paragraph 58, (1) Die allgemeinen Beiträge sind am letzten Tag des Kalendermonates fällig, in den das Ende des Beitragszeitraumes fällt, sofern die Beiträge nicht gemäß Absatz 4, vom Träger der Krankenversicherung dem Beitragsschuldner vorgeschrieben werden. Die gemäß Absatz 4, vorgeschriebenen Beiträge sind mit Ablauf des zweiten Werktages nach der Aufgabe der Beitragsvorschrift zur Post bzw. mit dem Zeitpunkt der Zustellung durch Organe des Trägers der Krankenversicherung fällig. Die Fälligkeit der Sonderbeiträge wird durch die Satzung des Versicherungsträgers geregelt.

...

Verzugszinsen

§ 59. (1) Werden Beiträge nicht innerhalb von 15 TagerParagraph 59, (1) Werden Beiträge nicht innerhalb von 15 Tagen

1. nach der Fälligkeit,

2. in den Fällen des § 4 Abs. 4 nach dem Ende des Monats, in dem der Dienstgeber Entgelt leistet2. in den Fällen des

Paragraph 4, Absatz 4, nach dem Ende des Monats, in dem der Dienstgeber Entgelt leistet,

eingezahlt, so sind von diesen rückständigen Beiträgen, wenn nicht gemäß § 113 Abs. 1 ein Beitragszuschlag oder gemäß § 114 Abs. 1 ein Säumniszuschlag vorgeschrieben wird, Verzugszinsen in einem Hundertsatz der rückständigen Beiträge zu entrichten. Erfolgt die Einzahlung zwar verspätet, aber noch innerhalb von drei Tagen nach Ablauf der 15-Tage-Frist, so bleibt diese Verspätung ohne Rechtsfolgen. Der Hundertsatz berechnet sich jeweils für ein Kalenderjahr aus dem Basiszinssatz (Art. I § 1 Abs. 1 des 1. Euro-Justiz-Begleitgesetzes, BGBl. I Nr. 125/1998) zuzüglich vier Prozentpunkten; dabei ist der Basiszinssatz, der am 31. Oktober eines Kalenderjahres gilt, für das nächste Kalenderjahr maßgebend. Für rückständige Beiträge aus Beitragszeiträumen, die vor dem Zeitpunkt einer Änderung dieses Hundertsatzes liegen, sind die Verzugszinsen, soweit sie zu diesem Zeitpunkt nicht bereits vorgeschrieben sind, mit dem jeweils geänderten Hundertsatz zu berechnen. § 108 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, gilt entsprechend. Für die Berechnung der Verzugszinsen können die rückständigen Beiträge auf den vollen Eurobetrag abgerundet werden. eingezahlt, so sind von diesen rückständigen Beiträgen, wenn nicht gemäß Paragraph 113, Absatz eins, ein Beitragszuschlag oder gemäß Paragraph 114, Absatz eins, ein Säumniszuschlag vorgeschrieben wird, Verzugszinsen in einem Hundertsatz der rückständigen Beiträge zu entrichten. Erfolgt die Einzahlung zwar verspätet, aber noch innerhalb von drei Tagen nach Ablauf der 15-Tage-Frist, so bleibt diese Verspätung ohne Rechtsfolgen. Der Hundertsatz berechnet sich jeweils für ein Kalenderjahr aus dem Basiszinssatz (Artikel römisch eins, Paragraph eins, Absatz eins, des 1. Euro-Justiz-Begleitgesetzes, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 125 aus 1998,) zuzüglich vier Prozentpunkten; dabei ist der Basiszinssatz, der am 31. Oktober eines Kalenderjahres gilt, für das nächste Kalenderjahr maßgebend. Für rückständige Beiträge aus Beitragszeiträumen, die vor dem Zeitpunkt einer Änderung dieses Hundertsatzes liegen, sind die Verzugszinsen, soweit sie zu diesem Zeitpunkt nicht bereits vorgeschrieben sind, mit dem jeweils geänderten Hundertsatz zu berechnen. Paragraph 108, Absatz 3, der Bundesabgabenordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, gilt entsprechend. Für die Berechnung der Verzugszinsen können die rückständigen Beiträge auf den vollen Eurobetrag abgerundet werden.

