jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2020/3/12 W139 2224102-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 12.03.2020

Entscheidungsdatum

12.03.2020

Norm

ABGB §914
BVergG 2018 §12 Abs1
BVergG 2018 §123 Abs1
BVergG 2018 §123 Abs2
BVergG 2018 §141 Abs1 Z2
BVergG 2018 §141 Abs1 Z7
BVergG 2018 §2 Z15
BVergG 2018 §2 Z5
BVergG 2018 §20 Abs1
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §334 Abs2
BVergG 2018 §342 Abs1
BVergG 2018 §344 Abs1
BVergG 2018 §347 Abs1 Z1
BVergG 2018 §347 Abs1 Z2
BVergG 2018 §363 Abs1
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2
BVergG 2018 §78 Abs1 Z9
BVergG 2018 §79
BVergG 2018 §86
BVergG 2018 §98 Abs2
BVergG 2018 §98 Abs3
B-VG Art133 Abs4
B-VG Art133 Abs9
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W139 2224102-2/33E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Georg KONETZKY als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Christoph WIESINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über die Anträge der XXXX , vertreten durch ESTERMANN POCK Rechtsanwälte GmbH, Rennweg 17, 1030 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Technisches Gebäudemanagement Universität Wien (19-006.888)" der Auftraggeberin Universität Wien, Universitätsring 1, 1010 Wien, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Die Anträge "auf Nichtigerklärung der Entscheidung unser Angebot hinsichtlich der Lose 2 und 3 auszuscheiden (Ausscheidensentscheidung)" werden abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 iVm Abs 9 B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 07.10.2019, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 27.09.2019, das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Lose 2 und 3 auszuscheiden, verbunden mit einem Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie einem Antrag auf Gebührenersatz.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Auftraggeberin führe ein nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich betreffend Leistungen des technischen Gebäudemanagements durch. Die Antragstellerin habe hinsichtlich der Lose 2 (Althanstraße 14 - UZA II) und 3 (Dr. Bohrgasse und Oskar-Morgenstern-Platz 1) jeweils fristgerecht und ausschreibungskonform ein Angebot gelegt. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, sie habe sich am Vergabeverfahren beteiligt, der Geschäftsgegenstand liege insbesondere in der Erbringung der nachgefragten Leistungen. Die bisherigen erheblichen Kosten der Verfahrensbeteiligung seien frustriert. Weiters drohe der Entgang des Gewinnes sowie der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Die Antragstellerin bezeichnete die Rechte, in denen sie sich als verletzt erachte.

Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führte die Antragstellerin zusammengefasst aus:

Die Ausscheidensentscheidung werde zum einen vorrangig auf die mangelnde Zuverlässigkeit der Antragstellerin gestützt, da zwischen der Antragstellerin und der Auftraggeberin ein Vertragsverhältnis bestanden habe, welches aufgrund "zahlreicher schwerwiegender Mängel" beendet worden sei. Die Auftraggeberin habe dennoch die Einladung zur Angebotslegung nicht zurückgezogen. Da die vom Auftraggeber erklärte Vertragsbeendigung unberechtigt und höchst diskreditierend sei und vorangehende außergerichtliche Klärungsversuche gescheitert seien, habe die Antragstellerin eine Feststellungsklage eingebracht. Nur wenige Tage danach habe die Auftraggeberin der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt. Der gegenständliche Ausschlusstatbestand des § 78 Abs Z 9 BVergG könne bestenfalls dann in Betracht gezogen werden, wenn hinsichtlich der einzelnen Tatbestandsmerkmale (erhebliche Mängel bzw Vertragsbeendigung) bereits eine Entscheidung eines dafür zuständigen Gerichtes vorliege. Dies sei gegenständlich nicht der Fall. Unabhängig davon, würden die behaupteten Mängel in Wahrheit nicht vorliegen, jedenfalls aber keine vorzeitige Vertragsbeendigung rechtfertigen und könnten keinesfalls so gravierend sein, um eine Ausscheidensentscheidung zu begründen. Der Auftraggeber habe seit Bekanntwerden der angeblichen Mängel viele Monate zugewartet, sodass die erst im September (2019) ausgesprochen Vertragsbeendigung jedenfalls unberechtigt

gewesen sei und die darin behaupteten Mängel auch aus Sicht der Auftraggeberin nicht so gravierend haben sein können, dass eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar gewesen wäre. Hinzu komme, dass der Antragstellerin seit Kenntnis der angeblichen Mängel bis zuletzt unzählige Zusatzaufträge erteilt worden seien.

Soweit die Ausscheidensentscheidung darauf gestützt werde, dass im Angebot der Antragstellerin in deren Betreiberkonzept neue bzw eignungsrelevante Subunternehmer genannt worden seien, sei zum einen zu entgegnen, dass die Regelung in den Angebotsbestimmungen nur so verstanden werden könne, dass der Bieter allenfalls auch neue Subunternehmer im Betreiberkonzept benenne, deren Einsatz die Auftraggeberin ablehnen oder zustimmen könne. Abgesehen davon dürften der Auftraggeberin wesentliche gesetzliche Änderungen seit der BVergG-Novelle 2016 entgangen sein. Es könne nur mehr die unterlassene Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern zum Ausscheiden führen. Vorliegend seien die im Betreiberkonzept genannten Subunternehmer jedenfalls keine erforderlichen bzw "eignungsrelevanten" Subunternehmer. Die Eignungskriterien seien bereits in den Unterlagen der ersten Verfahrensstufe festgelegt worden und die Eignung habe an Hand dieser Unterlagen beurteilt werden müssen. Die Antragstellerin erfülle alle Eignungskriterien. Dementsprechend sei die Antragstellerin auch unter die "Top 5" gereiht und zur Angebotslegung eingeladen worden. Die Ausscheidensentscheidung erweise sich daher auch insofern als rechtwidrig.

2. Am 09.10.2019 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

3. Am 15.10.2019 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Ein Auftraggeber müsse Ausscheidens- bzw Ausschlussgründe zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens wahrnehmen. Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin liege der Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 9 BVergG nicht erst dann vor, wenn hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale eine Entscheidung eines dafür zuständigen ordentlichen (Zivil-)Gerichts vorliege. Insbesondere habe der EuGH in der Rechtssache Meca der Argumentation der Antragstellerin eine deutliche Absage erteilt. Die Auftraggeberin habe bis Ende des Jahres 2018 / Anfang des Jahres 2019 auf die grundsätzlich ordnungs- und vertragskonforme Leistungserbringung und Abrechnung vertraut und in der Folge aber zufällig Entdeckungen von mangelhaften bzw unterlassenen Wartungsleistungen bzw Inspektionen, unrichtigen (Zusatz-)Angebotsstellungen bzw falschen Abrechnungen und der teilweise unzureichenden Dokumentation und Datenpflege gemacht. Dies sei der Antragstellerin umgehend mitgeteilt worden. Trotz redlicher Bemühungen der Auftraggeberin, das Vertragsverhältnis weiterzuführen und der Hoffnung, die Antragstellerin würde ihr Möglichstes tun, die Versäumnisse aufzuholen, die Leistungserbringung zu verbessern und die aufgezeigten Abrechnungsfehler eingehend zu prüfen, seien keine derartigen Bemühungen der Antragstellerin erfolgt. Zur Verifizierung der erkannten Verfehlungen sei ein Sachverständiger beauftragt worden. Die Auftraggeberin habe letztlich keine andere Möglichkeit gehabt, als das Vertragsverhältnis zu beenden. Dies sei für die Antragstellerin nicht plötzlich erfolgt. Die Verträge würden die Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung aufgrund von Vertragsverletzungen vorsehen. Darüber hinaus sei aufgrund der Zerstörung der Vertrauensbasis eine Fortführung unzumutbar gewesen.

