

TE Lvwg Erkenntnis 2022/10/18 VGW-123/046/10030/2022

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.10.2022

Entscheidungsdatum

18.10.2022

Index

97 Öffentliches Auftragswesen
L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

BVergG 2018 §248

BVergG 2018 §250 Z11

BVergG 2018 §251 Abs1

BVergG 2018 §256

BVergG 2018 §274

WVRG 2020 §14

WVRG 2020 §15

1. BVergG 2018 § 248 heute
2. BVergG 2018 § 248 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 250 heute
2. BVergG 2018 § 250 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 251 heute
2. BVergG 2018 § 251 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 256 heute
2. BVergG 2018 § 256 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 274 heute
2. BVergG 2018 § 274 gültig ab 21.08.2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schreiner als Vorsitzende, Mag. Schmied als Bericht und Dr. Schweiger als Beisitzer über den Antrag der A., bestehend aus B. GmbH und C. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte KG, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung und Montagen von Kabelgarnituren ..., Los X"

zu Recht erkannt:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 5.8.2022 betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung und Montagen von Kabelgarnituren ..., Los X" wird abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat gemäß den §§ 14 und 15 WVRG 2020 die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von 19.440,-- Euro selbst zu tragen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Gang des Verfahrens:

Die Wiener Netze GmbH führt als öffentliche Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe von Lieferung und Montagen von Kabelgarnituren Das Verfahren ist in 5 Lose untergliedert. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist nur das Los X.

Die Auftraggeberin betreibt ein Prüfsystem, im Rahmen dessen sie ein anschließendes Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen für insgesamt 5 Lose (jeweils in Form eines Rahmenvertrags) nach den Bestimmungen des BVergG 2018 im Sektorenbereich durchführt. Das Los X liegt nach dem geschätzten Auftragswert schon für sich allein im Oberschwellenbereich und übersteigt der Auftragswert dieses Loses den Schwellenwert gemäß § 185 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 um mehr als das 20fache.

Die Bekanntmachung über das Bestehen des Prüfsystems diente gleichzeitig als vorherige Bekanntmachung für das gegenständliche Verhandlungsverfahren betreffend Los X. Die Bekanntmachung erfolgte mit 5.11.2021 auf dem Beschaffungsportal der Wiener Stadtwerke sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, 3240, ABl 2021/S 215-566914.

Am 5.8.2022 erging die Zuschlagsentscheidung zugunsten der D. GmbH (präsumtive Zuschlagsempfängerin).

Mit Nachprüfungsantrag vom 16.8.2022 beantragte die A., bestehend aus der B. GmbH und der C. GmbH (Antragstellerin) die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 5.8.2022.

Begründend führt die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag im Wesentlichen aus, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in ihrem Angebot die C. GmbH und die B. GmbH als erforderliche Subunternehmer benannt. Die genannten Unternehmen, beide Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft, hätten ihre Subunternehmererklärung jedoch noch vor der Zuschlagsentscheidung zurückgezogen, sodass die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verloren gegangen und zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht mehr vorgelegen sei. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher auszuschneiden gewesen. Die dennoch erfolgte Zuschlagsentscheidung erweise sich somit als vergaberechtswidrig.

Des Weiteren bringt die Antragstellerin vor, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin, nach dem Widerruf der Subunternehmererklärungen durch die C. GmbH und die B. GmbH kein anderes Subunternehmen nachnominieren durfte, zumal damit eine Änderung des Angebots bewirkt würde und die Wettbewerbsstellung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verbessert worden wäre. Außerdem könnten von den in Österreich ansässigen Unternehmen nur die Mitglieder der antragstellenden A. die fehlende technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Bereich Hochspannungsnetz substituieren. Unternehmen mit Sitz im Ausland kämen nicht in Frage, da Arbeiter solcher Unternehmen die in den bestandsfesten Festlegungen vorgesehenen Reaktionszeiten nicht einhalten könnten.

Mit Schriftsatz vom 22.8.2022 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und gab bekannt, zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme abzugeben.

Mit Beschluss vom 26.8.2022, VGW-124/046/10033/2022, erließ das Verwaltungsgericht Wien eine einstweilige Verfügung und untersagte der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung.

In der Folge gingen Schriftsätze sowohl der Auftraggeberin als auch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein, in denen dem Nachprüfungsantrag entgegengetreten und dessen Abweisung beantragt wurde. Mit einem weiteren Schriftsatz replizierte die Antragstellerin auf die vorgenannten Schriftsätze und hielt ihre Anträge allesamt aufrecht.

