

TE Bvwg Erkenntnis 2019/4/17 W123 2216051-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.04.2019

Entscheidungsdatum

17.04.2019

Norm

ABGB §914

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §339 Abs1

BVergG 2018 §342

BVergG 2018 §344

BVergG 2018 §4 Abs1 Z2

BVergG 2018 §68 Abs1 Z4

BVergG 2018 §68 Abs1 Z7

BVergG 2018 §78 Abs1

BVergG 2018 §79 Z4

BVergG 2018 §80 Abs5

BVergG 2018 §82 Abs4

B-VG Art. 133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916
1. BVergG 2018 § 20 heute
2. BVergG 2018 § 20 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 20 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 327 heute
2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 339 heute
2. BVergG 2018 § 339 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 342 heute
2. BVergG 2018 § 342 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 344 heute
 2. BVergG 2018 § 344 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 344 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. BVergG 2018 § 4 heute
 2. BVergG 2018 § 4 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 4 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. BVergG 2018 § 68 heute
 2. BVergG 2018 § 68 gültig ab 21.08.2018
-
1. BVergG 2018 § 68 heute
 2. BVergG 2018 § 68 gültig ab 21.08.2018
-
1. BVergG 2018 § 78 heute
 2. BVergG 2018 § 78 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 78 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. BVergG 2018 § 79 heute
 2. BVergG 2018 § 79 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 79 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. BVergG 2018 § 80 heute
 2. BVergG 2018 § 80 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 80 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. BVergG 2018 § 82 heute
 2. BVergG 2018 § 82 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 82 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
-
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W123 2216051-2/18E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Wolfgang POINTNER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der Bergergemeinschaft XXXX GmbH, XXXX, und XXXX, vertreten durch die Muhri & Werschitz Partnerschaft von Rechtsanwälten GmbH, Neutorgasse 47, 8010 Graz, auf Erlassung einer

einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "AMS Graz-West - neuer Standort" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch die Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, vom 15.03.2019 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Wolfgang POINTNER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der Bewerbungsgemeinschaft römisch 40 GmbH, römisch 40, und römisch 40, vertreten durch die Muhri & Werschitz Partnerschaft von Rechtsanwälten GmbH, Neutorgasse 47, 8010 Graz, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "AMS Graz-West - neuer Standort" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch die Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, vom 15.03.2019 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, die Nicht-Zulassung der Antragsteller zur Teilnahme am Vergabeverfahren im Sinne des Schreibens der öffentlichen Auftraggeberin, Arbeitsmarktservice Österreich, im Vergabeverfahren "AMS Graz-West - neuer Standort" vom 13.03.2019 für nichtig erklären, wird gemäß §§ 20 Abs. 1 iVm 79 Z 4 BVergG 2018 abgewiesen. Der Antrag, die Nicht-Zulassung der Antragsteller zur Teilnahme am Vergabeverfahren im Sinne des Schreibens der öffentlichen Auftraggeberin, Arbeitsmarktservice Österreich, im Vergabeverfahren "AMS Graz-West - neuer Standort" vom 13.03.2019 für nichtig erklären, wird gemäß Paragraphen 20, Absatz eins, in Verbindung mit 79 Ziffer 4, BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die Antragsteller stellten am 15.03.2019 das im Spruch ersichtliche Begehren und brachten zur Begründung zusammenfassend vor:

Das Bundesverwaltungsgericht habe mit Erkenntnis vom 28.02.2019 dem Antrag der Antragsteller stattgegeben und die Entscheidung, die Antragsteller nicht zum Vergabeverfahren zuzulassen, für nichtig erklärt. Mit Schreiben vom 04.03.2019 habe der Auftraggeber die Antragsteller im Sinne der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Mängelbehebung aufgefordert und diese eingeladen, bis 10.03.2019, 18:00 Uhr, den fehlenden Strafregistrauszug für XXXX, aus dem sich ergebe, dass zum relevanten Zeitpunkt, dem Ende der Teilnahmefrist am 14.11.2018, 12:00 Uhr, kein Ausschlussgrund vorliege, zu übermitteln. Gleichsam sei festgehalten worden, dass die vorgelegte Strafregistrauskunft vom 11.01.2019 zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit nicht ausreiche. Dieser Aufforderung seien die Antragsteller fristgerecht mit Schreiben vom 07.03.2019 durch eine notariell beglaubigte eidesstattliche Erklärung des XXXX vom 06.03.2019 nachgekommen. Ferner wurde ein Schreiben der LPD Steiermark vom 06.03.2019 vorgelegt, dem zu entnehmen sei, dass rückwirkend keine Strafregistrauszüge ausgestellt würden. Trotz des nunmehr erbrachten Nachweises der beruflichen Zuverlässigkeit habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 13.03.2019 mitgeteilt, dass aus seiner Sicht der Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit nicht erbracht worden sei, die Bewerbung von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschieden werde und die Antragsteller zum weiteren Verfahren nicht zugelassen würden. Begründend wies er darauf hin, dass der Nachweis betreffend XXXX auch im ANKÖ nicht hinterlegt sei und der geforderte Strafregistrauszug nicht vorgelegt worden sei. Das Bundesverwaltungsgericht habe mit Erkenntnis vom 28.02.2019 dem Antrag der Antragsteller stattgegeben und die Entscheidung, die Antragsteller nicht zum Vergabeverfahren zuzulassen, für nichtig erklärt. Mit Schreiben vom 04.03.2019 habe der Auftraggeber die Antragsteller im Sinne der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Mängelbehebung aufgefordert und diese eingeladen, bis 10.03.2019, 18:00 Uhr, den fehlenden Strafregistrauszug für römisch 40, aus dem sich ergebe, dass zum relevanten Zeitpunkt, dem Ende der Teilnahmefrist am 14.11.2018, 12:00 Uhr, kein Ausschlussgrund vorliege, zu übermitteln. Gleichsam sei festgehalten worden, dass die vorgelegte Strafregistrauskunft vom 11.01.2019 zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit nicht ausreiche. Dieser

Aufforderung seien die Antragsteller fristgerecht mit Schreiben vom 07.03.2019 durch eine notariell beglaubigte eidesstattliche Erklärung des römisch 40 vom 06.03.2019 nachgekommen. Ferner wurde ein Schreiben der LPD Steiermark vom 06.03.2019 vorgelegt, dem zu entnehmen sei, dass rückwirkend keine Strafregistrauszüge ausgestellt würden. Trotz des nunmehr erbrachten Nachweises der beruflichen Zuverlässigkeit habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 13.03.2019 mitgeteilt, dass aus seiner Sicht der Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit nicht erbracht worden sei, die Bewerbung von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschieden werde und die Antragsteller zum weiteren Verfahren nicht zugelassen würden. Begründend wies er darauf hin, dass der Nachweis betreffend römisch 40 auch im ANKÖ nicht hinterlegt sei und der geforderte Strafregistrauszug nicht vorgelegt worden sei.

