

TE Lvwg Erkenntnis 2015/1/13 LVwG-314-009/S1-2014

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.01.2015

Entscheidungsdatum

13.01.2015

Norm

BVergG 2006 §105

BVergG 2006 §108 Abs1 Z9

1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

Im Namen der Republik!

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch seinen Senat 1 mit den Mitgliedern Dr. Herzog, Dr. Böhler und Mag. Pathy

1. über den Antrag der Bietergemeinschaft B GmbH (Österreich)/B GmbH Nordost/B GmbH S/B GmbH West (alle Deutschland), H, vertreten durch T W P Rechtsanwälte GmbH, D, auf Nichtigerklärung einer Vergabeentscheidung der V K-BetriebsgesmbH betreffend das Vergabeverfahren "Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Reinigung und Lieferung von Miet- und Lohnwäsche" zu Recht erkannt: 1. über den Antrag der Bietergemeinschaft B GmbH (Österreich)/B GmbH Nordost/B GmbH S/B GmbH West (alle Deutschland), H, vertreten durch T W P Rechtsanwälte GmbH, D, auf Nichtigerklärung einer Vergabeentscheidung der römisch fünf K-BetriebsgesmbH betreffend das Vergabeverfahren "Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Reinigung und Lieferung von Miet- und Lohnwäsche" zu Recht erkannt:

Gemäß § 3 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung als unzulässig zurückgewiesen. Gemäß Paragraph 3, des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung als unzulässig zurückgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

2. über den Antrag der S M GmbH auf Gewährung von Akteneinsicht in dem unter Punkt 1. genannten Nachprüfungsverfahren den Beschluss gefaßt:

Gemäß § 9 Abs 2 Vergabenachprüfungsgesetz wird der Antrag als unzulässig zurückgewiesen. Gemäß Paragraph 9, Absatz 2, Vergabenachprüfungsgesetz wird der Antrag als unzulässig zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig. Gegen diesen Beschluss ist gemäß Paragraph 25 a, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

Begründung

1.1. In einem am 17.10.2014 beim Landesverwaltungsgericht eingelangten Schriftsatz stellte der Nachprüfungswerber den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem brachte er im Wesentlichen wie folgt vor:

„3. Maßgeblicher Sachverhalt

Die Antragstellerin hat sich am oben angeführten Vergabeverfahren als Bieterin beteiligt und der AG (nach einem Teilnahmeantrag, einem Erstangebot und einer Verhandlungsrunde) fristgerecht bis 25.8.2014 um 9:00 Uhr ein Letztangebot gelegt.

Mit Schreiben vom 7.10.2014 (./1) verständigte die AG die Antragstellerin davon, dass sie beabsichtige, die gegenständliche Rahmenvereinbarung mit der [Name der W-GmbH] abzuschließen. Weiters wurde darin mitgeteilt, dass die Antragstellerin drittgereiht ist.

.....

7. Begründung iSd § 5 lit f) Vbg VNPG7. Begründung iSd Paragraph 5, Litera f,) Vbg VNPG

7.1. Mindest-Umsatzreferenz Flachwäsche und Dienstbekleidung

In der Ausschreibung zum Teilnahmeantrag in der ersten Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens hat die AG auf Seite 18/59 in Punkt 10.3.5 (./3) bestandfest vorgegeben, dass der Bewerber zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit als zwingendes Mindestfordernis in der Beilage ./5 zumindest ein Referenzprojekt nachzuweisen hat, das alle untenstehenden Musskriterien erfüllt:

- a. Die Referenz muss die Reinigung von Flachwäsche und Dienstbekleidung mit RFID-Chips als Mietwäsche sowie die laufende Lieferungen gegenüber dem Auftraggeber von zumindest einmal pro Woche umfasst haben.
- b. Die Referenz muss einen Mindest-Auftragswert von EUR 1.200.000,-- exklusive Umsatzsteuer pro Jahr erreicht haben.
- c. Die Referenz muss die Reinigung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses (Vertrag über wiederkehrende Leistungserbringung) umfasst haben. Ein Dauerschuldverhältnis in diesem Sinn liegt nur dann vor, wenn es befristet auf zumindest 36 Monate oder unbefristet abgeschlossen wurde.
- d. Die Referenz muss innerhalb eines rund zehnjährigen Referenzzeitraumes abgeschlossen worden sein. Dieser Referenzzeitraum beginnt am 1.3.2004 und endet mit der festgelegten Teilnahmefrist. Eine Referenz, die außerhalb dieses Referenzzeitraumes erbracht wurde, wird nicht berücksichtigt; dabei muss die Reinigung und Lieferung zumindest während voller 36 Monate, die jedenfalls im vollen Umfang innerhalb des Referenzzeitraumes liegen müssen, erbracht worden sein.

Aufgrund ihrer Marktkennntnis geht die Antragstellerin davon aus, dass weder die Erstgereihten noch die Zweitgereihten in ihren Teilnahmeanträgen diese Mindestreferenz, wie in Punkt 10.3.5 der Ausschreibung der ersten Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens vorgegeben, nachgewiesen haben.

Insbesondere geht die Antragstellerin davon aus, dass die vor ihr gereihten Bieter mit ihren Referenzen weder das Muss-Kriterium Reinigung mit RFID-Chips noch das Muss-Kriterium jährlicher Mindestauftragswert von netto € 1.200.000,-- (wie bestandfest festgelegt) nachweisen haben können.

Die AG hätte die Teilnahmeanträge der Erstgereihten und Zweitgereihten daher nicht berücksichtigen und diese nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des gegenständlichen Verhandlungsverfahrens zulassen dürfen. Da die Teilnahmeberechtigung bzw die Eignung während des gesamten Vergabeverfahrens wahrzunehmen ist (BVA 20.10.2011, N/072-BVA/14/2011-40; BVA 20.10.2011, N/0073-BVA/14/2011-36, und BVA 6.7.2011, N/0038-BVA/12/2011-

42), hat die AG betreffend die Angebote der Erst- und Zweitgereihten jeweils eine Ausscheidensentscheidung gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG zu treffen. Bei rechtskonformer Nicht-Zulassung der angeführten Bieter wäre die Antragstellerin als Bestbieterin aus dem gegenständlichen Verhandlungsverfahren hervorgegangen und für den Abschluss der Rahmenvereinbarung vorzusehen. Die AG hätte die Teilnahmeanträge der Erstgereihten und Zweitgereihten daher nicht berücksichtigen und diese nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des gegenständlichen Verhandlungsverfahrens zulassen dürfen. Da die Teilnahmeberechtigung bzw die Eignung während des gesamten Vergabeverfahrens wahrzunehmen ist (BVA 20.10.2011, N/072-BVA/14/2011-40; BVA 20.10.2011, N/0073-BVA/14/2011-36, und BVA 6.7.2011, N/0038-BVA/12/2011-42), hat die AG betreffend die Angebote der Erst- und Zweitgereihten jeweils eine Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zu treffen. Bei rechtskonformer Nicht-Zulassung der angeführten Bieter wäre die Antragstellerin als Bestbieterin aus dem gegenständlichen Verhandlungsverfahren hervorgegangen und für den Abschluss der Rahmenvereinbarung vorzusehen.

Eine tiefergehende inhaltliche Auseinandersetzung zu diesem Themenkreis ist erst nach erfolgter Aktensicht möglich. Weiteres Vorbringen und weitere Beweisanträge bleiben daher ausdrücklich vorbehalten.

Beweis: gesamter Vergabeakt;
Ausschreibung zum Teilnahmeantrag (/3);
ZV Ivo Auer, pA Antragstellerin.

7.2. Gravierende Verstöße gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens

Recherchen der Antragstellerin nach Erhalt der Entscheidung über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung vom 7.10.2014 haben ergeben, dass die fachliche Verfahrensbegleitung der AG, die p p d c DI M GmbH (der AG zurechenbar), zu Lasten der Antragstellerin mehrfach – und für den Ausgang des gegenständlichen Verfahrens wesentlich – gegen die Festlegungen des § 19 BVergG, wonach Vergabeverfahren unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen sind, und die Vorgaben in § 105 BVergG verstoßen hat: Recherchen der Antragstellerin nach Erhalt der Entscheidung über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung vom 7.10.2014 haben ergeben, dass die fachliche Verfahrensbegleitung der AG, die p p d c DI M GmbH (der AG zurechenbar), zu Lasten der Antragstellerin mehrfach – und für den Ausgang des gegenständlichen Verfahrens wesentlich – gegen die Festlegungen des Paragraph 19, BVergG, wonach Vergabeverfahren unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen sind, und die Vorgaben in Paragraph 105, BVergG verstoßen hat:

7.2.1. Die Kundmachung der Vergabe des gegenständlichen Auftrags erfolgte am 2.4.2014. Die Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge in der ersten Verfahrensstufe endete am 30.4.2014 um 9:00 Uhr (/4).

Am 11.4.2014 begab sich – nach den der Antragstellerin zur Verfügung stehenden Informationen – DI M M von der p p d c DI M GmbH, zugleich Mitglied der Bewertungskommission der AG, an den Unternehmenssitz der nunmehrigen Bestbieterin nach E, R Straße, offenkundig zur Besprechung der gegenständlichen Ausschreibung.

Beweis: gesamter Vergabeakt;
Kundmachung vom 2.4.2014 (/4);
ZV J S, L, Lgasse;
ZV I A, pA Antragstellerin. ZV römisch eins A, pA Antragstellerin.

7.2.2. Die Frist zur Abgabe der Erstangebote endete am 9.7.2014 um 12:00 Uhr (/5). Die Ausschreibung für die Abgabe der Letztangebote war für die Antragstellerin erstmals am den 12.8.2014 verfügbar. Die Frist zur Abgabe der Letztangebote endete am 25.8.2014 um 9:00 Uhr (/6).

Im Zeitraum vom 30.7.2014 bis 11.8.2014 hat die Erstgereichte der AG in mehreren der in der Ausschreibung angeführten Krankenhäuser eine im Vergleich zu ihrem Erstangebot geänderte, billigere Berufsbekleidungskollektion und im Vergleich zu ihrem Erstangebot geänderte, billigere Flachwäscheartikel vorgestellt.

In der Folge hat die AG die Ausschreibung für die Abgabe der Letztangebote – im Vergleich zur Ausschreibung für die Abgabe der Erstangebote – in den Kalkulationsblättern, jeweils Beilage 4 zur Ausschreibung, geändert und die Änderungen farblich rot markiert (. /7, . /8). Wie aus diesen Änderungen zu entnehmen ist, handelt es sich dabei durchgehend um Änderungen, mit denen die ursprünglich verlangten Qualitäten herabgesetzt bzw die ursprünglichen Abmessungen geändert wurden:

- Position DB3: Mischgewebe: mind 50 % Baumwolle (vorher 60 %);
- Position DB4: Mischgewebe: mind 50 % Baumwolle (vorher 60 %);
- Position DB6: Mischgewebe: mind 50 % Baumwolle (vorher 60 %);
- Position DB8: Zughose mit mind 1 aufgesetzten Gesäßtasche (vorher 2);
- Position DB9: mind 70 % Baumwolle (vorher 70 % Baumwolle, 30 % Polyamid);
- Position DB13: Zughose mit mindestens 1 aufgesetzten Gesäßtasche (vorher 2);
- Position DB14: Mischgewebe: ca 40 % Baumwolle (vorher ca 45 %);
- Position DB15: Mischgewebe: ca 40 % Baumwolle (vorher ca 45 %);
- Position DB16: Arbeitsmantel mit mind 3 Taschen (vorher vier Taschen, mindestens 2-färbig);
- Position DB16: Mischgewebe: ca 40 % Baumwolle (vorher ca 45 %);
- Position DB18: mind 35 % Baumwolle (vorher 65 % Polyester, 35 % Baumwolle);
- Position DB19: mind 35 % Baumwolle (100 % Baumwolle);
- Position DB20: Mischgewebe: ca 50 % Baumwolle (vorher 60 %);
- Position DB21: Mischgewebe: mind 50 % Baumwolle (vorher 60 %, 40 % Polyester);
- Position DB25: Mischgewebe: mind 50 % Baumwolle (vorher 60 %, 40 % Polyester);
- Position FW1: 50 % Polyester (vorher 20 %);
- Position FW5: mind 40 % Baumwolle (vorher 40 %, 60 % Polyester);
- Position FW6: mind 40 % Baumwolle (vorher 40 %, 60 % Polyester);
- Position FW7: mind 40 % Baumwolle (vorher 40 %, 60 % Polyester);
- Position FW8: Kuvert- oder Sachverschluss mit ca 20 cm Einschlag oder Riegelverschluss (vorher: mit ca 30 cm Einschlag, kein Riegelverschluss);
- Position FW8: Damast oder Leinwandbindung ... (vorher nur Damast);
- Position FW9: Kuvert- oder Sachverschluss mit ca 20 cm Einschlag oder Riegelverschluss (vorher: mit ca 30 cm Einschlag, kein Riegelverschluss);
- Position FW9: Damast oder Leinwandbindung ... (vorher nur Damast);
- Position FW10: Kuvert- oder Sachverschluss mit ca 20 cm Einschlag oder Riegelverschluss (vorher: mit ca 30 cm Einschlag, kein Riegelverschluss);
- Position FW10: Damast oder Leinwandbindung ... (vorher nur Damast);
- Position FW11: Damast oder Leinwandbindung ... (vorher nur Damast);
- Position FW12: Damast oder Leinwandbindung ... (vorher nur Damast);
- Position FW13: Damast oder Leinwandbindung ... (vorher nur Damast);
- Position FW22: mind 140x70 cm (vorher 150x80 cm);
- Position FW23: 100 % Baumwolle, mind 325 g/m² (mind 350 g/m²);
- Position FW39: Frottee gewirkt, 80 % Baumwolle, 20 % Polyester (vorher 90 % Baumwolle, 10 % Polyester);
- Position FW54: mind 80g/m² (vorher Polyester ca 80 g);