Am 29.9.2022 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche, mündliche Verhandlung statt, zu der die Antragstellerin, die Auftraggeberin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin ladungsgemäß erschienen sind.

In der Verhandlung führte die Vertreterin der Antragstellerin einleitend aus, es liege kein Vertrag zwischen der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vor, weshalb die Regelungen über den Widerruf nicht zur Anwendung kämen. Bei der Abgabe der Subunternehmererklärung handle es sich um eine einseitige Willenserklärung gegenüber der Auftraggeberin, die auch einseitig widerrufen werden könne. Dafür habe es auch wichtige Gründe gegeben. Vor allem sei ursprünglich eine Auftragsvergabe schon mit Jahresbeginn 2022 vorgesehen gewesen. Dieser Zeitpunkt hat sich erheblich nach hinten verschoben, zumal die Aufforderung zur Angebotsabgabe erst Ende Jänner und die Angebotseröffnung erst am 24.2.2022 erfolgt sei. Vor allem die daran anschließende Angebotsprüfung und die Verhandlungen mit den Bietern hätten bis in den Sommer gedauert, sodass die Zuschlagsentscheidung erst im August 2022 gefällt worden sei. Aufgrund dieser Verzögerungen habe die Antragstellerin in der Folge weitere Aufträge angenommen und daher nicht mehr als Subunternehmer zur Verfügung stehen können. Auch die wirtschaftlichen Voraussetzungen hätten sich für die Antragstellerin grundsätzlich geändert, zumal ihr bekannt geworden sei, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin weiteres Personal ausbilde und somit die Antragstellerin mit einem geringeren Subauftragsvolumen rechnen musste. Vermutlich wäre nur die Verlegung von Ölkabeln, also ein kleiner Teil des Auftrags für die Antragstellerin übriggeblieben. Die Antragstellerin sei ursprünglich davon ausgegangen, dass sie in Wien ständig vier bis sechs Mitarbeiter zum Einsatz bringen würde. Dies sei aufgrund der geänderten Verhältnisse nicht mehr der Fall gewesen. Hinsichtlich der Änderung der Rohstoffpreise und der Unterbrechung von Lieferketten werde auf das bisherige Vorbringen verwiesen. Auch die Verfügbarkeit diverser Materialien habe sich geändert.

Der Widerruf der Subunternehmererklärung sei gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und nicht gegenüber der Auftraggeberin erfolgt.

Die Vertreterin der Auftraggeberin führte aus, die Auftraggeberin habe vom Widerruf der Subunternehmererklärung erst durch das Verwaltungsgericht Wien im laufenden Nachprüfungsverfahren Kenntnis erlangt. Dies werde durch die Ausführungen der Antragstellerin in der heutigen Verhandlung bestätigt. Beim Widerruf einer gegenüber der Auftraggeberin abgegebenen Subunternehmererklärung handle es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Voraussetzung für die Wirksamkeit sei daher der Umstand, dass sie der Auftraggeberin auch zur Kenntnis gelange.

Die Kapazitäten der Antragstellerin für die Erfüllung ihrer Pflichten als Subunternehmerin hätten jedenfalls vorliegen müssen, habe sie sich doch als Bieterin am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt, sodass sie auch mit einer Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten und damit mit der vollen Beauftragung habe rechnen müssen.

Zur zeitlichen Verzögerung im gegenständlichen Vergabeverfahren sei festzuhalten, dass die Antragstellerin einer Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 30.9.2022 zugestimmt habe.

Der Vertreter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin brachte ergänzend vor, das Subunternehmerverhältnis setze voraus, dass der Subunternehmer im Fall der Beauftragung des Bieters für diesen vertraglich vereinbarte Leistungen zu vertraglich vereinbarten Preisen erbringe. Gegenständlich bestehe daher sehr wohl ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis zwischen der B. und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Für dieses Vertragsverhältnis würden die zivilrechtlichen Vertragsauflösungsregeln gelten. Das Argument der Antragstellerin, dass sich das Vergabeverfahren deutlich in die Länge gezogen habe, treffe nicht zu. In den Ausschreibungsunterlagen seien ursprünglich eine Aufforderung zur Angebotslegung im Dezember 2021 und die Abgabe des Erstangebotes Mitte Jänner 2022 vorgesehen gewesen. Tatsächlich seien diese Handlungen ca. 1 Monat später erfolgt. Dies sei bei einer für die Dauer von drei Jahren ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung vernachlässigbar.

