jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2019/6/26 W134 2219072-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 26.06.2019

Entscheidungsdatum

26.06.2019

Norm

BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §342
B-VG Art. 133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W134 2219072-1/19E

W134 2219072-2/2E

W134 2219072-3/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

I.)

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie DI. Dr. Sabine Rödler als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Christoph Wiesinger als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Reinigungsdienstleistungen AMS; BBG-interne GZ 2691.03301", des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX , vertreten durch die Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte GmbH, Hohenstaufengasse 7, 1010 Wien, vom 20.05.2019 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25.06.2019 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag "das BVwG möge die angefochtene Ausscheidensentscheidung vom 10.05.2019 im Vergabeverfahren "Reinigungsdienstleistungen AMS", BBG-GZ.2691.03301, für nichtig erklären" wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

II.)

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren "Reinigungsdienstleistungen AMS; BBG-interne GZ 2691.03301", des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund der Anträge der XXXX , vertreten durch die Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte GmbH, Hohenstaufengasse 7, 1010 Wien, vom 20.05.2019 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25.06.2019 folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch den Auftraggeber wird gemäß § 341 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 20.05.2019, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10.05.2019, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch den Auftraggeber. Die Antragstellerin bringt zusammengefasst vor, dass sie im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt habe. In einem ersten Nachprüfungsverfahren habe ihre Konzerntochter XXXX einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 12.04.2019 gestellt. Mit Beschluss des BVwG vom 6.5.2019, GZ W134 2217770 ua., sei vom BVwG klargestellt worden, dass die nunmehrige Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt habe. Mit der nun angefochtenen Ausscheidensentscheidung vom 10.05.2019 sei das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden. Dies mit der Begründung, dass die Eignung der Antragstellerin nicht vorliege, da die Antragstellerin für die Durchführung der ausgeschriebenen Dienstleistungen keine Gewerbeberechtigung besitze. Dies sei unzutreffend, da die Antragstellerin tatsächlich und rechtlich über die Ressourcen ihrer Konzerntochter XXXX verfüge und daher die Eignung der Antragstellerin anzuerkennen sei. Die Nennung der Konzerntochter XXXX als Subunternehmer oder Mitglied einer Bietergemeinschaft sei nicht erforderlich, da sie verbundene Unternehmen seien.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 23.05.2019 und 27.05.2019 brachte dieser zusammengefasst vor, dass das Angebot der Antragstellerin mit Schreiben vom 10.05.2019 ausgeschieden worden sei. Dies deshalb, weil die Eignung der Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt vorgelegen sei. Die Antragstellerin habe nicht ein vollständiges Angebot unter Berufung auf die Ressourcen der Konzern Tochter XXXX abgegeben, wie sie nunmehr darzustellen versuche, sondern ohne einen einzigen notwendigen Subunternehmer namhaft zu machen, ohne im Besitz der notwendigen Befugnis zu sein und unter Außerachtlassen zentraler Bestimmungen der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen ein Angebot abgegeben, das nur als rudimentär bezeichnet werden könne. Die Antragstellerin habe die XXXX weder im "Formblatt Subunternehmer" angeführt, noch habe sie das ausgefüllte und vom Subunternehmer unterfertigte Formblatt "Verpflichtungserklärung" beigebracht. Sie könne sich daher keinesfalls auf die Eignung der XXXX stützen. Eine Nennung von Subunternehmern nach Angebotsöffnung würde eine unzulässige Änderung des Angebotsinhaltes darstellen.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 19.6.2019 legte diese mit der Beilage ./E eine "Verpflichtungserklärung (Subunternehmer)" ohne Datum, mit der Beilage./F eine eidesstattliche Erklärung vom 19.6.2019, wonach die XXXX ihre Kapazitäten der Antragstellerin für die ausgeschriebenen Leistungen zur Verfügung stelle, sowie mit der Beilage./G eine "Subunternehmerliste" vor.

Am 25.06.2019 fand darüber im BVwG eine mündliche Verhandlung statt.

Dabei wurde unter anderem folgendes vorgebracht:

"R: Hat die Antragstellerin im Angebot die XXXX als Subunternehmer oder Mitglied einer Bietergemeinschaft benannt?

