

TE Bvwg Erkenntnis 2017/10/23 W138 2169587-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.10.2017

Entscheidungsdatum

23.10.2017

Norm

AVG 1950 §33 Abs3
BVerGG 2006 §12 Abs1 Z2
BVerGG 2006 §12 Abs3
BVerGG 2006 §123
BVerGG 2006 §125 Abs2
BVerGG 2006 §125 Abs3
BVerGG 2006 §125 Abs4
BVerGG 2006 §125 Abs5
BVerGG 2006 §126 Abs1
BVerGG 2006 §129 Abs1 Z1
BVerGG 2006 §129 Abs1 Z2
BVerGG 2006 §129 Abs1 Z7
BVerGG 2006 §129 Abs2
BVerGG 2006 §19 Abs1
BVerGG 2006 §2 Z16 lita
BVerGG 2006 §2 Z8
BVerGG 2006 §291
BVerGG 2006 §292 Abs1
BVerGG 2006 §3 Abs1 Z2
BVerGG 2006 §312 Abs2
BVerGG 2006 §320 Abs1
BVerGG 2006 §321 Abs1
BVerGG 2006 §322 Abs1
BVerGG 2006 §322 Abs2
BVerGG 2006 §5
BVerGG 2006 §68 Abs1 Z2
BVerGG 2006 §68 Abs1 Z3
BVerGG 2006 §68 Abs1 Z4
BVerGG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §70 Abs2

BVergG 2006 §70 Abs3

BVergG 2006 §70 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

GewO 1994 §32 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. AVG 1950 § 33 gültig von 01.01.1991 bis 31.01.1991wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 51/1991

2. AVG 1950 § 33 gültig von 01.09.1950 bis 31.12.1990

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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. GewO 1994 § 32 heute
 2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
 3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004

4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

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

W138 2169587-2/25E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzender sowie Mag. Karin RATHKOLB als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite und Mag. Franz PACHNER als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Pensionsversicherungsanstalt – Microsoft Lizenzen für die Server- und Clientlandschaften, Proj.Nr.: 2017/7" der Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich-Hillegeist- Straße 1, 1021 Wien, vertreten durch Keschmann Rechtsanwalts-GmbH, Servitengasse 4/10, 1090 Wien auf Grund des Antrages der XXXX , vertreten durch Dr. Christoph LUISSE, Rechtsanwalt, Klosterstraße 31, 2362 Biedermannsdorf vom 01.09.2017, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 10.10.2017 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzender sowie Mag. Karin RATHKOLB als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite und Mag. Franz PACHNER als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Pensionsversicherungsanstalt – Microsoft Lizenzen für die Server- und Clientlandschaften, Proj.Nr.: 2017/7" der Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich-Hillegeist- Straße 1, 1021 Wien, vertreten durch Keschmann Rechtsanwalts-GmbH, Servitengasse 4/10, 1090 Wien auf Grund des Antrages der römisch 40 , vertreten durch Dr. Christoph LUISSE, Rechtsanwalt, Klosterstraße 31, 2362 Biedermannsdorf vom 01.09.2017, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 10.10.2017 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge die durch die Pensionsversicherungsanstalt am 22.08.2017 vorgenommene Ausscheidung des Angebots der XXXX im Vergabeverfahren Pensionsversicherungsanstalt – Microsoft Lizenzen für die Server- und Clientlandschaften, Proj.Nr.: 2017/7 für nichtig erklären", wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge die durch die Pensionsversicherungsanstalt am 22.08.2017 vorgenommene Ausscheidung des Angebots der römisch 40 im Vergabeverfahren Pensionsversicherungsanstalt – Microsoft Lizenzen für die Server- und Clientlandschaften, Proj.Nr.: 2017/7 für nichtig erklären", wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 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:

Der Nachprüfungsantrag der XXXX (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch Dr. Christoph LUISSE, Rechtsanwalt samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 01.09.2017, langte im BVwG außerhalb der Amtsstunden am 01.09.2017 per Fax und Mail ein. Darüber hinaus langten die Anträge am 04.09.2017 postalisch beim BVwG ein. Bereits im Nachprüfungsantrag wies der Antragstellervertreter darauf hin, dass er grundsätzlich über einen Web-ERV-