Über Befragen durch den Richter gab die Vertreterin der Antragstellerin an, im Vergabeverfahren sei es üblich, dass der Bieter verpflichtet sei, die Auftraggeberin über Änderungen im Bereich der Subunternehmererklärungen zu informieren. Gegenständlich sei dies im entsprechenden Formblatt WN 32 154316 ausdrücklich vorgesehen. Daher sei die Antragstellerin davon ausgegangen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihrer Verpflichtung zur Bekanntgabe des Subunternehmerwechsels nachgekommen sei. Das ergebe sich außerdem aus dem zweiten fettgedruckten Absatz in der Subunternehmer-bekanntgabe. In diesem Absatz werde die Pflicht des Bewerbers verankert, mit seinem Subunternehmer vertraglich zu vereinbaren, dass dieser ihm einen Wechsel mitteilt. Darüber hinaus habe auch die Firma C. eine Subunternehmererklärung im Rahmen des Prüfsystems abgegeben und sei dem genannten Unternehmen bis zum Nachprüfungsverfahren nicht bekannt gewesen, dass seine

Subunternehmererklärung von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin der Auftraggeberin nie vorgelegt wurde. Schließlich werde bestritten, dass es - wie vom Vertreter der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vorgebracht, eine vertragliche Vereinbarung über Preis und Art der vom Subunternehmer zu erbringenden Leistungen gebe.

Zur Frage, ob es eine vertragliche Vereinbarung über Preis und Art der vom Subunternehmer zu erbringenden Leistungen gegeben habe, führte der Vertreter der C. aus, dass es keinen schriftlichen Vertrag, sondern nur eine mündliche Vereinbarung mit der präsuntiven Zuschlagsempfängerin gegeben habe, wonach die Antragstellerin die gesamten Leistungen im Hochspannungsbereich erbringen solle.

Die Vertreterin der Antragstellerin führte dazu ergänzend aus, dass es sich nicht um eine mündliche Vereinbarung, sondern bloß um Gespräche zwischen der C. bzw. der B. und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin gehandelt habe.

Über Befragen durch den Beisitzer erklärte der Vertreter der C. dazu, dass der C. der Umfang der Arbeiten bewusst gewesen sei und die Preise, zu denen die C. ihre Leistungen erbringen würde, ausgetauscht worden seien. Ein offizielles Angebot habe es aber nicht gegeben. Es sei so gewesen, zuerst Gespräche mit dem früheren Geschäftsführer der präsuntiven Zuschlagsempfängerin, Herrn E. F., über Umfang und Preis der Arbeiten geführt und erst dann die Subunternehmererklärung abgegeben worden sei. Die Gespräche wurden geführt.

Der Vertreter der präsuntiven Zuschlagsempfängerin erklärte dazu, dass die Preise der Subunternehmerin per EXEL-Sheet übermittelt worden und auch abgestimmt gewesen seien. Anders wäre die Erstellung einer Kalkulation nicht möglich gewesen.

Des Weiteren führte der Vertreter der präsuntiven Zuschlagsempfängerin aus, dass zu dem Zeitpunkt, als die präsuntive Zuschlagsempfängerin vom Subunternehmer B. darüber in Kenntnis gesetzt worden sei, dass die B. als Subunternehmerin nicht mehr zur Verfügung stehen will, schon klar gewesen sei, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin Subunternehmerleistungen der B. nur in einem Ausmaß von weniger als 10 Prozent in Anspruch nehmen werde. Daher sei die B. für die präsuntive Zuschlagsempfängerin kein relevanter Subunternehmer mehr gewesen und sei der Rückzieher der B. in den Verhandlungen mit der Auftraggeberin nicht mehr angesprochen worden.

Die Verhandlungsleiterin hielt in der Folge fest, dass nach den bisherigen Ergebnissen der Verhandlung weder von der Antragstellerin noch von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin eine Information über den Widerruf der Subunternehmererklärung an die Auftraggeberin erfolgt sei. Diese Feststellung blieb unwidersprochen.

Über Befragen durch die Vertreterin der Antragstellerin gab der Vertreter der präsuntiven Zuschlagsempfängerin zu Protokoll, in der Präqualifikationsphase sei die Subunternehmererklärung der B. abgegeben und das entsprechende Formblatt der Auftraggeberin vorgelegt worden. Darin sei angekreuzt, dass der Subunternehmer B. für die technische Eignung benannt werde.