XXXX : Die Antragstellerin hat sämtliche Nachweise, wie sie in Punkt 5 AAB zur XXXX gefordert sind, vorgelegt, die nachweisen, dass die XXXX befugt, zuverlässig und leistungsfähig ist, im Sinne der Ausschreibungsbedingungen. Dies mit dem Ergebnis, dass die Antragsgegnerin die XXXX zuletzt auch nicht ausgeschieden hat, weil die XXXX tatsächlich über die geforderten Bedingungen verfügt und die Antragstellerin hat nunmehr mit Vorlage der Formblätter nachgewiesen, dass die Antragstellerin bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die

Kapazitäten der XXXX verfügen konnte und dadurch die formale Unregelmäßigkeit nachträglich geheilt.

R: Haben Sie im Angebot die XXXX als Subunternehmer benannt? Ja oder Nein?

XXXX : Die Antragstellerin hat zum Angebotszeitpunkt formal im Angebot die XXXX nicht als Subunternehmerin oder verbundenes Unternehmen und auch nicht als Mitglied einer Bietergemeinschaft benannt. Zur nachträglichen Nennung von Randziffer 60: Es handelt sich hier nicht um eine nachträgliche Nennung, da bereits zum Angebotszeitpunkt klar und erkennbar war, dass die XXXX mit den operativen Leistungen betraut werden soll. Mit der nachträglichen Vorlage der Formblätter wurde lediglich ein Umstand nachgewiesen, der bereits zum Angebotszeitpunkt vorgelegen hat. Die Verpflichtungserklärung, Beilage ./E, wurde nachträglich, nachdem die Ausscheidungsentscheidung erfolgte, mit dem ergänzenden Vorbringen vom 19.06.2019 vorgelegt. Es ist anzunehmen, dass sie vom 19.06.2019 datiert. Die Verpflichtungserklärung ist jedenfalls nach der Ausscheidensentscheidung, somit nach dem 10.05.2019, erstellt worden. Gleiches gilt für die Subunternehmerliste, Beilage ./G. Aufgrund der Vorlage dieser Unterlagen ist die Auftraggeberin verpflichtet, das Angebot der Antragstellerin bei der Beurteilung der Eignung zu berücksichtigen, weil ein Nachweis über die Eignung und der Verfügbarkeit über die Kapazitäten nunmehr auch formal erfüllt ist.

XXXX : Wie die Antragstellerin selbst ausführt, wurde die XXXX entgegen den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen (Randzahl 61) nicht als notwendiger Subunternehmer bekannt gegeben. Zum eignungsrelevanten Zeitpunkt im Sinne des § 79 BVerG 2018 und der Randzahl 64 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen verfügte die Antragstellerin nicht über die notwendige Eignung. Den Beweis dafür erbringt sie nunmehr selbst, indem die Beilagen ./E bis ./G nach dem Datum der Angebotsöffnung datiert sind. Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH darf nach dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung die Eignung zu keiner Sekunde verloren gehen und handelt es sich bei der Nichtnennung eines notwendigen Subunternehmers um einen unbehebbaren Mangel. Des Weiteren wurde in Randzahl 64 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen festgelegt, dass die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss, widrigenfalls das Angebot ausgeschieden wird.

R: Verfügt die Antragstellerin selbst über die im gegenständlichen Vergabeverfahren erforderliche Befugnis und Eignung?

XXXX : Nein. Die Antragstellerin verfügt selbst nicht über die in der Ausschreibung geforderte Befugnis und Eignung. Aber sie hat sie durch Vorlage von Eignungsnachweisen der XXXX nachgewiesen. Ergänzend wird ausgeführt, dass die Nichtvorlage der Formblätter einen behebbaren Mangel darstellt, da in Randziffer 61 nicht festgelegt ist, dass bei unterlassener Vorlage der Formblätter der Bieter auszuscheiden ist. Das ist auch ständige Rechtsprechung (VwGH, 29.06.2005, 2005/04/0024).

XXXX : Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin hat diese zur Angebotsfrist nicht nur rein blose Formblätter nicht vorgelegt, sondern wie an der nunmehr vorgelegten Beilage ./E ersichtlich, hatte die Antragstellerin es auch verabsäumt, eine zivilrechtlich bindende Verpflichtungserklärung ihres benötigten notwendigen

Subunternehmers vorzulegen. Somit verfügte sie zum eignungsrelevanten Zeitpunkt nicht über die Kapazitäten ihres notwendigen Subunternehmers und war damit die benötigte Eignung nicht gegeben.

XXXX : Zivilrechtlich ist die eidesstaatliche Erklärung, Beilage ./F, für die XXXX rechtlich bindend. Bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung.