Zugang verfüge. Auf Grund von am 01.09.2017 kurzfristig aufgetretenen Verbindungsproblemen zwischen dem Arbeitsplatz des Rechtsvertreters der Antragstellerin und der nötigen Software, welche den Web-ERV-Zugang gewährleiste, sei eine Einbringung des gegenständlichen Schriftsatzes per Web-ERV technisch nicht möglich gewesen und habe daher eine postalische Einbringung erfolgen müssen. Der Nachprüfungsantrag der römisch 40 (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch Dr. Christoph LUISER, Rechtsanwalt samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 01.09.2017, langte im BVwG außerhalb der Amtsstunden am 01.09.2017 per Fax und Mail ein. Darüber hinaus langten die Anträge am 04.09.2017 postalisch beim BVwG ein. Bereits im Nachprüfungsantrag wies der Antragstellervertreter darauf hin, dass er grundsätzlich über einen Web-ERV-Zugang verfüge. Auf Grund von am 01.09.2017 kurzfristig aufgetretenen Verbindungsproblemen zwischen dem Arbeitsplatz des Rechtsvertreters der Antragstellerin und der nötigen Software, welche den Web-ERV-Zugang gewährleiste, sei eine Einbringung des gegenständlichen Schriftsatzes per Web-ERV technisch nicht möglich gewesen und habe daher eine postalische Einbringung erfolgen müssen.

Im Schriftsatz vom 01.09.2017 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Pensionsversicherungsanstalt (im Weiteren Auftraggeberin) am 11.07.2017 die Bekanntmachung der Ausschreibung "Pensionsversicherungsanstalt-Microsoft-Lizenzen für die Server- und Clientlandschaften, Projektnummer: 2017/7" an das Amtsblatt der EU versendet habe.

Als Abgabedatum der Angebote sei der 03.08.2017 um 15 Uhr angeführt gewesen.

Die Antragstellerin habe binnen offener Frist ein Angebot mit den geforderten Anlagen abgegeben.

Die Angebotsöffnung sei am 03.08.2017 im Beisein eines Mitarbeiters der Antragstellerin um 15:15 Uhr erfolgt und sei dort von einem Mitarbeiter der Auftraggeberin erklärt worden, dass die Antragstellerin von den zwei von vier Losen Billigstbieter sei, woraus sich ergebe, dass die Antragstellerin hinsichtlich der gesamten Vergabe Billigstbieter sei. Zwei Mal sei die Antragstellerin in der Folge seitens der Auftraggeberin aufgefordert worden, Eignungsnachweise und Aufklärungen vorzulegen und sei sie diesen Aufforderungen jeweils binnen offener Frist nachgekommen.

Am 22.08.2017 sei der Geschäftsführer der Antragstellerin per E-Mail vom Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin informiert worden. Die Antragstellerin erachte sich durch die Ausscheidensentscheidung in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2006 verletzt.

Auf Grund von am 01.09.2017 kurzfristig aufgetretene Verbindungsproblemen zwischen dem Arbeitsplatz des Rechtsvertreters der Antragstellerin und der nötigen Software, welche den Web-ERV Zugang gewährleiste, sei eine Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages der Web-ERV technisch nicht möglich gewesen und sei aus diesem Grunde am 01.09.2017 die postalische Einbringung erfolgt, weshalb die Frist zur Wahrung der Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages gem. § 321 Abs. 1 BVergG gewahrt sei. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes sei gem. § 312 BVergG gegeben. Es handle sich um einen Lieferauftrag, der im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich vergeben werden solle. Die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag sei entrichtet worden. Die Antragstellerin habe großes Interesse am Vertragsabschluss. Zudem entstünden der Antragstellerin durch den Verlust der Chance auf den gegenständlichen Auftrag, ein zusätzlicher Schaden. Das Ausscheiden erfolge aus nachfolgenden Auf Grund von am 01.09.2017 kurzfristig aufgetretene Verbindungsproblemen zwischen dem Arbeitsplatz des Rechtsvertreters der Antragstellerin und der nötigen Software, welche den Web-ERV Zugang gewährleiste, sei eine Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages der Web-ERV technisch nicht möglich gewesen und sei aus diesem Grunde am 01.09.2017 die postalische Einbringung erfolgt, weshalb die Frist zur Wahrung der Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages gem. Paragraph 321, Absatz eins, BVergG gewahrt sei. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes sei gem. Paragraph 312, BVergG gegeben. Es handle sich um einen Lieferauftrag, der im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich vergeben werden solle. Die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag sei entrichtet worden. Die Antragstellerin habe großes Interesse am Vertragsabschluss. Zudem entstünden der Antragstellerin durch den Verlust der Chance auf den gegenständlichen Auftrag, ein zusätzlicher Schaden. Das Ausscheiden erfolge aus nachfolgenden

Gründen rechtswidrig:

Gewerbe:

Der Gewerberegisterauszug datiere vom 14.08.2017. Aus dem Gewerberegisterauszug gehe hervor, dass die aufrechte Gewerbeberechtigung der Antragstellerin "Dienstleistung in der automatischen Datenverarbeitung und

