

TE Lvwg Erkenntnis 2014/11/7 LVwG-314-005/S1-2014

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.11.2014

Entscheidungsdatum

07.11.2014

Norm

BVergG 2006 §103 Abs3

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

Text

Im Namen der Republik!

Erkenntnis

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch seinen Senat 1 mit den Mitgliedern Dr. Herzog, Dr. Böhler und Mag. Pathy über den Antrag der G Z GmbH, W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. C F, W, auf Nichtigerklärung einer Vergabeentscheidung des Landes Vorarlberg betreffend das Vergabeverfahren "L XXX, Stadttunnel F, Planungsleistungen" zu Recht erkannt: Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch seinen Senat 1 mit den Mitgliedern Dr. Herzog, Dr. Böhler und Mag. Pathy über den Antrag der G Z GmbH, W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. C F, W, auf Nichtigerklärung einer Vergabeentscheidung des Landes Vorarlberg betreffend das Vergabeverfahren "L römisch 30, Stadttunnel F, Planungsleistungen" zu Recht erkannt:

Gemäß den §§ 3, 4 Abs 2 und 12 Abs 1 lit b und Abs 2 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme abgewiesen. Gemäß den Paragraphen 3, 4, Absatz 2 und 12 Absatz eins, Litera b und Absatz 2, des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme 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

1.1. In einem am 19.09.2014 beim Landesverwaltungsgericht eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem brachte er im Wesentlichen vor:

„6. Sachverhalt

6.1 Der Auftraggeber hat am 25.6.2014 eine betreffende Auftragsbekanntmachung versendet. Diese ist am 27.6.2014 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Zahl 2014/S 121-215634 veröffentlicht worden.

Beweis: - EU-weite Bekanntmachung 2014/S 121-215634 vom 25.6.2014, Beilage ./C;
- vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

6.2 Die Suche nach dem Zuschlagsempfänger erfolgt in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung, das im Oberschwellenbereich angesiedelt ist. Unter Punkt IV.1.2 der EU-weiten Bekanntmachung wird die geplante Zahl der Wirtschaftsteilnehmer, die zur Angebotsabgabe eingeladen werden, mit vier benannt. Punkt IV.3.4 der EU-Bekanntmachung ist als Ende der Teilnahmefrist der 4.8.2014, 11.00 Uhr, zu entnehmen. 6.2 Die Suche nach dem Zuschlagsempfänger erfolgt in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung, das im Oberschwellenbereich angesiedelt ist. Unter Punkt römisch vier.1.2 der EU-weiten Bekanntmachung wird die geplante Zahl der Wirtschaftsteilnehmer, die zur Angebotsabgabe eingeladen werden, mit vier benannt. Punkt römisch vier.3.4 der EU-Bekanntmachung ist als Ende der Teilnahmefrist der 4.8.2014, 11.00 Uhr, zu entnehmen.

Beweis: - EU-weite Bekanntmachung 2014/S 121-215634 vom 25.6.2014, Beilage ./C;
- vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

6.3 Punkt 9.2.3.1 der Teilnahmeunterlagen enthält eine etwas verwirrende Festlegung. Im Hinblick auf den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Bezugnahme auf einen Subunternehmer wird einerseits gefordert, dass „der Bieter durch Vorlage einer Patronatserklärung gemäß Beilage ./3 oder eines materiell gleichwertigen Nachweises belegen [muss], dass er im Falle der Auftragserteilung über die ihm beigestellte technische Leistungsfähigkeit verfügt“. Andererseits wird ausgeführt, dass die „Patronatserklärung [...] zwingend mit dem Angebot abzugeben [ist]“ (Hervorhebung durch Verfasser). Punkt 9.2.5 der Teilnahmeunterlagen legt fest, dass der Bewerber „verbindlich (bei sonstigem Vorliegen eines unbeheblichen Mangels, der zum sofortigen und zwingenden Ausschluss vom Vergabeverfahren führt) [...] sein für gegenständliches Vorhaben einzusetzendes Schlüsselpersonal anzugeben [hat].“ Unter anderem ist ein Projektleiter zu benennen, der zwingend über verhandlungssicheres Deutsch in Wort und Schrift, ein abgeschlossenes Universitäts- oder Fachhochschulstudium der Fachrichtung Bauingenieurwesen, weitreichende und vertiefte fachspezifische Kenntnisse der einschlägigen technischen Normen, Leitlinien und Vorschriften im Tunnelbau und weitreichende und vertiefte fachspezifische Kenntnisse des einschlägigen Vertragswesens zu verfügen hat. Gemäß Punkt 9.2.5.3 lit b der Teilnahmeunterlagen hat der Projektleiter unter anderem als Nachweis seiner weitreichenden und vertieften fachspezifischen Kenntnisse des einschlägigen Vertragswesens eine „Referenz seiner Tätigkeit als Projektleiter eines Infrastrukturprojektes, das die Erstellung des Bauvertrages nach ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2203-1 und A 2063 und das zugehörige Leistungsverzeichnis nach der ‚Standardisierte[n] Leistungsbeschreibung für Verkehrsinfrastruktur – Tunnel‘ (LB-TU) enthält“, vorzulegen. 6.3 Punkt 9.2.3.1 der Teilnahmeunterlagen enthält eine etwas verwirrende Festlegung. Im Hinblick auf den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Bezugnahme auf einen Subunternehmer wird einerseits gefordert, dass „der Bieter durch Vorlage einer Patronatserklärung gemäß Beilage ./3 oder eines materiell gleichwertigen Nachweises belegen [muss], dass er im Falle der Auftragserteilung über die ihm beigestellte technische Leistungsfähigkeit verfügt“. Andererseits wird ausgeführt, dass die „Patronatserklärung [...] zwingend mit dem Angebot abzugeben [ist]“ (Hervorhebung durch Verfasser). Punkt 9.2.5 der Teilnahmeunterlagen legt fest, dass der Bewerber „verbindlich (bei sonstigem Vorliegen eines unbeheblichen Mangels, der zum sofortigen und zwingenden Ausschluss vom Vergabeverfahren führt) [...] sein für gegenständliches Vorhaben einzusetzendes Schlüsselpersonal anzugeben [hat].“ Unter anderem ist ein Projektleiter zu benennen, der zwingend über verhandlungssicheres Deutsch in Wort und Schrift, ein abgeschlossenes Universitäts- oder Fachhochschulstudium der Fachrichtung Bauingenieurwesen, weitreichende und vertiefte fachspezifische Kenntnisse der einschlägigen technischen Normen, Leitlinien und Vorschriften im Tunnelbau und weitreichende und vertiefte fachspezifische Kenntnisse des einschlägigen Vertragswesens zu verfügen hat. Gemäß Punkt 9.2.5.3 Litera b, der Teilnahmeunterlagen hat der Projektleiter unter anderem als Nachweis seiner weitreichenden und vertieften fachspezifischen Kenntnisse des einschlägigen

Vertragswesens eine „Referenz seiner Tätigkeit als Projektleiter eines Infrastrukturprojektes, das die Erstellung des Bauvertrages nach ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2203-1 und A 2063 und das zugehörige Leistungsverzeichnis nach der ‚Standardisierte[n] Leistungsbeschreibung für Verkehrsinfrastruktur – Tunnel‘ (LB-TU) enthält“, vorzulegen.

Beweis: - Teilnahmeunterlagen, Beilage ./A;

- vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

6.4 Gemäß Punkt 2.3 der Teilnahmeunterlagen steht es dem Bewerber frei, „die in den Teilnahmeunterlagen geforderten Nachweise bereits mit Abgabe des Teilnahmeantrags vorzulegen oder lediglich eine Eigenerklärung [...] abzugeben. Eine allfällige Subunternehmer- und/oder Bewerbergemeinschafts-Erklärung, Ausbildungsnachweise des Schlüsselpersonals sowie die zur Eignungs- und Auswahlprüfung notwendigen Beilagen sind jedoch zwingend mit dem Teilnahmeantrag abzugeben.“ Anders als im zuvor angeführten Punkt 9.2.5 der Teilnahmeunterlagen wird jedoch an das Unterbleiben einer betreffenden Vorlage keine Ausschlussanktion geknüpft. Vielmehr wird ausgeführt, dass „jene Bewerber, die nach einer vorläufigen Prüfung durch den Auftraggeber zur Angebotsabgabe eingeladen werden und ihrem Teilnahmeantrag keine Nachweise beigelegt haben, [...] per Email aufgefordert [werden], alle in den Teilnahmeunterlagen geforderten Nachweise binnen festzulegender Frist (max. 3 Tage) nachzureichen.“ Punkt 7 der Teilnahmeunterlagen ist zu entnehmen, dass „die fehlende Bekanntgabe eines notwendigen Subunternehmers bei Angebotsabgabe, an welchen der Bieter Leistungen weiterzugeben beabsichtigt, [...] einen unbehebbarer Mangel dar[stellt] und [...] zum Ausscheiden des Teilnahmeantrags aus dem Vergabeverfahren [führt]“ (Hervorhebung durch Verfasser).