- Position FW55: mindestens 180 g (vorher ca 180 g);
- Position FW56: 70x85 cm (vorher 71x80 cm);
- Position FW57: 100 % Baumwolle, 6 lagig, mind 100 g/m², 55x30 cm (vorher keine Qualitätsangabe, 53x31 cm);
- Position FW58: 100 % Baumwolle, 6 lagig, mind 100 g/m², 50x35 cm (vorher keine Qualitätsangabe, 48x35 cm);
- Position FW59: 140x80 cm (vorher 133x77 cm);
- Position FW59: 140x80 cm (vorher 133x77 cm);
- Position FW60: 65x40 cm (vorher 62x33 cm);
- Nr S41: 18x55, alles Laminat (vorher 227x292);
- Nr S53: Standard Performance (vorher High Performance);
- Nr S55: Standard Performance (vorher High Performance);
- Nr S61: Standard Performance (vorher nichts zur Performance).

Durch die von der AG in den Kalkulationsblättern vorgenommenen Änderungen, insbesondere der Änderung und Reduktion der Qualitätsanforderungen und Abmessungen, war die Antragstellerin in die Lage versetzt bzw gezwungen, ihre Kalkulation in weiten Teilen umzustellen und neu aufzusetzen. Damit war insbesondere auch folgender Zusatzkalkulationsaufwand verbunden:

- Keine Erfahrung mit den geänderten Qualitäten;
- Einholung neuer Angebote bei Lieferanten;
- Suche neuer Anbieter/Lieferanten;
- Neuverhandlung der Preise mit Lieferanten unter Zeitdruck nicht möglich;
- Mehraufwand Lager wegen neuer Kollektion;
- Mehraufwand Produktion (Wäscherei, Finisher, Sortierung) wegen neuer Kollektion.

Dafür verblieb der Antragstellerin eine Zeitspanne von acht Werktagen.

Die Erstgereichte hingegen hatte für die Kalkulation ihres Letztangebots – nachdem die Änderungen in der Ausschreibung für die Abgabe der Letztangebote offensichtlich maßgeblich von ihr vorbereitet und beeinflusst wurden – eine deutlich längere Zeitspanne – womöglich bereits über mehrere Monate – zur Verfügung.

Dass bei einer umfangreichen Angebotskalkulation jener Bieter, der gegenüber seinen Mitbewerbern einen Informations- und Zeitvorsprung hat, einen bedeutenden und für den Ausgang des Verfahrens maßgeblichen Wettbewerbsvorteil genießt, bedarf iSd Entscheidung des BVA 7.5.2007, zu N/0006-BVA/14/ 2007-85, keiner weiteren Kommentierung.

7.2.3. Vor dem Hintergrund der Ausführungen oben in 7.2.1. und 7.2.2. erscheinen auch die sonstigen geschäftlichen Verbindungen zwischen der Erstgereichten und der p p d c DI M GmbH in einem anderen Licht:

So führt die p p d c DI M GmbH auf ihrer Homepage die I I M L GmbH (/9), ein Mitglied der W-Gruppe, als Referenz an. Die p p d c DI M GmbH betreut aktuell (und erstmals) auch die Ausschreibung der S B Kliniken (V-S). Marktinformationen zufolge soll sich bei dieser Ausschreibung nun auch erstmals die Erstgereichte bewerben. So führt die p p d c DI M GmbH auf ihrer Homepage die römisch eins römisch eins M L GmbH (/9), ein Mitglied der W-Gruppe, als Referenz an. Die p p d c DI M GmbH betreut aktuell (und erstmals) auch die Ausschreibung der S B Kliniken (V-S). Marktinformationen zufolge soll sich bei dieser Ausschreibung nun auch erstmals die Erstgereichte bewerben.

Es liegt die Vermutung nahe, dass die „Zusammenarbeit“ der p p d c DI Mi GmbH und der Erstgereichten bzw der W-Gruppe die Gleichbehandlung, Transparenz und den lautereren Wettbewerb nicht nur im gegenständlichen Verfahren gefährdet. In diesem Zusammenhang ist auf den auch im gemeinschaftsrechtlich bestimmten Vergaberecht geltenden Grundsatz „justice should not only be done, but also be seen to be done“ zu verweisen!

7.2.4. Erst jetzt wird der Antragstellerin auch klar, warum sie von der AG mit Brief vom 7.5.2014 (/10) plötzlich aufgefordert wurde, zum Nachweis ihrer Befugnis eine Gewerbeberechtigung gemäß § 94 Z 33 GewO (Herstellung und

Aufbereitung sowie Vermietung von Medizinprodukten, soweit diese Tätigkeiten nicht unter ein anderes reglementiertes Gewerbe fallen, und Handel mit sowie Vermietung von Medizinprodukten) nachzuweisen.7.2.4. Erst jetzt wird der Antragstellerin auch klar, warum sie von der AG mit Brief vom 7.5.2014 (/10) plötzlich aufgefordert wurde, zum Nachweis ihrer Befugnis eine Gewerbeberechtigung gemäß Paragraph 94, Ziffer 33, GewO (Herstellung und Aufbereitung sowie Vermietung von Medizinprodukten, soweit diese Tätigkeiten nicht unter ein anderes reglementiertes Gewerbe fallen, und Handel mit sowie Vermietung von Medizinprodukten) nachzuweisen.

Dies war schon im Zeitpunkt 7.5.2014 äußerst verwunderlich, ist das Leistungsbild des aktuell laufenden Dienstleistungsauftrags doch praktisch ident mit dem Leistungsbild des gegenständlichen Rahmenvertrags und hat die Antragstellerin in dem Vergabeverfahren, das dem aktuell laufenden Dienstleistungsauftrag zugrunde liegt, diesen Nachweis gerade nicht verlangt; auch zu keinem Zeitpunkt während der Laufzeit des aktuellen Dienstleistungsvertrags.

Dem so erst jetzt zu Tage getretenen Ansinnen der AG (oder wohl eher der p p d c DI M GmbH), die Antragstellerin bereits zu einem früheren Zeitpunkt im gegenständlichen Verfahren „loszuwerden“, konnte erst durch eine entsprechende Bestätigung der WKO Vorarlberg vom 9.5.2014 (/11) Einhalt geboten werden.

7.2.5. Vergabeverfahren sind nach einem im BVergG vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen (§ 19 Abs 1 BVergG).7.2.5. Vergabeverfahren sind nach einem im BVergG vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen (Paragraph 19, Absatz eins, BVergG).

Der Auftraggeber darf Informationen nicht in solcher Weise diskriminierend weitergeben, dass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können (§ 105 Abs 1 BVergG).Der Auftraggeber darf Informationen nicht in solcher Weise diskriminierend weitergeben, dass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können (Paragraph 105, Absatz eins, BVergG).

Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung (bzw im gegenständlichen Fall vor Abschluss einer Rahmenvereinbarung) hat der Auftraggeber Angebote von Unternehmen auszuschneiden, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen ist (§ 129 Abs 1 Z 1 BVergG).Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung (bzw im gegenständlichen Fall vor Abschluss einer Rahmenvereinbarung) hat der Auftraggeber Angebote von Unternehmen auszuschneiden, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen ist (Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG).

Ziel der Verfahrens- und Verhandlungsführung ist die Ermittlung entweder des wirtschaftlich und technisch günstigsten oder des billigsten Angebots durch Verhandeln. Bei der Verfolgung dieses Ziels hat der Auftraggeber die Vergabegrundsätze – insbesondere den Gleichbehandlungs-, den Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz zu wahren. Aus dem Gebot einer auf den Vergabegrundsätzen beruhenden, fairen und objektiven Verhandlungsleitung und Strukturierung ergeben sich mehrere Anforderungen an die Gestaltung und den Ablauf des Verfahrens (Schramm/Öhler in Schramm/ Aicher/Fruhmann/Thienel, § 105 Rz 62).Ziel der Verfahrens- und Verhandlungsführung ist die Ermittlung entweder des wirtschaftlich und technisch günstigsten oder des billigsten Angebots durch Verhandeln. Bei der Verfolgung dieses Ziels hat der Auftraggeber die Vergabegrundsätze – insbesondere den Gleichbehandlungs-, den Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz zu wahren. Aus dem Gebot einer auf den Vergabegrundsätzen beruhenden, fairen und objektiven Verhandlungsleitung und Strukturierung ergeben sich mehrere Anforderungen an die Gestaltung und den Ablauf des Verfahrens (Schramm/Öhler in Schramm/ Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 105, Rz 62).

Die gesamte Verfahrens- und Verhandlungsführung hat nach der Rechtsprechung des EuGH auf dem Grundsatz der Chancengleichheit aufgebaut zu werden. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt in erster Linie, dass der Auftraggeber den Bietern während des gesamten Vergabeverfahrens gleiche Chancen einräumen muss (EuGH

25.4.1996, Rs C-87/94; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 105 Rz 63). Die gesamte Verfahrens- und Verhandlungsführung hat nach der Rechtsprechung des EuGH auf dem Grundsatz der Chancengleichheit aufgebaut zu werden. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt in erster Linie, dass der Auftraggeber den Bietern während des gesamten Vergabeverfahrens gleiche Chancen einräumen muss (EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 105, Rz 63).

So haben Bieter gleichbehandelnd informiert zu werden. Soweit nicht andere Bestimmungen vorgehen, darf durch unterschiedliche Informationserteilung keine ungleiche Wettbewerbssituation geschaffen werden. Unzulässig ist jede Form der Einseitigkeit, etwa indem einer Partei mehr Informationen gegeben werden, als einer anderen. Die unterschiedliche Weitergabe von relevanten Informationen wird idR auch dazu führen, dass die Bieter ihre Angebote auf unterschiedlichen Grundlagen kalkulieren, was nicht vergleichbare Angebote nach sich zieht und eine rechtmäßige Zuschlagsentscheidung verhindert. Die Bieter müssen grundsätzlich auch in zeitlicher Hinsicht gleich behandelt werden. Diskriminierend kann auch eine längere Vorbereitungs- oder Ausarbeitungszeit für nur einen oder bestimmte Bieter sein (BVA 7.5.2007, N/0006-BVA/14/2007-85; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 105 Rz 64f mwN). So haben Bieter gleichbehandelnd informiert zu werden. Soweit nicht andere Bestimmungen vorgehen, darf durch unterschiedliche Informationserteilung keine ungleiche Wettbewerbssituation geschaffen werden. Unzulässig ist jede Form der Einseitigkeit, etwa indem einer Partei mehr Informationen gegeben werden, als einer anderen. Die unterschiedliche Weitergabe von relevanten Informationen wird idR auch dazu führen, dass die Bieter ihre Angebote auf unterschiedlichen Grundlagen kalkulieren, was nicht vergleichbare Angebote nach sich zieht und eine rechtmäßige Zuschlagsentscheidung verhindert. Die Bieter müssen grundsätzlich auch in zeitlicher Hinsicht gleich behandelt werden. Diskriminierend kann auch eine längere Vorbereitungs- oder Ausarbeitungszeit für nur einen oder bestimmte Bieter sein (BVA 7.5.2007, N/0006-BVA/14/2007-85; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 105, Rz 64f mwN).

