

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/7/11 W131 2219366-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.07.2019

## Entscheidungsdatum

11.07.2019

## Norm

BVergG 2018 §141 Abs1 Z7

BVergG 2018 §2 Z15

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §328

BVergG 2018 §347 Abs1 Z2

BVergG 2018 §80 Abs3

B-VG Art. 133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W131 2219366-2/28E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, durch die fachkundige Laienrichterin MMag Dr Annemarie MILLE als Beisitzerin der Auftragnehmerseite und durch den fachkundigen Laienrichter Mag Franz PACHNER als Beisitzer der Auftraggeberseite betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (= AG) "Generalplanerleistungen und Fachplanerleistungen „UKH Klagenfurt NEU"" über den Nachprüfungsantrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerinnen (= AST oder ASt), einer Bewerbergemeinschaft bestehend aus der XXXX einerseits und der XXXX andererseits, deren Nichtzulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens für nichtig zu erklären, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

In Stattgabe des Nachprüfungsantrags wird die Nichtzulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens, sprich die Nichtzulassung zur Teilnahme, für nichtig erklärt.

B)

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

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

#### I. Verfahrensgang:

1. Die AG führt dz das im Spruch ersichtliche Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durch und teilte der ASt am 15.05.2019 mit, dass sie nicht zur zweiten Vergabeverfahrensstufe zugelassen würde.

2. Die ASt brachte gegen diese Entscheidung einen Nachprüfungsantrag ein und begehrte zur Absicherung auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welche vom BVwG im Rahmen der notwendigen Sicherungsmittel auch erlassen wurde.

2a. Beim BVwG war gleichzeitig ein Nachprüfungsverfahren zur Zahl W131 2219333-2 anhängig, bei dem eine Nichtzulassungsentscheidung zu Lasten einer anderen Bewerbergemeinschaft angefochten worden war und idZ am 02.07.2019 am Vormittag vor der Verhandlung in diesem Verfahren eine Verhandlung stattfand, an welcher die AG als Antragsgegnerin und die ASt als Einschreiterin mit dem Bestreben einer dortigen Parteistellung als Einwendungspartei gleichfalls teilnahmen.

3. Nach diversen Schriftsatzwechseln fand wie zuvor ausgeführt am 02.07.2019 schließlich auch eine mündliche Verhandlung statt, bei denen die Parteien anwaltlich vertreten teilnahmen, wobei die Verhandlung in den hier interessierenden Teilen wie folgt verlief:

[...]

R ersucht AGV um komprimierte Angabe, warum der Teilnahmeantrag der AST zur Nichtzulassung geführt hat.

AGV: Weil im Formblatt C13 entgegen der Ausschreibungsunterlage unter Punkt A. 3.3.4.1. explizit definierten Anforderung nicht alle Subunternehmer namhaft gemacht wurden, bzw. der namhaft gemachte Subunternehmer den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht erbringen konnte, was selbst von der Antragstellerin zugestanden wurde. Zumal die Ausschreibungsunterlage dies explizit festgelegt hat und das auch bestandfest geworden ist, war die Auftraggeberin nicht gehalten die nunmehrige Antragstellerin zur Verbesserung aufzufordern.

R ersucht ASTV um komprimierte Darstellung der Gründe, warum aus Sicht der AST nichtig zu erklären ist.