Beweis: - Teilnahmeunterlagen, Beilage ./A;

- vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

6.5 Die Antragstellerin hat rechtzeitig bis zum Ablauf der Teilnahmefrist einen Teilnahmeantrag abgegeben. Als Projektleiter ist DI K M benannt worden. In der ausgefüllten betreffenden Beilage ./12 wird unter der Rubrik „Funktion beim dzt. Dienstgeber“ „Projektleiter und Konsulent“ angegeben. Überdies ist dem Teilnahmeantrag ein umfassender Lebenslauf von DI M beigelegt worden, dem unter anderem zu entnehmen ist, dass dieser von 1974 bis laufend für die Antragstellerin tätig ist. Ausdrücklich wird dargelegt, dass DI M nunmehr als Projektleiter und Konsulent agiert. In der ausgefüllten Liste aller Subunternehmer (Beilage ./1) wird DI K M nicht als Subunternehmer ausgewiesen.

Beweis: - Teilnahmeantrag der Antragstellerin (auszugsweise), Beilage ./E;

- vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

6.6 DI K M ist 2013 als (angestellter) Geschäftsführer und Gesellschafter aus dem Unternehmen der Antragstellerin ausgeschieden. Er ist jedoch kontinuierlich und unverändert in das Unternehmen eingegliedert und als Projektleiter und Konsulent für die Antragstellerin tätig. Demzufolge ist bei seinem Ausscheiden als (angestellter) Geschäftsführer und Gesellschafter eine „Dauer-Subunternehmererklärung“ abgeschlossen worden. Diese Vereinbarung bezieht sich unter anderem auf „Projektleitungstätigkeiten für zukünftige Projekte“ und die „Mitarbeit bei diversen Akquisitionenprojekten“ und ist sowohl von DI K M als auch der aktuellen Geschäftsführung der Antragstellerin gefertigt.

Beweis: - Dauer-Subunternehmererklärung von DI M, Beilage ./F

- ZV DI K M, pA der ausgewiesenen Rechtsvertreterin.

6.7 Im Teilnahmeantrag der Antragstellerin wird für den benannten Projektleiter das Projekt „Ktunnel Baulos KAT 1“ als Personalreferenz ausgewiesen. Die betreffende Beilage ./14 ist von einem Vertreter des Referenzbeauftragten gefertigt. Dieser Vertreter des Referenzbeauftragten hat zudem die Umschreibung der Bauvertragserstellung nach ÖNORM B 2110 mit dem Hinweis „? B 2118“ versehen.

Beweis: - Teilnahmeantrag der Antragstellerin (auszugsweise), Beilage ./E;

- vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

6.8 Mit E-Mail vom 1.9.2014 ist die Antragstellerin vom Auftraggeber unter anderem zur Darlegung aufgefordert worden, „in welchem arbeitsrechtlichen Verhältnis (angestellt oder freier Mitarbeiter/Selbständiger) [...] Hr M zum Bewerber zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrags [steht]. Im Falle eines Angestelltenverhältnisses wird um

Übermittlung eines entsprechenden Nachweises (zB Anmeldung Sozialversicherung) gebeten.“ In einem E-Mail vom 3.9.2014 hat die Antragstellerin unter anderem wie folgt ausgeführt: „Kollege M trat 1974 in die G ein und war von 1993 bis März 2013 Geschäftsführer des Unternehmens [und] ab 1997 geschäftsführender Gesellschafter. Seit seinem Übertritt in den altersbedingten Ruhestand ist Kollege M ab April 2013 als freiberuflicher Projektleiter und Konsulent im Rahmen eines pauschalierten Leistungsvertrages für die G Z GmbH tätig. Unter anderem ist er seit 1998 und nach wie vor verantwortlicher Projektleiter von G beim Projekt Ktunnel, das voraussichtlich die nächsten Jahre noch bearbeitet werden wird.“

Beweis: - E-Mail des Auftraggebers vom 1.9.2014, Beilage ./G;
- E-Mail der Antragstellerin vom 3.9.2014, Beilage ./H.

6.9 Mittels Telefax ist der Antragstellerin am 9.9.2014, 15.10 Uhr, die Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der zweiten Stufe mitgeteilt worden. Einerseits ist trotz ausdrücklicher Benennung von DI K M als Schlüsselperson im Sinne einer fehlenden Bekanntgabe eines notwendigen Subunternehmers argumentiert worden. Dies „stellt [...] einen unbehebbarer Mangel dar und führt zum Ausscheiden des Teilnahmeantrages aus dem Vergabeverfahren“. Andererseits wird auf einen handschriftlichen Vermerk auf dem Referenzblatt für die Personalreferenz Projektleiter verwiesen, wonach das benannte Referenzprojekt auf Basis der ÖNORM B 2118 erstellt worden ist. „Somit ist das Muss-Kriterium nicht erfüllt und die Referenz somit nicht zu werten.“

Beweis: - Nicht-Zulassung zur Teilnahme vom 9.9.2014, Beilage ./B.

6.10 Mit Schreiben vom 12.9.2014 hat die Antragstellerin dem Auftraggeber dargelegt, dass DI K M sehr wohl im Teilnahmeantrag benannt worden ist. Allerdings ist sein Name nicht auf der Subunternehmerliste angeführt worden. Letztlich ergibt sich daraus – wie in der Folge auch aufzuzeigen ist – keine Möglichkeit einer nachträglichen Verbesserung der Wettbewerbsstellung. Überdies handelt es sich bei der ÖNORM B 2118 um nichts anderes als um die ÖNORM B 2110 für Großprojekte im Verkehrswegebau. Dennoch hat der Auftraggeber seine Nicht-Zulassung mit Telefax vom 17.9.2014, 10.29 Uhr, bestätigt.

Beweis: - Schreiben der Antragstellerin samt Auszug aus Dauer-Subunternehmer-erklärung von DI M vom 12.9.2014, Beilage ./I;

- Telefax des Auftraggebers vom 17.9.2014, Beilage ./J.

7. Vergabeverstöße

Aufgrund eines aus ihrer Sicht überbordenden Formalismus, der letztlich der eigentlichen Zielsetzung eines Vergabeverfahrens einer Auftragserteilung unter Wahrung der Vergabegrundsätze zuwiderläuft, hat sich die Antragstellerin zur Stellung eines Nachprüfungsantrages entschlossen. Ausdrücklich wird nach erfolgter Akteneinsicht ein entsprechendes ergänzendes Vorbringen vorbehalten:

7.1 Auslegung der Teilnahmeunterlagen

7.1.1 Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle sind für die Auslegung von Vergabebestimmungen die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen Regelungen der §§ 914f ABGB zu berücksichtigen (vgl VwGH 21.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.1.2011, 2006/04/0200; VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144 ua; VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVwG 27.8.2014, W139 2008219-1, sowie BVwG 24.7.2014, W138 2008591-1). Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Teilnahme- und Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe zB VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019, und VwGH 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157). 7.1.1 Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle sind für die Auslegung von Vergabebestimmungen die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen Regelungen der Paragraphen 914 f, ABGB zu berücksichtigen vergleiche VwGH 21.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.1.2011, 2006/04/0200; VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144 ua; VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVwG 27.8.2014, W139 2008219-1, sowie BVwG

24.7.2014, W138 2008591-1). Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Teilnahme- und Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe zB VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019, und VwGH 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157).

7.2 Lässt sich aufgrund der skizzierten „Vertrauenstheorie“ der objektive Erklärungswert einer Ausschreibungspassage nicht ermitteln, so gelangt die „Unklarheitenregelung“ des § 915 ABGB zur Anwendung. Demnach wird bei zweiseitig verbindlichen Verträgen eine undeutliche Äußerung zum Nachteile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat. Die gegenständlichen Teilnahmeunterlagen, die eine Reihe von Widersprüchlichkeiten enthält, zielt in letzter Konsequenz unbestritten auf den Abschluss eines zweiseitig verbindlichen Vertrages ab. Sofern sich also der objektive Erklärungswert, der gerade nicht in der ausschließlichen Sichtweise des Auftraggebers besteht, nicht zweifelsfrei ermitteln lässt, ist somit eine Teilnahmebestimmung zu Lasten des Auftraggebers, der diese alleine vorgegeben hat, auszulegen.