Im Zusammenhang mit dem Verhandlungsverfahren ist auf das generelle Verbot einer diskriminierenden Informationsweitergabe durch den Auftraggeber zu verweisen (§ 105 Abs 1 BVergG). Jegliche Bevorzugung eines Bieters durch die Steuerung von Informationsflüssen ist unzulässig. Dies gilt nicht nur für die einseitige Übermittlung von Informationen. Bevorzugungen können auch durch bloße Bekanntgabe von bestimmten Informationen oder durch generelles Vorenthalten bestimmter Informationen hervorgerufen werden (Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 744). Im Zusammenhang mit dem Verhandlungsverfahren ist auf das generelle Verbot einer diskriminierenden Informationsweitergabe durch den Auftraggeber zu verweisen (Paragraph 105, Absatz eins, BVergG). Jegliche Bevorzugung eines Bieters durch die Steuerung von Informationsflüssen ist unzulässig. Dies gilt nicht nur für die einseitige Übermittlung von Informationen. Bevorzugungen können auch durch bloße Bekanntgabe von bestimmten Informationen oder durch generelles Vorenthalten bestimmter Informationen hervorgerufen werden (Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 744).

Das Transparenzgebot verlangt vor allem, dass der AG das Vergabeverfahren für die Bieter insgesamt durchschaubar und nachvollziehbar gestaltet. Das Transparenzgebot legt dem AG im Verhandlungsverfahren damit eine besondere Verfahrensverantwortung für die Verfahrens- und Verhandlungsführung auf. Entsprechend dieser Verfahrensverantwortung trifft den Auftraggeber eine Verfahrensstrukturierungspflicht. Er hat den Ablauf des Verhandlungsverfahrens in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen und danach in jedem Verfahrensstadium in einem für die Bieter erforderlichen Maß planbar und klar darzustellen. Von diesem Verfahrensablauf darf nicht überraschend und willkürlich abgewichen werden. Alle im Zuge der späteren Verhandlung getroffenen Festlegungen hat der AG so rechtzeitig mitzuteilen, dass sich dieser Bieter, die bestimmten Bieter oder alle Bieter darauf einstellen können (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 105 Rz 69 mwN). Das Transparenzgebot verlangt vor allem, dass der AG das Vergabeverfahren für die Bieter insgesamt durchschaubar und nachvollziehbar gestaltet. Das Transparenzgebot legt dem AG im Verhandlungsverfahren damit eine besondere Verfahrensverantwortung für die Verfahrens- und Verhandlungsführung auf. Entsprechend dieser Verfahrensverantwortung trifft den Auftraggeber eine Verfahrensstrukturierungspflicht. Er hat den Ablauf des Verhandlungsverfahrens in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen und danach in jedem Verfahrensstadium in einem für die Bieter erforderlichen Maß planbar und klar darzustellen. Von diesem

Verfahrensablauf darf nicht überraschend und willkürlich abgewichen werden. Alle im Zuge der späteren Verhandlung getroffenen Festlegungen hat der AG so rechtzeitig mitzuteilen, dass sich dieser Bieter, die bestimmten Bieter oder alle Bieter darauf einstellen können (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 105, Rz 69 mwN).

Wie dargelegt, kann der öffentliche Auftraggeber auch einseitig Leistungsbestimmungen ändern. Dies stellt aber keinen „Freibrief“ für den öffentlichen Auftraggeber dar, die Erfüllungsbedingungen der Leistungen einseitig zu ändern. Der öffentliche Auftraggeber schuldet den Bietern (zumindest in einer Verhandlungsrunde) ernsthafte Verhandlung und sachliches Vorgehen bei der Abänderung der Leistungsbestimmungen unter Berücksichtigung der Verhandlungsergebnisse aller Bieter (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 105 Rz 72 mwN). Wie dargelegt, kann der öffentliche Auftraggeber auch einseitig Leistungsbestimmungen ändern. Dies stellt aber keinen „Freibrief“ für den öffentlichen Auftraggeber dar, die Erfüllungsbedingungen der Leistungen einseitig zu ändern. Der öffentliche Auftraggeber schuldet den Bietern (zumindest in einer Verhandlungsrunde) ernsthafte Verhandlung und sachliches Vorgehen bei der Abänderung der Leistungsbestimmungen unter Berücksichtigung der Verhandlungsergebnisse aller Bieter (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 105, Rz 72 mwN).

Die Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbs verlangen vom Auftraggeber, dass er in der Verhandlungsführung keine Mittel anwendet, die unlauter oder sittenwidrig sind. Beispielsweise darf er die Bieter daher untereinander nicht mit unlauteren Mitteln, also etwa durch irreführende Angaben, ausspielen (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 105 Rz 85 mwN). Die Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbs verlangen vom Auftraggeber, dass er in der Verhandlungsführung keine Mittel anwendet, die unlauter oder sittenwidrig sind. Beispielsweise darf er die Bieter daher untereinander nicht mit unlauteren Mitteln, also etwa durch irreführende Angaben, ausspielen (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 105, Rz 85 mwN).

Beweis: gesamter Vergabeakt;

Auszug aus der Ausschreibung zum Erstangebot (/5);

Ausschreibung zum Letztangebot (/6);

Beilage 4 zur Ausschreibung für die Abgabe der Erstangebote (/7);

Beilage 4 zur Ausschreibung für die Abgabe der Letztangebote (/8);

Einholung eines SV-Gutachtens aus dem FG 92.01 (Kostenrechnung, Leistungsrechnung, Kalkulation, Betriebsergebnisrechnung);

Firmenbuchauszug (/9);

offenes Firmenbuch;

Schreiben der AG vom 7.5.2014 (/10);

Schreiben der WKO Vorarlberg vom 9.5.2014 (/11);

ZV J S, L, Lgasse;

ZV F T, L, Lgasse;

ZV H S, pA Antragstellerin;

ZV I A, pA Antragstellerin. ZV römisch eins A, pA Antragstellerin.

7.2.6. Aus der angeführten Rechtsprechung und der dargestellten Literatur ergibt sich für die gegenständliche Konstellation folgende Schlussfolgerung bzw folgendes Zwischenergebnis:

Die AG hat durch die ihr zurechenbare p p d c DI M GmbH mehrfach gegen die im BVergG festgeschriebenen elementaren Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter verstoßen.

Dies insbesondere dadurch, dass sie (1) mit der Erstgereihten außerhalb der Festlegungen in den Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen in Kontakt getreten ist (siehe oben 7.2.1.), dass sie es (2) entgegen den Festlegungen in der Ausschreibung zugelassen hat, dass (nur) die Erstgereichte eine im Vergleich zu ihrem Erstangebot geänderte, billigere

Berufsbekleidungskollektion und im Vergleich zu ihrem Erstangebot geänderte, billigere Flachwäscheartikel vorstellt und dass sie (3) darauf aufbauend die Ausschreibung für die Abgabe der Letztangebote geändert und der Erstgereihten dadurch einen offenkundigen Informations- und Wettbewerbsvorsprung gegenüber der Antragstellerin verschafft hat. Auch ist (4) vor diesem Hintergrund de facto von nicht vergleichbaren Angeboten iSd Entscheidung des BVA 7.5.2007 zu N/0006-BVA/14/ 2007-85 auszugehen.

Hätte die AG den Bestimmungen des BVergG entsprechend gehandelt, wäre die Erstgereichte auch zwingend gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG auszuschneiden gewesen. Hätte die AG den Bestimmungen des BVergG entsprechend gehandelt, wäre die Erstgereichte auch zwingend gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG auszuschneiden gewesen.

Durch das oben beschriebene vergaberechtswidrige Handeln ist der Antragstellerin die Teilnahme an einem fairen und lauterem Vergabeverfahren und damit die Chance, bei Gleichstellung aller Bieter schlussendlich als Bestbieterin aus dem gegenständlichen Verfahren hervorzugehen, genommen worden.

Es liegen somit die für die Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung notwendigen Rechtsverletzungen vor. Diesen kommt – wie bereits aufgezeigt – ein wesentlicher Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens zu. Hätte die AG in rechtskonformer Weise das Vergabeverfahren abgewickelt, wäre ein anderes Verfahrensergebnis zutage getreten. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird im Übrigen auf die Ausführungen oben in 7.2. verwiesen.

Beweis: wie bisher.

7.3. Mangelhafte (Begründung der) Entscheidung vom 7.10.2014

7.3.1. Nach § 131 Abs 1 BVergG hat ein Auftraggeber den ihm Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Eine entgegen dieser Verpflichtung den Bieter übermittelten Zuschlagsentscheidung stellt daher eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers dar und verletzt die Bieter in ihrem gemäß § 131 4. Satz BVergG zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen. Dies gilt umso mehr, als diese Bestimmung nach den Materialien gewährleisten soll, dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist jene Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt (VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081). 7.3.1. Nach Paragraph 131, Absatz eins, BVergG hat ein Auftraggeber den ihm Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins,, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Eine entgegen dieser Verpflichtung den Bieter übermittelten Zuschlagsentscheidung stellt daher eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers dar und verletzt die Bieter in ihrem gemäß Paragraph 131, 4. Satz BVergG zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen. Dies gilt umso mehr, als diese Bestimmung nach den Materialien gewährleisten soll, dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist jene Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt (VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081).

Einem Nachprüfungswerber kann nicht zugemutet werden, die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekanntgegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Daraus folgt, dass die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens schon dann wesentlich ist, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was in der Regel anzunehmen ist. § 131 BVergG verfolgt das Ziel, dass Bieter, die nicht zum Zuge kommen, grundsätzlich bereits mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, also am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen sollen, die es ihnen ermöglichen, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen. Ein Abgehen von diesem Grundsatz und damit eine Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter durch fehlende oder mangelhafte Bekanntgabe der Informationen, die nach § 131 BVergG 2006 mitzuteilen gewesen wären, bedarf einer sachlichen Rechtfertigung (BVA 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009-41). Dies gilt umso mehr, wenn die Begründung einer Zuschlagsentscheidung überhaupt fehlt (VwGH 9.4.2013, 2011/04/0224; VKS Wien 6.8.2013, VKS-522794/13). Einem Nachprüfungswerber kann nicht zugemutet

werden, die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekanntgegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Daraus folgt, dass die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens schon dann wesentlich ist, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was in der Regel anzunehmen ist. Paragraph 131, BVergG verfolgt das Ziel, dass Bieter, die nicht zum Zuge kommen, grundsätzlich bereits mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, also am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen sollen, die es ihnen ermöglichen, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen. Ein Abgehen von diesem Grundsatz und damit eine Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter durch fehlende oder mangelhafte Bekanntgabe der Informationen, die nach Paragraph 131, BVergG 2006 mitzuteilen gewesen wären, bedarf einer sachlichen Rechtfertigung (BVA 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009-41). Dies gilt umso mehr, wenn die Begründung einer Zuschlagsentscheidung überhaupt fehlt (VwGH 9.4.2013, 2011/04/0224; VKS Wien 6.8.2013, VKS-522794/13).

Es sind keine Gründe ersichtlich, warum die vorstehenden Ausführungen zur Zuschlagsentscheidung nicht auch bei einer Entscheidung über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung vollumfänglich zu berücksichtigen sind. Demgemäß ist § 151 Abs 3 BVergG im Hinblick auf die Mitteilungsinhalte mit § 131 BVergG nahezu wortident. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum die vorstehenden Ausführungen zur Zuschlagsentscheidung nicht auch bei einer Entscheidung über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung vollumfänglich zu berücksichtigen sind. Demgemäß ist Paragraph 151, Absatz 3, BVergG im Hinblick auf die Mitteilungsinhalte mit Paragraph 131, BVergG nahezu wortident.

7.3.2. Aus der Begründung der hier bekämpften Entscheidung vom 7.10.2014 (/1) ist nicht einmal ansatzweise abzuleiten, worin im vorliegenden Fall die konkreten Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots im Vergleich zum Angebot der Antragstellerin liegen. Es bleibt diesbezüglich daher die Vorlage des Vergabeakts durch die AG und das Ergebnis der beantragten Akteneinsicht abzuwarten. Erst anschließend kann eine Aussage darüber getroffen werden, ob insbesondere die Entscheidung der Bewertungskommission entsprechend den bestandfesten Vorgaben der Ausschreibung getroffen und dokumentiert wurde.

Weiteres Vorbringen und weitere Beweisanträge nach erfolgter Aktensicht bleiben daher ausdrücklich vorbehalten.