Die Vertreterin der Antragstellerin führte im Anschluss daran aus, sie bestreite, dass der Auftragsanteil der B. im Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung lediglich 10% der Auftragssumme ausgemacht hätte. Außerdem dürften gemäß Punkt IV. lit. a auf Seite 15 der Bewerbungsunterlage für das Prüfsystem Eignungsnachweise nicht älter als 6 Monate sein. Die Auftraggeberin wäre daher verpflichtet gewesen, von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin eine Aktualisierung der Eignungsnachweise (also auch der Subunternehmererklärung) zu verlangen, was sie auch getan habe.

Die Vertreterin der Auftraggeberin betonte, dass die Prüfung der Eignung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vor Einladung zur Angebotslegung, also noch in der 1. Phase des gegenständlichen Vergabeverfahrens vorgenommen worden sei. Das Prüfergebnis sei der Lasche 7 des Vergabeaktes zu entnehmen. Eine Verpflichtung zur neuerlichen Prüfung vor der Zuschlagsentscheidung sei weder den Ausschreibungsunterlagen noch dem Gesetz zu entnehmen. Zum Vorbringen der Antragstellerin, es sei jedoch eine Aktualisierung der Subunternehmer-erklärung verlangt worden, sei zu sagen, dass lediglich auf Grund der Sanktionenverordnung der EU betreffend Russland eine zusätzliche Erklärung von den Bieterinnen und deren Subunternehmern verlangt worden sei. Diese Aufforderung sei an alle Bieter ergangen. Die Textierung sei bei allen Bieterinnen ident und finde sich in Lasche 17 des Vergabeaktes.

In der Folge erläuterte der Vertreter der präsuntiven Zuschlagsempfängerin, aus welchen Gründen die präsuntive Zuschlagsempfängerin davon ausging, dass die Subunternehmerleistung der B. weniger als 10% der Auftragssumme ausmachen. Diese Erläuterungen fanden unter Ausschluss der Öffentlichkeit und der Parteiöffentlichkeit statt, da in

diesem Zusammenhang Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zur Sprache kamen, die geeignet erscheinen, in einem allenfalls fortgesetzten Vergabeverfahren die Wettbewerbsstellung der Bieter zu verzerren.

Die Vertreterin der Antragstellerin brachte abschließend vor, dass nach Durchsicht des eigenen Angebots, welches sich vom Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin preislich nicht stark unterscheidet, die Subunternehmerleistungen (der gesamte Bereich der Ölkabel) ca. 600.000,- Euro und daher mehr als 10% der Auftragssumme ausmache. In den 600.000,- Euro seien Lohn- und Materialkosten enthalten. Der Vertreter der Auftraggeberin konnte zur Plausibilität dieser Ausführungen keine Angaben machen.

Nach Schluss des Ermittlungsverfahrens wurde die Verhandlung zum Zweck der Verkündung des gegenständlichen Erkenntnisses auf den 6.10.2022 vertagt.

Am 3.10.2022 langte noch ein Schriftsatz der Antragstellerin ein. Ein Antrag auf Fortsetzung des Ermittlungsverfahrens nach § 39 Abs. 4 AVG wurde allerdings nicht gestellt. Das in diesem Schriftsatz enthaltene Vorbringen, mit welchem u.a. erstmals im Nachprüfungsverfahren vorgebracht wurde, die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit nicht nur die von ihr als Subunternehmerin benannte B. GmbH, sondern auch die C. GmbH benötigt, veranlasste das erkennende Verwaltungsgericht nicht, das Ermittlungsverfahren von Amts wegen nochmals zu öffnen.

In diesem Zusammenhang ist auf die Fristgebundenheit vergaberechtlicher Nachprüfungsentscheidungen hinzuweisen. Die Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen kurzen Entscheidungsfristen im Nachprüfungsverfahren würde unterlaufen, wollte man dem Antragsteller ermöglichen, Vorbringen und Beweisanträge erst kurz vor Ablauf der Entscheidungsfrist nach Schluss des Ermittlungsverfahrens in der mündlichen Verhandlung zu erstatten und somit das Nachprüfungsverfahren über die gesetzlich vorgesehene Dauer hinaus zu verzögern. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass öffentliche Auftraggeber zwar dazu verhalten sind, die gesetzlich vorgesehenen Dauer eines Nachprüfungsverfahrens in ihren Terminplanungen zu berücksichtigen; dies kann jedoch nur dann funktionieren, wenn die Dauer von Nachprüfungsverfahren kalkulierbar bleibt und es Antragstellern nicht ermöglicht wird, durch Vorbringen und Anträge in letzter Minute Nachprüfungsverfahren auf unbestimmte Zeit zu verschleppen.