Des Weiteren sei entgegen der Ansicht der Antragstellerin die Benennung neuer Subunternehmer im Betreiberkonzept nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen gerade nicht zulässig. Die Eignungsprüfung habe im nicht offenen Verfahren grundsätzlich vor der Einladung zur Angebotsabgabe zu erfolgen, weswegen ausdrücklich festgelegt worden sei, dass sämtliche Subunternehmer mit dem Teilnahmeantrag namhaft zu machen seien. Die Möglichkeit der Heranziehung neuer Subunternehmer solle nur jene Fälle abdecken, in denen aufgrund eines Ausfalls oder unvorhergesehener Ereignisse der Einsatz eines zusätzlichen Subunternehmers notwendig werde. Die Antragstellerin habe in ihren Betreiberkonzepten für die Lose 2 und 3 rund 50 neue, teilweise nicht einmal zweifelsfrei identifizierbare Subunternehmer bekannt gegeben. Damit verstoße sie gegen die eindeutige Festlegung in Punkt 3.4.1 der Teilnahmebestimmungen und das Angebot sei gemäß § 141 Abs 1 Z 7 BVergG zwingend auszuscheiden. Abgesehen davon handle es sich bei zumindest vier der in den Betreiberkonzepten nachnominierten Subunternehmer um notwendige Subunternehmer. Die Antragstellerin verfüge nicht über die notwendige Befugnis für sämtliche ausschreibungsgegenständliche Leistungen. Bei jenen Leistungen, für welche die XXXX namhaft gemacht worden sei, handle es sich um periodische Überprüfungen der jeweiligen (brandschutzrelevanten) Anlagen, die ausschließlich von einer akkreditierten Inspektionsstelle durchgeführt werden dürften. Bei der XXXX handle es sich um eine derartige Inspektionsstelle, die nach den jeweils relevanten "Technischen Richtlinien Vorbeugender Rechtsschutz" akkreditiert und zertifiziert sei. Es handle sich somit um eine notwendige Subunternehmerin. Dies gelte auch für die für die

Leistungsteile "Motor betriebene Türen und Tore Prüfung" und "Personenaufzug jährliche XXXX Prüfung" und für die Überprüfung von Druckluftbehältern bezeichneten Subunternehmer. Aus diesem Grunde sei das Angebot der Antragstellerin daher auch mangels Eignung gemäß § 141 Abs 1 Z 2 BVergG auzuscheiden.

4. Am 04.11.2019 replizierte die Antragstellerin. Die Antragstellerin habe die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen über mehrere Jahre ohne jede Beanstandung erbracht. Es sei für die Antragstellerin daher völlig überraschend gewesen, dass sie erstmals im Februar (2019) mit insgesamt 12 vermeintlichen Unzulänglichkeiten bei der Vertragsabwicklung konfrontiert worden sei. Ein von der Antragstellerin wiederholt erbetenes aufklärendes Gespräch sei letztlich nie zustande gekommen. Schließlich habe zwar ein Gesprächstermin am 05.09.2019 im Beisein der jeweiligen Rechtsvertreter stattgefunden, bei welchem die Auftraggeberin allerdings nicht das geringste Interesse daran gezeigt habe, die ständig wiederholten Vorwürfe inhaltlich zu erörtern bzw sich die Sichtweise der Antragstellerin erläutern zu lassen. Der Antragstellerin sei vielmehr erklärt worden, dass sie eine Stunde Zeit hätte, man über keine Details sprechen wolle und sie eine schriftliche Erklärung über die Vertragsbeendigung erhalten werde, was tatsächlich auch am darauffolgenden Tag erfolgt sei. Vor diesem Hintergrund sei der Vorhalt, die Antragstellerin hätte "keinerlei partnerschaftliches Verhalten" bzw "keinen Willen einer Aufklärung der Themen" gezeigt eine völlige Verdrehung der Tatsachen. Vielmehr habe die Auftraggeberin alles daran gesetzt, die vorzeitige Vertragsbeendigung vorzubereiten. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass es vereinzelt zu Unregelmäßigkeiten gekommen sei, stelle dies allein noch keinen Ausschlussgrund dar, denn § 78 Abs 1 Z 9 BVergG fordere vielmehr das Vorliegen von dauerhaften und erheblichen Mängeln, welche vom Auftraggeber nachzuweisen seien. Dies sei gegenständlich nicht der Fall. Wenn die Auftraggeberin erstmals ausführe, dass für diverse Leistungen spezielle Befugnisse notwendig seien, über die die Antragstellerin nicht verfüge, weshalb die erst im Angebot bezeichneten Subunternehmer notwendige Subunternehmer seien, so sei ihr entgegen zu halten, dass in Punkt 4.2.2. der Teilnahmeunterlagen keine beispielhafte Festlegung der Gewerbeberechtigungen erfolgt sei. Darüber hinaus sei aber wesentlich, dass nach den Ausschreibungsfestlegungen die genannten Prüfleistungen gar nicht Gegenstand der ausgeschriebenen Leistungen seien, sondern nach Punkt 12.2.3. der Leistungsbeschreibung lediglich deren Unterstützung bzw die diesbezügliche Kostentragung. Damit entfalle auch das Erfordernis entsprechender staatlicher Zulassungen des Bieters bzw seiner Subunternehmer. Unabhängig von den Festlegungen der Leistungsbeschreibung sei anzumerken, dass die Rechtsprechung staatlich zugelassene Prüfstellen gar nicht als Subunternehmer qualifiziere, weil diese nicht selbst die Leistungen ausführen, sondern lediglich die Ausführung der Leistung überprüfen würden.