(2) Der zur Entgegennahme der Zahlung berufene Versicherungsträger kann die Verzugszinsen herabsetzen oder nachsehen, wenn durch ihre Einhebung in voller Höhe die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beitragsschuldners gefährdet wären. Die Verzugszinsen können überdies nachgesehen werden, wenn es sich um einen kurzfristigen Zahlungsverzug handelt und der Beitragsschuldner ansonsten regelmäßig seine Beitragspflicht erfüllt hat.

(3) Der im Abs. 1 vorgesehene Zeitraum von 15 Tagen beginnt in den Fällen, in denen die Beiträge vom Träger der Krankenversicherung nach § 58 Abs. 4 oder § 68a Abs. 1 dem Beitragsschuldner vorgeschrieben werden, erst mit Ablauf des zweiten Werktages nach Aufgabe der Beitragsvorschreibung (sie gilt als Zahlungsaufforderung) zur Post; wird die Beitragsvorschreibung durch Organe des Trägers der Krankenversicherung zugestellt, so beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt der Zustellung.(3) Der im Absatz eins, vorgesehene Zeitraum von 15 Tagen beginnt in den Fällen, in denen die Beiträge vom Träger der Krankenversicherung nach Paragraph 58, Absatz 4, oder Paragraph 68 a, Absatz eins, dem Beitragsschuldner vorgeschrieben werden, erst mit Ablauf des zweiten Werktages nach Aufgabe der Beitragsvorschreibung (sie gilt als Zahlungsaufforderung) zur Post; wird die Beitragsvorschreibung durch Organe des Trägers der Krankenversicherung zugestellt, so beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt der Zustellung.

...“

Zuständigkeit und Zulässigkeit

5.1. Die V V GmbH – 100 % Eigentümerin dieser Gesellschaft ist das L V – und die Gemeinde L sowie der G Ö K sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 4 Abs 1 Z 1 Bundesvergabegesetz 2018 (BVerGG 2018).5.1. Die römisch fünf römisch fünf GmbH – 100 % Eigentümerin dieser Gesellschaft ist das L römisch fünf – und die Gemeinde L sowie der G Ö K sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2018 (BVerGG 2018).

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

Das Landesverwaltungsgericht ist daher für die Behandlung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages sachlich und örtlich zuständig.

Der gegenständliche Auftrag ist ein Auftrag, der in einem zweistufigen Verhandlungsverfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt deutlich im Oberschwellenbereich. Das Landesverwaltungsgericht entscheidet daher durch Senat.

5.2. Gemäß § 3 Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er

a) ein Interesse an einem dem Bundesvergabegesetz 2018, dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 unterliegenden Vertrag hat oder hatte, und

b) durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden erleidet oder zu erleiden droht.

Die Antragsteller haben glaubhaft gemacht, dass sie ein Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrages haben und durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden zu erleiden drohen. Sie sind daher antragslegitimiert.

5.3. Die angefochtene Entscheidung wurde den Antragstellern am 21.02.2020 elektronisch mitgeteilt. Diese Entscheidung musste binnen 10 Tagen, also bis zum 02.03.2020, bekämpft werden (vgl § 7 Abs 1 lit a Vergabenachprüfungsgesetz). Der Nichtigerklärungsantrag wurde am 28.02.2020 eingebracht und ist somit rechtzeitig.

5.3. Die angefochtene Entscheidung wurde den Antragstellern am 21.02.2020 elektronisch mitgeteilt. Diese Entscheidung musste binnen 10 Tagen, also bis zum 02.03.2020, bekämpft werden vergleiche Paragraph 7, Absatz eins, Litera a, Vergabenachprüfungsgesetz). Der Nichtigerklärungsantrag wurde am 28.02.2020 eingebracht und ist somit rechtzeitig.

Da auch sonst keine Unzulässigkeitsgründe vorliegen, ist der Nachprüfungsantrag zulässig.

Rechtliche Beurteilung

6.1. Unzureichende Anzahl von Referenzen

6.1.1. Vorweg ist festzuhalten, dass die Teilnahmeunterlagen nicht angefochten wurden und daher bestandsfest sind. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065).

Es ist von einer strengen Bindung an die Teilnahmeunterlagen auszugehen (BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls würde ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen (EuGH 22.06.1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 37).

Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (s dazu ua VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030). Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an (VwGH 29.03.2006, 2004/04/0144).