Am 6.10.2022 wurde die Verhandlung fortgesetzt. Das bereits geschlossene Ermittlungsverfahren wurde unter Bedachtnahme auf die oben wiedergegebenen Erwägungen nicht wieder geöffnet. Nachdem die Verfahrensparteien erklärt hatten, den letzten Schriftsatz der Antragstellerin zugestellt bekommen zu haben, wurde die Verhandlung geschlossen und nach Beratung und Abstimmung im Senat das gegenständliche Erkenntnis samt den wesentlichen Entscheidungsgründen und der Rechtsmittelbelehrung von der Vorsitzenden verkündet.

Mit Schriftsatz vom 7.10.2022 beantragte die Antragstellerin die schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses. Außerdem wurde ein Protokollberichtigungsantrag gestellt, dem das Verwaltungsgericht nachgekommen ist.

Sachverhalt:

Aufgrund der Aktenlage und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wird als erwiesen festgestellt, dass die Wiener Netze GmbH als öffentliche Auftraggeberin im Sektorenbereich (Gas, Wärme, Elektrizität) ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe von Lieferung und Montagen von Kabelgarnituren ... führt. Das Verfahren ist in 5 Lose untergliedert. Gegenständlich ist nur das Los X. Der geschätzte Auftragswert für dieses Los überschreitet um mehr als das Zwanzigfache den Schwellenwert gemäß § 185 Abs. 1 Z 2 BVergG.

Die Auftraggeberin betreibt ein von der Laufzeit her unbefristetes Prüfsystem betreffend Lieferung und Montage von Kabelgarnituren ..., dessen Ziel es ist, geeignete und qualifizierte Unternehmen aufzunehmen. Interessierte Unternehmen können einen Prüfungsantrag (Teilnahmeantrag) stellen. Nur Unternehmen, die in das Prüfsystem aufgenommen wurden, werden in der Folge zur Angebotslegung aufgefordert. Die Bekanntmachung über das Bestehen des Prüfsystems dient gleichzeitig als vorherige Bekanntmachung für das gegenständliche Verhandlungsverfahren betreffend Los X. Die Bekanntmachung erfolgte mit 5.11.2021 auf dem Beschaffungsportal der Wiener Stadtwerke sowie im Supplement zum Amtsblatt der EU, 3240, ABl 2021/S 215-566914.

Den Bewerbungsunterlagen (Punkt IV lit. a) ist zu entnehmen, dass Eignungsnachweise nicht älter als 6 Monate (gerechnet vom Antrag auf Aufnahme in das Prüfsystem) sein dürfen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat am 12.11.2021 einen Teilnahmeantrag gestellt. Diesem Teilnahmeantrag ist

das in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Formblatt „Bekanntgabe von Subunternehmern“ beigelegt. Darin hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin nur einen einzigen Subunternehmer, nämlich die B. GmbH. Die Namhaftmachung dieses Subunternehmens erfolgte zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit. Dem Teilnahmeantrag der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist eine von Herrn G. H., dem Prokuristen der B. GmbH, unterfertigte Subunternehmererklärung angeschlossen, in welcher die B. GmbH gegenüber der Auftraggeberin erklärt, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zum Nachweis der Eignungsanforderungen ihre technische Leistungsfähigkeit zur Verfügung zu stellen. Die Subunternehmererklärung ist mit 11.11.2021 datiert und war somit zu dem nach Punkt IV lit. a der Bewerbungsunterlagen relevanten Zeitpunkt erst einen Tag alt.

In der Folge wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach Prüfung ihres Antrags durch die Auftraggeberin in das Prüfsystem aufgenommen (erste Stufe) und in der Folge am 25.1.2022 zur Angebotsabgabe im gegenständlichen, in Form eines Verhandlungsverfahrens durchgeführten Vergabeverfahren (zweite Stufe) aufgefordert.

Am 23.2.2022 legte die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihr Angebot. Am 24.2.2023 erfolgte die Angebotseröffnung. Danach wurden die abgegebenen Angebote von der Auftraggeberin geprüft und Verhandlungen mit den Bietern geführt.

Am 14.6.2022 erging seitens der Auftraggeberin an die Bieter das Ersuchen, um Unterfertigung und Rückübermittlung einer Eigenerklärung und einer Subunternehmererklärung im Sinne der Sanktionenverordnung der Europäischen Union (Verordnung (EU) Nr. 833/2014 in der Fassung der Verordnung (EU) 2022/576 des Rates vom 8. April 2022). Wie sich aus dem von der Auftraggeberin übermittelten Formblatt ergibt, war diese Erklärung vom Subunternehmer nur dann erforderlich, wenn sein Leistungsanteil mehr als 10% des Auftragswerts beträgt.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Vergabeakt.