5. Am 12.11.2019 führte die Auftraggeberin ergänzend aus, dass die Festlegung über die erforderlichen Befugnisse keine taxative Aussage darstelle, was sich auch daraus ergebe, dass der Nachweis der ausreichenden Befugnis allein dem Bewerber obliege. Weiters wäre der Hinweis, dass die Auftraggeberin vom Erfordernis bestimmter Befugnisse "ausgehe", keiner Präklusion zugänglich. Ein solcher Hinweis wäre nach der Rechtsprechung des VwGH im Einklang mit den Gesetzen, also insbesondere § 20 Abs 1 und 81 BVergG, der GewO usw zu lesen. Andernfalls wäre die Auftraggeberin verpflichtet, den Zuschlag mitunter an nicht geeignete Bieter zu erteilen. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin seien gegenständlich eben auch Überprüfungsleistungen ausschreibungsgegenständlich. Dies entspreche auch der gängigen Praxis etwa bei Bauausschreibungen bezüglich Überprüfungsleistungen durch Materialprüfanstalten, Ziviltechniker usw. Im Übrigen würden, entgegen dem im von der Antrafstellerin zitierten Sachverhalt im Erkenntnis des LVwG Steiermark, die gegenständlich relevanten Leistungen gerade nicht die Überprüfung der Ausführung der Leistungen Anderer, sondern eindeutig die Ausführungen der Überprüfungsleistungen selbst betreffen. Überprüft werde der ordnungsgemäße Zustand der Anlage. Diese Überprüfungsleistungen seien unzweifelhaft Inhalt der konkret vor Ort zu erbringenden ausschreibungsgegenständlichen Leistungen. Damit stehe auch fest, dass die Unternehmen, die diese Leistungen erbringen sollen, notwendige Subunternehmer seien. Dies ergebe sich auch aus der Rechtsprechung des VwGH, wonach ein Subunternehmer ein Unternehmer sei, der es übernehme, Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages - im Sinne der Herstellung eines Teilerfolges - selbst herzustellen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen.

6. Am 15.11.2019 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Die Auftraggeberin führte zum Ausscheidensgrund der mangelnden Befugnis aus, dass ausschreibungs- und leistungsgegenständlich alle für den Betrieb des Gebäudes erforderlichen Leistungen seien. Die Ausschreibung selbst sei mit der Beschreibung "Dienstleistung betreffenden das technische Gebäudemanagement" tituliert. Davon umfasst

seien sohin auch sämtliche Wartungs-, Inspektions- und Revisionsleistungen, die entweder ausdrücklich in den Leistungsverzeichnissen gefordert oder nach den in den Leistungsverzeichnissen verwiesenen Richtlinien, Gesetzen, technischen Normen und Verordnungen erforderlich seien. Dies sei für den Betrieb der Anlagen jedenfalls erforderlich. Im Unterschied zu dem von der Antragstellerin zitierten Sachverhalt in der Entscheidung des LVwG Steiermark habe die Auftraggeberin gerade keine Inspektions- oder Prüfstellen vorgegeben oder sich deren Beauftragung vorbehalten. Es sei bei Leistungen des technischen Gebäudemanagements nicht üblich, die Leistungen der Revision getrennt auszuschreiben.

Demgegenüber sei nach Auffassung der Antragstellerin lediglich die Inspektion ausgeschrieben, die sich nach den Definitionen der TRVB 001 A, vor allem dadurch zur Revision unterscheide, dass sie erstens keine Beurteilung des Zustandes umfasse und zweitens gemäß TRVB 123 S keine Inspektionsstelle erfordere, sondern auch durch den Bieter selbst erledigt werden könne. Die wiederkehrenden Prüfungen durch Sachverständige habe der Auftragnehmer nicht selbst durchzuführen, sondern nur vorzubereiten und die amtlichen Prüfgebühren zu bezahlen. Die Namhaftmachung einer Inspektionsstelle für die Revision im Angebot der Antragstellerin sei erfolgt, da ausdrücklich auch Fremdleistungen anzuführen gewesen seien. Soweit die Auftraggeberin festhalte, dass eine gemeinsame Ausschreibung üblich sei, wurde festgehalten, dass im vorangegangenen Verfahren hinsichtlich des Loses 3 die Revision der Aufzüge direkt von der Auftraggeberin beauftragt worden sei, sodass es umso mehr nachvollziehbar sei, wenn die Auftraggeberin nun in der aktuellen Ausschreibung Revisionsleistungen nicht ausschreibe.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeberin ist die Universität Wien. Im Juni 2019 schrieb sie die verfahrensgegenständliche Leistung "Technisches Gebäudemanagement Universität Wien (19-006.888)" in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung für eine maximal fünfjährige Laufzeit im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip in drei Losen aus.

Die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages (Teilnahmeunterlagen, bestehend ua aus den Teilnahmebestimmungen (Teil A), der Leistungsbeschreibung (Anlage A1) und dem Leistungsverzeichnis) sowie die Aufforderung zur Angebotsabgabe und der damit zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen blieben unangefochten. Die Antragstellerin wurde hinsichtlich der Lose 2 und 3 zur Angebotslegung aufgefordert. Die Antragstellerin beteiligte sich an diesem Vergabeverfahren mit der Legung von Angeboten zu den Losen 2 und 3.

Die Ausschreibungsunterlagen lauten auszugsweise:

Teil A - Teilnahmebestimmungen:

"1.2. Projektbeschreibung / Leistungsgegenstand

Gegenstand der Ausschreibung ist der Abschluss von Leistungsverträgen für Dienstleistungen des technischen Gebäudemanagements für insgesamt sechs Standorte der Auftraggeberin aufgeteilt in drei Losen. Inhalt der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen sind insbesondere die Betriebsführung, die ordnungsgemäße Bewirtschaftung sämtlicher technischen Anlagen der Vertragsobjekte, deren Verwaltung (über das hauseigene CAFM-System "Famis") sowie die Übernahme der Betreiberverantwortung. [...]

2.13. Ausschluss von Unternehmern /Ausscheiden von Teilnahmeanträgen

Von der Teilnahme am Vergabeverfahren werden Bewerber bzw deren Subunternehmer oder sonstige Dritte nach Maßgabe des § 78 BVergG ausgeschlossen. Mit der Abgabe des Teilnahmeantrages erklärt der Bewerber, dass die Ausschlussgründe des § 78 Abs 1 BVergG weder bei ihm noch bei seinen Subunternehmern oder von ihm genannten sonstigen Dritten vorliegen. Teilnahmeanträge werden zudem unter sinngemäßer Anwendung der Regelungen des § 141 BVergG sowie allfälligen sonstigen in den Teilnahmeunterlagen angeführten Gründen ausgeschieden. [...]

3.4. Subunternehmer / sonstige Dritte /verbundene Unternehmen

3.4.1. Allgemeines

Die Weitergabe von Teilen der ausgeschriebenen Leistung an Dritte (Subunternehmer iSd § 2 Z 34 BVergG, sonstige Dritte iSd § 86 BVergG, verbundene Unternehmen iSd § 2 Z 40 BVergG iVm § 189a Z 8 UGB) ist insoweit zulässig, als der Dritte die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit aufweist. Die Weitergabe von Teilen der Leistung berührt die Verpflichtungen des Bewerbers gegenüber der Auftraggeberin jedoch nicht. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist - ausgenommen an verbundene Unternehmen - unzulässig.