Informationstechnik" bereits seit 23.02.2009 bestehe. Die Eignung müsse gem. § 69 Z. 1 BVergG im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Das Gesetz verlange nicht, dass auch die Bestätigung über die relevante Eignung zum Stichtag der Angebotsöffnung datiere. Sofern die Auftraggeberin in einem Unterpunkt releviere, dass auch das Handelsgewerbe für den Verkauf von Software hätte vorliegen müssen, so sei dies unter Verweis auf § 32 GewO unrichtig. Da es sich beim Handel nicht um den Gegenstand eines reglementierten Gewerbes handle, sondern um ein freies Gewerbe, sei in concreto gem. § 32 Abs. 1 Z 10 GewO sogar der unbeschränkte Verkauf von Software durch die Antragstellerin zulässig. Die gewerberechtliche Eignung der Antragstellerin sei daher im relevanten Zeitpunkt gegeben. Der Gewerberegisterauszug datiere vom 14.08.2017. Aus dem Gewerberegisterauszug gehe hervor, dass die aufrechte Gewerbeberechtigung der Antragstellerin "Dienstleistung in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik" bereits seit 23.02.2009 bestehe. Die Eignung müsse gem. Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Das Gesetz verlange nicht, dass auch die Bestätigung über die relevante Eignung zum Stichtag der Angebotsöffnung datiere. Sofern die Auftraggeberin in einem Unterpunkt releviere, dass auch das Handelsgewerbe für den Verkauf von Software hätte vorliegen müssen, so sei dies unter Verweis auf Paragraph 32, GewO unrichtig. Da es sich beim Handel nicht um den Gegenstand eines reglementierten Gewerbes handle, sondern um ein freies Gewerbe, sei in concreto gem. Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 10, GewO sogar der unbeschränkte Verkauf von Software durch die Antragstellerin zulässig. Die gewerberechtliche Eignung der Antragstellerin sei daher im relevanten Zeitpunkt gegeben.

Finanzamt:

Gegenüber der Antragstellerin sei im Zeitpunkt der Angebotsöffnung keine Abgabenforderung bestanden, jedenfalls keine in einer im Verhältnis zur Dimension des gegenständlichen Vergabeverfahrens relevanten Größenordnung. Auch das Ausscheiden aus diesem Grund erfolge daher rechtsmissbräuchlich und sei nicht zulässig.

Strafregisterauszug des einzigen Geschäftsführers der Antragstellerin:

Die Antragstellerin habe für den alleinvertretungsbefugten Geschäftsführer die gegenständliche geforderte Eignung durch zwei Strafregisterauszüge nachgewiesen, nämlich durch eine vom 19.10.2016 sowie durch eine weitere vom 14.08.2017.

Es sei rechtlich unmöglich, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin zu einem nach dem Zeitpunkt des ersten Strafregisterauszuges liegenden Datum strafrechtlich verurteilt worden wäre, diese Strafe weiters bereits verbüßt worden wäre und überdies die Tilgungsfrist schon abgelaufen wäre.

Auch aus diesem Grund sei die Eignung jedenfalls gegeben.

Keine Insolvenz oder Exekution:

Aus der öffentlich einsehbaren Ediktsdatei der Justiz und im Exekutionsregister ergebe sich im Zusammenhang mit den vorgelegten Bestätigungen, dass zum Stichtag weder ein eintragungspflichtiger Exekutions- oder Insolvenztatbestand vorgelegen haben könne. Selbst wenn am Stichtag 03.08.2017 noch keine Eintragung auffindbar gewesen wäre, könnte sie nur eine längst zuvor rechtskräftig erledigte Insolvenz oder Exekution zum Inhalt haben, was die Eignung am Stichtag nicht schmälere. Auch hier liege daher keine mangelnde Eignung der Antragstellerin vor.

Lizenztransfer:

Die Antragstellerin habe nachvollziehbar dargelegt, dass sie aus Datenschutzgründen verpflichtend einen Treuhänder in der Abwicklung des Kaufes und des Nachweises von Gebrauchtssoftware einsetze. Sofern die Auftraggeberin in unzulässiger Weise den Bruch datenschutzrechtlich gewährleisteter Rechte verlange, sei das auch im Rahmen des Vergabeverfahrens unzulässig.

Darüber hinaus hätte die Auftraggeberin gem. § 46 Abs. 3 BVergG bereits in der Bekanntmachung anzugeben gehabt, welche Nachweise erforderlich seien oder nach Aufforderung allenfalls nachzureichen wären. Der gegenständlich abverlangte Nachweis sei aber in der Ausschreibung nicht abverlangt. Darüber hinaus hätte die Auftraggeberin gem. Paragraph 46, Absatz 3, BVergG bereits in der Bekanntmachung anzugeben gehabt, welche Nachweise erforderlich seien oder nach Aufforderung allenfalls nachzureichen wären. Der gegenständlich abverlangte Nachweis sei aber in der Ausschreibung nicht abverlangt.

Auch aus diesem Grunde bestehe daher keine mangelnde Eignung der Antragstellerin.