7.3.3. Bereits jetzt wird vorgebracht, dass die Bewertung des Kriteriums Qualität der Leistung durch die Bewertungskommission jedenfalls auch inhaltlich rechts- und ausschreibungswidrig ist. Wäre die Bewertung des Angebots durch die Bewertungskommission der AG sachlich und unbefangen erfolgt, wäre die Antragstellerin (jedenfalls in Zusammenschau mit dem Kriterium Gesamt-Angebotspreis) als Bestbieterin aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren hervorgegangen.

Eine detaillierte inhaltliche Auseinandersetzung mit der Entscheidung der Bewertungskommission ist auch diesbezüglich erst nach erfolgter Aktensicht möglich und bleibt daher ausdrücklich vorbehalten.

Beweis: wie bisher.

7.4. Befangenheit einzelner Mitglieder der Bewertungskommission der AG

7.4.1. In Punkt 2.3 auf Seite 19/49 der Ausschreibung für die Abgabe der Letztangebote (/6) ist festgelegt, dass das vom Bieter angebotene Konzept derart bewertet wird, dass im Rahmen der Bestbieterermittlung die Mitglieder der Bewertungskommission jeweils nach interner Diskussion zu jeder Anforderung und zu jedem Ziel einstimmig bewerten und ausschließlich einstimmig verbal mit Stichworten begründen, ob durch das angebotene Konzept das jeweils festgelegte Ziel bestens (3 Punkte), gut (2 Punkte) oder ausreichend (1 Punkt) erreicht wird; enthält ein Konzept zu einer Anforderung oder zu einem Ziel keine oder keine inhaltlich verifizierbare Darstellung, werden dafür 0 Punkte vergeben.

7.4.2. Die Mitglieder einer Bewertungskommission müssen eine von den Verfahrensteilnehmern unabhängige und unbefangene Stellung einnehmen. Das Bundesvergabeamt hat in diesem Zusammenhang etwa ausgesprochen, dass durch die Teilnahme eines befangenen Kommissionsmitglieds die Bewertung aller Angebote mit Rechtswidrigkeit belastet ist (BVA 23.12.2010, N/0095-BVA/08/2010-90).

Vor dem Hintergrund der Ausführungen oben in 7.1. bis 7.3. und dem Umstand, dass der p p d c DI M GmbH in der Person von DI M M auch als Mitglied der Bewertungskommission ein maßgeblicher Einfluss auf die Entscheidungen im

gegenständlichen Verfahren zukommt, ist die Bewertung aller Angebote und damit auch die hier bekämpfte Entscheidung vom 7.10.2014 (/1) infolge Befangenheit eines Kommissionsmitglieds mit einer für den Ausgang des Vergabeverfahrens relevanten Rechtswidrigkeit behaftet und daher nichtig zu erklären. Dabei wiegt besonders schwer, dass die Entscheidungsfindung der Kommission – wie oben aufgezeigt – in gemeinsamer Diskussion erfolgte. Demzufolge war dem befangenen Kommissionsmitglied DI M eine entsprechende Beeinflussung möglich.

Beweis: Ausschreibung zum Letztangebot (/6);

wie bisher.

Die Entscheidung der AG über den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung ist mit mehreren, für den Verfahrensausgang wesentlichen Rechtswidrigkeiten behaftet. Zusammenfassend ist auf (1) die unterbliebene Berücksichtigung der bestandsfesten Eignungsanforderung bei den Mitbieter, (2) die offenkundige mehrfache Missachtung des Gleichbehandlungsgebots bei der Verfahrensausgestaltung, (3) die nicht nachvollziehbare bzw (allenfalls) unsachliche Begründung des Verfahrensergebnisses und (4) das Tätigwerden eines befangenen Kommissionsmitglieds zu nennen. Die Antragstellerin behält sich weiteres Vorbringen und weitere Beweisanträge nach erfolgter Aktensicht ausdrücklich vor. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung Rechtswidrigkeitsgründe im Laufe eines Vergabekontrollverfahrens nachgereicht werden können (BVA 29.9.2013, N/0087-BVA/09/2013-29).

8. Anträge

Unter Hinweis auf die Ausführungen in den Punkten 1. bis 7. stellt die Antragstellerin die nachfolgenden

A N T R Ä G E :

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg möge

1. der Antragstellerin Einsicht in den Vergabeakt der AG gewähren;
2. ein SV-Gutachten aus dem FG 92.01 (Kostenrechnung, Leistungsrechnung, Kalkulation, Betriebsergebnisrechnung) zum Beweis dafür einholen, dass ein Bieter im Allgemeinen und die Erstgereichte im Besonderen durch einen Informationsvorsprung gegenüber seinen/ihren Mitbewerbern im Hinblick auf das Risiko, die Genauigkeit und die Verlässlichkeit der Kalkulation seines/ihrer Angebots einen für den Ausgang eines/des gegenständlichen Vergabeverfahrens maßgeblichen Wettbewerbsvorteil hat;
3. eine mündliche Verhandlung durchführen;
4. die Entscheidung der AG über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung vom 7.10.2014 (/1) für nichtig erklären;
5. die AG verpflichten, der Antragstellerin die (sowohl für den Antrag auf Nichtigerklärung als auch den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt € 1.990,50 (€ 1.327,-- für den Antrag auf Nichtigerklärung und € 663,50 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen der T W P Rechtsanwälte GmbH gemäß § 19a RAO zu ersetzen.“5. die AG verpflichten, der Antragstellerin die (sowohl für den Antrag auf Nichtigerklärung als auch den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt € 1.990,50 (€ 1.327,-- für den Antrag auf Nichtigerklärung und € 663,50 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen der T W P Rechtsanwälte GmbH gemäß Paragraph 19 a, RAO zu ersetzen.“
- 1.2. Gleichzeitig wurde beantragt, das Landesverwaltungsgericht möge dem Auftraggeber durch einstweilige Verfügung untersagen, den Zuschlag für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens zu erteilen.
2. Mit Beschluss vom 21.10.2014, LVwG-314a-006/S1-2014, hat das Landesverwaltungsgericht dem im obigen Punkt 1.2. erwähnten Antrag des Nachprüfungswerbers auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insoweit Folge gegeben, als dem Auftraggeber untersagt wurde, im gegenständlichen Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes über den ebenfalls eingebrachten Antrag des Nachprüfungswerbers auf Nichtigerklärung die Rahmenvereinbarung abzuschließen.
3. Der Auftraggeber hat eine Gegenschrift zu dem Vorbringen nach Punkt 1.1. erstattet und ist diesem darin entgegengetreten.

Der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger hat begründete Einwendungen erhoben.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht hat in gegenständlicher Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender, nachstehend angeführter Sachverhalt steht fest. Dieser Sachverhalt ist im Wesentlichen unbestritten.

4.2. Der Auftraggeber hat ein zweistufiges Verhandlungsverfahren zum „Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Reinigung und Lieferung von Miet- und Lohnwäsche“ ausgeschrieben. Es handelt sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag im Oberschwabenbereich.

Innerhalb der Teilnahmefrist (Ende: 30.04.2014, 09.00 Uhr) haben mehrere Bewerber bzw. Bewerbergemeinschaften Teilnahmeanträge abgegeben, ua auch eine Bewerbergemeinschaft bestehend aus folgenden Mitgliedern (im Folgenden als Biege 5 bezeichnet):

- B-GmbH (Österreich)
- B-GmbH (Deutschland)
- B-GmbH Nordost
- B-GmbH S
- B-GmbH West

In diesem Teilnahmeantrag, welcher von Herrn K (Prokurist der B-GmbH, Österreich) elektronisch signiert war, wurde das Formblatt 4 („Erklärung einer allfälligen Bietergemeinschaft“) für diese insgesamt fünf Unternehmen ausgefüllt, wobei die B-GmbH (Österreich) als bevollmächtigte Vertreterin aller Mitglieder dieser Bewerbergemeinschaft und Herr A (Prokurist der B-GmbH, Österreich) als Ansprechperson für die B-GmbH (Österreich) genannt wurden.

Die Biege 5, der präsumtive Zuschlagsempfänger (= Fa W) und der Zweitgereichte (= Fa S) wurden im Rahmen der Eignungs- und Auswahlprüfung positiv bewertet und zur Angebotslegung eingeladen.

Die Biege 5, der präsumtive Zuschlagsempfänger und der Zweitgereichte haben ein Erst-Angebot abgegeben. Dem Erst-Angebot der Biege 5 war eine Vollmacht von Frau M (= Mitarbeiterin der B-GmbH, Österreich) angeschlossen; das Angebot war von Herrn K elektronisch signiert.

Der Auftraggeber stellte nach der Durchführung von Verhandlungsrunden fest, dass weder dem Erst-Angebot noch dem Teilnahmeantrag der Biege 5 eine Vollmacht von Herrn K beigegeben war. Der Auftraggeber richtete daher mit Schreiben vom 31.07.2014 an die Biege 5 ein Aufklärungsschreiben, welches ua folgenden Inhalt hat:

„Unter Bezugnahme auf Punkt 3.1 des Verhandlungsprotokolls vom 30.07.2014 teilen wir mit, dass für Herrn [Vor- und Zuname von Herrn K.], der das Erst-Angebot elektronisch unterfertigt hat, weder dem Teilnahmeantrag noch dem Erst-Angebot eine Vollmacht für die Angebotsunterfertigung angeschlossen war.

Wir ersuchen daher um Nachreichung einer entsprechenden Vollmacht für Herrn [Vor- und Zuname von Herrn K.].“

Die Biege 5 legte hierauf dem Auftraggeber ein mit 03.07.2014 datiertes Schreiben vor, welches mit „Vollmacht“ überschrieben war und von Herrn A unterzeichnet wurde. Dieses Schreiben lautet wie folgt:

„Hiermit bestätige ich, Herr [Vor- und Zuname sowie Geburtsdatum und -ort von Herrn A.] als Bevollmächtigter des Bieterkonsortiums der [Name der B-GmbH, Österreich], dass Herr [Vor- und Zuname sowie Geburtsdatum und -ort von Herrn K] bevollmächtigt wird, das Angebot („Lieferung von Miet- und Lohnwäsche - Runde 1, PrNr: GZ 2014-10“) elektronisch zu signieren und im V Portal abzugeben.“ „Hiermit bestätige ich, Herr [Vor- und Zuname sowie Geburtsdatum und -ort von Herrn A.] als Bevollmächtigter des Bieterkonsortiums der [Name der B-GmbH, Österreich], dass Herr [Vor- und Zuname sowie Geburtsdatum und -ort von Herrn K] bevollmächtigt wird, das Angebot („Lieferung von Miet- und Lohnwäsche - Runde 1, PrNr: GZ 2014-10“) elektronisch zu signieren und im römisch fünf Portal abzugeben.“

Aufgrund einer Einladung des Auftraggebers zur Abgabe eines Letzt-Angebots haben alle im Verfahren befindlichen Bieter bzw. Bietergemeinschaften fristgerecht ein Letzt-Angebot abgegeben.

Der Auftraggeber führte in der Folge durch eine Bewertungskommission eine Bestbieterermittlung durch.

Am 07.10.2014 teilte der Auftraggeber den betreffenden Bietern bzw Bietergemeinschaften, ua der B-GmbH (Österreich) die Zuschlagsentscheidung mit näherer Begründung dahingehend mit, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger als Bestbieter abzuschließen.

4.3. Punkt 8. der Teilnahmeunterlagen lautet wie folgt:

„BEWERBERGEMEINSCHAFTEN

Bewerbergemeinschaften sind zulässig. Die Mehrfachbeteiligung eines Bewerbers am Vergabeverfahren ist jedoch unzulässig. Eine Mehrfachbeteiligung liegt dann vor, wenn ein Unternehmer sowohl Bewerber als auch Mitglied einer oder mehrerer Bewerbergemeinschaften ist oder ein Unternehmer an mehreren Bewerbergemeinschaften beteiligt ist. Dieses Verbot der Mehrfachbeteiligung gilt auch für verbundene Unternehmen im Sinne des § 2 Z 39 BVergG. Bewerbergemeinschaften sind zulässig. Die Mehrfachbeteiligung eines Bewerbers am Vergabeverfahren ist jedoch unzulässig. Eine Mehrfachbeteiligung liegt dann vor, wenn ein Unternehmer sowohl Bewerber als auch Mitglied einer oder mehrerer Bewerbergemeinschaften ist oder ein Unternehmer an mehreren Bewerbergemeinschaften beteiligt ist. Dieses Verbot der Mehrfachbeteiligung gilt auch für verbundene Unternehmen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 39, BVergG.