Der Bewerber hat alle (auch unwesentliche) Leistungsteile der ausgeschriebenen Leistung, die er an Subunternehmer, sonstige Dritte und/oder verbundene Unternehmen weiterzugeben beabsichtigt, mit dem Teilnahmeantrag bekanntzugeben und den/die entsprechenden Subunternehmer, sonstige Dritte und/oder verbundene Unternehmen zu nennen. Weiters sind auch Sub-Subunternehmer, Sub-Sub-Subunternehmer und in darüber hinausgehenden Beauftragungsketten mit dem Bewerber verbundene Unternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben. Wenn in der Folge der Begriff des "Subunternehmers" verwendet wird, sind damit iSd § 2 Z 34 BVergG stets auch Sub-Subunternehmer, Sub-Sub-Subunternehmer und in darüber hinausgehenden Beauftragungsketten mit dem Bewerber verbundene Unternehmer gemeint. Der Bewerber hat (Formblatt B5) anzugeben, welche Leistungen der jeweilige Subunternehmer, sonstige Dritte und/oder das verbundene Unternehmen (gemäß Punkt 3.4.5) mit welchem Anteil an der Gesamtleistung erbringen soll (Sub-Subunternehmer und in weiteren Beauftragungsketten mit dem Bewerber verbundene Unternehmen haben im Formblatt B4 im Feld "Übernommener Leistungsteil" anzugeben, für welchen Subunternehmer sie tätig werden).

Der Subunternehmer, sonstige Dritte und/oder das verbundene Unternehmen muss die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit iSd §§ 82 und 83 BVergG besitzen (siehe hierzu Punkt 4.2).

Der Subunternehmer, sonstige Dritte und/oder das verbundene Unternehmen hat zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit das Formblatt B6 auszufüllen und elektronisch oder handschriftlich zu unterfertigen. Darüber hinaus sind die (für die von diesem zu erbringenden ausschreibungsgegenständlichen Leistungen relevanten) Befugnisse von Subunternehmern, sonstigen Dritten und/oder von verbundenen Unternehmen in der Eigenerklärung des Bewerbers (Formblatt B7) aufzuzählen.

Die Auftraggeberin behält sich vor, (weitere) Nachweise über die Eignung des Subunternehmers, sonstiger Dritter und/oder verbundener Unternehmen - sowohl während des Vergabeverfahrens als auch bei Vertragserfüllung - anzufordern. Der Bewerber verpflichtet sich mit Abgabe seines Teilnahmeantrags, die Nachweise unverzüglich, längstens jedoch binnen 5 (fünf) Kalendertagen ab Anforderung - sofern bei Anforderung keine andere Frist festlegt wird - an die Auftraggeberin zu übermitteln.

Fällt die Prüfung eines notwendigen Subunternehmers (vgl Punkt 3.4.3) durch die Auftraggeberin negativ aus, führt dies zum Ausscheiden des Teilnahmeantrages des Bewerbers. Die Nachnominierung eines neuen Subunternehmers durch den Bewerber ist in diesem Fall nicht möglich.

Fällt die Eignungsprüfung eines nicht notwendigen Subunternehmers durch die Auftraggeberin negativ aus, wird der betreffende Subunternehmer von der Auftraggeberin abgelehnt und darf daher vom Bewerber bei der Leistungserbringung nicht eingesetzt werden. Die Ablehnung eines Subunternehmers wird dem Bewerber von der Auftraggeberin schriftlich (E-Mail ist ausreichend) bekannt gegeben. Für den Bewerber besteht in diesem Fall die Möglichkeit, binnen der in der Verständigung von der Ablehnung genannten Frist (sofern keine Frist angegeben ist: binnen fünf Werktagen) einen neuen Subunternehmer nach zu nominieren. Eine solche Nachnominierung hat nach denselben Vorschriften wie die Bekanntgabe von Subunternehmern zu erfolgen. Erfolgt keine Nachnominierung binnen der Frist, so gilt dies als Erklärung des Bewerbers, den betreffenden Leistungsteil selbst auszuführen.

3.4.2. Wechsel eines Subunternehmers und Bekanntgabepflicht

Der Wechsel eines Subunternehmens sowie die Hinzuziehung eines neuen Subunternehmens ist sowohl vor als auch nach Vertragsschluss nur mit schriftlicher Zustimmung der Auftraggeberin zulässig. Die Auftraggeberin wird einem Wechsel zustimmen, wenn der Bewerber/Bieter nachweist, dass der neue Subunternehmer dem auszutauschenden Subunternehmer in Hinblick auf sein Eignungsniveau gleichwertig ist und auch sonst keine wichtigen Gründe auf Seiten der Auftraggeberin gegen den Wechsel sprechen. Die Auftraggeberin behält sich vor, für den neuen

Subunternehmer alle Nachweise zu fordern, die vom Bewerber zu erbringen sind. Ein Subunternehmerwechsel ist weiters dann zulässig, wenn die Auftraggeberin den Austausch eines Subunternehmers aus wichtigem Grund (etwa fortgesetzte Schlechtleistungen trotz Abmahnung durch die Auftraggeberin) fordert.

Der Bewerber verpflichtet sich, seine Subunternehmer vertraglich zu verpflichten, jeden Wechsel eines im Teilnahmeantrag bekannt gegebenen Subunternehmers und jeden Einsatz eines neuen, nicht im Teilnahmeantrag bekannt gegebenen Subunternehmers unter Anschluss aller zur Prüfung der Eignung des betreffenden Subunternehmers erforderlichen Nachweise dem Bewerber mitzuteilen, um die vorherige Einholung der Zustimmung der Auftraggeberin zu dessen/deren Einsatz bei der Ausführung des Auftrages durch den Bewerber zu ermöglichen. Die Subunternehmer haben diese Bekanntmachungsverpflichtung wiederum deren Subunternehmern vertraglich zu überbinden sowie diese Überbindungsverpflichtung auch deren Subunternehmer aufzuerlegen.

3.4.3. Notwendige Subunternehmer

Bewerber können sich auch zum Nachweis der Erfüllung der in Punkt 4.2.3 (finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) und Punkt 4.2.4 (technische Leistungsfähigkeit) festgelegten Mindestkriterien auf Dritte berufen. Für solche "notwendigen Subunternehmer" gilt zusätzlich Folgendes:

Der Bewerber hat nachzuweisen, dass er für die gesamte Vertragsdauer tatsächlich über die Mittel der notwendigen Subunternehmer zur jeweiligen Leistungserbringung verfügt. Jeder notwendige Subunternehmer ist mit den Formblättern B4, B5 und/oder B7 bekannt zu geben. Weiters hat jeder notwendige Subunternehmer das Vorliegen der notwendigen Befugnis bzw technischen Leistungsfähigkeit für den ihm zukommenden Leistungsteil zu bestätigen und zu erklären, im Auftragsfall mit dem Bewerber die angegebenen Leistungen zu erbringen. Dazu sind zwingend - je nachdem, ob der notwendige Subunternehmer zum Nachweis der Erfüllung der Mindestkriterien der technischen Leistungsfähigkeit bzw des Vorliegens der Befugnis oder der Erfüllung der Mindestkriterien der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit herangezogen wird - das Formblatt B8 und/oder das Formblatt B9 und/oder das Formblatt B10 zu verwenden. Gegebenenfalls sind die entsprechenden Formblätter zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen und/oder technischen Leistungsfähigkeit (Referenzen etc) vom notwendigen Subunternehmer auszufüllen. [...]"

Teil A1 - Angebotsbestimmungen:

"7. BESTBIETERERMITTLUNG

7.1 Zuschlagskriterien

[...]