ASTV: Die Antragstellerin hat die technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen. Sie verfügt selbst über die erforderliche Befugnis und über weit mehr, als die geforderte Anzahl an Mitarbeitern mit einschlägiger Hochschulausbildung bzw. Fachkräften. Der im Formblatt C13 genannte Subunternehmer ist daher kein erforderlicher Subunternehmer. Wie das BVwG im heutigen Erkenntnis vom 02.07.2019 in der Rechtsache W131 2219333-2 ausgesprochen hat, ist die Auftraggeberin verpflichtet für den Fall, dass es Unklarheiten hinsichtlich des im Formblatt C13 genannten Subunternehmers gegeben hätte, die Antragstellerin zur Aufklärung aufzufordern. Dies ist nicht erfolgt. Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 21.05.2019 die Auftraggeberin darauf hingewiesen, dass sie selbst über die geforderte technische Leistungsfähigkeit verfügt und hat in diesem Schreiben auch entsprechende Angaben hinsichtlich der Anzahl der Mitarbeiter gemacht. Sie hat bereits in diesem Schreiben die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass darüber hinaus auch die von ihr namhaft gemachte Subunternehmerin XXXX über die Befugnis Elektrotechnik sowie über vier konstante Mitarbeiter mit einschlägiger Hochschulausbildung verfügt. In der Tat stellt die Medizintechnik nur einen Schwerpunkt der Elektrobefugnis dar. Sie hat in diesem Schreiben darüber hinaus auch darauf hingewiesen, dass den Beilagen C02a, C02b und C02c sowie den übermittelten Befugnisnachweisen zu entnehmen ist, dass die Antragstellerin selbst über die geforderte Befugnis sowie das geforderte Knowhow verfügt (Elektrotechnikplanung). Die Ausscheidensentscheidung ist daher aus all diesen Gründen für nichtig zu erklären und es wird das Schreiben der Antragstellerin an die Antragsgegnerin vom 21.05.2019 als Beilage H zum Akt gegeben. Darüber hinaus ist die Ausschreibung in Bezug auf die Auswahlentscheidung insofern rechtswidrig, weil intransparent, nachdem die Auswahlkriterien in Punkt A. 3. 4. Die Qualifikation des Schlüsselpersonals Fachplaner Elektrotechnik mit einer Gewichtung von 5% anführt, während hingegen in Punkt A. 3. 4. 7 Qualifikation des Schlüsselpersonals Elektrotechnik dem gegenüber auf die Qualifikation des Projektleiters des Statikers und seines Stellvertreters abgestellt wird. Die Auswahlkriterien sind insofern widersprüchlich, womit aufgrund des Vorliegens eines Wurzel mangels im Sinne der Rechtsprechung des VwGH die [Ausschreibungsunterlage] in diesem Punkt für nichtig zu erklären ist und in weiterer Folge daher ebenso die angefochtene Ausscheidensentscheidung. Die Ausschreibungsunterlage verweist in

Punkt A. 3. 3. 4. 1. auf die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 85 BVergG 2018, womit lediglich die technische Leistungsfähigkeit des Bewerbers, in diesem Fall der Bewerbergemeinschaft gemäß § 80 Abs. 1 BVergG 2018 gemeint sein kann. Die technische Leistungsfähigkeit des in Formblatt C13 genannten Subunternehmers kann rechtlich lediglich dann relevant sein, wenn der Bewerber selbst nicht über die geforderte technische Leistungsfähigkeit gemäß § 85 BVergG 2018 verfügt, was gegenständlich wie dargelegt nicht der Fall ist. Das BVVG hat in seinem heutigen Erkenntnis vom 02.07.2019, wie bereits zitiert, festgehalten, dass für den Fall, dass der im Formblatt C13 genannte Subunternehmer kein erforderlicher Subunternehmer ist, der Auftraggeber den Bewerber aufzufordern hat, allfällige Unklarheiten aufzuklären und insbesondere seine eigene Eignung nachzuweisen und den in Formblatt genannten Subunternehmer explizit abzulehnen hat. Aus Sicht der Antragstellerin ist der Sachverhalt im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren offenbar ident mit dem hier gegenständlichen Sachverhalt dieses nunmehrigen Nachprüfungsverfahrens, bzw. vergleichbar, sodass die Auftraggeberin auch im gegenständlichen Fall verhalten gewesen wäre die Antragstellerin zur entsprechenden Aufklärung aufzufordern und gegebenenfalls ihre technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen.