7.2 Lässt sich aufgrund der skizzierten „Vertrauenstheorie“ der objektive Erklärungswert einer Ausschreibungspassage nicht ermitteln, so gelangt die „Unklarheitenregelung“ des Paragraph 915, ABGB zur Anwendung. Demnach wird bei zweiseitig verbindlichen Verträgen eine undeutliche Äußerung zum Nachteile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat. Die gegenständlichen Teilnahmeunterlagen, die eine Reihe von Widersprüchlichkeiten enthält, zielt in letzter Konsequenz unbestritten auf den Abschluss eines zweiseitig verbindlichen Vertrages ab. Sofern sich also der objektive Erklärungswert, der gerade nicht in der ausschließlichen Sichtweise des Auftraggebers besteht, nicht zweifelsfrei ermitteln lässt, ist somit eine Teilnahmebestimmung zu Lasten des Auftraggebers, der diese alleine vorgegeben hat, auszulegen.

7.3 Vorhandensein der Eignung

7.3.1 Der Auftraggeber macht – vereinfacht dargestellt – der Antragstellerin zum Vorwurf, dass sie in ihrem Teilnahmeantrag DI K M zwar als Schlüsselperson benannt, es aber verabsäumt habe, diesen – als auf Werkvertragsbasis tätigen Projektleiter und Konsulent – ausdrücklich als Subunternehmer anzuführen. Dabei lässt sie außer Betracht, dass ihre diesbezüglichen Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen widersprüchlich sind. Im Übrigen ist es der Antragstellerin in der vorliegenden Konstellation nicht möglich, ihre Wettbewerbsstellung nachträglich zu verbessern, weshalb auch nach der einschlägigen Rechtsprechung gerade von keinem Vorliegen eines unbehebbar Mangels auszugehen ist.

7.3.2 Punkt 2.3 der Teilnahmeunterlagen stellt es dem Bewerber frei, die in den Teilnahmeunterlagen geforderten Nachweise bereits mit der Abgabe des Teilnahmeantrages abzugeben. Allerdings wird weiter ausgeführt, dass unter anderem eine allfällige Subunternehmererklärung bereits zwingend mit dem Teilnahmeantrag abzugeben ist. An die betreffende Nicht-Abgabe wird jedoch keine (Ausschluss-)Sanktion geknüpft. Dies ist insofern von Bedeutung, als an anderer Stelle der Teilnahmeunterlagen eine Nicht-Vorlage bzw Nicht-Abgabe ausdrücklich mit dem „sofortigen und zwingenden Ausschluss vom Vergabeverfahren“ verbunden wird. Es ist davon auszugehen, dass der Auftraggeber diese unterschiedliche Regelung bewusst vorgenommen hat. Tatsächlich findet sich im BVergG und in der Rechtsprechung eine Grundlage, warum die fehlende Vorlage einer Subunternehmererklärung nicht sogleich mit einer Nichtberücksichtigung eines Teilnahmeantrags in Verbindung gesetzt wird.

7.3.3 Zunächst gibt § 69 Z 3 BVergG den maßgeblichen Zeitpunkt für das Vorhandensein der Eignung mit dem Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vor. Dies hat zur Folge, dass ein Auftraggeber einen betreffenden Bewerber vor einer Nicht-Berücksichtigung seines Teilnahmeantrags die Möglichkeit, das Vorhandensein seiner bezweifelten Eignung zu belegen, einzuräumen hat. Im konkreten Fall ist dies, obwohl in den Teilnahmeunterlagen nicht von den Festlegungen des § 69 BVergG abgewichen wird, nicht erfolgt. Die Antragstellerin ist „lediglich“ mit konkreten Fragen zur Arbeitnehmereigenschaft von DI M konfrontiert worden. Anders als bei der Versicherungsbestätigung ist sie jedoch nicht aufgefordert worden, eine betreffende Subunternehmererklärung vorzulegen. Dabei wäre ihr ein derartiger – im Einklang mit § 69 BVergG und dem Gebot eines fairen Wettbewerbs stehender – Schritt angesichts der ohnedies erfolgten Fragestellungen bzw der Aufforderung zum

Versicherungsnachweis sehr leicht gefallen.7.3.3 Zunächst gibt Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG den maßgeblichen Zeitpunkt für das Vorhandensein der Eignung mit dem Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vor. Dies hat zur Folge, dass ein Auftraggeber einen betreffenden Bewerber vor einer Nicht-Berücksichtigung seines Teilnahmeantrags die Möglichkeit, das Vorhandensein seiner bezweifelten Eignung zu belegen, einzuräumen hat. Im konkreten Fall ist dies, obwohl in den Teilnahmeunterlagen nicht von den Festlegungen des Paragraph 69, BVergG abgewichen wird, nicht erfolgt. Die Antragstellerin ist „lediglich“ mit konkreten Fragen zur Arbeitnehmereigenschaft von DI M konfrontiert worden. Anders als bei der Versicherungsbestätigung ist sie jedoch nicht aufgefordert worden, eine betreffende Subunternehmererklärung vorzulegen. Dabei wäre ihr ein derartiger – im Einklang mit Paragraph 69, BVergG und dem Gebot eines fairen Wettbewerbs stehender – Schritt angesichts der ohnedies erfolgten Fragestellungen bzw der Aufforderung zum Versicherungsnachweis sehr leicht gefallen.

7.3.4 In der Rechtsprechung findet sich zudem die Klarstellung, dass der fehlende Nachweis über die Subunternehmer-Verfügungsmöglichkeit grundsätzlich als behebbbarer Mangel anzusehen ist, sofern die betreffende Erklärung bereits vor dem Ende der Angebotsfrist abgegeben worden ist (siehe BVA 1.7.2004, 6N-52/04-20). Dies muss umso mehr gelten, wenn – wie im gegenständlichen Fall – eine Subunternehmererklärung bereits lange vor dem Ende der Teilnahmefrist erstellt worden ist und zudem – wie zuvor ausgeführt – die Eignung erst zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorzuliegen hat.

7.3.5 Der Auftraggeber stützt die Nicht-Berücksichtigung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin des Weiteren auf die Punkte 9.2.3.1 und 7 der Teilnahmeunterlagen. Aus beiden würde sich ergeben, dass eine Nicht-Vorlage einer Patronatserklärung bzw die Nicht-Bekanntgabe eines notwendigen Subunternehmers einen unbehebbarer Mangel darstellen. Dabei lässt sie die bestandfesten Inhalte ihrer eigenen Unterlagen unberücksichtigt. In beiden Punkten der Teilnahmeunterlagen wird die betreffende Einstufung ausdrücklich mit dem Zeitpunkt der Angebotsabgabe in Beziehung gesetzt (arg „zwingend mit dem Angebot abzugeben“ [Punkt 9.2.3.1 der Teilnahmeunterlagen] und „fehlende Bekanntgabe eines notwendigen Subunternehmers bei Angebotsabgabe“ [Punkt 7 der Teilnahmeunterlagen]). Dies ist insofern stimmig, als – wie zuvor ausgeführt – nach § 69 Z 3 BVergG die Eignung in einem Verhandlungsverfahren nicht bereits mit Ablauf der Teilnahmefrist vorzuliegen hat.7.3.5 Der Auftraggeber stützt die Nicht-Berücksichtigung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin des Weiteren auf die Punkte 9.2.3.1 und 7 der Teilnahmeunterlagen. Aus beiden würde sich ergeben, dass eine Nicht-Vorlage einer Patronatserklärung bzw die Nicht-Bekanntgabe eines notwendigen Subunternehmers einen unbehebbarer Mangel darstellen. Dabei lässt sie die bestandfesten Inhalte ihrer eigenen Unterlagen unberücksichtigt. In beiden Punkten der Teilnahmeunterlagen wird die betreffende Einstufung ausdrücklich mit dem Zeitpunkt der Angebotsabgabe in Beziehung gesetzt (arg „zwingend mit dem Angebot abzugeben“ [Punkt 9.2.3.1 der Teilnahmeunterlagen] und „fehlende Bekanntgabe eines notwendigen Subunternehmers bei Angebotsabgabe“ [Punkt 7 der Teilnahmeunterlagen]). Dies ist insofern stimmig, als – wie zuvor ausgeführt – nach Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG die Eignung in einem Verhandlungsverfahren nicht bereits mit Ablauf der Teilnahmefrist vorzuliegen hat.

7.3.6 Zusammengefasst hat somit der Auftraggeber entgegen den Vorgaben des BVergG und den bestandfesten Teilnahmeunterlagen den Teilnahmeantrag der Antragstellerin wegen fehlender Benennung eines Subunternehmers bzw fehlender Vorlage eines Verfügungsnachweises nicht zugelassen. Vielmehr ist – wenn überhaupt – von einem behebbaren bzw aufklärbaren „Mangel“ auszugehen. Allein der Auftraggeber hat keine betreffende Möglichkeit zur Behebung/Aufklärung eingeräumt.