7.2 Zuschlagskriterium "Preis"

[...]

7.3 Zuschlagskriterium "Qualität"

[...]

7.3.2 Subkriterien "Betreiberkonzept" und "Personaleinsatzplan"

[...]

Das Betreiberkonzept muss folgende Mindestinhalte aufweisen:

- Darstellung des Konzepts zur Übernahme des techn. Gebäudemanagements inkl. Start-Up-Phase, Betriebsmanagement und Betriebsstruktur unter Berücksichtigung der Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen (insbesondere der Leistungsbeschreibung);

- Darstellung eines projektspezifischen Organigramms (AG-AN, Schlüsselpersonen, eingesetztes Personal, Notfallmanagement, Subunternehmer etc.);

- Erstellung eines detaillierten Instandhaltungsplans sowie Bekanntgabe der verwendeten Software zur Darlegung der Durchführung der Leistungen (Wartungen, Inspektionen, Überprüfungen, periodische Leistungen etc); Darstellung der Eigenleistungen / Fremdleistungen (Schnittstellen);

- Darstellung der Vorgehensweise zur Übernahme und Wahrnehmung der Betreiberverantwortung;

- Darstellung der Dokumentation und des Datenmanagements (Darstellung der Aktivitäten und Tools zur Dokumentation und Datenmanagement gemäß den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung). [...]

Anlage A1 - Leistungsbeschreibung:

"Präambel

Die folgende Leistungsbeschreibung ist in 3 Teile gegliedert:

- Allgemeien Liestungen, Betriebsführung und Betreiben

- Technisches Gebäudemanagment

- Beheben von Störungen

Alle in der Leistungsbeschreibung geforderten und somit vertraglich vereinbarten Leistungen sind in die Ein-heits- und Gesamtpreise der Anlage A2, Leistungsverzeichnis (LV) einzukalkulieren. Sofern vorhanden sind die ausgewiesenen Positionen zu nutzen, andernfalls sind die Leistungen in die Grundleistungen des LV einzukalkulieren. [...]

2.1. Gebäudemanagement

Das Gebäudemanagement ist die Gesamtheit aller Leistungen zum Betreiben und Bewirtschaften von Gebäuden einschließlich der baulichen und technischen Anlagen auf der Grundlage ganzheitlicher Strategien. Dazu gehören auch die infrastrukturellen und kaufmännischen Leistungen (vgl. DIN 32736).

Gebäudemanagement zielt auf die strategische Konzeption, Organisation und Kontrolle, hin zu einer integralen Ausrichtung der traditionell additiv erbrachten einzelnen Leistungen.

Das Gebäudemanagement gliedert sich in die vier Leistungsbereiche:

- Technisches Gebäudemanagement (TGM)

- Infrastrukturelles Gebäudemanagement (IGM)

- Kaufmännisches Gebäudemanagement

- Flächenmanagement (FLM)

[...]

2.1.1. Technisches Gebäudemanagement

Das technische Gebäudemanagement umfasst alle Leistungen, die zum Betreiben und Bewirtschaften der baulichen und technischen Anlagen eines Gebäudes erforderlich sind. [...]

4. Anforderungen an die Dienstleistungen

4.1. Allgemeine Anforderungen

[...]

Alle durch den AN zu erbringenden Leistungen müssen

- den gültigen Regeln, Vorschriften und Gesetzen genügen,

- der Sicherstellung der betreiberpflichten genügen,

- den anerkannten Regeln der Technik entsprechen.

Mit der Übernahme wird der AN für die Verkehrssicherheit im Bereich seiner Aufgaben und Tätigkeiten zu-ständig und verantwortlich für den gesamten Gebäudebetrieb sein. Die Betreiberverantwortung wird nach den Regelungen der GEFMA 190 an den AN übertragen. In die Einheitspreise der Anlage A2, LV, sind alle hierfür entstehenden Leistungen und Aufwendungen einzukalkulieren.

Grundsätzlich müssen folgende Punkte bei der Leistungserbringung eingehalten werden:

[...]

- Das sach- und fachgerechte Instandhalten (nach DIN 31051) der vom AN übernommenen Räumlichkeiten und Flächen.

[...]

- Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, dass Leistungen dieses Vertrages, die sich nach Art, Umfang und Notwendigkeit nicht zweifelsfrei aus dem Vertrag entnehmen las-sen, nach Art und Umfang so ausgeführt werden, wie dies in Fachkreisen üblich und gemäß der Vertragsleistung FM erforderlich ist.

- Alle notwendigen Leistungen zur Erreichung des festgelegten Ziels sind entsprechend der Leistungsbeschreibung auszuführen. Darüberhinausgehende, nicht eindeutig beschrie-bene, für den Gesamterfolg aber notwendige Leistungen oder unklare Mengen, sind ent-sprechend dem jeweiligen Gewerk in seiner sonst üblichen Art und Weise zu erbringen.

4.2. Sicherheitsrelevante Anforderungen

Der AN verpflichtet sich, die einschlägigen Gesetze, Vorschriften, Verordnungen und Bestimmungen (u.a. Unfallverhütungsvorschriften (UVV), Arbeitsschutzgesetz mit der Arbeitsstättenverordnung, Betriebssicherheitsverordnung, Gefahrstoffverordnung etc.) in allen zur Leistungserbringung notwendigen Bereichen und Formen zu befolgen. [...]

4.4. Allgemeine Richtlinien und Vorschriften

Für die Durchführung der Leistungen sind die Gesetze, Richtlinien und Vorschriften in ihrer jeweils letztgülti-gen Fassung zu beachten. Auf eine detaillierte Aufstellung wird an dieser Stelle verzichtet, da die sehr gute Kenntnis der Richtlinien und Vorschriften eine verpflichtende Voraussetzung für die Dienstleistungserbrin-gung durch den AN ist. U.a. die GEFMA 910 "Normen- und Richtlinienverzeichnis FM" beinhaltet eine aktuelle Zusammenstellung, die entsprechend zu beachten ist. [...]

B Technisches Gebäudemanagement

[...]

11. Instandhaltung

Instandhaltung sind alle Maßnahmen zur Bewahrung und Wiederherstellung des Soll-Zustandes, sowie zur Feststellung und Beurteilung des Ist-Zustandes von technischen Mitteln eines Systems (vgl. DIN 31051).

Die Maßnahmen beinhalten:

- Wartung

- Inspektion

- Instandsetzung

Hierbei umfassen die o. g. Aufgabenbereiche die Gesamtheit aller Maßnahmen, die für die Instandhaltung der technischen Mittel der Systeme (Anlagen oder Anlagenteile) innerhalb der Liegenschaft (innerbetrieblich) erforderlich sind.

Maßnahmen der Verbesserung nach DIN 31051, der Sanierung nach DIN 32736 oder Modernisierung nach DIN 32736 sind nicht Bestandteil der vertraglich geschuldeten Leistung. Diese Leistungen können vom AN gesondert angeboten werden und können durch den AG ggf. separat beauftragt und vergütet werden.