AGV: Der Sachverhalt ist insofern nicht ganz ident, als im hier gegenständlichen Verfahren über die Subunternehmerin XXXX ein C13 Formular überhaupt nicht abgegeben worden ist. Für die Auftraggeberin hat es zum Zeitpunkt des Teilnahmeantrages überhaupt keine Unklarheit bestanden. Darüber dass XXXX nicht als Subunternehmer namhaft gemacht wird und die Subunternehmerin XXXX nicht über die erforderlichen Eignungskriterien verfügt. Im Übrigen hat sich die Generalplanerin für die Leistungen Elektroplanung, Elektrotechnik selbst auch nicht namhaft gemacht, sodass es für die Auftraggeberin überhaupt keine Veranlassung gegeben hat hier zu einer allfälligen Mängelbehebung aufzufordern. Im Übrigen ergibt sich aus den anfechtungsfesten Ausschreibungsunterlagen in Punkt A. 3. 3. 4. 1. unmissverständlich, dass sich alle Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit auf die vom jeweiligen Unternehmen konkret zu erbringenden Leistungen zu beziehen hat. Formale Voraussetzungen irgendeines anderen am Projekt beteiligten Unternehmens aus dem Kreis der Antragstellerin können nicht ausreichen, weil es der Auftraggeberin erkennbar darum gegangen ist, die definierten Eignungskriterien in demjenigen Unternehmen vorzufinden, das die jeweilige Leistung erbringen wird. Dieser Wille des AG war der Ausschreibung unzweifelhaft zu entnehmen und soll dadurch verhindert werden, dass durch bloßen Nachweis formaler Eignungen eines Unternehmens, dass die Leistung nicht erbringt, der konkrete Leistungsteil durch ein nicht entsprechend qualifiziertes Unternehmen erbracht wird.

Frau Mag. XXXX : Die AST hat das Formular C13 für den Subunternehmer XXXX ausgefüllt, der nicht über das entsprechende akademische Personal verfügte. Nicht ausgefüllt wurde das Formblatt C13 für den Subunternehmer XXXX und auch nicht für den Generalplaner selbst.

ASTV: Das Formblatt C13 war für XXXX nicht maßgeblich auszufüllen, weil die Antragstellerin selbst über die erforderliche Befugnis und die erforderliche Anzahl an Mitarbeitern, mit entsprechender akademischer Ausbildung bzw. einschlägiger Fachausbildung verfügt.

AGV: Ich verweise auf das bisherige Vorbringen.

Um 12:46 Uhr zieht sich der Senat für eine kurze Beratung zurück.

Um 12: 52 Uhr wird fortgesetzt.

R ersucht die Parteien ihre Sicht darzulegen, was zwischen Abgabe des Teilnahmeantrags und Nichtzulassungsentscheidung chronologisch passiert ist bzw. auch bis zum Schreiben gemäß heutiger Beilage H. der Antragstellerin. Dazu wird vorerst die Beilage H. an den AGV ausgehändigt.

AGV retourniert die Beilage H der AST.

AGV: Am 15.05.2019 erfolgte die Mitteilung, dass die AST nicht zugelassen wird. Die Teilnahmeantragsfrist endete am 23.04.2019 gemäß Punkt A. 5. der Ausschreibung. Die abgegebenen Teilnahmeanträge wurden geprüft. Nach erster Prüfung der Vollständigkeit wurden von allen Bewerbern ergänzende Unterlagen nachgefordert. Gleichzeitig wurde über die Vergabepattform XXXX am 30.04.2019 eine Information an alle Bewerber versendet, wonach insbesondere das Eignungskriterium zur Qualifikation der Mitarbeiter in den technischen Büros für Haustechnik und Elektrotechnik offenbar zu hoch angesetzt war und nunmehr übermäßig wettbewerbseinschränkend wirkt. Aus diesen Erwägungen heraus wurde vorerst auf die Prüfung dieser Vorgabe verzichtet. Am 03.05.2019 erging über die Vergabepattform XXXX eine weitere Nachricht an alle Bewerber, wonach nach näherer Betrachtung der Rechtslage nunmehr auch das

erwähnte Kriterium betreffend Leistungsfähigkeit der technischen Fachplaner entsprechend der Ausschreibung geprüft wird. In weiterer Folge wurden die Teilnahmeanträge inklusive den nachgereichten Unterlagen auf Vollständigkeit und Erfüllung der Eignungskriterien geprüft. Und es wurden die entsprechenden Mitteilungen an die Bewerber mit 15.05.2019 übermittelt, sohin auch an die Antragstellerin. Mit dieser Mitteilung ist der Antragstellerin auch mitgeteilt worden, dass ihr Antrag nicht zur zweiten Stufe zugelassen wurde.

AGV bestätigt, dass dies die Beilage B zum Nachprüfungsantrag ist.

AGV: Danach erfolgte das Schreiben gemäß Beilage H, ohne Beilagen. Am 23.05.2019 wurde über XXXX gegenüber der AST mitgeteilt, dass die Ausscheidensentscheidung nicht revidiert wird.