XXXX : Eine rückwirkende Bindung scheidet aus."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Auftraggeber Arbeitsmarktservice Österreich vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH hat

den Dienstleistungsauftrag "Reinigungsdienstleistungen AMS; BBG-interne GZ 2691.03301" im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 09.01.2019, in der EU am 14.01.2019 erfolgt. Es wurden 6 Angebote abgegeben. Ein Angebot wurde von der XXXX abgegeben. Die Zuschlagsentscheidung wurde am 12.04.2019 versendet. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung nicht zugestellt, wohl jedoch der XXXX . Das Angebot der Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 10.05.2019 ausgeschieden. (Schreiben der Auftraggeberin vom 23.05.2019; Akt des Vergabeverfahrens).

Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen des gegenständlichen Vergabeverfahrens (kurz "AAB" genannt) lauten auszugsweise:

"4.2 Subunternehmer

4.2.1 Allgemeine Regelungen

52 Der Unternehmer kann sich zur Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen auch Subunternehmer bedienen, soweit der Subunternehmer die für die Ausführung des entsprechenden Teils der Leistung erforderliche Befugnis, erforderliche technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß Punkt 5 besitzt.

53 Für den Leistungsteil erforderlich sind jedenfalls die berufliche Zuverlässigkeit sowie die Befugnis. Die finanzielle und wirtschaftliche sowie technische Leistungsfähigkeit muss in dem Ausmaß vorliegen, in dem sie in diesen Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich dem jeweiligen Leistungsteil zugeordnet ist.

54 Die Weitergabe des gesamten Auftrages und die Weitergabe von kritischen Leistungsteilen ist jedoch unzulässig. Von dieser Bestimmung ausgenommen sind Kaufverträge und die Weitergabe an verbundene Unternehmen gem. § 2 Z 40 BVergG 2018.

55 Die Haftung des Auftragnehmers wird durch den Einsatz von Subunternehmern nicht berührt.

4.2.2 Abgrenzung

56 Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt.

57 Unternehmer, die keinen Teil des an den zukünftigen Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführen, sind grundsätzlich keine Subunternehmer. Die bloße Lieferung von Waren oder Bestandteilen an den Auftragnehmer, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.

58 Unternehmer, die für die Erfüllung der Eignungsanforderungen notwendig sind, oder die für die Bewertung relevant sind, werden jedenfalls wie Subunternehmer behandelt, unabhängig davon welche Leistungen sie erbringen sollen. Die Regeln für Subunternehmer gelten daher auch für diese Unternehmer.

59 Achtung: Auch Einzelpersonen können Subunternehmer sein, sofern sie nicht als Dienstnehmer sondern selbständig (z.B. Werkvertragsnehmer) tätig werden.

4.2.3 Prüfung der Subunternehmer

60 Subunternehmer können nur im Angebot genannt werden. Eine nachträgliche Nennung von Subunternehmern im Rahmen der Prüfung ist nicht zulässig und wird nicht berücksichtigt.

61 Die Subunternehmer sind im "Formblatt Subunternehmer" unter Angabe des jeweiligen Anteils an der Gesamtleistung anzuführen. Außerdem ist das ausgefüllte und vom Subunternehmer unterfertigte Formblatt "Verpflichtungserklärung" und die erforderlichen Nachweise für die Eignung des Subunternehmers gem. Punkt 5 vorzulegen.

62 Falls sich Bieter hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 5.3.1 auf Kapazitäten von Subunternehmern stützen, ist dem Angebot darüber hinaus verpflichtend eine Erklärung über die solidarische Haftung der vom Bieter herangezogenen Subunternehmer gegenüber dem Auftraggeber beizulegen (siehe Formblatt "Verpflichtungserklärung Subunternehmer").

63 Erfüllt ein Subunternehmer nicht die festgelegten Anforderungen, wird er bei der Prüfung und Bewertung nicht weiter berücksichtigt. Allenfalls vom Subunternehmer zur Verfügung gestellte Kapazitäten können daher nicht gewertet werden.

64 Der Unternehmer muss für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung geeignet sein. Geeignet sind Unternehmer, die befugt, technisch, finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sind. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen, widrigenfalls das Angebot ausgeschieden wird. Die Eignung ist durch Vorlage der in diesen Ausschreibungsbedingungen beschriebenen Urkunden (Nachweise, Bescheinigungen, etc.) nachzuweisen und zu belegen.