Allfällige Bewerbergemeinschaften müssen am Beschaffungsportal der Auftraggeberin unter <http://XXX> einen zustellbevollmächtigten Federführer nennen, der in allen Belangen des Vergabeverfahrens bevollmächtigt ist, die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft zu vertreten. Eine allfällige Beschränkung der Vollmacht des Federführers ist unwirksam. Allfällige Änderungen in der Person des Federführers sind der Auftraggeberin unverzüglich schriftlich bekannt zu geben. Darüber hinaus hat eine Bewerbergemeinschaft die Erklärungen in Formblatt 3 abzugeben.“

Das den Teilnahmeunterlagen beigezeichnete Formblatt 4 („Erklärung einer allfälligen Bietergemeinschaft“) hat folgenden Inhalt:

„Teilnahmeantrag: Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer Partei für die Reinigung und Lieferung von Miet- und Lohnwäsche

Projektnummer: GZ 2014-10

Lieferant:

ERKLÄRUNG EINER ALLFÄLLIGEN BIETERGEMEINSCHAFT

Wir erklären als Mitglieder der Bietergemeinschaft, dass die Bietergemeinschaft aus folgenden Mitgliedern besteht:

Firma/Name/Firmenbuchnr.

Geschäftsanschrift

Ansprechperson (samt Telefon-Nr. und E-Mail)

UID

ANKÖ

Wir erklären als Mitglieder der Bietergemeinschaft rechtsverbindlich, dass der nachstehende bevollmächtigte Vertreter (Federführer) alle oben angeführten Mitglieder gegenüber dem Auftraggeber, insbesondere im gegenständlichen Vergabeverfahren und in sämtlichen Belangen der Vertragsabwicklung, rechtsverbindlich ohne jede Einschränkung vertritt:

Firma/Name/Firmenbuchnr.

Geschäftsanschrift

Ansprechperson (samt Telefon-Nr. und E-Mail)

Sämtliche Zustellungen an diesen bevollmächtigten Vertreter der Bietergemeinschaft sind unter nachstehenden (rechtskräftig zustellfähigen) Koordinaten vorzunehmen:

Firma/Name/Firmenbuchnr.

FAX

e-mail Adresse

Wir erklären als Mitglieder der Bietergemeinschaft weiter, dass wir im Falle der Beauftragung eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) bilden werden, in der alle Mitglieder der gegenständlichen Bietergemeinschaft zur vertragsgemäßen Erbringung der gesamten Leistungen solidarisch haften werden. Ferner erklären wir gemäß § 76 BVergG, dass wir im Auftragsfall – ohne jede Einschränkung – den Mitgliedern unserer Bietergemeinschaft jeweils die zur Ausführung des Auftrages benötigten Mittel im erforderlichen Ausmaß tatsächlich zur Verfügung stellen werden. Wir erklären als Mitglieder der Bietergemeinschaft weiter, dass wir im Falle der Beauftragung eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) bilden werden, in der alle Mitglieder der gegenständlichen Bietergemeinschaft zur vertragsgemäßen Erbringung der gesamten Leistungen solidarisch haften werden. Ferner erklären wir gemäß Paragraph 76, BVergG, dass wir im Auftragsfall – ohne jede Einschränkung – den Mitgliedern unserer Bietergemeinschaft jeweils die zur Ausführung des Auftrages benötigten Mittel im erforderlichen Ausmaß tatsächlich zur Verfügung stellen werden.

Als bevollmächtigter Vertreter der Arbeitsgemeinschaft wird der bevollmächtigte Vertreter der

Bietergemeinschaft namhaft gemacht. Sollte dieser bevollmächtigte Vertreter aus welchem Grund auch immer als Federführer nicht mehr zur Verfügung stehen, werden wir unverzüglich und schriftlich ein anderes Mitglied der Arbeitsgemeinschaft als bevollmächtigten Vertreter (Federführer) benennen. Sollte eine derartige Benennung unterbleiben, verpflichtet sich jedes Mitglied der Arbeitsgemeinschaft auf erstmalige schriftliche Aufforderung durch die Auftraggeberin den Vertrag mit Wirksamkeit für sämtliche Mitglieder derselben abzuwickeln.“

Punkt 10.3.5. der Teilnahmeunterlagen hat folgenden Wortlaut:

„Mindest-Unternehmensreferenz Flachwäsche und Dienstbekleidung

Der Bewerber hat Referenzen nachzuweisen, die jeweils von diesem als zivilrechtlicher Auftragnehmer erbracht wurden (Unternehmensreferenzen). Dabei hat der Bewerber als zwingendes Mindestanforderung in Beilage ./5 zumindest ein Referenzprojekt nachzuweisen, das alle untenstehenden Musskriterien erfüllt; diese Referenz wird nicht nach dem Auswahlkriterium gemäß Punkt 11.1 bei der Auswahlprüfung bewertet.

Zusätzlich steht es dem Bewerber frei, in Beilage ./5 bis zu zwei weitere Zusatz-Unternehmensreferenzen nachzuweisen, die ebenso alle unten angeführten Musskriterien jeweils erfüllen müssen; diese zusätzlichen Unternehmensreferenzen werden anschließend anhand des Auswahlkriteriums gemäß Punkt 11.1 bei der Auswahlprüfung bewertet. Dem Bewerber wird damit die Möglichkeit eingeräumt, mit diesen Unternehmensreferenzen bei der Auswahlprüfung entsprechende Zusatzpunkte zu erlangen.

Eine Unternehmensreferenz ist nur dann zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geeignet, wenn das Projekt jeweils alle nachstehenden Musskriterien erfüllt:

- a. Die Referenz muss die Reinigung von Flachwäsche und Dienstbekleidung mit RFID-Chips als Mietwäsche sowie die laufende Lieferungen gegenüber dem Auftraggeber von zumindest einmal pro Woche umfassen haben.
- b. Die Referenz muss einen Mindest-Auftragswert von EUR 1.200.000,-- exklusive Umsatzsteuer pro Jahr erreicht haben.
- c. Die Referenz muss die Reinigung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses (Vertrag über wiederkehrende Leistungserbringung) umfassen haben. Ein Dauerschuldverhältnis in diesem Sinn liegt nur dann vor, wenn es befristet auf zumindest 36 Monate oder unbefristet abgeschlossen wurde.
- d. Die Referenz muss innerhalb eines rund zehnjährigen Referenzzeitraumes abgeschlossen worden sein. Dieser Referenzzeitraum beginnt am 1.3.2004 und endet mit der festgelegten Teilnahmefrist. Eine Referenz, die außerhalb dieses Referenzzeitraumes erbracht wurde, wird nicht berücksichtigt; dabei muss die Reinigung und Lieferung zumindest während voller 36 Monate, die jedenfalls im vollen Umfang innerhalb des Referenzzeitraumes liegen müssen, erbracht worden sein.“

Die Punkte 1.11, 1.14 und 1.15 der Ausschreibungsunterlagen (Stand 2.6.2014 für das Erst-Angebot) lauten:

„1.11 Bietergemeinschaften

Bietergemeinschaften bzw. Arbeitsgemeinschaften können nur in jener Zusammensetzung Angebote abgeben, in der sie zur Angebotsabgabe eingeladen wurden. Wird dem Angebot einer Bietergemeinschaft der Zuschlag erteilt, sind die einzelnen Mitglieder verpflichtet, ihrem Angebot entsprechend eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zu bilden. Es sind alle Mitglieder der ARGE zur vertragsgemäßen Leistungserbringung und zur Einhaltung sonstiger Verpflichtungen aus dem Vertrag solidarisch verpflichtet. Die ARGE hat der Auftraggeberin ein in allen Belangen des Vergabeverfahrens und der Vertragserfüllung bevollmächtigtes Mitglied bekannt zu geben. Allfällige Änderungen in der Person des für die ARGE Bevollmächtigten sind ebenso schriftlich der Auftraggeberin bekannt zu geben. Einschränkungen des Umfangs der Vollmacht des Vertreters der ARGE sind unwirksam.

Wenn von der ARGE kein zur Abwicklung des Vertrages bevollmächtigter Vertreter namhaft gemacht wird oder nicht mehr vorhanden ist, kann der Vertrag mit jedem beliebigen Mitglied der ARGE mit Wirksamkeit für sämtliche Mitglieder derselben abgewickelt werden. Erklärungen eines ARGE-Partners oder Erklärungen an diesen, gelten in diesem Fall als von allen und gegenüber allen bindend abgegeben.

.....

1.14 Angebotsabgabe, Einreichform und Angebotsöffnung

Das Einreichen des Angebotes auf schriftlichem Weg oder per E-Mail ist unzulässig. Das Angebot ist daher ausschließlich elektronisch am Beschaffungsportal der Auftraggeberin unter <http://XXX> nach Maßgabe der folgenden litera a bis d einzureichen. Dieses Angebot muss jedenfalls bis längstens 9.7.2014, 12:00 Uhr, einlangen. Die Angebotsöffnung ist nicht öffentlich, sodass eine Teilnahme des Bieters an der Öffnung unzulässig ist.

- a. Für die Angebotsabgabe hat der Bieter die jeweils farblich unterlegten und zum Ausfüllen vorgesehenen Felder der Beilagen (Punkt 4) über das Beschaffungsportal der Auftraggeberin auszudrucken oder unter <http://XXX>

herunterzuladen und anschließend (elektronisch) auszufüllen; diese ausgefüllten Unterlagen sind dann (eingescannt) im Beschaffungsportal rechtzeitig einzupflegen. Dies gilt insbesondere auch für die Kalkulationsblätter (Beilage ./4). Letztlich hat der Bieter diese Beilagen und die Kalkulationsblätter vollständig ausgefüllt im Beschaffungsportal der Auftraggeberin unter <http://XXX> elektronisch einzupflegen.

b. Darüber hinaus hat der Bieter aus den Kalkulationsblättern (Beilage ./4) die folgenden Zwischensummen in das Leistungsverzeichnis, das unter <http://XXX> abgelegt ist, zu übertragen; bei allfälligen Übertragungsfehlern gelten ausschließlich die Zwischensummen in den Kalkulationsblättern:

- ? Flachwäsche
- ? Dienstbekleidung
- ? Sterilwäsche
- ? Versorgungsassistenz
- ? Lohnwäsche
- ? Transportlogistik

c. Ferner hat der Bieter für die Angebotsabgabe das Qualitätskonzept gemäß Punkt 1.6.2 im Beschaffungsportal der Auftraggeberin unter <http://XXX> elektronisch einzupflegen.

d. Der Bieter hat sein Angebot mit einer sicheren elektronischen Signatur auf dem Beschaffungsportal der Auftraggeberin unter <http://XXX> abzugeben (entspricht Unterschrift und Firmenstempel). Bei Fragen bitte Kontaktaufnahme mit V (Telefon +43-XXX).
d. Der Bieter hat sein Angebot mit einer sicheren elektronischen Signatur auf dem Beschaffungsportal der Auftraggeberin unter <http://XXX> abzugeben (entspricht Unterschrift und Firmenstempel). Bei Fragen bitte Kontaktaufnahme mit römisch fünf (Telefon +43-XXX).

Die Auftraggeberin macht ausdrücklich darauf aufmerksam, dass nur vollständig ausgefüllte und mit allen Nachweisen versehene Angebote bewertet werden. Der Bieter haftet für die Vollständigkeit und Richtigkeit aller in den Angeboten oder sonst zulässig gemachten Angaben und darüber hinaus insofern, als diese Angaben auch für das Vertragsverhältnis bindend sind. Falsche Angaben und fehlende Nachweise führen – entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben – zum Ausschluss des Bieters vom Vergabeverfahren.

1.15 Zuschlagsfrist

Die Zuschlagsfrist beträgt drei (3) Monate gerechnet ab dem Ende der Angebotsfrist für das Letzt-Angebot. Während der Zuschlagsfrist ist der Bieter an sein Angebot gebunden.