ASTV: Die Chronologie ist grundsätzlich richtig. Ergänzend kann man auf Punkt 6. 4. 1. des Nachprüfungsantrags verweisen. Insbesondere wurde die Antragstellerin nicht zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit laut Punkt A. 3. 3. 4. 1. für den Bereich Elektrotechnik aufgefordert.

R: Nochmals nachgefragt, wird der Sachverhalt richtig verstanden, dass im Teilnahmeantrag seitens der AST ein Subunternehmer XXXX benannt worden ist, ohne dass in der Ausschreibung festgelegt worden wäre, dass erforderliche oder nicht erforderliche Subunternehmer gesondert zu deklarieren wären.

ASTV: Es hat nur ein einziges Formblatt C13 zur Deklaration der Subunternehmen gegeben für die Elektrofachplanung. Darüber hinaus waren die Subunternehmer im Formblatt C01b anzugeben.

DI. B\*\*\*: In der Ausschreibungsunterlage ist in Punkt A. 2. 10. 3. angeführt, wie und in welcher Form Leistungen an Subunternehmer weitergegeben werden dürfen und wie der Nachweis der Leistungsfähigkeit in diesem Fall geregelt ist. Zitat: "Für sämtliche Subunternehmer - unabhängig davon, ob der Bewerber bzw. Fachplaner diese für den Nachweis der Eignungs- oder Auswahlkriterien benötigt oder nicht - hat der Bewerber nach den Bestimmungen dieser Teilnahmeunterlagen wie für den Bewerber selbst die in Punkt A. 3. Genannten Unterlagen vorzulegen bzw. Nachweise zu erbringen."

R hält im Einvernehmen mit den Parteien fest, dass im Teilnahmeantrag der Antragstellerin XXXX als Subunternehmer und Fachplaner Elektrotechnik benannt worden ist, wobei in der Ausschreibung insbesondere im Formular C13 nicht zwischen erforderlichen und nichterforderlichen Subunternehmern differenziert worden ist.

R: War die Benennung des Fachplaners Elektrotechnik im Teilnahmeantrag eignungsrelevant oder eignungs- und auswahlrelevant?

ASTV: Die Benennung des Subunternehmers XXXX war im konkreten Fall für die AST nicht eignungs- und auch nicht auswahlrelevant.

AGV: Die Benennung ist eignungs- und auswahlrelevant.

R ersucht um Konkretisierung der Auswahlrelevanz.

AGV: Dass das auch für die Auswahl entscheidend ist, ergibt sich aus der Ausschreibung in Punkt A. 2. 10. 3., wonach die für den Subunternehmer vorzulegenden Unterlagen jedenfalls vorzulegen sind, und zwar unabhängig, ob sie für Eignung oder Auswahl notwendig sind. Woraus sich zwanglos ergibt, dass diese Unterlagen auch für die Auswahl erforderlich sind, naturgemäß nur für geeignete Bieter bzw. Bewerber bzw. Subunternehmer.

ASTV: Für die Auswahl waren eigene Formblätter vorgesehen. Dies waren in Bezug auf das Schlüsselpersonal des Generalplaners das Formblatt C03 sowie für das Schlüsselpersonal Elektrotechnik das Formblatt C15, welche beide von der Antragstellerin ausgefüllt worden sind. Ich verweise auf Punkt A. 2. 12. 2. der Teilnahmeunterlagen.

AGV: Das Formblatt C15 ist von der XXXX und nicht von der AST unterfertigt.

ASTV: Das ist der Antragstellerin zurechenbar.

Um 13:30 Uhr findet wieder eine kurze Senatsberatung statt.

Um 13:34 Uhr wird fortgesetzt.

Es geht die Umfrage nach weiterem Vorbringen und weiteren Beweisanträgen.

ASTV: Die Benennung des Subunternehmer XXXX im Formblatt C13 wäre aus eignungstechnischer Sicht nicht erforderlich gewesen. Wenn es hier tatsächlich, was die AST bestreitet, einen Mangel gegeben hätte, dann wäre die AG verpflichtet gewesen, die AST um Aufklärung zu ersuchen. Dies hat sie nicht getan.