7.4 Referenz nach ÖNORM B 2118

7.4.1 Der Auftraggeber stützt die Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe überdies auf den Umstand, dass der benannten Personalreferenz keine Erstellung des Bauvertrages nach ÖNORM B 2110 zugrunde liege. Vielmehr ergebe sich aus der betreffenden Bestätigung des Vertreters des Referenzauftraggebers, dass beim Projekt „Ktunnel Baulos KAT 1“ die ÖNORM B 2118 zur Anwendung gelangt sei. Dabei verkennt der Auftraggeber jedoch, dass es sich bei der ÖNORM B 2118 um nichts anderes als die ÖNORM B 2110 für Großprojekte im Verkehrswegebau handelt. Demgemäß sind die Bestimmungen der ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2118 weitgehend deckungsgleich. Unterschiede bestehen unter anderem nur dahingehend, als in der ÖNORM B 2118 die Konsequenzen außergewöhnlicher Witterungsverhältnisse präziser geregelt werden und zusätzlich eine Behandlung von Mehrkostenforderungen im Wege von Partnerschaftssitzungen vorgesehen ist.

7.4.2 Aus der Formulierung des Punktes 9.2.5.3 lit b der Teilnahmeunterlagen ergibt sich unmissverständlich die Zielsetzung, dass der Projektleiter seine Vertrautheit mit den einschlägigen Vertragsnormen für Infrastrukturprojekte belegt (arg „Tätigkeit als Projektleiter eines Infrastrukturprojektes“). Für – wie im gegenständlichen Fall vorliegend – Infrastrukturprojekte im Verkehrswegebau ist gerade die ÖNORM B 2118 einschlägig. Im Übrigen kann nicht ernsthaft bestritten werden, dass bei nachweislicher Abwicklung eines Infrastrukturprojektes unter Berücksichtigung der ÖNORM B 2118 auch automatisch eine vollumfängliche Vertrautheit mit den Inhalten der ÖNORM B 2110 einhergeht. Bereits jetzt kündigt die Antragstellerin – sofern sich dies im (weiteren) Nachprüfungsverfahren als notwendig herausstellen sollte – die Beantragung eines einschlägigen Sachverständigen für den Beweis, dass eine Kenntnis/praktische Vertrautheit der ÖNORM B 2118 auch eine vollumfängliche Kenntnis/praktische Vertrautheit der ÖNORM B 2110 zur Folge hat, an.

7.4.3 Schließlich verweist die Antragstellerin darauf, dass in den letzten Jahren sämtlichen vergleichbaren Infrastrukturprojekten der ASFINAG und ÖBB Infrastruktur AG die ÖNORM B 2118 zugrunde gelegt worden ist. Da beide zweifellos zu den am häufigsten einschlägig bei Tunnelprojekten auftretenden Auftraggebern zählen, ist davon auszugehen, dass auch die Mitbewerber vor allem auf betreffende Referenzprojekte zurückgegriffen haben. Es stellt sich die Frage, ob der Auftraggeber entsprechend dem Gleichbehandlungsgebot denselben – „überformalisierten“ und inhaltlich widersinnigen – Prüfmaßstab angelegt hat. Möglicherweise sind bei Aufrechterhalten dieser Annäherung sämtliche Teilnahmeanträge nicht zu berücksichtigen und ein Widerruf des Vergabeverfahrens vorzunehmen. Schließlich stellt sich die Frage, inwiefern sich die vom Auftraggeber herangezogene Interpretation des Punktes 9.2.5.3 lit b der Teilnahmeunterlagen mit den zentralen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts in Einklang bringen lässt? Das „Versteifen“ auf die ÖNORM B 2110 unter Ausklammerung des eigentlich verfolgten Ziels hat im Hinblick auf allfällige Verfahrensteilnehmer aus dem EU-Ausland zweifellos eine mittelbare Diskriminierung zur Folge (siehe zB EuGH 26.9.2000, Rs C-225/98, Kommission/Frankreich).

7.4.3 Schließlich verweist die Antragstellerin darauf, dass in den letzten Jahren sämtlichen vergleichbaren Infrastrukturprojekten der ASFINAG und ÖBB Infrastruktur AG die ÖNORM B 2118 zugrunde gelegt worden ist. Da beide zweifellos zu den am häufigsten einschlägig bei Tunnelprojekten auftretenden Auftraggebern zählen, ist davon auszugehen, dass auch die Mitbewerber vor allem auf betreffende Referenzprojekte zurückgegriffen haben. Es stellt sich die Frage, ob der Auftraggeber entsprechend dem Gleichbehandlungsgebot denselben – „überformalisierten“ und inhaltlich widersinnigen – Prüfmaßstab angelegt hat. Möglicherweise sind bei Aufrechterhalten dieser Annäherung sämtliche Teilnahmeanträge nicht zu berücksichtigen und ein Widerruf des Vergabeverfahrens vorzunehmen. Schließlich stellt sich die Frage, inwiefern sich die vom Auftraggeber herangezogene Interpretation des Punktes 9.2.5.3 Litera b, der Teilnahmeunterlagen mit den zentralen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts in Einklang bringen lässt? Das „Versteifen“ auf die ÖNORM B 2110 unter Ausklammerung des eigentlich verfolgten Ziels hat im Hinblick auf allfällige Verfahrensteilnehmer aus dem EU-Ausland zweifellos eine mittelbare Diskriminierung zur Folge (siehe zB EuGH 26.9.2000, Rs C-225/98, Kommission/Frankreich).

7.4.4 Zusammengefasst findet die Sichtweise des Auftraggebers, wonach eine Bauvertragserstellung nach ÖNORM B 2118 einem betreffenden Tätigwerden nach ÖNORM B 2110 zumindest gleichzuhalten ist, in der offensichtlich verfolgten Zielsetzung des Belegs der Vertrautheit mit den einschlägigen Vertragsnormen für Infrastrukturprojekte keine Deckung. Überdies ist bei Aufrechterhalten dieser Annäherung vom Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrundes auszugehen.

Aus all diesen Gründen stellt die Antragstellerin nachstehende

ANTRÄGE:

Das LVwG möge

- ? die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme vom 9.9.2014 für nichtig erklären;
- ? der Antragstellerin Einsicht in den Vergabeakt des Auftraggebers gewähren;
- ? eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen;
- ? den Auftraggeber verpflichten, der Antragstellerin die (sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz) entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen.

1.2. Gleichzeitig wurde beantragt, das Landesverwaltungsgericht möge dem Auftraggeber durch einstweilige Verfügung untersagen, die Ausschreibungsunterlagen für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens auszusenden.

2. Mit Beschluss vom 24.09.2014, LVwG-314a-003/S1-2014, hat das Landesverwaltungsgericht dem Auftraggeber untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes über den ebenfalls eingebrachten Antrag des Antragstellers auf Nichtigerklärung die Ausschreibungsunterlagen auszusenden.

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

4. Das Landesverwaltungsgericht hat in gegenständlicher Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender, im Wesentlichen unbestrittener Sachverhalt steht fest:

4.1. Ausschreibungsziel des der Nachprüfung zugrunde liegenden Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines Dienstleistungsauftrages über die Erbringung von Generalplanungsleistungen betreffend das Vorhaben „Stadttunnel F“.

4.2. In den Teilnahmeunterlagen ist ua Folgendes festgehalten:

„2.2. Verfahrensablauf

Der Auftraggeber führt das Vergabeverfahren als zweistufiges Verfahren durch.

Dabei werden in der ersten Stufe die fristgemäß eingereichten Teilnahmeanträge (incl. der geforderten Beilagen und Nachweise) der Bewerber im Eignungsverfahren hinsichtlich der Erfüllung der Eignungskriterien sowie auf Vorliegen von Ausschlussgründen gemäß Punkt 9 geprüft.

Anschließend werden die Teilnahmeanträge der geeigneten Bewerber im Auswahlverfahren gemäß den gewichteten Auswahlkriterien (Punkt 11) beurteilt und dem entsprechend die besten 4 Bewerber in der zweiten Stufe des Verfahrens zur Abgabe eines Angebotes eingeladen (langen weniger Teilnahmeanträge als 4 ein, behält sich der Auftraggeber vor, zusätzliche Bewerber einzuladen). Die eingeladenen Bewerber haben anschließend auf Grundlage der mit der Einladung übermittelten Ausschreibungsunterlagen Angebote für die ausgeschriebenen Leistungen abzugeben.

.....

2.3. Vorlage von Nachweisen betreffend Ausschlussgründe, Eignungs- und Auswahlkriterien

Dem Bewerber steht es frei, die in den Teilnahmeunterlagen geforderten Nachweise bereits mit Abgabe des Teilnahmeantrages vorzulegen oder lediglich eine Eigenerklärung („Bewerbererklärungen“) abzugeben. Eine allfällige Subunternehmer- und/oder Bergwerkgemeinschafts-Erklärung, Ausbildungsnachweise des Schlüsselpersonals sowie die zur Eignungs- und Auswahlprüfung notwendigen Beilagen sind jedoch zwingend mit dem Teilnahmeantrag abzugeben.