Der Auftraggeber habe in seiner Ausschreibungsunterlage nicht festgelegt, dass Nachweise auch mittels des ANKÖ erbracht werden können oder gar müssen. Auch hätten die Antragsteller im Rahmen ihres Teilnahmeantrages nicht darauf verwiesen, dass sie sich hinsichtlich der Eignungsnachweise auf Einträge im ANKÖ bzw. auf diese im Sinne des § 80 Abs. 5 BVergG 2018 stützen würden. Der Auftraggeber weiche bei seiner Entscheidung massiv von seinen eigenen Festlegungen in den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 3.5. ab und verstoße in diesem Sinne auch gegen § 82 Abs. 4 BVergG 2018. Dabei sei zu beachten, dass die bestandfesten Festlegungen im Punkt 3.5. Der Ausschreibungsunterlage wesentlich weiter gingen, als § 82 Abs. 4 BVergG 2018. Vor diesem Hintergrund könne, wenn im Herkunftsland des Bewerbers die eingeforderte Bescheinigung nicht ausgestellt werde, der Bewerber eine Bescheinigung durch eine eidesstattliche Erklärung oder eine vor einem Notar abgegebene Erklärung abgeben. Die Festlegung in Punkt 3.5. reduziere diese Möglichkeit weder auf Drittstaatenangehörige, noch schließe sie österreichische Unternehmer und Staatsbürger aus, noch schränke sie diese Möglichkeit iSd § 82 Abs. 4 BVergG 2018 auf Nachweise bezüglich des Nichtvorliegens von aus Ausschlussgründen gemäß § 78 Abs. 1 Z 1 bis 3 und 6 BVergG 2018 ein. In der Republik Österreich als Herkunftsland der Bewerbergemeinschaft und des XXXX werde nur eine stichtagsbezogene Strafregistrauskunft am Tage der Ausstellung erteilt. Rückwirkend erfolge eine derartige Ausstellung eines Strafregistrauszugs nicht. Dies gehe auch aus dem Schreiben der LPD Steiermark vom 06.03.2019 hervor. Der Auftraggeber habe in seiner Ausschreibungsunterlage nicht festgelegt, dass Nachweise auch mittels des ANKÖ erbracht werden können oder gar müssen. Auch hätten die Antragsteller im Rahmen ihres Teilnahmeantrages nicht darauf verwiesen, dass sie sich hinsichtlich der Eignungsnachweise auf Einträge im ANKÖ bzw. auf diese im Sinne des Paragraph 80, Absatz 5, BVergG 2018 stützen würden. Der Auftraggeber weiche bei seiner Entscheidung massiv von seinen eigenen Festlegungen in den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 3.5. ab und verstoße in diesem Sinne auch gegen Paragraph 82, Absatz 4, BVergG 2018. Dabei sei zu beachten, dass die bestandfesten Festlegungen im Punkt 3.5. Der Ausschreibungsunterlage wesentlich weiter gingen, als Paragraph 82, Absatz 4, BVergG 2018. Vor diesem Hintergrund könne, wenn im Herkunftsland des Bewerbers die eingeforderte Bescheinigung nicht ausgestellt werde, der Bewerber eine Bescheinigung durch eine eidesstattliche Erklärung oder eine vor einem Notar abgegebene Erklärung abgeben. Die Festlegung in Punkt 3.5. reduziere diese Möglichkeit weder auf Drittstaatenangehörige, noch schließe sie österreichische Unternehmer und Staatsbürger aus, noch schränke sie diese Möglichkeit iSd Paragraph 82, Absatz 4, BVergG 2018 auf Nachweise bezüglich des Nichtvorliegens von aus Ausschlussgründen gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 und 6 BVergG 2018 ein. In der Republik Österreich als Herkunftsland der Bewerbergemeinschaft und des römisch 40 werde nur eine stichtagsbezogene Strafregistrauskunft am Tage der Ausstellung erteilt. Rückwirkend erfolge eine derartige Ausstellung eines Strafregistrauszugs nicht. Dies gehe auch aus dem Schreiben der LPD Steiermark vom 06.03.2019 hervor.

Die Antragsteller seien ihrer Nachweisverpflichtung aber auch bereits durch die Vorlage der Strafregisterbescheinigung vom 11.01.2019 nachgekommen. In den Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt worden, dass die Vorlage einer Strafregisterbescheinigung nicht älter als drei Monate sein dürfe. Die Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage ließen auch ausdrücklich die Vorlage von Nachweisen zu, die nach dem Ende der Teilnahmefrist datiert seien, da ja verpflichtend zunächst die Eigenerklärungen gemäß Punkt 3.1. der Ausschreibungsunterlage abzugeben seien. Auch die Vorgabe, dass ein Strafregistrauszug nicht älter als drei Monate sein dürfe, impliziere, dass er jedenfalls aber jünger sein könne.

In der Judikatur werde die Verbesserungsfähigkeit von mangelhaften Nachweisen bzw. Nichtnachweisen der beruflichen Zuverlässigkeit anerkannt. Wenn daher der Umstand einer älteren als in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Strafregistrauskunft als behebbarer Mangel zu qualifizieren sei, sei umso mehr die Vorlage eines

Strafregistrauszuges, der insbesondere auch den Zeitraum bis zum Ende der Teilnahmefrist und darüber hinaus erfasse, geeignet, die berufliche Zuverlässigkeit nachzuweisen; dies selbst dann, wenn er zu einem Stichtag nach dem Ende der Teilnahmefrist ausgestellt worden sei.