AGV: Ich verweise auf das bisherige Vorbringen.W131 2219333-2

4. Im Nachprüfungsverfahren zur GZ W131 2219333-2 wurde am 02.07.2019 am Vormittag folgendes Erkenntnis (Spruch und tragende Gründe) verkündet, welches der ASt dieses Verfahrens und der AG zum Verhandlungszeitpunkt bereits bekannt war:

A)

Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben und die Nichtzulassung zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens für nichtig erklärt.

B)

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

Tragende Gründe:

Nach der Rsp des VwGH ist es nicht Aufgabe der Vergabekontrolle, erstmalig an Stelle des AG Teilnahmeanträge zu prüfen und zB verbessern zu lassen, VwGH 2007/04/0095 uva.

In gleichheitskonformer Rechtsanwendung hätte die AG gegenständlich auf Basis der präkludierten Ausschreibungsunterlage aufklären müssen, ob der entscheidungsrelevante Subunternehmer ein erforderlicher Subunternehmer ist, und diesen dann, wenn er kein erforderlicher Subunternehmer ist, iSd Wertungen des § 138 Abs 3 BVergG ablehnen müssen.

Danach hätte die AG die ASt entsprechend zur Verbesserung ihres Teilnahmeantrags auffordern müssen, damit die ASt die behauptete eigene Eignung im gegenständlich strittigen Bereich hätte nachweisen können.

Zu den Kriterien der Verbesserbarkeit siehe zB VwGH Ra 2016/04/0015 uva, zumal die AG im Ermittlungsverfahren nicht plausibilisieren konnte, dass die strittigen Elektrofachplanerdokumente auch auswahlrelevant wären.

Die Revision war insoweit zuzulassen, weil noch keine gefestigte Rsp des VwGH vorliegt, inwieweit beim zweistufigen Vergabeverfahren wertend auch eine Subunternehmerablehnung erfolgen kann bzw zu erfolgen hat, wenn die AG ein Verbesserungsprozedere beim Teilnahmeantrag vorsieht.

[...]

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Über den Verfahrensgang hinaus ist festzustellen wie folgt:

1.1. Aus den Teilnahmeantragsunterlagen, sprich der Ausschreibung der ersten Vergabeverfahrensstufe erscheinen nunmehr folgende Bestandteile entscheidungsrelevant:

1.1.1. Punkt A 2.8. mit der Überschrift "Verbesserung von Teilnahmeanträgen und Angeboten" lautet: Eine Nachforderung von Nachweisen und eine Aufforderung zur Verbesserung von Teilnahmeanträgen erfolgt, wenn es sich um einen behebbaren Mangel handelt. Die nachgeforderten Unterlagen sind innerhalb einer Frist von fünf Werktagen nachzuliefern. Dem Bewerber bzw. Bieter darf aus der zeitverzögerten Lieferung von Unterlagen kein Vorteil gegenüber den anderen Bewerbern bzw Bietern entstehen.

1.1.2. Die AG verlangte für Subunternehmer das Ausfüllen eines Formblatts C.13, wobei die AG in ihrer Ausschreibung diesbezüglich nicht zwischen für die Eignung des Bewerbers erforderlichen und für die Eignung nicht erforderlichen Subunternehmer differenzierte.

MaW: Die Bewerber hatten in der ersten Vergabeverfahrensstufe Subunternehmer zu benennen, egal ob diese für den Eignungsnachweis erforderlich oder nicht erforderlich waren.

1.1.3. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit verlangte die AG beim Fachplaner Elektrotechnik mindestens drei - in Punkt A

3.3.4.1. der Teilnahmeantragsunterlagen näher spezifizierte - Mitarbeiter mit einschlägiger abgeschlossener Hochschul- bzw Fachhochschulausbildung.

1.2. Am 30.04.2019 versandte ein externer Vertreter, eine vergebende Stelle, über eine Vergabeplattform eine Information an alle Bewerber, wonach insbesondere das Eignungskriterium zur Qualifikation der Mitarbeiter in den technischen Büros für Haustechnik und Elektrotechnik offenbar zu hoch angesetzt wäre und nunmehr übermäßig wettbewerbseinschränkend wirke. Aus diesen Erwägungen heraus würde vorerst auf die Prüfung dieser Vorgabe verzichtet.