Der Bieter ist verpflichtet, allfällige Aufklärungsersuchen, die von der Auftraggeberin insbesondere im Rahmen der Angebotsprüfung gestellt werden, jeweils innerhalb der gesetzten Fristen dem Ersuchen entsprechend und insbesondere vollständig zu beantworten; kommt der Bieter dieser Pflicht nicht oder nicht fristgemäß nach, liegt ein Ausschlussgrund für das betreffende Angebot vor. Ist der Bieter der Ansicht, ein Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin wäre undeutlich, unklar, unvollständig etc, hat er jedenfalls vor Abgabe der geforderten Aufklärung, die Auftraggeberin auf die Undeutlichkeit, Unklarheit oder Unvollständigkeit begründet hinzuweisen und diese auszuräumen; eine nach Abgabe der Aufklärung geltend gemachte Undeutlichkeit, Unklarheit oder Unvollständigkeit ist somit ausgeschlossen. Die vorliegende Festlegung gilt jeweils sinngemäß für jedes abgegebene Angebot, also für das Erst-Angebot, ein allfälliges Zweit-Angebot etc und insbesondere für das Letzt-Angebot.“

Die Beilagen 1 und 12 der Ausschreibungsunterlagen (Stand 2.6.2014 für das Erst-Angebot) lauten:

„Beilage ./1

Muster-Vollmacht für die Vorort-Besichtigung

VOLLMACHT

Wir haben Kenntnis vom europaweit bekannt gemachten zweistufigen Verhandlungsverfahren der V K-Betriebsges.m.b.H., A-F, Cgasse, für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend Reinigung und Lieferung von Miet- und Lohnwäsche (Amtsblatt der Europäischen Union am 2.4.2014, 2014/S 065-110680). Darüber hinaus haben wir Kenntnis davon, dass gemäß Punkt 1.5.3 der Ausschreibungsunterlagen für die ausschreibungskonforme

Vor diesem Hintergrund erteilen wir als Vollmachtgeber durch die folgende firmenbuchmäßige Unterfertigung der nachstehend genannten Person (Vollmachtnehmer) Vollmacht und Auftrag für die Teilnahme an der Vorort-Besichtigung im oben umschriebenen und in Punkt 1.5.3 der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Umfang in unserem Namen:

(bei Bietergemeinschaften von allen Mitgliedern)

.....

.....

.....

Bietererklärungen

- I. Die folgenden Bietererklärungen und dem Angebot allenfalls beigeschlossenen Unterlagen bilden als Teil der vorstehenden Ausschreibungsunterlagen einen integrierenden Bestandteil meines (unseres) Angebots. römisch eins. Die folgenden Bietererklärungen und dem Angebot allenfalls beigeschlossenen Unterlagen bilden als Teil der vorstehenden Ausschreibungsunterlagen einen integrierenden Bestandteil meines (unseres) Angebots.
- II. Ich (Wir) biete(n) die Erbringung der insbesondere in Punkt 3 angeführten Leistungen unter Berücksichtigung der gesamten Ausschreibungsunterlagen an. römisch zwei. Ich (Wir) biete(n) die Erbringung der insbesondere in Punkt 3 angeführten Leistungen unter Berücksichtigung der gesamten Ausschreibungsunterlagen an.
- III. Ich (Wir) erkläre(n), dass ich (wir) alle Voraussetzungen zur Übernahme der Vertragspflichten erfülle(n). Darüber

hinaus verpflichte(n) ich mich (wir uns), die Ausführung der mir (uns) übertragenen Leistungen zu dem (den) angegebenen Termin(en) und innerhalb der angegebenen Frist(en) durchzuführen. Mit der Ausführung der Leistungen darf jedenfalls erst nach schriftlicher Beauftragung begonnen werden (Zuschlagserteilung).römisch drei. Ich (Wir) erkläre(n), dass ich (wir) alle Voraussetzungen zur Übernahme der Vertragspflichten erfülle(n). Darüber hinaus verpflichte(n) ich mich (wir uns), die Ausführung der mir (uns) übertragenen Leistungen zu dem (den) angegebenen Termin(en) und innerhalb der angegebenen Frist(en) durchzuführen. Mit der Ausführung der Leistungen darf jedenfalls erst nach schriftlicher Beauftragung begonnen werden (Zuschlagserteilung).

IV. Ich (Wir) verzichte(n) ab dem Beginn der Zuschlagsfrist ausdrücklich auf die Anfechtung des Angebotes (Vertrages) wegen Irrtums und hafte(n) bei Nichtannahme eines eventuellen Auftrages für alle Mehrkosten, die der Auftraggeberin hierdurch entstehen.römisch vier. Ich (Wir) verzichte(n) ab dem Beginn der Zuschlagsfrist ausdrücklich auf die Anfechtung des Angebotes (Vertrages) wegen Irrtums und hafte(n) bei Nichtannahme eines eventuellen Auftrages für alle Mehrkosten, die der Auftraggeberin hierdurch entstehen.

V. Ich (Wir) nehme(n) zur Kenntnis, dass die Auftraggeberin für einen Schaden, der dem Bieter im Vergabeverfahren allenfalls entsteht, ausschließlich bei vom Bieter nachgewiesenem Vorliegen von grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz haftet.römisch fünf. Ich (Wir) nehme(n) zur Kenntnis, dass die Auftraggeberin für einen Schaden, der dem Bieter im Vergabeverfahren allenfalls entsteht, ausschließlich bei vom Bieter nachgewiesenem Vorliegen von grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz haftet.

VI. Ich (Wir) erkläre(n), dass für die Auftraggeberin keine nachteiligen, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes verstößenden Abreden mit anderen Unternehmen, insbesondere über die Preisbildung in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens und sonstige unzulässige Abreden, soweit es sich nicht um Vereinbarungen im Rahmen eines eingetragenen Kartells handelt, vorliegen. Es ist mir (uns) bekannt, dass bei Vorliegen einer der oben genannten Umstände die Auftraggeberin den Rücktritt vom Vertrag erklären kann und ich (wir) für den Schaden aufzukommen habe(n), welcher aus der Verletzung dieser Erklärung entsteht.römisch sechs. Ich (Wir) erkläre(n), dass für die Auftraggeberin keine nachteiligen, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes verstößenden Abreden mit anderen Unternehmen, insbesondere über die Preisbildung in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens und sonstige unzulässige Abreden, soweit es sich nicht um Vereinbarungen im Rahmen eines eingetragenen Kartells handelt, vorliegen. Es ist mir (uns) bekannt, dass bei Vorliegen einer der oben genannten Umstände die Auftraggeberin den Rücktritt vom Vertrag erklären kann und ich (wir) für den Schaden aufzukommen habe(n), welcher aus der Verletzung dieser Erklärung entsteht.

VII. Durch die nachstehende(n) Unterschrift(en) binde(n) ich (wir) mich (uns) rechtsverbindlich an mein (unser) vorliegendes Angebot.“römisch sieben. Durch die nachstehende(n) Unterschrift(en) binde(n) ich (wir) mich (uns) rechtsverbindlich an mein (unser) vorliegendes Angebot.“

Der 3. Satz des Punktes 1.5.2. der Ausschreibungsunterlagen (Stand 2.6.2014 für das Erst-Angebot) hat folgenden Wortlaut: „Dabei lädt die Auftraggeberin diese Bewerber zur Abgabe eines verbindlichen sowie ausschreibungs- und vergaberechtskonformen Erst-Angebotes (§ 2 Z 3 BVergG) auf Basis der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen ein.“Der 3. Satz des Punktes 1.5.2. der Ausschreibungsunterlagen (Stand 2.6.2014 für das Erst-Angebot) hat folgenden Wortlaut: „Dabei lädt die Auftraggeberin diese Bewerber zur Abgabe eines verbindlichen sowie ausschreibungs- und vergaberechtskonformen Erst-Angebotes (Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG) auf Basis der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen ein.“

4.4. Der Nachprüfungswerber hat im Nachprüfungsverfahren mit Schreiben vom 04.12.2014 darauf hingewiesen, dass die B-GmbH (Österreich) laut dem dem Teilnahmeantrag beigelegten Formblatt 4 federführende und bevollmächtigte Vertreterin aller Mitglieder der Biege 5 gewesen sei. Als solche habe sie Herrn K bzw Herrn T bevollmächtigt, den Teilnahmeantrag bzw das Letzt-Angebot elektronisch zu signieren.

Der Nachprüfungswerber hat diesbezüglich zwei Schreiben vom 25.4.2014 und 19.8.2014 vorgelegt. Diese jeweils mit „Vollmacht“ überschriebenen und von Herrn A unterzeichneten Schreiben lauten wie folgt:

„Hiermit bestätige ich, Herr [Vor- und Zuname sowie Geburtsdatum und -ort von Herrn A] als Bevollmächtigter des Bieterkonsortiums der [Name der B-GmbH, Österreich], dass Herr [Vor- und Zuname sowie Geburtsdatum und -ort von Herrn K] bevollmächtigt wird, den Teilnahmeantrag („Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer Partei für die

Reinigung und Lieferung von Miet- und Lohnwäsche“) elektronisch zu signieren und im V Portal abzugeben.“ „Hiermit bestätige ich, Herr [Vor- und Zuname sowie Geburtsdatum und -ort von Herrn A] als Bevollmächtigter des Bieterkonsortiums der [Name der B-GmbH, Österreich], dass Herr [Vor- und Zuname sowie Geburtsdatum und -ort von Herrn K] bevollmächtigt wird, den Teilnahmeantrag („Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer Partei für die Reinigung und Lieferung von Miet- und Lohnwäsche“) elektronisch zu signieren und im römisch fünf Portal abzugeben.“

„Hiermit bestätige ich, Herr [Vor- und Zuname sowie Geburtsdatum und -ort von Herrn A] als Bevollmächtigter des Bieterkonsortiums der [Name der B-GmbH, Österreich], dass Herr [Vor- und Zuname sowie Geburtsdatum und -ort von Herrn T] bevollmächtigt wird, das Angebot („Lieferung von Miet- und Lohnwäsche - Runde 2, PrNr: GZ 2014-10“) elektronisch zu signieren und im V Portal abzugeben.“ „Hiermit bestätige ich, Herr [Vor- und Zuname sowie Geburtsdatum und -ort von Herrn A] als Bevollmächtigter des Bieterkonsortiums der [Name der B-GmbH, Österreich], dass Herr [Vor- und Zuname sowie Geburtsdatum und -ort von Herrn T] bevollmächtigt wird, das Angebot („Lieferung von Miet- und Lohnwäsche - Runde 2, PrNr: GZ 2014-10“) elektronisch zu signieren und im römisch fünf Portal abzugeben.“

4.5. Herr A und Herr K sind im Firmenbuch eingetragene Prokuristen der B-GmbH (Österreich), wobei diese die Gesellschaft seit 19.2.2014 (Herr A) bzw seit 16.3.2012 (Herr K) jeweils gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder einem weiteren Prokuristen vertreten.

Vor seiner Bestellung zum Prokuristen war Herr A handelsrechtlicher Geschäftsführer der B-GmbH (Österreich), wobei er auch in dieser Funktion die Gesellschaft mit einem weiteren Geschäftsführer oder einem Prokuristen vertreten hat.

5. Gemäß § 3 Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er 5. Gemäß Paragraph 3, Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er

a) ein Interesse an einem dem Bundesvergabegesetz unterliegenden Vertrag hat oder hatte, und

b) durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden erleidet oder zu erleiden droht.

6. Zunächst war abzuklären, ob der Nachprüfungsantrag zulässig ist, was aus nachstehenden Gründen zu verneinen ist.

Im vorliegenden Vergabeverfahren hat der Auftraggeber ua die Bildung einer Bietergemeinschaft für zulässig erklärt. Dementsprechend hat eine Bewerbungsgemeinschaft bzw Bietergemeinschaft (nämlich die oberwähnte Biege 5) einen Teilnahmeantrag und in der Folge ein Erst-Angebot sowie ein Letzt-Angebot abgegeben.

Nach § 20 Abs 2 fünfter Satz BVergG 2006 sind Bietergemeinschaften als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte. Demzufolge wird Bietergemeinschaften ua für das Vergabenachprüfungsverfahren Partei- und Prozessfähigkeit zuerkannt. Zur Stellung eines Nachprüfungsantrages ist aber nur die Bietergemeinschaft als solche, nicht hingegen ein einzelnes Mitglied berechtigt (vgl auch VwGH 2004/04/0059). Nach Paragraph 20, Absatz 2, fünfter Satz BVergG 2006 sind Bietergemeinschaften als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte. Demzufolge wird Bietergemeinschaften ua für das Vergabenachprüfungsverfahren Partei- und Prozessfähigkeit zuerkannt. Zur Stellung eines Nachprüfungsantrages ist aber nur die Bietergemeinschaft als solche, nicht hingegen ein einzelnes Mitglied berechtigt vergleiche auch VwGH 2004/04/0059).