2. Mit Schriftsatz vom 20.03.2019 brachte der Auftraggeber zusammenfassend vor:

Entgegen dem unrichtigen Vorbringen der Antragsteller hätten diese ihre Eignung nicht ordnungsgemäß nachgewiesen. Seitens der Antragsteller sei dem Teilnahmeantrag kein Strafregistrauszug für Herrn XXXX beigelegt worden. In den Teilnahmeunterlagen sei festgelegt worden, dass als Nachweis eine Strafregistrauskunft zu übermitteln sei. Eine eidesstattliche Erklärung sei nicht vorgesehen, da eine solche lediglich dann vorgesehen sei, wenn im Herkunftsland des Unternehmens derartige Nachweise nicht ausgestellt würden. Dies liege gerade in Österreich nicht vor, da in Österreich die Möglichkeit bestehe, eine Strafregisterbescheinigung zu erhalten. Offensichtlich hätten die Antragsteller diese jedoch nicht fristgerecht in die Wege geleitet. Bis zur Versendung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme sei der Mangel nicht behoben worden. Der nach Versendung der Nicht-Zulassung eingeholte, übermittelte und datierte Strafregistrauszug sei nicht geeignet, ausschreibungskonform und vergaberechtskonform die Eignung nachzuweisen. Entgegen dem unrichtigen Vorbringen der Antragsteller hätten diese ihre Eignung nicht ordnungsgemäß nachgewiesen. Seitens der Antragsteller sei dem Teilnahmeantrag kein Strafregistrauszug für Herrn römisch 40 beigelegt worden. In den Teilnahmeunterlagen sei festgelegt worden, dass als Nachweis eine Strafregistrauskunft zu übermitteln sei. Eine eidesstattliche Erklärung sei nicht vorgesehen, da eine solche lediglich dann vorgesehen sei, wenn im Herkunftsland des Unternehmens derartige Nachweise nicht ausgestellt würden. Dies liege gerade in Österreich nicht vor, da in Österreich die Möglichkeit bestehe, eine Strafregisterbescheinigung zu erhalten. Offensichtlich hätten die Antragsteller diese jedoch nicht fristgerecht in die Wege geleitet. Bis zur Versendung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme sei der Mangel nicht behoben worden. Der nach Versendung der Nicht-Zulassung eingeholte, übermittelte und datierte Strafregistrauszug sei nicht geeignet, ausschreibungskonform und vergaberechtskonform die Eignung nachzuweisen.

Der Strafregistrauszug von Herrn XXXX sei mit 11.01.2019 datiert und sei im Übrigen nicht einmal infolge des Schreibens vom 14.12.2018 beantragt worden, sondern erst nach Erhalt der Nicht-Zulassung zur Teilnahme. Aus dem von den Antragstellern mit dem Nachprüfungsantrag vorgelegten Strafregistrauszug ergebe sich gerade nicht, dass zum relevanten Zeitpunkt, dem Ende der Teilnahmefrist am 14.11.2018, 12:00 Uhr, kein Ausschlussgrund vorgelegen sei. Da somit wieder die eidesstattliche Erklärung, noch der unrichtig datierte Strafregistrauszug einen ausschreibungskonformen Nachweis darstellen würden, liege ein unbehebbarer Mangel vor. Der Strafregistrauszug von Herrn römisch 40 sei mit 11.01.2019 datiert und sei im Übrigen nicht einmal infolge des Schreibens vom 14.12.2018 beantragt worden, sondern erst nach Erhalt der Nicht-Zulassung zur Teilnahme. Aus dem von den Antragstellern mit dem Nachprüfungsantrag vorgelegten Strafregistrauszug ergebe sich gerade nicht, dass zum relevanten Zeitpunkt, dem Ende der Teilnahmefrist am 14.11.2018, 12:00 Uhr, kein Ausschlussgrund vorgelegen sei. Da somit wieder die eidesstattliche Erklärung, noch der unrichtig datierte Strafregistrauszug einen ausschreibungskonformen Nachweis darstellen würden, liege ein unbehebbarer Mangel vor.

Unbedenklich sei, da dies nicht zu einer Besserstellung eines Bieters führt, im Rahmen einer Mängelbehebung die nachträgliche Vorlage von Unterlagen, welche im maßgeblichen Zeitpunkt, dem Ende der Teilnahmefrist, bereits vorhanden gewesen seien. Das Nachreichen von erst im Nachhinein beigeschafften Nachweisen führe zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung. Somit sei unabhängig davon, dass der Mangel nicht fristgerecht behoben wurde, gegenständlich ein unbehebbarer Mangel vorliegend, da die Antragsteller jedenfalls über einen längeren Zeitraum verfügen würden, um den Teilnahmeantrag auszuarbeiten, da ein erforderlicher Nachweis erst nach dem 14.11.2018 beschafft worden sei.

3. Mit Schriftsatz vom 26.03.2019 erstatteten die Antragsteller eine Replik zur Stellungnahme des Auftraggebers vom 20.03.2019. Die Auftraggeberin stehe mit ihrer Äußerung in unüberwindbarem Widerspruch zur herrschenden Judikatur: Das Fehlen von Eignungsnachweisen wie beispielsweise das Fehlen eines Strafregistrauszuges des Geschäftsführers sei grundsätzlich als behebbarer Mangel zu qualifizieren. Die Ausführungen des Auftraggebers würden zur Konsequenz haben, dass derartige Mängel zwar rechtlich behebbar seien, aber faktisch unbehebbar, soweit die den Nachweis erbringende Urkunde nach dem Ende der Teilnahmefrist datiere. Diese Auslegung sei weder mit dem Gesetz noch mit der Judikatur in Einklang zu bringen. Würde der Maßstab letztlich darin bestehen, dass die Mängelbehebung nur aufgrund einer Urkunde erfolgen könne, die vor dem Ende der Teilnahmefrist datiere, so wäre