Am 03.05.2019 erging über die Vergabeplattform eine gegenteilige Nachricht an alle Bewerber, wonach nach näherer Betrachtung der Rechtslage nunmehr auch das erwähnte Kriterium betreffend Leistungsfähigkeit der technischen Fachplaner entsprechend der Ausschreibung geprüft würde.

1.3. Am 15.05.2019 wurde die gegenständlich angefochtene Nichtzulassungsentscheidung an die ASt kommuniziert, dies mit der tragenden Begründung, dass aus den Unterlagen des Teilnahmeantrags hervorgehe, dass die Eignungskriterien betreffend die technische Leistungsfähigkeit laut Punkt A 3.3.4.1. für den Fachplaner Elektrotechnik nicht erfüllt seien.

1.4. Wiewohl die Begründung insoweit ungenau ist und den konkret relevanten Eignungsaspekt nicht aufzeigt, steht fest, dass deshalb nicht zugelassen worden wäre, weil bei der ASt deren im Teilnahmeantrag benannter Subunternehmer beim Fachplaner Elektrotechnik die erforderliche technische Leistungsfähigkeit nicht gehabt bzw nachgewiesen hätte.

1.5. Wiewohl der AG in seinen Ausschreibungsunterlagen für den Teilnahmeantrag bei Subunternehmern und den diesbezüglich vom Bewerber abverlangten Informationen nicht danach differenziert hatte, inwieweit ein Subunternehmer zum Nachweis der eigenen Eignung erforderlich oder nicht erforderlich wäre, nahm der AG den Teilnahmeantrag der ASt mit einem darin für die Elektrofachplanung benannten und von der AG als ungeeignet bewerteten Subunternehmer nicht zum Anlass, von der ASt aufklären zu lassen, inwieweit der benannte Subunternehmer ein erforderlicher Subunternehmer wäre; und hat es die AG danach auch unterlassen, den benannten Subunternehmer, der von der ASt als nicht erforderlich qualifiziert wird, abzulehnen und den Teilnahmeantrag verbessern zu lassen.

Die AG hat den benannten Subunternehmer, den die ASt als nicht erforderlich qualifiziert, vielmehr danach nicht abgelehnt und die ASt nicht zur Verbesserung ihres Teilnahmeantrags dahin aufgefordert, dass der Teilnahmeantrag im Punkte der Elektrofachplanerleistung mangels Eignung des benannten nicht erforderlichen Subunternehmers zu verbessern wäre.

Dies, obwohl sich die ASt im Bereich der Elektrofachplanung für diese Vergabe selbst als geeignet und insb mit der entsprechenden Anzahl einschlägig studierter Mitarbeiter iZm Elektrofachplanungen ausgestattet sieht bzw nunmehr vor dem BVwG auch einen weiteren Subunternehmer benennt.

1.6. Festzustellen ist weiters, dass beim gegenständlichen zweistufigen Vergabeverfahren die Angaben im Teilnahmeantrag zum Elektrofachplaner nicht auswahlrelevant im Sinne der Auswahlkriterien waren, da die AG auf Seiten 22f der Ausschreibung diesbezüglich die Beschreibung der Qualifikationen des Projektleiters des Statikers und seines Vertreters sowohl für die Qualifikation des Schlüsselpersonals Statik als auch iZm den Qualifikationen des Schlüsselpersonals für Haus-, Elektro- und Medizintechnik abgefragt hat, maW hat die AG auf Seite 23 der Ausschreibung insb auch keine Qualifikationsmerkmale des Schlüsselpersonals des Elektrofachplaners als bewertungsrelevant für die Auswahl definiert.

## 2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und Sachverhalt ergeben sich aus der Aktenlage der Gerichtsakten und aus den vorgelegten Vergabeunterlagen; und va der Verhandlung vom 02.07.2019, die vor dem Hintergrund der zuvor parteienseits eingebrachten Schriftsätze zu verstehen ist, und weiters vor dem Hintergrund der Verhandlung zur Verfahrenszahl W131 2219333-2, an der die AG als Partei und die ASt als eine die dortige Parteistellung anstrebende Einschreiterin teilnahmen.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gegenständlich war wegen der Vergabeverfahrenseinleitung nach dem 21.08.2018 das BVergG 2018 gemäß BGBl I 2018/65 einschlägig, § 376 Abs 4 BVergG 2018 (= BVergG).