In den Teilnahmeunterlagen wurde festgelegt, dass ein Bieter für jedes Los, für das er einen Teilnahmeantrag abgibt, eine Referenz vorzulegen hat. In den Ausschreibungsunterlagen zum Teilnahmeantrag wird dafür ein Beispiel angeführt, aus dem sich eindeutig ergibt, dass, wenn ein Teilnahmeantrag für drei Lose abgegeben wird, drei unterschiedliche Referenzen abzugeben sind. Darüber hinaus wurde auch in der Fragebeantwortung nochmals darauf hingewiesen.

Bei objektiver Auslegung der Ausschreibungsunterlagen zum Teilnahmeantrag ergibt sich, dass je Los eine Referenz vorzulegen ist und bei drei Losen drei unterschiedliche Referenzen vorzulegen sind. Dies wurde auch in der Fragebeantwortung (Frage 2) nochmals eindeutig zum Ausdruck gebracht.

Aus dem Teilnahmeantrag der Antragsteller ergibt sich, dass diese am Vergabeverfahren an allen drei Losen teilnehmen wollen.

Die Antragsteller hätten daher drei Referenzprojekte anführen müssen und die dafür vorgesehenen Formulare ausfüllen müssen. Stattdessen haben sie in ihrem Teilnahmeantrag lediglich zwei Referenzprojekte angeführt. Der Teilnahmeantrag widerspricht aus diesem Grund den Ausschreibungsunterlagen zum Teilnahmeantrag.

Aus dem Teilnahmeantrag ergibt sich auch nicht, welche Referenz für welches Los herangezogen werden soll, da beide Referenzen für alle drei Lose vorgelegt wurden.

Die Referenzen dienen als Nachweis dafür, dass der Bewerber die technische Leistungsfähigkeit besitzt, um die in den einzelnen Losen geforderte Leistung zu erbringen. Außerdem werden die Referenzen als Auswahlkriterium bei der Auswahl jener Bewerber herangezogen, die für das jeweilige Los ein Angebot legen sollen (vgl. Punkte 10.3.3.1., 11 und 12 des Teilnahmeantrags). Die Referenzen dienen als Nachweis dafür, dass der Bewerber die technische Leistungsfähigkeit besitzt, um die in den einzelnen Losen geforderte Leistung zu erbringen. Außerdem werden die Referenzen als Auswahlkriterium bei der Auswahl jener Bewerber herangezogen, die für das jeweilige Los ein Angebot legen sollen (vergleiche Punkte 10.3.3.1., 11 und 12 des Teilnahmeantrags).

Es ist daher erforderlich, die angegebenen Referenzen den jeweiligen Losen zuzuordnen. Andernfalls könnte nicht überprüft werden, ob ein Bewerber jene Leistungsfähigkeit besitzt, die für das jeweilige Los erforderlich ist. Auch wäre nicht klar, welche Referenz bei der Auswahlprüfung als Auswahlkriterium herangezogen werden soll.

Aus dem Teilnahmeantrag der Antragsteller ergibt sich nicht, welchen Losen die beiden Referenzen zugeordnet sind. Mangels der geforderten drei Referenzen für die Teilnahme an drei Losen konnte die technische Leistungsfähigkeit vom Auftraggeber nicht geprüft werden. Der Teilnahmeantrag entspricht damit nicht den Teilnahmeunterlagen und wurde zu Recht nicht zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen.