ohnehin zu keinem Zeitpunkt von der Verbesserbarkeit des Mangels auszugehen, der mit Eignungsnachweisen in Zusammenhang stehe. Der Auftraggeber übersehe darüber hinaus, dass in Österreich eine rückdatierte Strafregisterbescheinigung, sohin im gegenständlichen Zusammenhang nach Ablauf der Teilnahmefrist, für den Zeitraum vor dem Ende der Teilnahmefrist rechtlich nicht möglich sei. Gehe man jedoch davon aus, dass es sich im gegenständlichen Zusammenhang insbesondere bei der Vorlage von Eignungsnachweisen grundsätzlich um behebbare Mängel handle, so könne in dem bloßen Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit auch rückwirkend zum Ende der Teilnahmefrist in der Regel auch kein Wettbewerbsvorteil für einen Bewerber erblickt werden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Das Arbeitsmarktservice Österreich Bundesgeschäftsstelle hat die gegenständlichen Leistungen als Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung nach § 34 Z 3 BVergG 2018 ausgeschrieben. Das Ende der Teilnahmefrist war mit 14.11.2018, 12:00 Uhr, festgelegt. 1. Das Arbeitsmarktservice Österreich Bundesgeschäftsstelle hat die gegenständlichen Leistungen als Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung nach Paragraph 34, Ziffer 3, BVergG 2018 ausgeschrieben. Das Ende der Teilnahmefrist war mit 14.11.2018, 12:00 Uhr, festgelegt.

2. Die Ausschreibungsunterlage lautet auszugsweise:

3 EIGNUNGSNACHWEISE

[...]

3.3 Nachweise über Befugnis und berufliche Zuverlässigkeit

Es ist Nachweis zu erbringen (MUSSKRITERIEN):

[...]

c) Nachweis, dass gegen die/den BewerberIn - sofern es sich um juristische Personen, handelsrechtliche Personengesellschaften, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, kein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt (in Österreich Vorlage einer Strafregisterbescheinigung, welche nicht älter als 3 Monate ist).

[...]

3.5 Ersatzbescheinigungen

Werden die in den vorigen Punkten verlangten Bescheinigungen, Lastschriften oder Kontoauszüge im Herkunftsland des Bewerbers nicht ausgestellt, ist eine entsprechende Erklärung des Unternehmers vor einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, einem Notar oder einer dafür zuständigen Berufsorganisation des Herkunftslandes des Unternehmers in beglaubigter deutscher Übersetzung vorzulegen.

3. Die Antragsteller haben am 13.11.2018 fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben, inklusive der Erklärung gemäß B) der Ausschreibungsunterlage ("Erklärung einer Bewerbungsgemeinschaft"). Dem Teilnahmeantrag lagen bereits Eignungsnachweise, insbesondere Strafregisterauszüge von Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, bei.

4. Am 30.11.2018 übermittelte der Auftraggeber unter dem Betreff "Aufklärungsersuchen zu Ihrem Teilnahmeantrag" ein Schreiben an die Erstantragstellerin und wies auf Mängel bei den benannten Referenzen im Teilnahmeantrag hin. Die Erstantragstellerin wurde ersucht, zu den aufgezeigten Mängeln Stellung zu nehmen. Dieser Aufforderung kam die Erstantragstellerin mit Schreiben vom 06.12.2018 fristgerecht nach.

5. Am 14.12.2018 richtete der Auftraggeber unter dem Betreff Vergabeverfahren "AMS Graz West - Neuer Standort" ein Schreiben an die Erstantragstellerin. Dieses lautet auszugsweise:

"Wir nehmen Bezug auf Ihren Teilnahmeantrag vom 13.11.2018 in Verbindung mit Ihrer Stellungnahme vom 06.12.2018 samt Anlagen wie folgt:

Aufgrund der ausdrücklichen Bestätigung Ihrerseits, dass die geforderten Referenzprojekte den Anforderungen in den Teilnahmeunterlagen entsprechen, werden diese akzeptiert. Lediglich der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 eine falsche Erklärung bezüglich der Eignung einen

Ausschlussgrund darstellt. Aufgrund der ausdrücklichen Bestätigung Ihrerseits, dass die geforderten Referenzprojekte den Anforderungen in den Teilnahmeunterlagen entsprechen, werden diese akzeptiert. Lediglich der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2018 eine falsche Erklärung bezüglich der Eignung einen Ausschlussgrund darstellt.

Zur weiteren Berücksichtigung im Verfahren fordern wir Sie hiermit auf, die Nachweise über Befugnis und berufliche Zuverlässigkeit gemäß Punkt 3.3 a) bis e) und die Nachweise der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 3.4 b) und c) bis spätestens

Donnerstag, den 20.12.2018, 09:00 Uhr (einlangend)

[...] vorzulegen.

In Ermangelung der vollständigen und fristgerechten Vorlage der Nachweise und schriftlicher Bestätigung zu den geforderten Referenzprojekten, sehen wir uns gezwungen, Ihren Teilnahmeantrag gemäß Punkt 2.4 auszuschneiden."

6. Unter Bezugnahme auf das Schreiben des Auftraggebers vom 14.12.2018 übermittelten die Antragsteller am 19.12.2018 die "gewünschten Nachweise" und erklärten gemäß Pkt. 3.3 e) der Ausschreibungsunterlage, dass "kein Ausschlussgrund im Sinne des § 78 BVergG 2018 vorliegt und die berufliche Zuverlässigkeit gegeben ist". 6. Unter Bezugnahme auf das Schreiben des Auftraggebers vom 14.12.2018 übermittelten die Antragsteller am 19.12.2018 die "gewünschten Nachweise" und erklärten gemäß Pkt. 3.3 e) der Ausschreibungsunterlage, dass "kein Ausschlussgrund im Sinne des Paragraph 78, BVergG 2018 vorliegt und die berufliche Zuverlässigkeit gegeben ist".