Am Vergabeverfahren teilgenommen und einen Teilnahmeantrag gestellt hat eine Bietergemeinschaft bestehend aus der B-GmbH (Österreich), B-GmbH (Deutschland), B-GmbH Nordost, B-GmbH S und B-GmbH West (im Folgenden Biege 5 genannt). Der Nachprüfungsantrag wurde jedoch gestellt von der Bietergemeinschaft B-GmbH (Österreich), B-GmbH Nordost, B-GmbH S und B-GmbH West (alle Deutschland). Die antragstellende Bietergemeinschaft besteht somit aus vier Gesellschaften (im Folgenden Biege 4 genannt), wobei diese vier Gesellschaften auch Mitglieder der Biege 5 sind. Die B-GmbH (Deutschland) ist somit nicht bei der den Nachprüfungsantrag stellenden Biege 4, jedoch bei der Biege 5 beteiligt.

Es bestehen keine Zweifel daran, dass der gegenständliche Nachprüfungsantrag tatsächlich der Biege 4 (und nicht der Biege 5) zuzurechnen ist. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass nur die Mitglieder der Biege 4 auf der ersten Seite des Nachprüfungsantrages als Antragsteller und auch am Ende desselben Schriftsatzes als Unterfertiger desselben

angeführt sind. Weiters ergeben sich auch aus den weiteren Ausführungen im Nachprüfungsantrag keine Anhaltspunkte dafür, dass die Biege 5 diesen Antrag stellen wollte. Zwar ist im Nachprüfungsantrag ua ausgeführt, dass die „Antragstellerin“ sich am Vergabeverfahren als Bieterin beteiligt habe bzw ein Letzt-Angebot gelegt habe. Aus diesen Ausführungen ergibt sich demnach nicht, dass auch die B-GmbH (Deutschland) der antragstellenden Bietergemeinschaft angehört. Dasselbe gilt für die weiteren Ausführungen im Nachprüfungsantrag, wonach der Auftraggeber die „Antragstellerin“ von der Zuschlagsentscheidung verständigt habe. Im Übrigen ist diese Verständigung nur an die B-GmbH (Österreich) ergangen. Entgegen der Behauptung des Nachprüfungswerbers in der mündlichen Verhandlung wird im Nachprüfungsantrag nicht auf das Formblatt 4 des Teilnahmeantrages verwiesen. Insgesamt geht somit der Hinweis des Nachprüfungswerbers, es habe sich hier um ein Versehen gehandelt, ebenso ins Leere, wie der weitere Hinweis des Nachprüfungswerbers auf das Erkenntnis des VwGH Zahl 2004/06/0215, welchem ein – hinsichtlich der Person des Antragstellers – zweifelhafter Sachverhalt zugrunde gelegen ist.

Soweit der Nachprüfungswerber geltend macht, dass die B-GmbH (Österreich) die Biege 5 vertreten habe, ist ihm entgegenzuhalten, dass dies im Nachprüfungsantrag selbst nicht behauptet worden ist. Der Nachprüfungswerber konnte sich hier auch nicht zu Recht auf das von der Biege 5 dem Teilnahmeantrag beigeschlossene Formblatt 4 (Erklärung einer allfälligen Bietergemeinschaft) stützen, da sich diese Erklärung nur auf die Vertretung gegenüber dem Auftraggeber, insbesondere im gegenständlichen Vergabeverfahren und in sämtlichen Belangen der Vertragsabwicklung, bezieht und nicht so weit geht, dass auch die Vertretung im Vergabenachprüfungsverfahren umfasst ist.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag der Biege 4 war daher zurückzuweisen, da dieser mangels Beteiligung am zugrundeliegenden Vergabeverfahren und daher mangels Interesses am Abschluss des Vertrages keine Parteistellung zukommt.

7.1. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass es sich um einen Nachprüfungsantrag der Biege 5 handeln würde, hätte dieser Antrag aus nachstehenden Gründen zurückgewiesen werden müssen.

7.2. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist „Sache“ des Nachprüfungsverfahrens immer die Prüfung der Frage, ob der Antragsteller durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers in Rechten verletzt worden ist. Eine Rechtsverletzung durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers liegt nur dann vor, wenn der betreffende Bieter bei rechtskonformer Entscheidung eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte (VwGH 2005/04/0214).

Voraussetzung für die Stellung eines Nachprüfungsantrages und damit für die begehrte Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung ist, dass der behauptete Schaden eintreten kann. Ist das Angebot des Antragstellers auszuschneiden und kommt dieses daher für die Zuschlagsentscheidung nicht in Frage, kann der behauptete Schaden nicht eintreten und steht der inhaltlichen Behandlung des Antrages das Fehlen einer notwendigen Antragsvoraussetzung entgegen (VwGH 2003/04/0039 und 2004/04/0030). Dabei ist aber auch von Bedeutung, ob das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers den Anforderungen entspricht (EuGH Rs C-100/12, Fastweb SpA).

Aufgrund des durchgeführten Nachprüfungsverfahrens steht – wie nachfolgend ausgeführt – fest, dass das Angebot der Biege 5 auszuschneiden gewesen wäre und das Angebot der mitbeteiligten Partei bzw des Zweitgereihten den Anforderungen entspricht.

7.3. Der Auftraggeber hat vorgebracht, dass das Erst-Angebot der Biege 5 einen zwingenden Ausscheidungsgrund erfülle und daher vom Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen wäre. Das Erst-Angebot sei von Herrn K signiert gewesen, für diese Person sei aber keine Vollmacht vorgelegen. Die Biege 5 habe zwar über Aufforderung des Auftraggebers eine Vollmacht von Herrn A für Herrn K vorgelegt. Es habe aber jeder Nachweis darüber gefehlt, dass Herr A seinerseits bevollmächtigt gewesen sei, im Namen der Bietergemeinschaft eine Vollmacht zu erteilen.

Zunächst ist festzuhalten, dass auch das Erst-Angebot rechtsgültig zu unterfertigen war. Das BVergG 2006 kennt nämlich nur verbindliche Angebote. Es muss somit auch das Erst-Angebot des Bieters ein verbindliches sein (vgl Schramm/Öhler in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rz 51 zu § 105). Auch in Punkt 1.14 der Ausschreibungsunterlagen (Stand 02.06.2014) ist festgehalten, dass das (Erst-)Angebot mit einer sicheren elektronischen Signatur, welche der Unterschrift und dem Firmenstempel entspreche, abzugeben sei. Dies war bei dem Erst-Angebot der Biege 5 – wie im Folgenden ausgeführt – nicht der Fall, weshalb dieses auszuschneiden gewesen

wäre (vgl in diesem Sinne EuGH Rs C-561/12). Die Biege 5 hätte somit nicht zu einer Verhandlungsrunde eingeladen werden dürfen und zur Abgabe eines Letzt-Angebotes aufgefordert werden dürfen. Zunächst ist festzuhalten, dass auch das Erst-Angebot rechtsgültig zu unterfertigen war. Das BVergG 2006 kennt nämlich nur verbindliche Angebote. Es muss somit auch das Erst-Angebot des Bieters ein verbindliches sein vergleiche Schramm/Öhler in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rz 51 zu Paragraph 105.). Auch in Punkt 1.14 der Ausschreibungsunterlagen (Stand 02.06.2014) ist festgehalten, dass das (Erst-)Angebot mit einer sicheren elektronischen Signatur, welche der Unterschrift und dem Firmenstempel entspreche, abzugeben sei. Dies war bei dem Erst-Angebot der Biege 5 – wie im Folgenden ausgeführt – nicht der Fall, weshalb dieses auszuschneiden gewesen wäre vergleiche in diesem Sinne EuGH Rs C-561/12). Die Biege 5 hätte somit nicht zu einer Verhandlungsrunde eingeladen werden dürfen und zur Abgabe eines Letzt-Angebotes aufgefordert werden dürfen.

Da das Erst-Angebot der Biege 5 von Herrn K elektronisch signiert worden war, für Herrn K aber dem Erst-Angebot keine Vollmacht der Mitglieder der Bietergemeinschaft beigeschlossen war, hat der Auftraggeber von der Biege 5 den Nachweis der Vertretungsbefugnis gefordert. Der Auftraggeber hat diesen Mängelbehebungsauftrag zu Recht gestellt, zumal die Biege 5 auch die Bietererklärung (vgl Beilage 12 zum Erst-Angebot) nicht unterfertigt hatte. Da das Erst-Angebot der Biege 5 von Herrn K elektronisch signiert worden war, für Herrn K aber dem Erst-Angebot keine Vollmacht der Mitglieder der Bietergemeinschaft beigeschlossen war, hat der Auftraggeber von der Biege 5 den Nachweis der Vertretungsbefugnis gefordert. Der Auftraggeber hat diesen Mängelbehebungsauftrag zu Recht gestellt, zumal die Biege 5 auch die Bietererklärung vergleiche Beilage 12 zum Erst-Angebot) nicht unterfertigt hatte.

Die Biege 5 hat nunmehr zwar innerhalb der Mängelbehebungsfrist eine von Herrn A unterfertigte Vollmacht vorgelegt. Sie hat es aber verabsäumt nachzuweisen, dass Herr A seinerseits von den Mitgliedern der Bietergemeinschaft bevollmächtigt war, das Angebot zu unterfertigen oder eine entsprechende Vollmacht zur Unterfertigung an Herrn K zu erteilen.

Da die Biege 5 somit den Mangel des Nachweises der Vollmacht nicht (vollständig) behoben hat, hätte ihr Angebot schon aus diesem Grund zufolge der Bestimmung des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden werden müssen (vgl Öhler/Schramm, aaO, Rz 141 zu § 129). Da die Biege 5 somit den Mangel des Nachweises der Vollmacht nicht (vollständig) behoben hat, hätte ihr Angebot schon aus diesem Grund zufolge der Bestimmung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden werden müssen vergleiche Öhler/Schramm, aaO, Rz 141 zu Paragraph 129,).

7.4. Im Übrigen kann auf Grund des durchgeführten Nachprüfungsverfahrens nicht davon ausgegangen werden, Herr A sei von den Mitgliedern der Biege 5 bevollmächtigt gewesen, das Erst-Angebot zu unterfertigen oder einen Dritten zu bevollmächtigen.

Zwar hat Herr A als Zeuge im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausgeführt, er sei von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft für den Teilnahmeantrag, das Erst-Angebot und das Letzt-Angebot im Rahmen von Meetings bevollmächtigt worden. Diese Aussage lässt sich aber nicht mit der vom Nachprüfungswerber nach der mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 15.12.2014 vorgelegten Erklärung vom 11./12.12.2014 in Einklang bringen. Diese, von allen Mitgliedern der Biege 5 unterfertigte Erklärung lautet wie folgt:

„Nachdem es in der mündlichen Verhandlung vom 11.12.2014 vor dem LVwG Vorarlberg offenbar Unklarheiten hinsichtlich der an die [Name der B-GmbH, Österreich] und an Herrn [Vor- und Zuname von Herrn A] erteilten Vollmachten gab, erklären wir hiermit ausdrücklich, dass die [Name der B-GmbH, Österreich], und damit auch Herr [Vor- und Zuname von Herrn A] als deren Prokurist, in allen Phasen des gegenständlichen Vergabeverfahrens und von Anfang an – und damit auch in diesem Nachprüfungsverfahren – bevollmächtigt waren und es aufrecht sind, für die Bietergemeinschaft [Namen der Mitglieder der Bietergemeinschaft], alle zur Erlangung des gegenständlichen Auftrags ‚Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Reinigung und Lieferung von Miet- und Lohnwäsche, PrNr: GZ 2014-10‘ notwendigen Rechtshandlungen zu setzen, insbesondere Angebote und alle sonstigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen für uns und in unserem Namen abzugeben. Die [Name der B-GmbH, Österreich] und Herr [Vor- und Zuname von Herrn A] als deren Prokurist haben diese Vollmacht angenommen und bisher immer auf deren Grundlage gehandelt.“