Jene Bewerber, die nach einer vorläufigen Prüfung durch den Auftraggeber zur Angebotsabgabe eingeladen werden und ihrem Teilnahmeantrag keine Nachweise beigelegt haben, werden per Email aufgefordert, alle in den Teilnahmeunterlagen geforderten Nachweise binnen festzulegender Frist (max. 3 Tage) nachzureichen. Eine nicht fristgemäße Nachreichung sowie inhaltlich unvollständig nachgereichte Nachweise stellen unbehebbar Mängel dar, was zum zwingenden Ausschluss des betreffenden Teilnahmeantrages führt.

.....

5. Unklarheiten in den Teilnahmeunterlagen

Der Bewerber hat die Teilnahmeunterlagen insbesondere auf Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit zu prüfen. Sollten sich für den Bewerber bei Prüfung der Teilnahmeunterlagen Widersprüche, sonstige Unklarheiten oder (vermutete) Verstöße gegen Vergabebestimmungen ergeben, so hat er dies dem Auftraggeber umgehend, jedoch spätestens 7 Tage vor Ende der Teilnahmefrist, mitzuteilen. Mit der Abgabe des Teilnahmeantrages bestätigt der Bewerber, dass die Teilnahmeunterlagen einer vollständigen Prüfung unterzogen worden sind und die Bestimmungen den gesetzlichen Vorgaben (insbesondere BVergG) entsprechen. Bestehen nach Ansicht des Bewerbers bei der Auslegung des Textes des Teilnahmeantrages mehrere Möglichkeiten oder erscheint etwas unklar, hat der Bewerber vor Abgabe des Teilnahmeantrages eine Klärung mit dem Auftraggeber herbeizuführen. Nach Abgabe des Teilnahmeantrages gilt die für den Auftraggeber günstigste Auslegung.

.....

6. Abgabe des Teilnahmeantrages und Einreichungsform

.....

Der Auftraggeber weist ausdrücklich darauf hin, dass im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben nurvollständig ausgefüllte und mit allen notwendigen Nachweisen versehene Teilnahmeanträge bewertet werden. Der Bewerber haftet für Vollständigkeit und Richtigkeit aller in den Teilnahmeanträgen gemachten Angaben. Falsche Angaben werden nicht berücksichtigt. Fehlende Nachweise und Angaben führen zum Ausschluss des Bewerbers vom Verfahren, sofern es sich dabei um einen unbehebbarer Mangel handelt und in den Teilnahmeunterlagen nichts Gegenteiliges festgelegt ist.

.....

7. Subunternehmer

Der Bewerber ist grundsätzlich berechtigt, Teile der Leistungen an Subunternehmer weiterzugeben. In der Liste der Subunternehmer (Beilage ./1) ist jeder Subunternehmer genau zu bezeichnen, der Umfang der Subunternehmerleistung anzugeben und die Subunternehmer-Erklärung auszufüllen. Die fehlende Bekanntgabe eines notwendigen Subunternehmers bei Angebotsabgabe, an welchen der Bieter Leistungen weiterzugeben beabsichtigt, stellt einen unbehebbarer Mangel dar und führt zum Ausscheiden des Teilnahmeantrages aus dem Vergabeverfahren.

Darüber hinaus hat der Bieter den Nachweis zu erbringen, dass er über die Kapazitäten der notwendigen Subunternehmer verfügt, dh dass der jeweilige Subunternehmer im Auftragsfall dem Bieter für die gesamte Laufzeit der Auftragserfüllung zur Verfügung steht (Beilage ./1).

Darin erklärt der jeweilige Subunternehmer, dass er die in der Ausschreibungsunterlage für seinen Leistungsteil festgelegten Eignungskriterien erfüllt, dass keine Ausschlussgründe vorliegen und die darin festgelegten Nachweise auf gesonderte Aufforderung durch den Auftraggeber unverzüglich beibringen kann.

.....

9.2.3. Technische Leistungsfähigkeit

9.2.3.1. Bietergemeinschaften, Subunternehmer, verbundene Unternehmen und sonstige Dritte

Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters kann durch den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers sowie eines anderen Unternehmens (entweder durch ein mit dem Bieter verbundenes Unternehmen oder durch einen Dritten) erbracht werden. In diesem Fall muss der Bieter durch Vorlage einer Patronatserklärung gemäß Beilage ./3 oder eines materiell gleichwertigen Nachweises belegen, dass er im Falle der Auftragserteilung über die ihm beigestellte technische Leistungsfähigkeit verfügt. Weiters wird der Auftraggeber durch den Verweis des Bieters auf das genannte Unternehmen wirtschaftlich und rechtlich so gestellt, als ob die technische Leistungsfähigkeit beim Bieter selbst vorliegen würde. Die Patronatserklärung ist zwingend mit dem Angebot abzugeben.

Das genannte Unternehmen, auf das sich der Bieter stützt, muss daher selbst zumindest über die technische Leistungsfähigkeit verfügen, die dem Bieter fehlt. Das genannte Unternehmen hat die gleichen Nachweise zu

erbringen, welche der Bieter für die ihm fehlende Leistungsfähigkeit erbringen müsste. Diese hat der Bieter nach Aufforderung dem Auftraggeber zu übermitteln.

Für den Fall, dass es sich beim genannten Unternehmen um einen Subunternehmer handelt, hat dieser zusätzlich die Subunternehmererklärung (Beilage ./1) zwingend mit dem Angebot abzugeben.

.....

9.2.5. Schlüsselpersonal

Der Bewerber hat verbindlich (bei sonstigem Vorliegen eines unbeheblichen Mangels der zum sofortigen und zwingenden Ausschluss vom Vergabeverfahren führt) in Beilage ./12 und ./13 sein für gegenständliches Vorhaben einzusetzendes Schlüsselpersonal anzugeben.

.....

10.2. Qualifikation des Schlüsselpersonals

Der Bewerber hat die Qualifikation seiner in Beilage ./12 und ./13 bekannt gegebenen Schlüsselpersonen (Projektleiter und Projektleiter-Stellvertreter) jeweils anhand deren Berufserfahrung nachzuweisen.

.....

Beilage ./1 (Auszugsweise)

Liste aller Subunternehmer

(Nur für den Fall einer Heranziehung von Subunternehmern auszufüllen.)

Ich beabsichtige, im Falle der Auftragserteilung folgende Teilleistungen (Art und Umfang) an nachstehende Subunternehmer weiterzugeben:

Unternehmen,

Geschäftsanschrift

Teilleistung(en)

Im Falle der Heranziehung von Subunternehmern durch den Bewerber / die Bewerbergemeinschaft ist zwingend die Subunternehmer-Erklärung (Fortsetzung Beilage ./1 auszufüllen!)

.....

Beilage ./12

Schlüsselpersonen

Der Bewerber/die Bewerbergemeinschaft hat nachstehend gemäß Punkt 9.2.5. und 10.2. verbindlich und zwingend folgende natürliche Personen als Schlüsselpersonen anzugeben:

Projektleiter

Titel und Name

Geburtsdatum und Geburtsort

Ausbildung (Nachweise sind dem Teilnahmeantrag beizulegen)

Funktion beim dzt. Dienstgeber

Dienstgeber (derzeit)

Berufserfahrung als Projektleiter

Berufserfahrung in anderen Unternehmen mit Angabe der Zeitdauer

.....

Beilage

Bewerbererklärungen

1. Die folgenden Bewerbererklärungen und allenfalls beigeschlossenen Unterlagen bilden einen integrierenden Bestandteil meines/unseres Teilnahmeantrages. Gemäß Punkt 2.3. der Teilnahmeunterlagen steht es dem Bewerber grundsätzlich frei, Nachweise entweder bereits im Teilnahmeantrag oder erst infolge einer Nachforderung beizubringen. Die angeführten Beilagen sind jedoch zwingend beizubringen.