3.1.1. Das BVwG hatte gegenständlich in der im Entscheidungskopf ersichtlichen Senatsbesetzung zu entscheiden - § 328 BVergG 2018 iVm § 6 VwGVG.

Als Verfahrensrecht waren dabei abseits der Sonderverfahrensvorschriften des BVergG 2018 das VwGVG und die in § 333 BVergG 2018 verwiesenen Teile des AVG anzuwenden.

Die angefochtene Entscheidung ist gemäß § 2 Z 15 lit a sublit dd BVergG gesondert anfechtbar.

3.1.2. Nach der stRsp des VwGH, wie zB zu ZI 2013/04/0029 ersichtlich, ist eine Ausschreibung als präkludiert und bestandfest auch dann anzuwenden, wenn die Ausschreibung vergaberechtswidrig sein könnte, aber deren allfällige Rechtswidrigkeiten nicht innerhalb der dafür zur Verfügung stehenden Anfechtungsfrist bei der zuständigen Vergabekontrollinstanz angefochten wurden.

Siehe insoweit den RS aus der VwGH - Rsp zu VwGH Ra 2016/04/0132, der lautet:

Allfällige Rechtswidrigkeiten einer bestandfesten Entscheidung dürfen vom VwG im Rahmen der Nachprüfung einer späteren Auftraggeberentscheidung nicht mehr aufgegriffen werden (Hinweis E vom 17. Juni 2014, 2013/04/0029, mwN).

3.1.3. Aus VwGH ZI 2006/04/0024 ist iZm der gebotenen Ausschreibungsauslegung entsprechend der stRsp des VwGH festzuhalten: Der Verwaltungsgerichtshof hat schon wiederholt bei der Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen, somit hinsichtlich der Willenserklärungen des Auftraggebers, den objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt für maßgebend erachtet (Hinweis E vom 19. November 2008, 2007/04/0018, mit Verweis auf die Vorjudikatur). Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist, gilt auch für die Auslegung der Willenserklärung des Bieters.

3.1.4. IZm der Pflicht zur gesetzeskonformen Auslegung von Ausschreibungsunterlagen bzw iZm der Irrelevanz eines nur zu vermutenden Zwecks der Ausschreibungsbestimmungen hat der VwGH weiters zB zu Ra 2018/04/0137 rechtssatzmäßig dokumentiert ausgeführt wie folgt:

Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen (Hinweis E vom 27. Oktober 2014, 2012/04/0066, mwN).

Zu A) Zur Nichtigerklärung

3.2. Zur Nichtigerklärung ist nunmehr festzuhalten wie folgt:

3.2.1. Wiewohl im Gesetz nicht vergleichbar wie bei Angeboten in § 141 Abs 1 Z 7 BVergG mitunter vorgesehen, hat die AG in der gegenständlichen Ausschreibung eine eventuelle Verbesserung von Teilnahmeanträgen vorgesehen, wobei die Verbesserungsklausel in den Feststellungen wiedergegeben wurde. Diese Verbesserungsklausel wurde nicht fristgerecht angefochten und bindet daher alle Vergabeverfahrensbeteiligten bis zur Beendigung dieses Vergabeverfahrens.

Wenn der VwGH zB zu Ra 2016/04/0015 die Frage der Behebbarkeit von Mängeln (dort bei Angeboten) dahin löst,

ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand fehlt (diesfalls liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall ist der Mangel behebbar; vgl. [...] Ra 2015/04/0077, mwN),

führt dies gegenständlich in der gebotenen gesetzeskonformen Auslegung des Punkts A 2.8. der Ausschreibung dazu, dass Teilnahmeanträge verbessert werden können bzw und eine Verbesserungsmöglichkeit einzuräumen war, wenn das eignungsbegründende Faktum zum maßgeblichen Zeitpunkt existiert hat, jedoch mit dem abgegebenen Teilnahmeantrag nur der Nachweis nicht sofort mitgeliefert wurde.