Aus dieser Erklärung ergibt sich zweifelsfrei, dass von den Mitgliedern der Biege 5 nur die B-GmbH und nicht Herr A bevollmächtigt war, einen Teilnahmeantrag zu stellen bzw Angebote abzugeben (arg.: ...dass die B... GmbH, Österreich,

und damit auch Herr A...als deren Prokurist...). Bei der vom Zeugen A erwähnten Bevollmächtigung kann es sich daher allenfalls um eine interne Ermächtigung gehandelt haben, nicht aber um eine nach außen wirkende Bevollmächtigung. In diesem Zusammenhang ist auch auf das Firmenbuch zu verweisen, wonach Herr A als Prokurist der B-GmbH (Österreich) nicht alleinzeichnungsberechtigt ist, sondern diese Gesellschaft nur gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder einem weiteren Prokuristen vertritt. Im Übrigen hat sich dieser Zeuge – so wie der Nachprüfungswerber – auch auf das Formblatt 4 (Erklärung einer allfälligen Bietergemeinschaft) der Biege 5 gestützt; in diesem Formblatt erklären alle Mitglieder der Biege 5, dass die B-GmbH (Österreich) als Federführer sie gegenüber dem Auftraggeber vertrete, wobei gleichzeitig Herr A als Ansprechperson für die B-GmbH (Österreich) genannt wurde. Der Hinweis auf dieses Formblatt geht aber schon deshalb ins Leere, da einerseits zufolge dieses Formblattes nur die B-GmbH (Österreich) und nicht Herr A von den Mitgliedern der Biege 5 bevollmächtigt worden ist und andererseits es sich bei Herrn A nicht um ein alleinzeichnungsberechtigtes Organ der B-GmbH (Österreich) handelt. An dieser Beurteilung vermag auch der Hinweis des Nachprüfungswerbers auf die Vollmachten der Mitglieder der Biege 5 für Herrn A für die Vorort-Besichtigung (vgl. Beilage ./1 der Ausschreibungsunterlagen, Stand 02.06.2014) nichts zu ändern, da es sich hier eben nur um die Bevollmächtigung für die Teilnahme an der Vorort-Besichtigung handelt. Aus dieser Erklärung ergibt sich zweifelsfrei, dass von den Mitgliedern der Biege 5 nur die B-GmbH und nicht Herr A bevollmächtigt war, einen Teilnahmeantrag zu stellen bzw Angebote abzugeben (arg.: ...dass die B... GmbH, Österreich, und damit auch Herr A... als deren Prokurist...). Bei der vom Zeugen A erwähnten Bevollmächtigung kann es sich daher allenfalls um eine interne Ermächtigung gehandelt haben, nicht aber um eine nach außen wirkende Bevollmächtigung. In diesem Zusammenhang ist auch auf das Firmenbuch zu verweisen, wonach Herr A als Prokurist der B-GmbH (Österreich) nicht alleinzeichnungsberechtigt ist, sondern diese Gesellschaft nur gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder einem weiteren Prokuristen vertritt. Im Übrigen hat sich dieser Zeuge – so wie der Nachprüfungswerber – auch auf das Formblatt 4 (Erklärung einer allfälligen Bietergemeinschaft) der Biege 5 gestützt; in diesem Formblatt erklären alle Mitglieder der Biege 5, dass die B-GmbH (Österreich) als Federführer sie gegenüber dem Auftraggeber vertrete, wobei gleichzeitig Herr A als Ansprechperson für die B-GmbH (Österreich) genannt wurde. Der Hinweis auf dieses Formblatt geht aber schon deshalb ins Leere, da einerseits zufolge dieses Formblattes nur die B-GmbH (Österreich) und nicht Herr A von den Mitgliedern der Biege 5 bevollmächtigt worden ist und andererseits es sich bei Herrn A nicht um ein alleinzeichnungsberechtigtes Organ der B-GmbH (Österreich) handelt. An dieser Beurteilung vermag auch der Hinweis des Nachprüfungswerbers auf die Vollmachten der Mitglieder der Biege 5 für Herrn A für die Vorort-Besichtigung (vergleiche Beilage ./1 der Ausschreibungsunterlagen, Stand 02.06.2014) nichts zu ändern, da es sich hier eben nur um die Bevollmächtigung für die Teilnahme an der Vorort-Besichtigung handelt.

Abgesehen davon war der Teilnahmeantrag (und damit das Formblatt 4 als Beilage des Teilnahmeantrages) nur von Herrn K elektronisch signiert und war die diesbezügliche – im Nachprüfungsverfahren vorgelegte – Vollmachtsurkunde für Herrn K nur von Herrn A (als Bevollmächtigter des Bieterkonsortiums der B-GmbH) unterfertigt. Es wurde aber bereits oben ausgeführt, dass im gegenständlichen Fall nicht davon ausgegangen werden konnte, dass Herr A von den Mitgliedern der Bietergemeinschaft zur Unterfertigung des Teilnahmeantrages bevollmächtigt war. Da somit der Teilnahmeantrag der Biege 5 nicht ordnungsgemäß signiert war, konnte auch das dem Teilnahmeantrag beigelegte Formblatt 4 (Erklärung einer allfälligen Bietergemeinschaft) keine Rechtswirkungen entfalten. Mit der im Formblatt 4 enthaltenen Erklärung kann daher eine Bevollmächtigung des Herrn A durch die Biege 5 nicht begründet werden, weil dieses Formblatt 4 von einer Person stammt, die selbst lediglich von Herrn A zur Abgabe dieser Erklärung bevollmächtigt wurde. Würde man aus dem Formblatt 4 die Bevollmächtigung des Herrn A ableiten, dann hätte sich Herr A letztlich selbst bevollmächtigt.

7.5. Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass obige Ausführungen sinngemäß auch hinsichtlich des von Herrn T signierten Letzt-Angebotes der Biege 5 gelten würden.

8. Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVerG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind. 8. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung

folgende Angebote auszuschneiden: den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

Wie unter obigem Punkt 7. ausgeführt, hätte das Erst-Angebot der Biege 5 vom Auftraggeber ausgeschieden werden müssen; die Antragslegitimation der Biege 5 betreffend eines Nachprüfungsantrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wäre daher zu verneinen, zumal im Verfahren keine Anhaltspunkte dafür hervorgekommen sind, dass die Erst-Angebote des präsumtiven Zuschlagsempfängers und des Zweitgereihten hinsichtlich der im obigen Punkt dargestellten Frage (rechtsgültige Unterfertigung) auszuschneiden gewesen wären (vgl. diesbezüglich EuGH Rs C-100/12 in der Sache Fastweb SpA); derartiges hat auch der Nachprüfungswerber nicht behauptet. Wie unter obigem Punkt 7. ausgeführt, hätte das Erst-Angebot der Biege 5 vom Auftraggeber ausgeschieden werden müssen; die Antragslegitimation der Biege 5 betreffend eines Nachprüfungsantrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wäre daher zu verneinen, zumal im Verfahren keine Anhaltspunkte dafür hervorgekommen sind, dass die Erst-Angebote des präsumtiven Zuschlagsempfängers und des Zweitgereihten hinsichtlich der im obigen Punkt dargestellten Frage (rechtsgültige Unterfertigung) auszuschneiden gewesen wären (vergleiche diesbezüglich EuGH Rs C-100/12 in der Sache Fastweb SpA); derartiges hat auch der Nachprüfungswerber nicht behauptet.

Vielmehr ergibt sich aus den Vergabeakten, dass die diesbezüglichen Angebote jeweils von einer vertretungsbefugten Person elektronisch signiert wurden und überdies diese Personen jeweils auch die Bietererklärungen unterschrieben haben.

Der Nachprüfungswerber hat geltend gemacht, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger und der Zweitgereichte deshalb auszuschneiden gewesen wären, da diese hinsichtlich deren Unternehmensreferenzen die Muss-Kriterien „Reinigung mit RFID-Chips“ und „jährlicher Mindestauftragswert von netto 1.200.000 Euro“ nicht nachgewiesen hätten bzw. der Auftraggeber dies nicht ordentlich geprüft habe.

Hier ist festzuhalten, dass der Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung ua die Unternehmensreferenzen des präsumtiven Zuschlagsempfängers und des Zweitgereihten einer Überprüfung unterzogen hat und dabei in seinem Prüfbericht vom 21.05.2014 zur Auffassung gelangt ist, dass diese Referenzen in Ordnung seien. Der die Überprüfung vornehmende Dipl.-Ing. M hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung dargetan, dass er überprüft habe, ob die Referenzen im Hinblick auf Kundengröße und Auftragsgröße plausibel seien. Er habe keine für ihn erkennbaren Falschaussagen in den Referenzen gefunden. Die Referenzblätter seien (vom jeweiligen Referenzbeauftragten) unterschrieben gewesen und es habe keinen Grund gegeben, die Aussagen der Referenzbeauftragten anzuzweifeln.

Das Landesverwaltungsgericht hegt im Hinblick auf die in den Vergabeakten aufliegenden Unternehmensreferenzen keine Bedenken an der vom Auftraggeber vorgenommenen Eignungsprüfung, zumal der Nachprüfungswerber lediglich vorgebracht hat, dass er von Kunden, die der präsumtive Zuschlagsempfänger bediene, wisse, dass bei diesen Kunden keine RFID-Technik für Flachwäsche zur Anwendung gelange. Mit diesem Vorbringen wurde aber nicht konkret geltend gemacht, dass auch bei jenem Unternehmen, welches der präsumtive Zuschlagsempfänger als Referenzunternehmen namhaft gemacht hat, keine RFID-Technik bei der Flachwäsche gegeben gewesen ist. Abgesehen davon waren zufolge Punkt 10.3.5. der Teilnahmeunterlagen für Flachwäsche gar keine RFID-Chips gefordert. Dies ergibt sich aus der formalen Gestaltung der diesbezüglichen Ausschreibungsbestimmung („Flachwäsche und Dienstbekleidung mit RFID-Chips“), wonach die Verknüpfung („und“) der beiden Reinigungspositionen nicht fett gedruckt ist.

Insgesamt war somit aufgrund obiger Ausführungen auch den diesbezüglich gestellten Beweisanträgen des Nachprüfungswerbers auf Einvernahme eines informierten Vertreters der Referenzbeauftragten bzw. auf Einholung eines Sachverständigengutachtens keine Folge zu geben.

9. Da somit dem Nachprüfungswerber die Antragslegitimation mangelte, war dessen Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Bei diesem Ergebnis war nicht mehr zu prüfen, ob die Zuschlagsentscheidung aus den im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Gründen nichtig ist.

10. Gemäß § 9 Abs 2 Vergabenachprüfungsgesetz sind bei Nichtigerklärungsverfahren ferner jene Unternehmer Parteien, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen Interessen nachteilig

betroffen sein könnten. Diese Unternehmer verlieren ihre Parteistellung, wenn sie nicht binnen zehn Tagen ab Veröffentlichung des Einganges (§ 6 Abs 3) oder ab Verständigung vom Eingang (§ 6 Abs. 2) eines Antrages auf Nichtigerklärung begründete Einwendungen erheben. Wenn vor Ablauf dieser Frist eine mündliche Verhandlung stattfindet, dann müssen die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden.¹⁰ Gemäß Paragraph 9, Absatz 2, Vergabenachprüfungsgesetz sind bei Nichtigerklärungsverfahren ferner jene Unternehmer Parteien, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen Interessen nachteilig betroffen sein könnten. Diese Unternehmer verlieren ihre Parteistellung, wenn sie nicht binnen zehn Tagen ab Veröffentlichung des Einganges (Paragraph 6, Absatz 3,) oder ab Verständigung vom Eingang (Paragraph 6, Absatz 2,) eines Antrages auf Nichtigerklärung begründete Einwendungen erheben. Wenn vor Ablauf dieser Frist eine mündliche Verhandlung stattfindet, dann müssen die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden.

Der Zweitantragsteller hat sich am zugrundeliegenden Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot abgegeben. Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung ist auch an den Zweitantragsteller zugestellt worden. Der Zweitantragsteller hat weder gegen diese Zuschlagsentscheidung einen (eigenen) Nachprüfungsantrag eingebracht noch hat er innerhalb der im § 9 Abs 2 Vergabenachprüfungsgesetz genannten Frist begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag des Nachprüfungswerbers erhoben. Der Zweitantragsteller hat sich am zugrundeliegenden Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot abgegeben. Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung ist auch an den Zweitantragsteller zugestellt worden. Der Zweitantragsteller hat weder gegen diese Zuschlagsentscheidung einen (eigenen) Nachprüfungsantrag eingebracht noch hat er innerhalb der im Paragraph 9, Absatz 2, Vergabenachprüfungsgesetz genannten Frist begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag des Nachprüfungswerbers erhoben.

Da der Zweitantragsteller somit im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren keine Parteistellung (mehr) hat, war auch sein Antrag auf Akteneinsicht zurückzuweisen, da ein derartiges Recht nur einer Partei zukommt.

11. Die Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.¹¹ Die Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Unterfertigung Erstangebot Verhandlungsverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGVO:2015:LVwG.314.009.S1.2014

Zuletzt aktualisiert am

20.01.2015

Quelle: Landesverwaltungsgericht Vorarlberg LVwG Vorarlberg, <http://www.lvwg-vorarlberg.at>