Beigeschlossene Unterlagen (bitte ankreuzen)

Ja

Nein

Begleitschreiben zum Teilnahmeantrag

BEILAGEN

Liste allfälliger Subunternehmer / Subunternehmererklärung (Beilage ./1)

Erklärung einer allfälligen Bewerbergemeinschaft (Beilage ./2)

Patronatserklärung (Beilage ./3)

Solidarhaftungserklärung (Beilage ./4)

Befugnis österreichischer Bieter (Beilage ./5)

Befugnis ausländischer Bieter (Beilage ./6)

Erklärung freiberuflicher ausl. Bewerber (reglementiert) (Beilage ./7)

Erklärung freiberuflicher ausl. Bewerber (nicht reglementiert) (Beilage ./8)

Erklärung der Umsatzerlöse (Beilage ./9)

Unternehmensreferenzen (Beilage ./10)

Zusätzliche Unternehmensreferenzen (Beilage ./11)

Schlüsselpersonen – Projektleiter (Beilage ./12)

Schlüsselpersonen – Projektleiter- Stellvertreter (Beilage ./13)

Schlüsselpersonen – Ausbildungsnachweise

Personalreferenzen Projektleiter (Beilage ./14)

Personalreferenzen Projektleiter-Stellvertreter (Beilage ./15)

NACHWEISE

Nachweis der Befugnis oder Nachweis eines Auszugs aus einem Register vom Bewerber bzw. von jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbergemeinschaft samt allfälligen Anzeigen (Punkt 9.2.1.2. – 9.2.1.4)

Letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt vom Bewerber bzw. von jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbergemeinschaft (max. 3 Monate alt) (Punkt 9.1.1. lit b) Letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt vom Bewerber bzw. von jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbergemeinschaft (max. 3 Monate alt) (Punkt 9.1.1. Litera b,)

Letztgültige Rückstandsbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde vom Bewerber bzw. von jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbergemeinschaft (max. 3 Monate alt) (Punkt 9.1.1. lit b) Letztgültige Rückstandsbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde vom Bewerber bzw. von jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbergemeinschaft (max. 3 Monate alt) (Punkt 9.1.1. Litera b,)

Aktueller Firmenbuchauszug vom Bewerber bzw. von jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbergemeinschaft) (Punkt 9.1.1. lit a) Aktueller Firmenbuchauszug vom Bewerber bzw. von jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbergemeinschaft) (Punkt 9.1.1. Litera a,)

Strafregistrauszug vom Bewerber bzw. von jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbergemeinschaft (Punkt 9.1.1. lit c) "Strafregistrauszug vom Bewerber bzw. von jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbergemeinschaft (Punkt 9.1.1. Litera c,)"

4.3. Innerhalb der Bewerbungsfrist richtete der Antragsteller eine Bewerberanfrage an den Auftraggeber; die Fragen betrafen keine im nunmehrigen Nachprüfungsverfahren relevante Themen.

Der Antragsteller hat am 04.08.2014 fristgerecht einen Teilnahmeantrag beim Auftraggeber eingebracht. In der „Liste der Subunternehmer“ (Beilage ./1 der Teilnahmeunterlagen) hat der Antragsteller einen Subunternehmer (B-GmbH) eingetragen; weiters hat der Antragsteller hinsichtlich dieses Subunternehmens eine „Subunternehmererklärung“ und eine „Patronatserklärung“ vorgelegt. Weiters hat der Antragsteller seinem Teilnahmeantrag die Beilage ./12 der Teilnahmeunterlagen („Schlüsselpersonen“; Projektleiter) angeschlossen. In diesem bezeichnete er sich als „Dienstgeber (derzeit)“ des Projektleiters Dipl.-Ing. M; Dipl.-Ing. M übe beim derzeitigen Dienstgeber die Funktion „Projektleiter und Konsulent“ aus.

Der Auftraggeber ersuchte den Antragsteller am 01.09.2014 ua um Aufklärung, in welchem arbeitsrechtlichen Verhältnis der als Projektleiter nominierte Dipl.-Ing. M zum Antragsteller zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrags stehe.

Der Antragsteller beantwortete diese Frage am 03.09.2014 ua wie folgt:

„Kollege M trat 1974 in die G ein und war von 1993 bis März 2013 Geschäftsführer des Unternehmens ab 1997 geschäftsführender Gesellschafter. Seit seinem Übertritt in den altersbedingten Ruhestand ist Kollege M ab April 2013 als freiberuflicher Projektleiter und Konsulent im Rahmen eines pauschalierten Leistungsvertrages für die G tätig. Unter anderem ist er seit 1998 und nach wie vor, verantwortlicher Projektleiter von G beim Projekt K, das voraussichtlich die nächsten Jahre noch bearbeitet werden wird.“

4.4. Am 09.09.2014 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass er aufgrund fehlender vergaberechtlicher Eignung gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 nicht zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen werde. 4.4. Am 09.09.2014 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass er aufgrund fehlender vergaberechtlicher Eignung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 nicht zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen werde.

4.5. Der Antragsteller replizierte auf diese Nicht-Zulassung mit Schreiben vom 12.09.2014, welchem er eine undatierte „Zusammenarbeitsvereinbarung“ zwischen Dipl.-Ing. M und der Geschäftsführung des Antragstellers anschloss. Diese Zusammenarbeitsvereinbarung ist von Dipl.-Ing. M und dem Geschäftsführer des Antragstellers eigenhändig unterfertigt. Sie lautet im Wesentlichen wie folgt:

„Mit Bezug auf vorangegangene Gespräche wird nach dem Ausscheiden von Herrn Dipl.-Ing. M aus der Geschäftsführung der G folgende Vereinbarung für die weitere Zusammenarbeit getroffen:

1. Leistungsbeschreibung

Herr Dipl.-Ing. M erklärt sich bereit, auch nach seinem Ausscheiden aus der G unverändert für diese zu arbeiten. Die Leistungen umfassen:

Projektleitungstätigkeiten für die laufenden Projekte:

- I- römisch eins
- Ö
- K
- Ö
- B
- B

Projektleitungstätigkeiten für zukünftige Projekte

Mitarbeit bei diversen Akquisitionsprojekten

Allgemeine Beratungstätigkeiten

Seminar- und Kongressteilnahmen

2. Zeitraum

Diese Vereinbarung bezieht sich auf Leistungen ab April 2013. Eine Befristung ist nicht vorgesehen.“

Mit vorbereitender Stellungnahme zur mündlichen Verhandlung vom 27.10.2014 hat der Antragsteller erstmals ein (vom Antragsteller angenommenes) Angebot der M Z GmbH vom 18.5.2014 vorgelegt; dieses ist ebenfalls von Dipl.-Ing. M und dem Geschäftsführer des Antragsstellers eigenhändig unterfertigt und hat ua folgenden Inhalt:

„Mit Bezug auf unsere vorangegangenen Gespräche erlaube ich mir ein Angebot für Leistungen für 2014 zu erstellen. Das Jahr 2013 hat gezeigt, dass eine Pauschalierung von Leistungen sowohl für G als auch für mich eine bessere Planbarkeit und Verwaltungsvereinfachung ergibt. Ich erlaube mir daher, folgenden Vorschlag zu unterbreiten.

1. Leistungsbeschreibung

1.1 Pauschalierte Leistungen

Diese Leistungen umfassen:

- o Projektleitungstätigkeiten für die laufenden Projekte:
 - K
 - Ö
 - B
- o Schlussbearbeitungen für die Projekte
 - B
 - I- römisch eins
- o Allgemeine Beratungstätigkeiten bei diversen Projekten und Akquisitionsaufgaben
- o Seminar- und Kongressteilnahmen
- o Diverse Regieleistungen (Besprechungen, allg. erforderliche Bürotätigkeiten, etc.)

Entsprechend den Erfordernissen sind die Leistungen vor Ort oder in meinem Büro zu erbringen.

1.2 Sonderaufgaben

Für derzeit nicht abschätzbare Aufgaben in größerem Umfang ist eine Vergütung als Pauschale oder nach Tagsätzen gesondert zu vereinbaren.

2. Zeitraum

Die Leistungen beziehen sich auf das Jahr 2014. Danach ist ein gesondertes Angebot zu legen.“

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

Beim Land Vorarlberg handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen prioritären Dienstleistungsauftrag in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung dar. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt 940.000 Euro (exkl MwSt) und ist somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Beim Land Vorarlberg handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen prioritären Dienstleistungsauftrag in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung dar. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt 940.000 Euro (exkl MwSt) und ist somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

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

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

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

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

6.1. Gemäß § 69 BVerG 2006 muss unbeschadet der Regelung des § 20 Abs 1 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens 6.1. Gemäß Paragraph 69, BVerG 2006 muss unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

3. beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen.

Gemäß § 75 Abs 7 Z 5 BVerG 2006 können als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Dienstleistungsaufträgen Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen verlangt werden. Gemäß Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer 5, BVerG 2006 können als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Dienstleistungsaufträgen Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen verlangt werden.

Gemäß § 76 BVerG 2006 kann sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Gemäß Paragraph 76, BVerG 2006 kann sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und

diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

§ 103 Abs 3 BVergG 2006 lautet wie folgt: „Benötigt der Unternehmer Subunternehmer, um die erforderliche Leistungsfähigkeit oder Befugnis nachzuweisen, so hat er die in Frage kommenden Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekanntzugeben.“ Paragraph 103, Absatz 3, BVergG 2006 lautet wie folgt: „Benötigt der Unternehmer Subunternehmer, um die erforderliche Leistungsfähigkeit oder Befugnis nachzuweisen, so hat er die in Frage kommenden Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekanntzugeben.“

Gemäß § 103 Abs 4 BVergG 2006 ist Unternehmern, die aufgrund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß den §§ 68 bis 77 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, BVergG 2006 ist Unternehmern, die aufgrund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß den Paragraphen 68 bis 77 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 § 129 Abs 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

- Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist (Z 2);
- Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist (Ziffer 2,);
- den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind (Z 7);
- den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind (Ziffer 7,).