Die Instandhaltungsziele orientieren sich an den Leistungen des AG. In den ausgeschriebenen Leistungen dieser LB sind auch Sonderleistungen enthalten, die sich aufgrund nicht üblicher Betriebs- und Umgebungs-bedingungen der Liegenschaft ergeben. Sämtliche Instandhaltungsmaßnahmen sind zu dokumentieren.

Die Instandhaltung beinhaltet folgende grundsätzliche Aufgaben:

- Die Feststellung des Instandhaltungsbedarfs.

- [...]

- Die eigenverantwortliche Leistungserbringung für:

o Prüfung,

o Inspektion,

o Wartung und

o Instandsetzung.

Ziele der Instandhaltung sind:

- Die Länge der auftretenden Störungen auf ein Minimum zu reduzieren.

- Die Unterbrechungen des laufenden Betriebes gegen Null zu senken.

- Die Lebensdauer von Gebäuden und technischen Anlagen zu verlängern.

- Die Gewährleistung des laufenden Betriebes und der Nutzung.

[...]

11.3. Inspektion

Unter Inspektion sind alle Maßnahmen zur Feststellung und Beurteilung des Ist-Zustandes von technischen Mitteln eines Systems zu verstehen. [...]

11.4. Leistungsumfang Wartung + Inspektion

Alle in der Begriffsdefinition der DIN 31051 für Inspektion und Wartung geforderten Leistungen und Teilleistungen sind durch den AN zu erbringen und mit in die abgefragten Einheitspreise einzukalkulieren.

Die Maßnahmen zur Inspektion und Wartung beinhalten die Erstellung eines Inspektions- und Wartungsplanes, der auf die Belange des jeweiligen Objektes abgestellt ist. Die dazu notwendigen zusätzlichen Informationen über Richtlinien oder Herstellerangaben sind vom AN einzuholen. Im Angebotspreis sind die Kosten der Wartungs- und Inspektionsleistungen nach VDMA und zusätzlichen Wartungs- und Inspektionsleistungen nach anderen Richtlinien oder Herstellerangaben zu berücksichtigen.

Neben den periodisch durchzuführenden Wartungs- und Inspektionsleistungen müssen diese auch bei auftretender Notwendigkeit hervorgerufen durch den Anlagenzustand oder auf Aufforderung durch den AG, durchgeführt werden. Sollte sich eine Beeinträchtigung des Betriebes anzeigen, sind unverzüglich Maßnahmen zur laufenden Betriebssicherheit und den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Anlage einzuleiten und durchzuführen. [...]

12.2. Wiederkehrende Prüfungen

[...]

12.2.2. Prüfungen durch befähigte Personen (sachkundige (SK) Prüfungen)

Soweit wiederkehrende Prüfungen durch befähigte Personen an den Anlagen vorgeschrieben sind, sind diese vom AN im vorgeschriebenen Intervall durchzuführen, zu dokumentieren und in die entsprechenden Einheitspreise des LVs für die Wartung mit einzukalkulieren.

12.2.3. Sachverständigenprüfungen (SV-Prüfungen)

Soweit wiederkehrende Prüfungen durch Sachverständige an den Anlagen vorgeschrieben sind, hat der AN diese vorzubereiten und unterstützend zu begleiten. Diese Leistung ist in die entsprechenden Einheitspreise des LVs für die Wartung mit einzukalkulieren.

Die Aufwendungen für amtliche Prüfgebühren (ZÜS) gehen zu Lasten des AN und sind ebenfalls in die Preise des LVs einzukalkulieren. [...]"

Die Teilnahmeunterlagen beinhalteten neben der Leistungsbeschreibung bereits für jedes Los ein Leistungsverzeichnis. Hierin wird hinsichtlich der betreffenden technischen Anlagen und der Baukonstruktion (TGM Technische Anlagen; TGM Baukonstruktion) in den einzelnen Leistungspositionen die Leistung - jeweils neben der Beschreibung der jeweiligen technischen Anlage bzw Baukonstruktion - wie folgt beschrieben: "Wartung nach den technischen Regeln und Herstellerangaben durchführen, Inspektion nach den technischen Regeln und Herstellerangaben durchführen."

Die GEFMA Richtlinie 190 Österreich 2016 lautet auszugsweise:

"Betreiberverantwortung

im Facility Management

Die Betreiberverantwortung ist die Verantwortung über die sorgfältige Steuerung und Durchführung aller Maßnahmen, die für die Sicherstellung der Rechtskonformität (der legal compliance) für den Betrieb und die Nutzung von Gebäuden und Anlagen erforderlich ist. Diese Richtlinie will grundlegende Informationen über die Betreiberverantwortung im Facility Management vermitteln und damit einen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten. [...]

3. Begriffe

3.8 Betreiberverantwortung

Verantwortung über die sorgfältige Steuerung und Durchführung aller Maßnahmen, die für die Sicherstellung der Rechtskonformität (der legal compliance) für den Gegenstand des Betreibens erforderlich ist. [...]

3.16 Inspektion

Maßnahmen zur Feststellung und Beurteilung des Istzustandes einer Einheit einschließlich der Bestimmung der Ursachen der Abnutzung und dem Ableiten der notwendigen Konsequenzen für eine künftige Nutzung. [...]

3.17 Instandhaltung

Kombination aller technischen und administrativen Maßnahmen sowie Maßnahmen des Managements während des Lebenszyklus einer Einheit, die dem Erhalt oder der Wiederherstellung ihres funktionsfähigen Zustands dient, sodass sie die geforderte Funktion erfüllen kann. [...]

Diese Maßnahmen werden in vier Grundmaßnahmen untergliedert:

1. Wartung

2. Inspektion

3. Instandsetzung

4. Verbesserung

[DIN 31051:2012]

3.18 Instandhaltung von Gebäuden

Kombination aller technischen, administrativen und leitenden Tätigkeiten während der Lebensdauer eines Gebäudes (oder eines Teils davon), mit der Absicht, das Gebäude in einem Zustand zu erhalten oder wiederherzustellen, in dem es die geforderte Aufgabe erfüllen kann. [...]

7. Diverse Aufgaben des Betreibers im Facility Management

[...]

7.3 Instandhaltung

7.3.1 Instandhaltung als Basis für die Betriebssicherheit

Die Instandhaltung wird meist als Werterhaltung angesehen, dabei ist sie die Basis für die Betriebssicherheit. Die Instandhaltung lässt sich in die Grundmaßnahmen Wartung, Inspektion, Instandsetzung und Verbesserung unterteilen (vgl. 3.36, 3.16, 3.19 und 3.35) In der Betreiberverantwortung kommt ein besonderer Sicherheitsaspekt hinzu.