65 Erfüllt der Unternehmer oder die Bietergemeinschaft nicht die definierten Anforderungen, kann er auf die Kapazitäten Dritter verweisen. In diesem Fall sind die Vorgaben gemäß Punkt 4.2 zu berücksichtigen." (Akt des Vergabeverfahrens)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

3. a) Allgemeines:

Die Ausschreibungsunterlagen, welche mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest wurden und an welche daher alle am Vergabeverfahren Beteiligten gebunden sind, sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029; VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; VwGH 15. 3. 2017, Ra 2014/04/0052).

3. b) Zu Spruchpunkt I.) A) - Nachprüfungsantrag:

Die Antragstellerin brachte zusammengefasst vor, dass die angefochtene Ausscheidensentscheidung wegen mangelnder Eignung rechtswidrig sei, da die Antragstellerin tatsächlich und rechtlich über die Ressourcen ihrer Konzerntochter XXXX verfüge und daher die Eignung der Antragstellerin anzuerkennen sei. Die Nennung der Konzerntochter XXXX als Subunternehmer oder Mitglied einer Bietergemeinschaft im Angebot der Antragstellerin sei nicht erforderlich, da sie verbundene Unternehmen seien.

Zu prüfen ist somit entsprechend den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen vorerst, ob die Antragstellerin selbst über die erforderliche Eignung verfügt. Die Antragstellerin selbst verfügt, wie der Auftraggeber meint und die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung selbst zugestanden hat, nicht über die erforderliche Befugnis.

Die Antragstellerin hat jedoch entsprechend den Rz 52 bis 54 der AAB als verbundenes Unternehmen die Möglichkeit der Weitergabe des gesamten Auftrages an geeignete Subunternehmer. Gemäß Rz 58 der AAB werden Unternehmer, die für die Erfüllung der Eignungsanforderungen notwendig sind, oder die für die Bewertung relevant sind, jedenfalls wie Subunternehmer behandelt, unabhängig davon welche Leistungen sie erbringen sollen. Die Regeln für Subunternehmer gelten daher auch für diese Unternehmer. Gemäß Rz 60 der AAB können Subunternehmer nur im Angebot genannt werden. Eine nachträgliche Nennung von Subunternehmern im Rahmen der Prüfung ist nicht zulässig und wird nicht berücksichtigt. Gemäß Rz 61 der AAB sind die Subunternehmer im "Formblatt Subunternehmer" unter Angabe des jeweiligen Anteils an der Gesamtleistung anzuführen. Außerdem ist das ausgefüllte und vom Subunternehmer unterfertigte Formblatt "Verpflichtungserklärung" vorzulegen.

Wie sich aus dem Angebot der Antragstellerin und ihrem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung ergibt, hat die Antragstellerin in ihrem Angebot keinen Subunternehmer benannt. Sie hat kein "Formblatt Subunternehmer" und kein Formblatt "Verpflichtungserklärung" ausgefüllt. Die von der Antragstellerin nach Angebotsöffnung nachgereichte Verpflichtungserklärung (Subunternehmer) (Beilage./E), eidesstattliche Erklärung vom 19.6.2019 (Beilage./F) und Subunternehmerliste (Beilage./G) stellen eine nachträgliche Nennung von Subunternehmern im Sinne der Rz. 60 AAB dar, was daher unzulässig und nicht zu berücksichtigen ist. Da die Antragstellerin weder selbst über die erforderliche Eignung verfügt noch in ihrem Angebot einen Subunternehmer benannt hat, wurde das Angebot der Antragstellerin vom Auftraggeber zu Recht mangels Eignung gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 ausgeschieden.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass es entsprechend dem Urteil des EuGH vom 02.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia, Rz 30, unzulässig wäre zu vermuten, dass der Dienstleistungserbringer über die Mittel Dritter verfügt, wenn dies nur darauf gestützt wird, dass er zur selben Unternehmensgruppe gehört.

3. c) Zu Spruchpunkt II.) A) - Gebührenersatz:

Da die Antragstellerin nicht obsiegt hat, hat sie gemäß § 341 BVergG 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch den Auftraggeber.

4) Zu den Spruchpunkten I.) B) und II.) B) - Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu die im Erkenntnis zitierten Erkenntnisse des VwGH) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsabänderung,
Ausscheidensentscheidung, bestandfeste Ausschreibung, Bewertung,
Bietergemeinschaft, Bindungswirkung, Dienstleistungsauftrag,
Eignung, Gewerbeberechtigung, mündliche Verhandlung,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachweismangel,
Nichtigerklärung, objektiver Erklärungswert, Subunternehmer,
unvollständiges Angebot, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W134.2219072.1.00

Zuletzt aktualisiert am

03.10.2019

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

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