6.1.2. Zum Vorbringen der Antragsteller zu diesem Nicht-Zulassungsgrund wird Folgendes ausgeführt:

Die Antragsteller bringen vor, dass sie die Vorgaben der Ausschreibung (iS ihres Empfängerhorizonts berechtigt nach §§ 914, 915 ABGB) so verstanden hätten, dass diese Referenzen (also diese km-Vorgaben der Referenz) innerhalb des (absoluten) Referenzzeitraumes von fünf Jahren erbracht worden sein müssten (mit Beginn 14.12.2014), aber auch beispielsweise in einem Jahr alleine erbracht werden könnten. Die Antragsteller hätten daher zwei Referenzen beigelegt, eine für jedes Mitglied der Bietergemeinschaft, wobei jede dreimal ausgestellt worden sei, also für jedes Los gesondert. Da sie mit jeder einzelnen Referenz pro angegebenen Jahr bereits der Summe aller drei Referenzforderungen entsprechen hätte können, seien sie zu Recht überzeugt gewesen, dass man dieselbe Referenz (unterteilt in jeweils ein Jahr und damit bei Berücksichtigung pro Jahr) für alle drei Lose abgeben könne. Mit den vorgelegten Referenznachweisen sei die technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen worden (in 62-facher Weise). Die Antragsteller bringen vor, dass sie die Vorgaben der Ausschreibung (iS ihres Empfängerhorizonts berechtigt nach Paragraphen 914, 915, ABGB) so verstanden hätten, dass diese Referenzen (also diese km-Vorgaben der Referenz) innerhalb des (absoluten) Referenzzeitraumes von fünf Jahren erbracht worden sein müssten (mit Beginn 14.12.2014), aber auch beispielsweise in einem Jahr alleine erbracht werden könnten. Die Antragsteller hätten daher zwei Referenzen beigelegt, eine für jedes Mitglied der Bietergemeinschaft, wobei jede dreimal ausgestellt worden sei, also für jedes Los gesondert. Da sie mit jeder einzelnen Referenz pro angegebenen Jahr bereits der Summe aller drei Referenzforderungen entsprechen hätte können, seien sie zu Recht überzeugt gewesen, dass man dieselbe Referenz (unterteilt in jeweils ein Jahr und damit bei Berücksichtigung pro Jahr) für alle drei Lose abgeben könne. Mit den vorgelegten Referenznachweisen sei die technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen worden (in 62-facher Weise).

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Ausschreibungsunterlagen keinen Spielraum für eine derartige Auslegung zulassen. Insbesondere durch die Beispiele wurde eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass für jedes Los eine unterschiedliche Referenz vorzulegen ist. Es mag zwar sein, dass die Antragsteller bereits durch eine einzige Referenz die summierten geforderten Mindest-Jahreskilometer aller drei Lose erfüllen. Dies ändert nichts daran, dass in den Teilnahmeunterlagen für jedes Los eine gesonderte Referenz verlangt wurde.

Außerdem gehen die Antragsteller davon aus, dass sie zumindest für zwei Lose für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens hätten zugelassen werden müssen, da zwei Referenzen vorgelegt worden seien. Es werde auf Punkt 1.3.3 der Ausschreibungsunterlagen verwiesen („... Jeder Bieter wird grundsätzlich nur mit höchstens zwei Losen beauftragt. ...“). Der Umstand, dass die Auftraggeber für diesen Fall keinen Auswahlmodus in den Ausschreibungsunterlagen getroffen hätten, gehe zu deren Lasten, mit der Konsequenz, dass die Antragsteller entweder zB im Kaskadensystem 1-2-3 zuzulassen seien oder die Ausschreibung zu widerrufen sei.

Die Antragsteller haben einen Teilnahmeantrag vorgelegt, der nicht den Ausschreibungsunterlagen entspricht (s. Punkt 6.1.1.). Würde man es dem Auftraggeber überlassen, die Referenzen einem bestimmten Los zuzuordnen, dann wäre die Gleichbehandlung der Bewerber gefährdet. Nach Einlangen der Teilnahmeanträge hat der Auftraggeber Kenntnis

über deren Inhalt. Durch die Zuordnung der Referenzen zu bestimmten Losen hätte es der Auftraggeber in der Hand, die Chance der Antragsteller, zur Angebotslegung ausgewählt zu werden und den Auftrag zu erhalten, entscheidend zu beeinflussen.

Es obliegt stets dem Teilnehmer (Bewerber), klar und deutlich anzuführen, für welches Los sein Teilnahmeantrag gilt. Die von den Antragstellern verursachte Unklarheit (Vorlage von zwei Referenzen für alle drei Lose) kann nicht zu Lasten der Auftraggeber gehen.

Weiters gehen die Antragsteller davon aus, dass die Auftraggeber bei Zweifeln über die Leistungsfähigkeit auch verpflichtet gewesen wären, gegebenenfalls weitere Eignungsnachweise (Referenzen) einzufordern, was nicht erfolgt sei.

Der EuGH hat mit der Rs Archus und Gama (EuGH 11.05.2017, C-131/16) seine bisherige Linie bekräftigt, wonach ein Aufklärungsersuchen nicht darauf hinauslaufen darf, dass einer der betroffenen Bieter in Wirklichkeit ein neues Angebot einreicht. Es dürfen also nicht nur Angebote auf Grund eines Aufklärungsersuchens nicht geändert werden, sondern es muss auch ausgeschlossen werden, dass der Bieter seinem Angebot durch seine Aufklärung möglicherweise einen Inhalt beilegt, den das Angebot nicht hatte. Für eine Aufklärung bleiben daher, grob gesprochen, insbesondere solche Unklarheiten, die aus dem Angebot selbst aufgeklärt werden können.