Am 21.6.2022 ersuchte die präsumtive Zuschlagsempfängerin die von ihr als Subunternehmerin bekanntgegebene B. GmbH um Aktualisierung der Subunternehmererklärung im Sinne der Sanktionenverordnung der EU. Mit E-Mail vom selben Tag informierte die B. GmbH die präsumtive Zuschlagsempfängerin, dass sie die im Vorjahr ausgestellte Subunternehmererklärung hiermit widerrufen müsse und diese ab sofort nicht mehr gültig sei. Kurz danach (immer noch am 21.6.2022) erklärte die antragstellende Bietergemeinschaft (A.) sie sei aufgrund des allgemeinen Rohstoffmangels und damit verbundener Rohstoffpreiserhöhungen angehalten, die Lagerkapazitäten von Hochspannungsgarnituren und Material-bevorratungen für bestehende Kunden zu reservieren, um die Lieferzeiten im Rahmen zu halten. Aufgrund von dramatisch angestiegenen Personalkosten könne kein Personal für Subaufträge bereitgehalten werden und müsse vorhandenes Montagepersonal zur Erfüllung anderer Rahmenverträge und Projekte langfristig eingesetzt werden. Die gefertigten Unternehmen (B. GmbH und C. GmbH) würden sich daher aktuell nicht in der Lage sehen, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine neue Subunternehmererklärung auszustellen.

Diese Feststellungen gründen sich auf die Beilage 3 zum Nachprüfungsantrag und die Beilage 6 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 23.9.2022.

Weder die präsumtive Zuschlagsempfängerin noch die Antragstellerin noch die B. GmbH haben die Auftraggeberin vom oben wiedergegebenen Schriftverkehr vom 21.6.2021 in Kenntnis gesetzt. Die Auftraggeberin hatte daher bis zum gegenständlichen Nachprüfungsantrag – somit auch zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung - keine Kenntnis davon, dass die B. GmbH gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin deklariert hatte, nicht mehr bereit zu sein, als Subunternehmerin zur Verfügung zu stehen.

Diese Feststellungen gründen sich auf die diesbezüglich übereinstimmenden Angaben der Antragstellerin, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin führte im Zuge eines Aufklärungs-ersuchens der Auftraggeberin vom 26.7.2022 mit Mail vom 28.7.2022 aus, dass sich der Subunternehmereinsatz auf die K.-Gruppe beschränke und im Ausmaß von weniger als 10% des Auftragswerts erfolge.

Am 5.8.2022 erging die gegenständlich angefochtene Zuschlagsentscheidung.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Vergabeakt.

In der mündlichen Verhandlung konnte die präsuntive Zuschlagsempfängerin im nicht öffentlichen Teil der Verhandlung plausibel darlegen, dass der Wert der von der B. GmbH als Subunternehmerin zu erbringenden Leistungen 10% des Auftragswerts nicht übersteigt.

Diese Feststellungen gründen sich auf die schlüssigen Ausführungen des Vertreters der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung.

Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 256 Abs. 1 bis 4 BVergG 2018 kann der Sektorenauftraggeber ein System zur Prüfung von Unternehmern einrichten und betreiben. Er hat dabei sicherzustellen, dass sich Unternehmer jederzeit einer Prüfung unterziehen können. Das System gemäß Abs. 1 kann verschiedene Stufen umfassen. Der Sektorenauftraggeber hat objektive Prüfkriterien und Prüfregeln zur Eignung von Unternehmern und zur Funktionsweise des Prüfsystems festzulegen. Sofern diese Prüfkriterien und Prüfregeln technische Spezifikationen umfassen, gilt § 274. Die Prüfkriterien und Prüfregeln können bei Bedarf angepasst werden. Bei der Festlegung der Prüfkriterien und Prüfregeln sind die §§ 248, 249, 251 Abs. 1, 252 bis 255 und 258 sinngemäß anzuwenden. Enthalten die Prüfkriterien und Prüfregeln gemäß Abs. 2 Anforderungen an die Leistungsfähigkeit oder die Befugnis, kann sich ein Unternehmer zum Nachweis der geforderten Leistungsfähigkeit bzw. Befugnis 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 während der gesamten Gültigkeit des Prüfsystems die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. In Bezug auf die Nachweise betreffend Ausbildung und Bescheinigung über die berufliche Befähigung des Dienstleistungserbringers oder Unternehmers bzw. der Führungskräfte des Unternehmers, 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. § 268 ist sinngemäß anzuwenden.