Es liegt in der Verantwortung jedes Instandhaltungsmanagements, die Instandhaltungsstrategie entsprechend der drei Hauptkriterien zu definieren:

? die Verfügbarkeit der Einheit für die geforderte Funktion zu sichern

? die mit der Einheit verbundenen Sicherheitsanforderungen zu beachten, sowohl für die Instandhaltung als auch für das Bedienungspersonal und -- wenn erforderlich -- alle Einflüsse auf die Umwelt

? die Haltbarkeit der Einheit und/oder die Qualität des gelieferten Produktes oder der gelieferten Dienstleistung zu erhalten

Die Instandhaltung liefert einen wesentlichen Beitrag zur Funktionsfähigkeit der Einheit. Es werden korrekte und genaue Definitionen benötigt, die den Benutzern der einschlägigen Instandhaltungsnormen ein besseres Verständnis der Instandhaltungsanforderungen bietet. Diese Anforderungen können bei der Abfassung von Instandhaltungsverträgen von besonderer Wichtigkeit sein.

Wichtig ist auch zu verstehen, dass Instandhaltung nicht nur auf technische Maßnahmen beschränkt ist, sondern alle Tätigkeiten wie Planung, Dokumentation und vieles andere einschließt, z.B. Eigenkontrollen und Revisionen.

Die Revision ist eine umfassende Gruppe von Prüfungen und Maßnahmen zur Erhaltung der geforderten Verfügbarkeit und Sicherheit einer Einheit. Diese Prüfungen werden von einem unabhängigen Sachverständigen durchgeführt. [...]"

Die Antragstellerin führte in ihrem Teilnahmeantrag (zu den Losen 2 und 3) im betreffenden Formblatt B5 (Liste der Subunternehmer) die XXXX zur Ergänzung der Befugnis sowie der technischen Leistungsfähigkeit (mit einem Anteil an der Leistungserbringung von 10%) an.

Den Angeboten (zu den Losen 2 und 3) liegt jeweils ein Betreiberkonzept bei. Dieses hat auszugsweise folgenden Inhalt:

Zu Los 2:

"6.6. Subunternehmer - Dritte

Für die Erbringung einzelner Wartungs- und Instandhaltungsleistungen, ist zur Einhaltung einer rechts-, vertragskonforme-, sowie betriebssichere Abwicklung geplant und erforderlich diese durch qualifizierte und berechtigte Subunternehmer, wie Errichter, Hersteller sowie zertifizierte Sachverständige zu bedienen.

Diese werden gemäß Vertrag mit dem AG abgestimmt und periodisch im Betriebshandbuch dokumentiert.

Die vorgeschlagenen Subunternehmer sind im Punkt 7.3.4 Detaillierter Instandhaltungsplan dargestellt. [...]

7.3.4 Detaillierter Instandhaltungsplan

In der nachstehenden Darstellung entnehmen Sie einen detaillierten Instandhaltungsplan. Aufgrund des Umfangs und für die bessere Übersichtlichkeit wurde jeweils pro Gewerk/Anlage eine repräsentiere Anlage dargestellt. So wurde beispielweise nur eine Lüftungsanlage für alle Lüftungsanlage dargestellt.

XXXX

Zu Los 3:

"6.6. Subunternehmer - Dritte

Für die Erbringung einzelner Wartungs- und Instandhaltungsleistungen, ist zur Einhaltung einer rechts-, vertragskonforme-, sowie betriebssichere Abwicklung geplant und erforderlich diese durch qualifizierte und berechtigte Subunternehmer, wie Errichter, Hersteller sowie zertifizierte Sachverständige zu bedienen.

Diese werden gemäß Vertrag mit dem AG abgestimmt und periodisch im Betriebshandbuch dokumentiert.

Die vorgeschlagenen Subunternehmer sind im Punkt 7.3.4 Detaillierter Instandhaltungsplan dargestellt. [...]

7.3.4 Detaillierter Instandhaltungsplan

In der nachstehenden Darstellung entnehmen Sie einen detaillierten Instandhaltungsplan. Aufgrund des Umfangs und für die bessere Übersichtlichkeit wurde jeweils pro Gewerk/Anlage eine repräsentiere Anlage dargestellt. So wurde beispielweise nur eine Lüftungsanlage für alle Lüftungsanlage dargestellt.

XXXX

Mit per E-Mail übermitteltem Schreiben vom 27.09.2019 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihre Angebote für Los 2 und 3 gemäß § 141 BVergG ausgeschieden werden. Die Ausscheidenentscheidung lautet auszugsweise:

"1. FEHLENDE ZUVERLÄSSIGKEIT / MANGELHAFTE ERFÜLLUNG EINES FRÜHEREN AUFTRAGES

Gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG sind Bieter von Vergabeverfahren auszuscheiden, deren Eignung nicht gegeben ist. Einem Bieter fehlt die erforderliche Eignung (Zuverlässigkeit), wenn er bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die

vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben (vgl. § 78 Abs. 1Z 9 BVergG).

Zwischen der XXXX und der Auftraggeberin hat bis zum 9.9.2019 ein Vertragsverhältnis betreffend die Betriebsführung in den vom gegenständlichen Vergabeverfahren umfassten Gebäude bestanden. Aufgrund zahlreicher schwerwiegender Mängel in der Leistungserbringung wurde dieses Vertragsverhältnis durch die Auftraggeberin vorzeitig beendet. Dabei hat XXXX als Auftragnehmer die folgenden erheblichen und/oder dauerhaften Mängel erkennen lassen: [...]

Die Vertragsbeendigung (eine Sanktion iSd § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG) wurde mit Schreiben vom 6.9.2019 ausgesprochen. Die Auftraggeberin hat sich darüber hinaus die Rückforderung zu viel gezahlter Vergütungen als auch Schadenersatz explizit Vorbehalten.

Aus diesen Gründen waren die Angebote der XXXX für die Lose 2 und 3 gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 iVm § 78 Abs. 1Z 9 BVergG vom Vergabeverfahren auszuscheiden.

2. VERSPÄTETE/NACHTRÄGLICHE BEKANNTMACHUNG VON SUBUNTERNEHMEN

Gemäß Punkt 3.4.1 Teil A - Teilnahmebestimmungen hatten Bewerber alle (auch unwesentliche) Leistungsteile der ausgeschriebenen Leistung, die sie an Subunternehmer, sonstige Dritte und/oder verbundene Unternehmen weiterzugeben beabsichtigen, bereits mit dem Teilnahmeantrag bekanntzugeben und den/die entsprechenden Subunternehmen, sonstige Dritte und/oder verbundene Unternehmen zu nennen (dabei war im Formblatt B5 anzugeben, welche Leistungen der jeweilige Subunternehmer, sonstige Dritte und/oder das verbundene Unternehmen mit welchem Anteil an der Gesamtleistung erbringen soll). Der Wechsel eines Subunternehmens sowie die Hinzuziehung eines neuen Subunternehmens ist ausschließlich mit schriftlicher Zustimmung der Auftraggeberin zulässig (siehe hierzu Punkt 3.4.2 Teil A - Teilnahmebestimmungen).