7. Mit Schreiben vom 10.01.2019 (Betreff "Nicht-Zulassung zur Teilnahme) teilte der Auftraggeber den Antragstellern mit, dass deren Bewerbungsgemeinschaft nicht zum weiteren Verfahren zugelassen wird. Als Grund wurde angeführt, dass trotz Aufforderung unter Setzung einer angemessenen Frist kein Nachweis gemäß Punkt 3.3. c) der Ausschreibungsunterlage hinsichtlich des handels- und gewerberechtlichen Geschäftsführers der Zweitantragstellerin vorgelegt worden und dieser auch nicht im ANKÖ hinterlegt sei.

8. Am 17.01.2019 übermittelte der rechtsfreundliche Vertreter der Antragsteller eine Strafregisterbescheinigung mit Ausstellungsdatum 11.01.2019 für den Geschäftsführer der Zweitantragsteller, Herrn

XXXX, in welchem keine Verurteilung aufschien. römisch 40, in welchem keine Verurteilung aufschien.

9. Mit Erkenntnis vom 28.02.2019, W123 2213111-2/18E, erklärte das Bundesverwaltungsgericht die Entscheidung des Auftraggebers vom 10.01.2019, die Antragsteller nicht zum weiteren Verfahren zuzulassen, für nichtig und führte begründend im Wesentlichen aus, dass der Auftraggeber kein ordnungsgemäßes Mängelbehebungsverfahren bezüglich des Teilnahmeantrags der Antragsteller durchgeführt habe.

10. Am 04.03.2019 richtete der Auftraggeber unter dem Betreff "Mängelbehebungsauftrag" ein Schreiben an die Antragsteller. Dieses lautet auszugsweise:

"Wir nehmen Bezug auf Ihren Teilnahmeantrag vom 13.11.2018 in Verbindung mit dem Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 28.02.2019, W123 2213111-2/18e, wie folgt:

Zur weiteren Berücksichtigung im Verfahren fordern wir Sie auf, den fehlenden Strafregistrauszug für Herrn XXXX, aus dem sich ergibt, dass zum relevanten Zeitpunkt, dem Ende der Teilnahmefrist am 14.11.2018, 12:00 Uhr, kein Ausschlussgrund vorlag, bis spätestens
Zur weiteren Berücksichtigung im Verfahren fordern wir Sie auf, den fehlenden Strafregistrauszug für Herrn römisch 40, aus dem sich ergibt, dass zum relevanten Zeitpunkt, dem Ende der Teilnahmefrist am 14.11.2018, 12:00 Uhr, kein Ausschlussgrund vorlag, bis spätestens

Donnerstag, den 07.03.2019, 18:00 Uhr (einlangend),

[...] vorzulegen.

Der vorliegende Strafregistrauszug von Herrn XXXX ist mit 11.01.2019 datiert. Aus dem vorgelegten Strafregistrauszug ergibt sich gerade nicht, dass zum relevanten Zeitpunkt, dem Ende der Teilnahmefrist am 14.11.2018, 12:00 Uhr, kein Ausschlussgrund vorlag. Der vorliegende Strafregistrauszug von Herrn römisch 40 ist mit 11.01.2019 datiert. Aus dem vorgelegten Strafregistrauszug ergibt sich gerade nicht, dass zum relevanten Zeitpunkt, dem Ende der Teilnahmefrist am 14.11.2018, 12:00 Uhr, kein Ausschlussgrund vorlag."

11. Am 07.03.2019 übermittelte die Erstantragstellerin dem Auftraggeber eine Stellungnahme zum Mängelbehebungsauftrag. Diese lautet auszugsweise:

"1. Wir haben für den Geschäftsführer XXXX bereits die Strafregisterbescheinigung vom 11.01.2019 vorgelegt. Zudem legen wir zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit auch die eidesstattliche Erklärung des Geschäftsführers XXXX vom 06. März 2019 bei." "1. Wir haben für den Geschäftsführer römisch 40 bereits die Strafregisterbescheinigung vom 11.01.2019 vorgelegt. Zudem legen wir zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit auch die eidesstattliche Erklärung des Geschäftsführers römisch 40 vom 06. März 2019 bei.

[...]

3. Sowohl dem Schreiben der Landespolizeidirektion Steiermark vom 06.03.2019, wie aber auch der eidesstattlichen Erklärung vom 06.03.2019 ist zu entnehmen, dass in der Republik Österreich, somit im Herkunftsland der Bewerbergemeinschaft, eine rückwirkende Strafregisterbescheinigung nicht ausgestellt wird. Vor diesem Hintergrund erfolgt die entsprechende Erklärung des bezugnehmenden Geschäftsführers, Herrn XXXX, vor einem Notar am 06.03.2019. Da Herr XXXX Zeit seines Lebens gänzlich unbescholten ist, ist auch der Zeitpunkt 14.11.2018, 12:00 Uhr umfasst." "3. Sowohl dem Schreiben der Landespolizeidirektion Steiermark vom 06.03.2019, wie aber auch der eidesstattlichen Erklärung vom 06.03.2019 ist zu entnehmen, dass in der Republik Österreich, somit im Herkunftsland der Bewerbergemeinschaft, eine rückwirkende Strafregisterbescheinigung nicht ausgestellt wird. Vor diesem Hintergrund erfolgt die entsprechende Erklärung des bezugnehmenden Geschäftsführers, Herrn römisch 40, vor einem Notar am 06.03.2019. Da Herr römisch 40 Zeit seines Lebens gänzlich unbescholten ist, ist auch der Zeitpunkt 14.11.2018, 12:00 Uhr umfasst."

12. Mit Schreiben vom 13.03.2019 (Betreff "Nicht-Zulassung zur Teilnahme") teilte der Auftraggeber den Antragstellern mit, dass deren Bewerbergemeinschaft nicht zum weiteren Verfahren zugelassen wird. Als Grund wurde insbesondere angeführt, dass die übermittelten Unterlagen (insbesondere die eidesstattliche Erklärung) auf Basis der bestehenden Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen nicht ausreichend seien, um das Nicht-Vorliegen eines Ausschlussgrundes und die berufliche Zuverlässigkeit nachzuweisen.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien (samt Beilagen). Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen des Auftraggebers bzw. der vorgelegten Dokumente der Antragsteller keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages:

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 5 BVergG ist das Arbeitsmarktservice Österreich. Es ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG (st Rspr zB BVwG 19. 1. 2015, W123 2015052-2/19E; 4. 12. 2015, W149 2112412-2/28E; 19.