Gemäß § 248 BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber für die Durchführung eines Vergabeverfahrens objektive Eignungskriterien festzulegen, die allen interessierten Unternehmern zugänglich sein müssen. Ein Unternehmer, der die gemäß Abs. 1 festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllt, ist vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Gemäß § 250 Z 11 BVergG muss die Eignung beim Prüfsystem spätestens zum Zeitpunkt der Aufnahme in das Prüfsystem sowie zum Zeitpunkt der Prüfung der Qualifikation des aufgenommenen Unternehmers durch den Sektorenauftraggeber und bei Durchführung eines Verhandlungsverfahrens, eines wettbewerblichen Dialoges oder einer Innovationspartnerschaft grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen.

Gemäß § 251 Abs. 1 BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen ein Unternehmer, der an einem Vergabeverfahren teilnimmt, seine

1. berufliche Befugnis,
2. berufliche Zuverlässigkeit,
3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie
4. technische Leistungsfähigkeit

zu belegen hat. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages sachlich gerechtfertigt ist. Falls erforderlich und sofern dies sachlich gerechtfertigt ist, kann der Sektorenauftraggeber besondere Festlegungen treffen, wie Arbeits- und Bietergemeinschaften die Anforderungen an die Eignung zu erfüllen haben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur Rechtslage nach dem Bundesvergabegesetz 2006 ausgesprochen, dass die Auftraggeberin die Eignung der Bieter zufolge § 69 Z 1 BVergG 2006 zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung beurteilen müsse. Zwar dürfe die Leistungsfähigkeit auch nach dem in dieser Bestimmung genannten Zeitpunkt nicht mehr verloren gehen, doch enthalte der Einleitungssatz des § 69 keine Verpflichtung des Auftraggebers zu einer ständigen Überprüfung, ob nach den (in den folgenden Ziffern) genannten Zeitpunkten die Eignung seitens des Unternehmers noch vorliegt oder nicht (siehe VwGH vom 25.1.2011, 2006/04/0200).

In der Folgejudikatur (siehe VwGH vom 17.6.2014, 2013/04/0033 und VwGH vom 29.6.2017, Ra 2017/04/0055) hat der Verwaltungsgerichtshof an diesem Rechtssatz festgehalten, ihn aber insofern ergänzt, als in einer Situation, in der aufgrund von Medienberichten nach Angebotseröffnung von akuten Zahlungsschwierigkeiten eines Bieters auszugehen war, die Auftraggeberin reagieren und die Eignung dieser Bieterin im Hinblick auf die der Medienberichterstattung zu entnehmenden Verdachtsmomente (nochmals) einer Eignungsprüfung hätte unterziehen müssen.

Nach der gegenständlich maßgeblichen Rechtsvorschrift des § 250 Z 11 lit. b BVergG 2018 muss die Eignung eines Bieters zum Zeitpunkt der Aufnahme in das Prüfsystem sowie zum Zeitpunkt der Aufforderung des Bieters zur Angebotsabgabe gegeben sein. Eine Verpflichtung des Auftraggebers auch nach Aufforderung des Bieters zur Angebotsabgabe (nochmals) die Eignung zu prüfen, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Gegenständlich lag am 25.1.2022, dem gemäß § 250 Z 11 gegenständlich maßgeblichen Zeitpunkt der Aufforderung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur Angebotsabgabe unstrittig eine gültige Erklärung der B. GmbH, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Subunternehmerin für die technische Leistungsfähigkeit zur Verfügung zu stehen, vor. Die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu diesem Zeitpunkt wurde auch im gegenständlichen Nachprüfungsantrag nicht bestritten.

Dass die B. GmbH am 21.6.2022 ihre Bereitschaft, als Subunternehmerin zur Verfügung zu stehen, widerrufen hat, war der Auftraggeberin bis zur Zuschlagsentscheidung nicht bekannt und hätte ihr mangels Information durch einen der Bieter und Fehlen von Medienberichterstattung oder vergleichbarer Quellen bei gebotener Sorgfalt nicht bekannt sein können.