6.2. Der Auftraggeber hat im gegenständlichen Vergabeverfahren als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ua die Nennung eines Projektleiters verlangt. Im vorliegenden Fall ist nunmehr von Bedeutung, ob der Antragsteller diesen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erbracht hat.

Der Antragsteller hat dabei die Auffassung vertreten, dass er diesen Anforderungen dadurch entsprochen habe, dass er in dem den Teilnahmeunterlagen beigegebenen Formular des Projektleiters Dipl.-Ing. M genannt habe, wodurch er zum Ausdruck gebracht habe, dass Dipl.-Ing. M als Subunternehmer beigezogen werde; bei dem Unterlassen der Vorlage der diesbezüglichen Nachweise habe es sich um einen behebbaren Mangel gehandelt.

Aufgrund des durchgeführten Nachprüfungsverfahrens steht für das Landesverwaltungsgericht jedoch fest, dass der Auftraggeber den Antragsteller aus nachstehenden Erwägungen zu Recht nicht zur (weiteren) Teilnahme zugelassen hat (und nicht zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens eingeladen hat).

6.3. Ausgangspunkt der Überlegungen sind zunächst die Angaben des Antragstellers hinsichtlich der Subunternehmer und des Projektleiters in seinem Teilnahmeantrag. Der Antragsteller hat dabei erklärt, dass er als Schlüsselperson Dipl.-Ing. M beiziehen werde; er sei (derzeit) Dienstgeber von Dipl.-Ing. M, wobei Dipl.-Ing. M bei ihm die Funktion eines Projektleiters und Konsulenten ausübe. Weiters hat der Antragsteller weder Dipl.-Ing. M (noch die von Dipl.-Ing. M im Jahre 2013 gegründete M Z GmbH) als Subunternehmer genannt. Aufgrund dieser eindeutigen Angaben hat der Antragsteller zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht, dass er diesbezüglich die technische Leistungsfähigkeit deshalb besitzt, da er Dienstgeber der Schlüsselperson ist. Auch der Geschäftsführer des

Antragstellers, der den Teilnahmeantrag für den Antragsteller erstellt und gefertigt hat, hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass für ihn Dipl.-Ing. M zum Zeitpunkt der Erstellung der Teilnahmeunterlagen – in der subjektiven Wahrnehmung – Mitarbeiter des Antragstellers (und kein Subunternehmer) gewesen sei.

Aufgrund des Umstandes, dass der Antragsteller – unbestrittenermaßen – tatsächlich aber nicht Dienstgeber von Dipl.-Ing. M war, konnte sich der Antragsteller auch nicht auf den „Dienstnehmer Dipl.-Ing. M“ stützen.

Der Antragsteller hat im Aufklärungsschreiben vom 03.09.2014 darauf hingewiesen, dass Dipl.-Ing. M seit April 2013 aufgrund eines pauschalierten Leistungsvertrages als freiberuflicher Projektleiter und Konsulent für den Antragsteller tätig sei. Der Antragsteller wollte damit offensichtlich zum Ausdruck bringen, dass ihm Dipl.-Ing. M zwar nicht als Dienstnehmer, wohl aber – auf werkvertraglicher Basis – als Subunternehmer zur Verfügung steht.

Nun stand es zwar dem Antragsteller frei, sich – um überhaupt den Nachweis der Eignung erbringen zu können – auf einen Subunternehmer zu stützen. Der Antragsteller hat aber – unbestrittenermaßen – Dipl.-Ing. M in seinem Teilnahmeantrag nicht als Subunternehmer genannt. Dazu wäre er aber verpflichtet gewesen. Dies ergibt sich aus Punkt 7. der Teilnahmeunterlagen, wonach jeder Subunternehmer in der Liste der Subunternehmer genau zu bezeichnen, der Umfang der Subunternehmerleistung anzugeben und die Subunternehmer-Erklärung auszufüllen ist; weiters ist in Punkt 2.3. ausgeführt, dass eine Subunternehmererklärung zwingend mit dem Teilnahmeantrag abzugeben sei. Auch in der Bestimmung des § 103 Abs 3 BVergG 2006 ist die Verpflichtung des Unternehmers festgehalten, einen notwendigen Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekanntzugeben. Nun stand es zwar dem Antragsteller frei, sich – um überhaupt den Nachweis der Eignung erbringen zu können – auf einen Subunternehmer zu stützen. Der Antragsteller hat aber – unbestrittenermaßen – Dipl.-Ing. M in seinem Teilnahmeantrag nicht als Subunternehmer genannt. Dazu wäre er aber verpflichtet gewesen. Dies ergibt sich aus Punkt 7. der Teilnahmeunterlagen, wonach jeder Subunternehmer in der Liste der Subunternehmer genau zu bezeichnen, der Umfang der Subunternehmerleistung anzugeben und die Subunternehmer-Erklärung auszufüllen ist; weiters ist in Punkt 2.3. ausgeführt, dass eine Subunternehmererklärung zwingend mit dem Teilnahmeantrag abzugeben sei. Auch in der Bestimmung des Paragraph 103, Absatz 3, BVergG 2006 ist die Verpflichtung des Unternehmers festgehalten, einen notwendigen Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekanntzugeben.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die fehlende Bekanntgabe des erforderlichen Subunternehmers einen unbehebbarer Mangel darstellt, weshalb der Antragsteller zu Recht nicht zur zweiten Stufe zugelassen worden ist (vgl auch Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1181f, 1187). Insgesamt ist festzuhalten, dass die fehlende Bekanntgabe des erforderlichen Subunternehmers einen unbehebbarer Mangel darstellt, weshalb der Antragsteller zu Recht nicht zur zweiten Stufe zugelassen worden ist vergleiche auch Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1181f, 1187).

6.4. Der Antragsteller hat geltend macht, dass die Ausschreibungsunterlagen widersprüchlich gewesen seien, sodass von einem behebbaren Mangel auszugehen sei.

Im Punkt 7. der Teilnahmeunterlagen ist explizit wie folgt angeführt: „Die fehlende Bekanntgabe eines notwendigen Subunternehmers bei Angebotsabgabe, an welchen der Bieter Leistungen weiterzugeben beabsichtigt, stellt einen unbehebbarer Mangel dar und führt zum Ausscheiden des Teilnahmeantrages aus dem Vergabeverfahren.“

Aufgrund der Bezugnahme auf die Angebotsabgabe ist der Antragsteller der Meinung, es handle sich um eine widersprüchliche Festlegung, die zu Lasten des Auftraggebers gehe. In diesem Zusammenhang hat der Antragsteller auch auf Punkt 9.2.3.1. hingewiesen, wonach die Patronatserklärung zwingend mit dem „Angebot“ abzugeben sei.

Hier hat der Auftraggeber zutreffend ausgeführt, dass nach dem objektiven Erklärungswert der Teilnahmeunterlagen klar sei, dass laut Punkt 7. der Teilnahmeunterlagen Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben seien. Der Auftraggeber hat nämlich zu Recht darauf hingewiesen, dass ein Teilnahmeantrag nicht ausgeschlossen werden könne, wenn die Bekanntgabe erst mit Angebotsabgabe erfolgen müsse.

Diese Auslegung bestätigt sich auch aus den restlichen Bestimmungen der Teilnahmeunterlagen. So enthält Punkt 7. die Vorgabe, dass Subunternehmer in Beilage ./1 anzugeben sind und die Subunternehmererklärung auszufüllen ist. In der Beilage ./1 ist zudem der Vermerk, dass die „Subunternehmererklärung“ im Falle der Heranziehung von Subunternehmern zwingend auszufüllen ist. Im Punkt 2.2 der Teilnahmeunterlagen ist festgeschrieben, dass die Teilnahmeanträge hinsichtlich der Erfüllung der Eignungskriterien geprüft werden und die Teilnahmeanträge der geeigneten Bewerber beurteilt werden. Unter Punkt 2.3 ist geregelt, dass die zur Eignungs- und Auswahlprüfung

notwendigen Beilagen zwingend mit dem Teilnahmeantrag abzugeben sind. In der Beilage „Bewerbererklärungen“ (Seite 50 der Teilnahmeunterlagen) ist geregelt, dass die Liste allfälliger Subunternehmer/Subunternehmererklärungen (Beilage ./1) zwingend dem Teilnahmeantrag beizuschließen sind. Im Punkt 6. wird festgehalten, dass nur vollständig ausgefüllte und mit allen notwendigen Nachweisen versehene Teilnahmeanträge bewertet werden; fehlende Nachweise führen zum Ausschluss der Bewerber, sofern es sich dabei um einen unbehebbarer Mangel handelt und in den Teilnahmeunterlagen nichts Gegenteiliges festgelegt ist.