6. 2017, W123 2161157-1/2E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 5,7 Millionen und liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 4 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs. 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 5, BVergG ist das Arbeitsmarktservice Österreich. Es ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (st Rspr zB BVwG 19. 1. 2015, W123 2015052-2/19E; 4. 12. 2015, W149 2112412-2/28E; 19. 6. 2017, W123 2161157-1/2E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 5,7 Millionen und liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 342 BVergG iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 342, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG ist sohin gegeben.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 343 Abs. 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 340 Abs. 1 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 344 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 343, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 340, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe 2018). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 344, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung

1. Vorweg ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibungsunterlage nicht angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive des Auftraggebers, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, vgl. VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (vgl. EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, I 3353, Rn 39; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54). 1. Vorweg ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibungsunterlage nicht angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive des Auftraggebers, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, vergleiche VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend vergleiche EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, römisch eins 3353, Rn 39; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden vergleiche EuGH 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54).

Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (vgl. VwGH 07.11.2005, 2003/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zugrunde zu legen (vgl. VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090 mwN; 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (vgl. BVA 30.04.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (vgl. EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89; vgl. BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden vergleiche VwGH 07.11.2005, 2003/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zugrunde zu legen vergleiche VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090 mwN; 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen

auszugehen vergleiche BVA 30.04.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde vergleiche EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89; vergleiche BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (vgl. BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 2007/04/0019; 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen vergleiche BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 2007/04/0019; 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157;

ebenso ua BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; ua BVwG 01.08.2014, W187 2008946-1/23E;

BVwG 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E).

2. Gemäß § 20 Abs. 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. 2. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 79 Z 4 BVergG muss beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, beim wettbewerblichen Dialog und bei der Innovationspartnerschaft die Eignung grundsätzlich zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist vorliegen. Gemäß Paragraph 79, Ziffer 4, BVergG muss beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, beim wettbewerblichen Dialog und bei der Innovationspartnerschaft die Eignung grundsätzlich zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist vorliegen.

3. Den Antragstellern ist zunächst beizupflichten, dass das Fehlen von Eignungsnachweisen grundsätzlich als behebbare Mängel zu qualifizieren sind (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg.], § 129 Rz 85). Beim Fehlen des Nachweises einer im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Befugnis, handelt es sich um einen behebbaren Mangel (VwGH 29.03.2006, 2003/04/0192). 3. Den Antragstellern ist zunächst beizupflichten, dass das Fehlen von Eignungsnachweisen grundsätzlich als behebbare Mängel zu qualifizieren sind (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg.], Paragraph 129, Rz 85). Beim Fehlen des Nachweises einer im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Befugnis, handelt es sich um einen behebbaren Mangel (VwGH 29.03.2006, 2003/04/0192).

Das Bundesverwaltungsgericht traf in der Entscheidung vom 04.05.2018, W138 2188714-2/22E, folgende Aussagen:

"Im Hinblick auf vorzulegende Nachweise ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (hier die berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 68 Abs 1 Z 4 BVergG als solche) fehlt (in diesem Fall liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall handelt es sich um einen behebbaren Mangel)." Im Hinblick auf vorzulegende Nachweise ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (hier

die berufliche Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG als solche) fehlt (in diesem Fall liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall handelt es sich um einen behebbaren Mangel).

Unbedenklich ist, weil dies in der Regel nicht mit einer Besserstellung eines Bieters verbunden ist, die nachträgliche Vorlage von Unterlagen, welche im maßgeblichen Zeitpunkt (hier die Angebotsöffnung) bereits vorhanden waren. Einer differenzierten Betrachtung bedarf hingegen das Nachreichen von erst im Nachhinein erstellten und beigeschafften Unterlagen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann es auch eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung bedeuten, wenn nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten (VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; VwGH 05.10.2016, Ra 2015/04/0002-6).

Obwohl die Antragstellerin in Formblatt 2 entsprechend Punkt 38 der allgemeinen Bedingungen der Ausschreibung unter Hinweis auf den ANKÖ angab, dass sie über die geforderten Nachweise in der entsprechenden Aktualität verfüge, ist aus den Strafregisterbescheinigungen ersichtlich, dass diese Nachweise nach dem relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung (13.02.2018 11:00) erstellt und beigeschafft wurden. Vier Strafregisterbescheinigungen datieren vom 27.02.2018 (nach Angebotsöffnung) und eine datiert vom 06.03.2018 (nach Ablauf der Frist zur Mängelbehebung).

Der Auftraggeber ist bei der Eignungsprüfung an die bestandfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gebunden und hat hinsichtlich aller Bieter den gleichen Maßstab zugrunde zu legen (VwGH 04.07.2016, Ra 2015/04/0085). Bei den ausschreibungsgegenständlich geforderten Bestätigungen (Strafregisterbescheinigungen) handelt es sich um amtliche Bestätigungen, die es dem Auftraggeber ermöglichen sollen, das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes nach § 68 Abs. 1 Z 4 BVergG ohne weiteren Ermittlungsaufwand zu prüfen und so das Vergabeverfahren rasch abzuführen. Der Auftraggeber ist bei der Eignungsprüfung an die bestandfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gebunden und hat hinsichtlich aller Bieter den gleichen Maßstab zugrunde zu legen (VwGH 04.07.2016, Ra 2015/04/0085). Bei den ausschreibungsgegenständlich geforderten Bestätigungen (Strafregisterbescheinigungen) handelt es sich um amtliche Bestätigungen, die es dem Auftraggeber ermöglichen sollen, das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes nach Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG ohne weiteren Ermittlungsaufwand zu prüfen und so das Vergabeverfahren rasch abzuführen.