Auch der Umstand, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine Erklärung der von ihr namhaft gemachten Subunternehmerin betreffend die Sanktionenverordnung der EU vorgelegt hat, musste bei der Auftraggeberin keine Zweifel an der Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wecken, hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin doch im Zuge einer Aufklärung plausibel dargelegt, keine solche Erklärung vorlegen zu müssen, da der Anteil der von der Subunternehmerin zu erbringenden Leistung weniger als 10% der Auftragssumme ausmache und deswegen eine an die Sanktionenverordnung angepasste Subunternehmererklärung nicht erforderlich sei.

Die von der Auftraggeberin vor diesem Hintergrund getroffene Zuschlagsentscheidung ist somit vergaberechtlich nicht zu beanstanden, sodass der Nachprüfungsantrag abzuweisen und auszusprechen war, dass die Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen hat.

Dazu kommt, dass es sich – wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung selbst betont hat – bei der am 21.6.2022 widerrufenen Subunternehmererklärung der B. GmbH um eine einseitige Willenserklärung handelt, die durch einen contrarius actus auch einseitig widerrufen werden kann. Allerdings übersieht die Antragstellerin, dass es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt und die B. GmbH bis zur Zuschlagsentscheidung keine Widerrufserklärung gegenüber der Auftraggeberin abgegeben hat. Die lediglich gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am 21.6.2022 abgegebenen Erklärungen mögen zwar durchaus geeignet sein, Leistungsstörungen im Zuge der Auftragsabwicklung befürchten zu lassen, können aber am Vorliegen einer gegenüber der Auftraggeberin gültigen Subunternehmererklärung und somit auch an der Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bis zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung nichts ändern.

Pauschalgebühren:

Gemäß § 15 WVRG 2020 hat die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 14 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 14 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nichtigerklärungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird oder wenn die Antragstellerin oder der Antragsteller während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird und
2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. im Falle der Klaglosstellung

stattzugeben gewesen wäre oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde oder im Falle der Klaglosstellung abzuweisen gewesen wäre.

Gemäß § 1 der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2020 – WVPVO 2020, LGBl. Für Wien Nr. 33/2020, beträgt die für einen Antrag auf Nichtigerklärung zu entrichtende Pauschalgebühr für einen Liefer- und Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich 2.160,-- Euro.

Gemäß § 2 Abs. 2 WVPVO beträgt die Pauschalgebühr das Sechsfache der gemäß § 1 festgesetzten Gebühr, wenn der geschätzte Auftragswert bzw. der Auftragswert den Schwellenwert um mehr als das Zwanzigfache übersteigt.

Gegenständlich liegt ein in mehrere Lose untergliederter Liefer- und Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich vor. Der Nachprüfungsantrag bezieht sich nur auf Los X dieses Bauauftrags. Gemäß § 15 Abs. 6 zweiter Satz WVRG 2020 richtet sich die Höhe der Pauschalgebühr nach dem geschätzten Gesamtwert bzw. dem Gesamtwert der angefochtenen Lose. Der geschätzte Gesamtwert des gegenständlich angefochtenen Loses übersteigt nach den Angaben der Auftraggeberin den Wert gemäß § 185 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 um mehr als das Zwanzigfache. Die Schätzung der Auftraggeberin erweist sich als plausibel, zumal die dem Vergabebeamt zu entnehmenden Angebote der Bieter, die den Auftragswert für ein Jahr widerspiegeln, hochgerechnet auf die dreijährige Laufzeit des Auftrags ziemlich genau dem geschätzten Auftragswert entsprechen.

Die für den Nachprüfungsantrag zu entrichtende Pauschalgebühr beläuft sich daher gemäß § 1 iVm § 2 Abs. 2 WVPVO 2020 auf 12.960,-- Euro und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auf 6.480,--Euro. Die von der Antragstellerin gegenständlich zu entrichtende Pauschalgebühr beläuft sich somit auf insgesamt 19.440,-- Euro und wurde von dieser auch entrichtet. Diese Pauschalgebühr hat die Antragstellerin selbst zu tragen, da ihrem Hauptantrag (dem Nichtigerklärungsantrag) kein Erfolg beschieden war.

Unzulässigkeit der Revision:

Die ordentliche 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. Vielmehr hat sich das Verwaltungsgericht an der einschlägigen, keineswegs widersprüchlichen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes orientiert und selbige in den Entscheidungsgründen zitiert.

Schlagworte

Vergabeverfahren; Nachprüfungsantrag; Sektorenauftraggeber; System der Prüfung; Prüfkriterien; Prüfregelein; objektive Eignungskriterien; Pauschalgebühren; Oberschwellenbereich

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2022:VGW.123.046.10030.2022

Zuletzt aktualisiert am

29.03.2023

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at