Bei einer Zusammenschau dieser Bestimmungen musste ein durchschnittlich fachkundiger Bewerber bei Anwendung der üblichen Sorgfalt davon ausgehen, dass ein notwendiger Subunternehmer mit dem Teilnahmeantrag bekannt gegeben werden musste.

Soweit der Antragssteller in diesem Zusammenhang auf die Bestimmung des § 69 BVergG 2006 hinweist, ist ihm zu entgegnen, dass zu Folge der Bestimmung des § 103 Abs 3 BVergG 2006 ein notwendiger Subunternehmer jedenfalls mit dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben ist. Weiters stellen die Teilnahmeunterlagen diesbezüglich auf den Zeitpunkt der „Angebotsabgabe“ und nicht auf den Zeitpunkt der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ (vgl § 69 Z 3 BVergG 2006) ab; letzterer Zeitpunkt liegt aber zwangsläufig vor dem ersteren Zeitpunkt. Soweit der Antragssteller in diesem Zusammenhang auf die Bestimmung des Paragraph 69, BVergG 2006 hinweist, ist ihm zu entgegnen, dass zu Folge der Bestimmung des Paragraph 103, Absatz 3, BVergG 2006 ein notwendiger Subunternehmer jedenfalls mit dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben ist. Weiters stellen die Teilnahmeunterlagen diesbezüglich auf den Zeitpunkt der „Angebotsabgabe“ und nicht auf den Zeitpunkt der „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ vergleiche Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG 2006) ab; letzterer Zeitpunkt liegt aber zwangsläufig vor dem ersteren Zeitpunkt.

Eine Bezugnahme auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe wäre – entgegen den Ausführungen des Antragstellers in der vorbereitenden Stellungnahme vom 24.10.2014 – überhaupt nicht plausibel, weil die Eignung auf jeden Fall vorher geprüft werden muss (vgl § 69 BVergG 2006). Eine Bezugnahme auf das Ende der Teilnahmefrist ist aber sehr wohl plausibel, weil der Auftraggeber die Eignungsprüfung leichter vornehmen kann, wenn die dafür erforderlichen Unterlagen bereits mit dem Teilnahmeantrag vorgelegt werden. Eine Bezugnahme auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe wäre – entgegen den Ausführungen des Antragstellers in der vorbereitenden Stellungnahme vom 24.10.2014 – überhaupt nicht plausibel, weil die Eignung auf jeden Fall vorher geprüft werden muss (vergleiche Paragraph 69, BVergG 2006). Eine Bezugnahme auf das Ende der Teilnahmefrist ist aber sehr wohl plausibel, weil der Auftraggeber die Eignungsprüfung leichter vornehmen kann, wenn die dafür erforderlichen Unterlagen bereits mit dem Teilnahmeantrag vorgelegt werden.

Weiters ist festzuhalten, dass der Antragsteller innerhalb der Einspruchsfrist diesbezüglich keine Einwendungen gegen die Teilnahmeunterlagen erhoben hat und diese insofern bestandsfest geworden sind.

Besondere Bedeutung kommt im vorliegenden Fall aber der im Rahmen der mündlichen Verhandlung erstatteten Angabe des Geschäftsführers des Antragstellers, der den Teilnahmeantrag für den Antragsteller erstellt und gefertigt hat, zu, wonach er Dipl.-Ing. M deshalb nicht in die Liste der Subunternehmer eingetragen habe, da Dipl.-Ing. M für ihn damals kein Subunternehmer gewesen sei. Die Nichteintragung von Dipl.-Ing. M in die Subunternehmerliste ist somit nicht aufgrund der – erstmals im Nachprüfungsverfahren monierten – angeblichen Widersprüchlichkeiten in den Teilnahmeunterlagen, sondern deshalb erfolgt, da Dipl.-Ing. M gar nicht als Subunternehmer genannt werden sollte.

6.5. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Antragsteller in seinem Aufklärungsschreiben ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass für den Antragsteller aufgrund eines pauschalierten Leistungsvertrages Dipl.-Ing. M als freiberuflicher Projektleiter und Konsulent tätig sei. Demgegenüber hat Dipl.-Ing. M als Zeuge in der Verhandlung ausgesagt, dass seine Tätigkeit für den Antragsteller über die M Z GmbH abgewickelt werde. Auch der zweite Geschäftsführer des Antragstellers hat in dieser Verhandlung dargelegt, dass der Antragsteller mit der M Z GmbH eine Vereinbarung abgeschlossen habe, wie aus dem Angebot vom 18.5.2014 hervorgehe.

Selbst wenn man daher davon ausgehen würde, dass es sich bei der Nichtnennung des Subunternehmers um einen behebbaren Mangel handeln würde, hätte der Antragsteller somit diesen Mangel nicht behoben, da er im Aufklärungsschreiben Dipl.-Ing. M als Subunternehmer bezeichnet hatte, während er tatsächlich die M Z GmbH als Subunternehmer beizuziehen beabsichtigte.

6.6. Abgesehen davon hat ein Bewerber, wenn er sich auf einen Subunternehmer beruft, nachzuweisen, dass er tatsächlich über die dem Subunternehmer zustehenden Mittel (hier: Schlüsselperson) verfügt.

Einen derartigen Nachweis hat der Antragsteller nicht einmal im Nachprüfungsverfahren erbracht.

Soweit der Antragsteller diesbezüglich auf die (undatierte) „Zusammenarbeitsvereinbarung“ verweist, ist festzuhalten, dass diese Zusammenarbeitsvereinbarung mit Dipl.-Ing. M und nicht mit der – vom Antragsteller für gegenständlichen Auftrag heranzuziehenden – M Z GmbH abgeschlossen worden ist. Das gegenständliche Projekt ist in dieser Zusammenarbeitsvereinbarung übrigens gar nicht erwähnt. Schließlich hat der Zeuge Dipl.-Ing. M glaubhaft dargetan, dass diese „Zusammenarbeitsvereinbarung“ erst nach Abgabe des Teilnahmeantrages erstellt worden ist.

Auch das (vom Antragsteller angenommene) Angebot der M Z GmbH vom 18.05.2014 stellt keinen Nachweis im Sinne des § 76 BVergG 2006 dar. Einerseits ist in diesem Vertrag die Projektleitung für das gegenständliche Projekt ebenfalls nicht genannt. Andererseits beziehen sich die Leistungen laut diesem Vertrag nur auf das Jahr 2014; auch der Zeuge Dipl.-Ing. M hat ausgeführt, dass eine neue Vereinbarung getroffen werden müsste, wenn im Jahre 2015 andere Leistungen kommen würden. Auch das (vom Antragsteller angenommene) Angebot der M Z GmbH vom 18.05.2014 stellt keinen Nachweis im Sinne des Paragraph 76, BVergG 2006 dar. Einerseits ist in diesem Vertrag die Projektleitung für das gegenständliche Projekt ebenfalls nicht genannt. Andererseits beziehen sich die Leistungen laut diesem Vertrag nur auf das Jahr 2014; auch der Zeuge Dipl.-Ing. M hat ausgeführt, dass eine neue Vereinbarung getroffen werden müsste, wenn im Jahre 2015 andere Leistungen kommen würden.

7. Bei diesem Ergebnis kam der Frage, ob der Antragsteller auch deshalb zu Recht nicht zur zweiten Stufe zugelassen worden ist, da das Referenzprojekt des Projektleiters auf Basis der ÖNORM B 2118 und nicht der ÖNORM B 2110 erstellt worden ist, keine Bedeutung mehr zu.

8. Gemäß § 12 Abs 1 lit b des Vergabenachprüfungsgesetzes ist das Landesverwaltungsgericht bis zum Zuschlag oder Widerruf zuständig, Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären. 8. Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Litera b, des Vergabenachprüfungsgesetzes ist das Landesverwaltungsgericht bis zum Zuschlag oder Widerruf zuständig, Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären.

Gemäß § 12 Abs 2 leg cit darf eine Entscheidung nur dann für nichtig erklärt werden (Abs 1 lit b), wenn sie wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat. Gemäß Paragraph 12, Absatz 2, leg cit darf eine Entscheidung nur dann für nichtig erklärt werden (Absatz eins, Litera b), wenn sie wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat.

Die Entscheidung des Auftraggebers steht auf Grund der im obigen Punkt dargelegten Ausführungen im Einklang zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Die Entscheidung des Auftraggebers war daher nicht für nichtig zu erklären.

9. 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. 9. 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

Subunternehmer, Schlüsselperson, Projektleiter

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGO:2014:LVwG.314.005.S1.2014

Zuletzt aktualisiert am

26.11.2014

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