Wäre hinsichtlich der Referenzen ein Aufklärungsersuchen erfolgt, hätten die Antragsteller ihren Teilnahmeantrag im Nachhinein abändern müssen, um einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag zu stellen, indem sie die vorgelegten Referenzen bestimmten Losen zugewiesen und allenfalls eine weitere Referenz vorgelegt hätten. Dadurch hätten die Antragsteller einen Wettbewerbsvorteil: Sie hätten erst nach Ablauf der Teilnahmefrist eine Entscheidung darüber treffen müssen, welche Referenz für welches Los gilt, oder allenfalls eine weitere neue Referenz vorlegen können. Aus diesen Gründen erfolgte zurecht hinsichtlich der Referenzen kein Aufklärungsersuchen.

6.2. Rückstand bei der zuständigen Sozialversicherung

Bei Abgabe des Teilnahmeantrages haftete auf dem Konto der Antragsteller ein offener Sozialversicherungsbeitrag idHv 52,48 Euro offen aus. Deshalb wurden sie im Aufklärungsschreiben ersucht nachzuweisen, dass kein Rückstand mehr bei der Sozialversicherung bestehe. Im Aufklärungsschreiben vom 17.02.2020 wiesen die Antragsteller nach, dass dieser Rückstand beglichen wurde. Aus den vorgelegten Unterlagen ergab sich jedoch ein neuer offener Betrag von über 17.000 Euro. Hierzu teilten die Antragsteller mit, dass dieser noch am selben Tag beglichen werde. Der Nachweis, dass dieser Betrag tatsächlich am 17.02.2020 zur Anweisung gebracht wurde, wurde von den Antragstellern erst unmittelbar nach der mündlichen Verhandlung über Auftrag des Gerichtes erbracht. Der offene Betrag wurde auf dem Konto der Sozialversicherungsanstalt erst am 19.02.2020 gutgeschrieben.

Die Antragsteller gehen davon aus, dass der maßgebliche Zeitpunkt für den Rückstand jener Tag ist, an dem die Teilnahmefrist endet (24.01.2020). Der Betrag von über 17.000 Euro sei erst am 17.02.2020 fällig geworden, da der 15.02.2020 ein Samstag gewesen sei.

Ein Verstoß bei der Entrichtung von Sozialbeiträgen, der zum Zeitpunkt der Teilnahme an einer Ausschreibung vorlag, kann als Ausschlussgrund angesehen werden, obwohl die Beiträge vor der Vergabe entrichtet wurden (EuGH 10.11.2016, C-199/15, Cicalat).

Auch der nur kurzfristige Wegfall der Eignung (hier erhöhtes KSV-Rating für einen Zeitraum von rund zwei Wochen) ist schädlich (VwGH 17.06.2014, 2013/04/0033).

Die Eignung darf nach den in § 69 BVergG 2006 genannten Zeitpunkten nicht mehr verloren gehen (VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; VwGH 17.06.2014, 2013/04/0033), unabhängig davon, ob die Eignung zu einem späteren Zeitpunkt – vor der Zuschlagserteilung – wiederauflebt. (VwGH 09.09.2015, Ro 2014/04/0062). Die Eignung darf nach den in Paragraph 69, BVergG 2006 genannten Zeitpunkten nicht mehr verloren gehen (VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; VwGH 17.06.2014, 2013/04/0033), unabhängig davon, ob die Eignung zu einem späteren Zeitpunkt – vor der Zuschlagserteilung – wiederauflebt. (VwGH 09.09.2015, Ro 2014/04/0062).

Das ASVG unterscheidet zwischen dem Tag der Fälligkeit (§ 58) der Beiträge für den Beitragszeitraum (im Normalfall der Beitragsmonat) und dem Tag, an dem die Beiträge spätestens eingezahlt werden müssen (§ 59) (AB 286 BlgNR 20. GP 3). Begrifflich ist damit klarzustellen: Ist die Zahlungsfrist verstrichen, spricht man nicht nur von fälligen, sondern auch

von rückständigen Beiträgen (Krejci/Marhold/Karl in Tomandl, SV-System, 1.2.4.1.4.6.A.). Das ASVG unterscheidet zwischen dem Tag der Fälligkeit (Paragraph 58,) der Beiträge für den Beitragszeitraum (im Normalfall der Beitragsmonat) und dem Tag, an dem die Beiträge spätestens eingezahlt werden müssen (Paragraph 59,) Ausschussbericht 286 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode 3). Begrifflich ist damit klarzustellen: Ist die Zahlungsfrist verstrichen, spricht man nicht nur von fälligen, sondern auch von rückständigen Beiträgen (Krejci/Marhold/Karl in Tomandl, SV-System, 1.2.4.1.4.6.A.).