Zudem kommt es gegenständlich - die Ausschreibung auslegend - nicht auf den vermuteten Zweck der Abfrage der Qualifikation des Projektleiters des Statikers etc beim Elektrofachplaner und anderen Fachplanern auf Seite 23 der

Ausschreibungsunterlage bei den Auswahlkriterien an, sondern auf den objektiven Wortlaut dieser Ausschreibungspassage- VwGH Ra 2018/04/0137.

3.2.2. Das BVwG geht zudem davon aus, dass auch im zweistufigen Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bei der Eignungsprüfung nicht erforderliche Subunternehmer mangels hinreichender Eignung in gleichheitskonformer Rechtsanwendung abzulehnen sind und die Eignung des Bewerbers danach ohne diesen abgelehnten Subunternehmer zu prüfen ist. Zur Subunternehmerablehnung siehe VwGH Ra 2017/04/0055 einerseits und nunmehr § 138 Abs 3 BVergG 2018 andererseits.

3.2.3. Wie § 80 Abs 3 BVergG zeigt, durfte die AG bei der Eignungsprüfung Aufklärung von der ASt zur Frage verlangen, ob der benannte Subunternehmer für Elektrofachplanung ein erforderlicher Subunternehmer ist. Die wäre zu einer Teilnahmeantragsprüfung entsprechend den Vergabegrundsätzen des § 20 Abs 1 BVergG auch notwendig gewesen.

3.2.4. Hätte die AG nach einem derartigen Aufklärungsverlangen die ASt - seitige Antwort erhalten, dass die ASt - entsprechend ihrem nunmehrigen Vorbringen - selbst geeignet ist bzw ein anderer Subunternehmer die geforderten Eignungsaspekte hätte; und der benannte Subunternehmer kein erforderlicher Subunternehmer ist, hätte die AG entsprechend der eigenen Ausschreibungsunterlage den Subunternehmer ablehnen müssen und zur Verbesserung des Teilnahmeantrags auffordern müssen, zumal die ASt das Vorliegen der eigenen Eignung behauptet hat und es nicht Aufgabe des BVwG ist, ersatzweise Teilnahmeantragsverbesserungsaufforderungen oder Eignungsaufklärungen bzw Subunternehmerablehnungen an Stelle der AG auszusprechen - siehe dazu grundlegend VwGH 2007/04/0095 uva.

3.2.5. Diese Fehler der AG bei der Eignungsprüfung waren von wesentlichem Einfluss iSd § 347 Abs 1 Z 2 BVergG, da das Vergabeverfahren ohne diese Prüfungsfehler anders ausgehen könnte; zum Ausreichen der potentiellen Ergebnisrelevanz der Vergaberechtswidrigkeit siehe zB VwGH Ra 2015/04/0012 uva.

3.2.6. Bei diesem Ergebnis konnte dahinstehen, ob die angefochtene Entscheidung allenfalls auch mangels ausreichender Begründung aufzuheben gewesen wäre, da es nicht Pflicht des BVwG ist, AG - Entscheidungen rechtfertigend ersatzweise zu begründen, wenn wie hier pauschal die technische Leistungsfähigkeit verneint wurde, ohne dass der konkret als fehlende kritisierte Eignungsaspekt in der Entscheidung irgendwie benannt wurde; zur Kassation mangels ausreichender Entscheidungsbegründung siehe zB VwGH 2009/04/0081.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision war gegenständlich zuzulassen, weil noch keine gefestigte Rsp des VwGH vorliegt, inwieweit beim zweistufigen Vergabeverfahren wertend auch eine Subunternehmerablehnung erfolgen kann bzw zu erfolgen hat, wenn die AG ein Verbesserungsverfahren beim Teilnahmeantrag vorsieht.

### **Schlagworte**

Aufforderung, Auslegung der Ausschreibung, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Bestandsfestigkeit, Eignung, Eignungskriterien, Eignungsnachweis, mündliche Verhandlung, Nachforderung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachreichung von Unterlagen, Nachweismangel, Nichtigerklärung, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, Nicht-Zulassung zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens, Parteistellung, Revision zulässig, Subunternehmer, technische Leistungsfähigkeit, Teilnahmeantrag, Unterlagen des Vergabeverfahrens, Verbesserung, Verbesserungsauftrag, verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, wesentlicher Einfluss

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2019:W131.2219366.2.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

28.02.2020



---

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

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)