Aus den von der Antragstellerin vorgelegten Strafregisterbescheinigungen vom 27.02.2018 bzw. 06.03.2018 ergibt sich gerade nicht, dass zum relevanten Zeitpunkt 13.02.2018 11:00 Uhr kein Ausschlussgrund vorlag.

Entgegen der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 15.03.2017, Ra 2014/04/0052) wäre die Auftraggeberin genötigt gewesen, einen weiteren Ermittlungsaufwand zu tätigen, um das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu überprüfen.

Es kann einem öffentlichen Auftraggeber nicht zugemutet werden, dass er das Vorliegen bzw. das Nicht-Vorliegen eines Ausschlussgrundes gem. § 68 Abs. 1 Z 4 BVergG selbst dadurch überprüft, dass er zum Beispiel unter Berücksichtigung von Tilgungsvorschriften Strafregisterbescheinigungen unterschiedlichen Ausstellungsdatums miteinander abgleicht, um festzustellen, ob zwischen dem relevanten Datum der Angebotsöffnung und dem Ausstellungsdatum des nachgereichten Nachweises (Strafregisterbescheinigung) eine relevante Verurteilung bereits gelöscht worden sein könnte. Es kann einem öffentlichen Auftraggeber nicht zugemutet werden, dass er das Vorliegen bzw. das Nicht-Vorliegen eines Ausschlussgrundes gem. Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG selbst dadurch überprüft, dass er zum Beispiel unter Berücksichtigung von Tilgungsvorschriften Strafregisterbescheinigungen unterschiedlichen Ausstellungsdatums miteinander abgleicht, um festzustellen, ob zwischen dem relevanten Datum der Angebotsöffnung und dem Ausstellungsdatum des nachgereichten Nachweises (Strafregisterbescheinigung) eine relevante Verurteilung bereits gelöscht worden sein könnte.

Auf Basis der von der Antragstellerin vorgelegten Strafregisterbescheinigungen konnte somit von der Auftraggeberin im Rahmen der Angebotsprüfung das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zum relevanten Zeitpunkt 13.02.2018 11:00 Uhr nicht ohne weiteren Ermittlungsaufwand überprüft werden."

4. Ein dem oben zitierten Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vergleichbarer Sachverhalt liegt gegenständlich vor:

Vorab ist festzuhalten, dass die (erste) Nicht-Zulassung zur Teilnahme vom 10.01.2019 mit Erkenntnis des

Bundesverwaltungsgerichtes vom 28.02.2019, W123 2213111-2/18E, ausschließlich deshalb für nichtig erklärt wurde, da zu diesem Zeitpunkt der Auftraggeber kein ordnungsgemäßes Mängelbehebungsverfahren durchgeführt hatte. Hingegen traf das Bundesverwaltungsgericht in dieser Entscheidung keine Aussagen über den seitens der Antragsteller (zeitlich nach der ersten Nicht-Zulassung) vorgelegten Strafregistrauszug vom 11.01.2019.

In der Ausschreibungsunterlage wurde (bestandskräftig) das Ende der Teilnahmefrist mit 14.11.2018, 12:00 Uhr, festgelegt und festgehalten, dass die Vorlage der Strafregisterbescheinigung nicht älter als drei Monate sein darf. Demzufolge mussten die Strafregistrauszüge ein Datum zwischen 14.08.2018 und 14.11.2018 aufweisen. Mit dem erst am 11.01.2019 datierten Strafregistrauszug ist aber gerade nicht sichergestellt, dass zum relevanten Zeitpunkt, 14.11.2018, 12:00 Uhr, kein Ausschlussgrund beim gewerberechtlichen Geschäftsführer der Zweitantragsteller vorlag, bestünde doch die (zumindest theoretische) Möglichkeit, dass ausgerechnet im Zeitraum zwischen 14.08.2018 und 14.11.2018 eine in der Vergangenheit erfolgte Verurteilung in der Strafregisterbescheinigung (noch) aufscheint, während hingegen eine solche bei einem Auszug knapp zwei Monate nach dem Ende der Teilnahmefrist - aufgrund der gesetzlichen Tilgungsfristen - nicht mehr ersichtlich ist. Damit hätten es aber (losgelöst vom konkret zu beurteilenden Sachverhalt) Bewerber in der Hand, durch bewusstes Nichtbeilegen eines Strafregistrauszuges innerhalb der von Auftraggebern dafür vorgesehenen Frist eine ursprünglich nicht bestehende Eignung nachträglich zu sanieren. Dass es bezüglich des gewerberechtlichen Geschäftsführers der Zweitantragsteller im konkret zu beurteilenden Sachverhalt keine Anhaltspunkte für einen derartigen Missbrauch gibt, ändert nichts an der aufgezeigten Grundsatzproblematik.

§ 82 Abs. 4 BVergG lautet: "Werden die in Abs. 2 genannten Nachweise im Herkunftsland des Unternehmers nicht ausgestellt oder werden darin nicht alle in § 78 Abs. 1 Z 1 bis 3 und 6 vorgesehenen Fälle erwähnt, kann der öffentliche Auftraggeber eine Bescheinigung über eine eidesstattliche Erklärung oder eine entsprechende, vor einer dafür zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, vor einem Notar oder vor einer dafür zuständigen Berufsorganisation des Herkunftslandes des Unternehmers abgegebene Erklärung des Unternehmers verlangen, dass kein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 Z 1 bis 3 und 6 vorliegt." Paragraph 82, Absatz 4, BVergG lautet: "Werden die in Absatz 2, genannten Nachweise im Herkunftsland des Unternehmers nicht ausgestellt oder werden darin nicht alle in Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 und 6 vorgesehenen Fälle erwähnt, kann der öffentliche Auftraggeber eine Bescheinigung über eine eidesstattliche Erklärung oder eine entsprechende, vor einer dafür zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, vor einem Notar oder vor einer dafür zuständigen Berufsorganisation des Herkunftslandes des Unternehmers abgegebene Erklärung des Unternehmers verlangen, dass kein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 und 6 vorliegt."