Der Fälligkeitstermin folgt aus § 58 (s die Erl dort), rückständig sind die Beiträge erst nach Ablauf der daran anschließenden Zahlungsfrist von 15 Tagen gem § 59 Abs 1 (VwGH 519/61, VwSlg 5795 A = SVSlg 11.611). Der Fälligkeitstermin folgt aus Paragraph 58, (s die Erl dort), rückständig sind die Beiträge erst nach Ablauf der daran anschließenden Zahlungsfrist von 15 Tagen gem Paragraph 59, Absatz eins, (VwGH 519/61, VwSlg 5795 A = SVSlg 11.611).

Fällig waren die Sozialversicherungsabgaben für den Monat Jänner sohin mit 31.01.2020, wobei ein Rückstand erst nach 15 Tagen, sohin am 15.01.2020 eintrat. Da dieser Tag auf einen Samstag fiel, ging offenbar – aufgrund der Buchung der fälligen Summe – auch die Sozialversicherung davon aus, dass dieser Betrag erst mit 17.02.2020 zum Rückstand wird. Dies ergibt sich aus dem Sozialversicherungskonto der Antragsteller. Die Zahlung erfolgte zwar noch am 17.02.2020, langte jedoch erst am 19.02.2020 auf dem Konto der Sozialversicherung ein. Es bestand sohin für zumindest zwei Tage ein Rückstand von über 17.000 Euro.

Die Eignung eines Bieters muss, wie oben ausgeführt wurde, für die Dauer des gesamten Verfahrens vorliegen. Am 17.02.2020 bestand auf dem Sozialversicherungskonto der Antragsteller ein beträchtlicher Rückstand von über 17.000 Euro. Die Antragsteller haben bis zur mündlichen Verhandlung keinen Nachweis erbracht, ob dieser Betrag tatsächlich noch am 17.02.2020 überwiesen wurde (dieser Nachweis wurde erst über Aufforderung des Gerichtes erbracht). Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Zahlung bei der Sozialversicherungsanstalt erst zwei Tage später (19.02.2020) eingegangen ist, sohin für zumindest zwei Tage ein Rückstand an Sozialversicherungsabgaben bestand.

Die Antragsteller wurden daher auch aus diesem Grund zu Recht nicht zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen.

Ihr Nachprüfungsantrag war aus diesen Gründen als unbegründet abzuweisen.

Kostenentscheidung

7. Gemäß § 24 Abs 3 Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu ersetzen, wenn das Landesverwaltungsgericht die einstweilige Verfügung erlassen hat, der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren auch nur teilweise obsiegt und das Landesverwaltungsgericht nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. 7. Gemäß Paragraph 24, Absatz 3, Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu ersetzen, wenn das Landesverwaltungsgericht die einstweilige Verfügung erlassen hat, der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren auch nur teilweise obsiegt und das Landesverwaltungsgericht nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Gemäß § 24 Abs 4 Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Nachprüfungsantrag zu ersetzen, wenn der Antragsteller auch nur teilweise obsiegt und das Landesverwaltungsgericht nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Gemäß Paragraph 24, Absatz 4, Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Nachprüfungsantrag zu ersetzen, wenn der Antragsteller auch nur teilweise obsiegt und das Landesverwaltungsgericht nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Die Anträge der Antragsteller auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag waren abzuweisen, weil die Antragsteller im Nachprüfungsverfahren zur Gänze unterlegen sind.

Rechtsmittel

8. Die Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der

grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung 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.⁸ Die Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des 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.

Schlagworte

Vergaberecht, Referenzen, Auslegung Ausschreibungsunterlagen, Rückstände bei Sozialversicherung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGVO:2020:LVwG.314.1.2020.S1

Zuletzt aktualisiert am

19.04.2021

Quelle: Landesverwaltungsgericht Vorarlberg LVwg Vorarlberg, <http://www.lvwg-vorarlberg.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at