Die XXXX hat mit Ihrem Teilnahmeantrag vom 15.7.2019 ein Formblatt B5 abgegeben und in diesem nur die XXXX als verbundenes Unternehmen zur Ergänzung der Befugnis sowie der technischen Leistungsfähigkeit (mit einem Anteil an der Leistungserbringung von 10%) ausgewiesen. Die XXXX hat keine weiteren Subunternehmen im Teilnahmeantrag angeführt. Mit den Angeboten für die Lose 2 und 3 vom 25.9.2019 hat die XXXX zwei Betreiberkonzepte vorgelegt. In diesen Konzepten werden in den Punkten 6.6 und 7.3.4 neue Subunternehmer (nur mit Firmenschlagwort bezeichnet) für diverse Leistungen angeführt, welche nicht im Teilnahmeantrag bzw. im Formblatt B5 bekannt gegeben worden sind. Die nachträgliche Namhaftmachung/Bekanntgabe von Subunternehmern ist nicht zulässig (BVA 30.06.2009, N/0051-BVA/10/2009-42; VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023 uvm) und verstößt auch gegen die Ausschreibungsbestimmungen (vgl. Punkt 1.1 Angebotsbestimmungen iVm Punkt 2.13 Teil A - Teilnahmebestimmungen).

Auch aus diesem Grund waren die Angebote der XXXX für die Lose 2 und 3 gemäß § 141 Abs. 1Z 7 BVergG vom Vergabeverfahren auszuscheiden.

3. MANGELNDE BEFUGNIS / NACHTRÄGLICHE NENNUNG EIGNUNGSRELEVANTER SUBUNTERNEHMER

Aufgrund der nachträglichen Nennung der Subunternehmer ergibt sich auch, dass der Bieter selbst nicht über sämtliche für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen erforderlichen Befugnisse verfügt (zB.: Brandrauchentlüftung Revision TRVB, für welche der Bieter nachträglich "bSAFE" namhaft gemacht hat). Wenn sich der Bieter aber auf die Befugnisse Dritter (Subunternehmer) stützen will, wären diese (eignungsrelevanten) Subunternehmer ebenfalls bereits mit dem Teilnahmeantrag namhaft zu machen gewesen (vgl. wiederum Punkt 3.4.1 Teil A - Teilnahmebestimmungen). Eine nachträgliche Namhaftmachung eignungsrelevanter Subunternehmer ist nicht zulässig.

Aus diesen Gründen waren die Angebote der XXXX für die Lose 2 und 3 gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG sowie § 141 Abs. 1Z 7 BVergG vom Vergabeverfahren auszuscheiden. [...]"

Mit Schriftsatz vom 07.10.2019, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, brachte die Antragstellerin die gegenständlichen Nachprüfungsanträge gegen die Ausscheidensentscheidung(en) ein.

Es wurde betreffend die hier verfahrensgegenständlichen Lose 2 und 3 weder ein Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs (unter II.1.) angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Die Feststellungen finden Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen, den bezugnehmenden Beilagen sowie den Vergabeunterlagen und den Angaben in der mündlichen Verhandlung.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

3.1. Anzuwendendes Recht

3.1.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes - BVwGG, BGBl I 2013/10 idgF, lauten:

Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

3.1.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2013/122, lauten:

Ausübung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

§ 2. Soweit die Bundes- oder Landesgesetze nicht die Entscheidung durch den Senat vorsehen, entscheidet das Verwaltungsgericht durch Einzelrichter (Rechtspfleger).

4. Abschnitt

Erkenntnisse und Beschlüsse

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

...

(7) ...

3.1.3. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018, in der Folge: BVergG), BGBl I 2018/65 idgF, lauten:

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. ...

5. Auftraggeber (öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber) ist jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt.

6. ...

15. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

aa) im offenen Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

oo) ...

b) Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen sind alle übrigen, den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zeitlich vorhergehenden Entscheidungen. Diese können nur in dem gegen die ihnen nächst folgende gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag angefochten werden.

16. ...

34. Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.

50. ...

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 20. (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 lauteren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

...

(7) ...

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 79. Unbeschadet des § 21 Abs. 1 muss die Eignung spätestens

1. ...

2. beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist,

10. ...

vorliegen.

Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

§ 86. Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In Bezug auf die Nachweise betreffend Ausbildung und Bescheinigung über die berufliche Befähigung gemäß Anhang XI Abs. 2 Z 4 und Abs. 3 Z 5 oder den Nachweis über die einschlägige berufliche Erfahrung kann ein Unternehmer sich nur auf die Kapazitäten jener Unternehmer stützen, die die Leistung tatsächlich erbringen werden, für die diese Kapazitäten benötigt werden. Der Unternehmer kann mit allen geeigneten Mitteln 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.

Subunternehmerleistungen

§ 98. (1) ...

(2) Der Bieter hat alle Teile des Auftrages, die er im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben. Abweichend davon kann der öffentliche Auftraggeber aus sachlichen Gründen in der Ausschreibung festlegen, dass nur hinsichtlich der von ihm festgelegten wesentlichen Teile des Auftrages, bei denen der Bieter Subunternehmer in Anspruch nehmen möchte, die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben sind.

(3) Die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der betreffende Subunternehmer die für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil erforderliche Eignung besitzt. Ein Subunternehmer kann seine erforderliche Eignung nach Maßgabe des § 80 nachweisen.

(5) ...

Teilnehmer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, beim wettbewerblichen Dialog und bei Innovationspartnerschaften

§ 123. (1) Teilnahmeanträge haben jene Informationen zu enthalten, die der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die Eignung und die Auswahl der Bewerber verlangt hat.

(2) Unter Bedachtnahme auf die Abs. 4 bis 7 ist nur geeigneten Bewerbern, die aufgrund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben, Gelegenheit zur Beteiligung am Vergabeverfahren zu geben.

(8) ...

Ausscheiden von Angeboten

§ 141. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuscheiden:

1. ...

2. Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben ist, oder

3. ...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- 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, oder

11. ...

(3) ...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 347. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und

2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(3) ...

2. Hauptstück

Verpflichtungen nach Zuschlagserteilung und zivilrechtliche Bestimmungen

Bekanntgabepflichten im Zusammenhang mit Subunternehmern

§ 363. (1) Nach Zuschlagserteilung hat der Auftragnehmer jeden beabsichtigten Wechsel eines Subunternehmers oder jede beabsichtigte Hinzuziehung eines nicht im Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers dem Auftraggeber schriftlich und unter Anschluss aller zur Prüfung der Eignung des betreffenden Unternehmers erforderlichen Nachweise mitzuteilen. Der Auftraggeber hat Unternehmer, die nicht die erforderliche Eignung besitzen, abzulehnen. Der Auftragnehmer hat in diesem Fall gegebenenfalls einen anderen Unternehmer bekannt zu geben. Der Einsatz dieser Unternehmer bei der Leistungserbringung darf nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers erfolgen. Die Zustimmung des Auftraggebers gilt als erteilt, sofern der Auftraggeber den Subunternehmer nicht binnen drei Wochen nach Einlangen der Mitteilung gemäß dem ersten Satz abgelehnt hat. Sind der Mitteilung gemäß dem ersten Satz die erforderlichen Unterlagen nicht vollständig angeschlossen, so hat der Auftraggeber dies dem Auftragnehmer unverzüglich mitzuteilen und ihn zur Vorlage der ausständigen Unterlagen aufzufordern. Diese Aufforderung hemmt den Fortlauf der Frist gemäß dem se

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

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