Die seitens der Antragsteller für den beim gewerberechtlichen Geschäftsführer der Zweitantragsteller (ersatzweise) vorgelegte eidesstattliche Erklärung ist im vorliegenden Fall jedenfalls nicht geeignet, den fehlenden Strafregistrauszug zu ersetzen. Der Versuch der Antragsteller, Punkt 3.5 der Ausschreibung dahingehend zu "konstruieren", dass der Notariatsakt deshalb zulässig war, da Strafregisterbescheinigungen nicht rückwirkend ausgestellt werden können und daher im "Herkunftsland" Österreich (nachträglich) nicht mehr erhältlich seien, hält einer objektiven Interpretation der Ausschreibung nicht stand. Dies erhellt sich schon aufgrund der Erwägung, dass diese Bestimmung (im Einklang mit § 84 Abs. 4 BVergG) nicht auf jene Fälle angewendet werden kann, in denen sich Bewerber die Vorlage von in der Ausschreibung verlangten Strafregisterbescheinigungen erst nach Ablauf der dafür vorgesehenen Frist beschaffen. Wie der Auftraggeber richtigerweise ausführt, besteht in Österreich grundsätzlich (objektiv betrachtet) die Möglichkeit, eine Strafregisterbescheinigung zu erhalten. Da sich die Antragsteller aber nicht rechtzeitig (innerhalb offener Teilnahmefrist) um den Nachweis der strafrechtlichen Unbescholtenheit für den gewerberechtlichen Geschäftsführer der Zweitantragsteller gekümmert haben, müssen sie sich dieses Versäumnis selbst vorwerfen lassen. Die seitens der Antragsteller für den beim gewerberechtlichen Geschäftsführer der Zweitantragsteller (ersatzweise) vorgelegte eidesstattliche Erklärung ist im vorliegenden Fall jedenfalls nicht geeignet, den fehlenden Strafregistrauszug zu ersetzen. Der Versuch der Antragsteller, Punkt 3.5 der Ausschreibung dahingehend zu "konstruieren", dass der Notariatsakt deshalb zulässig war, da Strafregisterbescheinigungen nicht rückwirkend ausgestellt werden können und daher im "Herkunftsland" Österreich (nachträglich) nicht mehr erhältlich seien, hält einer objektiven Interpretation der Ausschreibung nicht stand. Dies erhellt sich schon aufgrund der Erwägung, dass diese Bestimmung (im Einklang mit Paragraph 84, Absatz 4, BVergG) nicht auf jene Fälle angewendet werden kann, in denen sich Bewerber die Vorlage von in der Ausschreibung verlangten Strafregisterbescheinigungen erst nach Ablauf der dafür vorgesehenen Frist beschaffen. Wie der Auftraggeber richtigerweise ausführt, besteht in

Österreich grundsätzlich (objektiv betrachtet) die Möglichkeit, eine Strafregisterbescheinigung zu erhalten. Da sich die Antragsteller aber nicht rechtzeitig (innerhalb offener Teilnahmefrist) um den Nachweis der strafrechtlichen Unbescholtenheit für den gewerberechtlichen Geschäftsführer der Zweitantragsteller gekümmert haben, müssen sie sich dieses Versäumnis selbst vorwerfen lassen.

5. Die Entscheidung des Auftraggebers über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme der Antragsteller erfolgte somit - auch vor dem Hintergrund der unter Rn 3 zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes - zu Recht.

Zum Entfall der mündlichen Verhandlung:

Gemäß § 339 Abs. 1 Z 3 BVergG kann, soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen, die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist. Gemäß Paragraph 339, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG kann, soweit dem weder Artikel 6, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen, die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

Gegenständlich konnte - ungeachtet des Antrages der Antragsteller und des Auftraggebers - von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden, da bereits aus der Aktenlage (vgl. Schriftsätze der Parteien sowie vorgelegter Vergabeakt des Auftraggebers) feststand, dass der Antrag abzuweisen war. Abgesehen davon handelt es sich bei der Interpretation von Ausschreibungsbestimmungen bzw. den Folgen einer nicht rechtzeitig vorgelegten Strafregisterbescheinigung um Rechtsfragen, die nicht mit den Parteien zu erörtern sind. Das Parteigehör iSd § 45 Abs. 3 AVG wurde jedenfalls gewahrt. Gegenständlich konnte - ungeachtet des Antrages der Antragsteller und des Auftraggebers - von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden, da bereits aus der Aktenlage (vergleiche Schriftsätze der Parteien sowie vorgelegter Vergabeakt des Auftraggebers) feststand, dass der Antrag abzuweisen war. Abgesehen davon handelt es sich bei der Interpretation von Ausschreibungsbestimmungen bzw. den Folgen einer nicht rechtzeitig vorgelegten Strafregisterbescheinigung um Rechtsfragen, die nicht mit den Parteien zu erörtern sind. Das Parteigehör iSd Paragraph 45, Absatz 3, AVG wurde jedenfalls gewahrt.

Zu B)

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

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen (zur Bestandskraft der Ausschreibung vgl. etwa VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; zur Abgrenzung behebbare und unbehebbarer Mängel siehe etwa VwGH 29.03.2006, 2003/04/0192). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen (zur Bestandskraft der Ausschreibung vergleiche etwa VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; zur Abgrenzung behebbare und unbehebbarer Mängel siehe etwa VwGH 29.03.2006, 2003/04/0192). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Auskunfterteilung, Auslegung der Ausschreibung,

Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Bauauftrag,
Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung,
Bestandsfestigkeit, Bietergleichbehandlung, Bindungswirkung,
Eignungsnachweis, Gleichheitsgrundsatz, Grundsatz der
Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz, Mängelbehebung,
mangelhafter Antrag, Mangelhaftigkeit, Nachprüfungsantrag,
Nachprüfungsverfahren, Nachreichung von Unterlagen, Nachweismangel,
Nichtigerklärung, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung,
objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber,
Strafregisterauszug, Teilnahmeantrag, Transparenz, Unbehebbarkeit,
Unbescholtenheit, Verbesserung der Wettbewerbsstellung,
verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, Vorlagepflicht,
Zulassung, Zuverlässigkeit, Zuverlässigkeitsprüfung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W123.2216051.2.00

Zuletzt aktualisiert am

23.09.2019

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at