Betriebswirtschaftliche Kriterien:

Bei Zweifeln von Angemessenheit von Preisen könne und müsse ein Auftraggeber grundsätzlich weitere Aufklärung verlangen. Dies bedürfe jedoch einer Begründung, welche die Auftraggeberin schuldig geblieben sei. Der formelhafte Verweis auf Schätzkosten und Erfahrungswerte sei dafür nicht hinreichend.

Auch in diesem Falle bestehe keine mangelnde Eignung der Antragstellerin.

Vom Antragstellervertreter wurde per 05.09.2017 eine Eidesstattliche Erklärung übermittelt, in welcher nochmal geschildert wurde, dass aus ungeklärten technischen Ursachen vor Ende der Amtsstunden des Bundesverwaltungsgerichtes am 01.09.2017 um 15:00 Uhr eine Web-ERV-Verbindung nicht hergestellt werden könne.

Mit Schriftsatz vom 05.09.2017 erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Keschmann Rechtsanwalts-GmbH, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und sprach sich gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus.

Mit Schriftsatz vom 06.09.2017 zog die Antragstellerin den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung zurück.

In Folge dessen wurde vom BVwG mit Beschluss GZ: W138 2169587-1/2E vom 08.09.2017 das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung W138 2169587-1 eingestellt.

Mit Schriftsatz vom 08.09.2017 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung und führte im Wesentlichen aus, dass das Angebot der Antragstellerin mit Schreiben vom 22.08.2017 aus mehreren Gründen ausgeschieden worden sei. Diese würden sich zusammenfassen in

1. mangelhafte Vorlage von Eignungsnachweisen
2. unzureichender Nachweis der Rechtmäßigkeit der Verwendung der angebotenen Gebrauchtlizenzen und
3. unzulängliche Aufklärung im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung.

Mit dem Angebot habe die Antragstellerin eine Eigenerklärung unter Verwendung des in den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellten Formblattes 3 abgegeben, wonach sie die verlangten Eignungskriterien erfülle und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beigebracht würden. Durch Ankreuzen im Formblatt 3 habe die Antragstellerin zudem bestätigt "hiermit bestätige ich die oben angeführten Nachweise aufrecht inne zu haben." Mit Schreiben vom 10.08.2017 habe die Auftraggeberin die Antragstellerin im Rahmen der Angebotsprüfung aufgefordert, einen Gewerberegisterauszug, die letztgültige Lastschriftanzeige der Finanzbehörde, Strafregisterauszüge der in der Geschäftsführung tätigen Personen sowie die Amtsbestätigung vorzulegen, dass sich die Gesellschaft der Antragstellerin nicht in einem Insolvenzverfahren befinde. Mit Schreiben vom 14.08.2017 sei die Antragstellerin dieser Aufforderung nur unzulänglich nachgekommen, in dem sie die geforderten Unterlagen jeweils mit Datum nach der Angebotsöffnung und somit nach dem gemäß § 69 Z 1 BVergG relevanten Zeitpunkt vorgelegt habe. Mit dem Angebot habe die Antragstellerin eine Eigenerklärung unter Verwendung des in den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellten Formblattes 3 abgegeben, wonach sie die verlangten Eignungskriterien erfülle und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beigebracht würden. Durch Ankreuzen im Formblatt 3 habe die Antragstellerin zudem bestätigt "hiermit bestätige ich die oben angeführten Nachweise aufrecht inne zu haben." Mit Schreiben vom 10.08.2017 habe die Auftraggeberin die Antragstellerin im Rahmen der Angebotsprüfung aufgefordert, einen Gewerberegisterauszug, die letztgültige Lastschriftanzeige der Finanzbehörde, Strafregisterauszüge der in der Geschäftsführung tätigen Personen sowie die Amtsbestätigung vorzulegen, dass sich die Gesellschaft der Antragstellerin nicht in einem Insolvenzverfahren befinde. Mit Schreiben vom 14.08.2017 sei die Antragstellerin dieser Aufforderung nur unzulänglich nachgekommen, in dem sie die geforderten Unterlagen jeweils mit Datum nach der Angebotsöffnung und somit nach dem gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG relevanten Zeitpunkt vorgelegt habe.

Damit sei es der Auftraggeberin nicht möglich gewesen das Vorliegen der Eignung im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu überprüfen, ohne hierfür weiteren Ermittlungsaufwand zu treiben. Im tatsächlichen Fehlen aller der verlangten Unterlagen im Zeitpunkt der Angebotsöffnung müsse ein unbehebbarer Angebotsmangel gesehen werden. Die Antragstellerin habe es sich nämlich im Ergebnis vorbehalten, erst einmal das Ergebnis der Angebotsöffnung und –

verlesung abzuwarten und erst dann zu entscheiden, ob sie den Aufwand betreiben werde, die geforderten Unterlagen überhaupt zu besorgen. Dieses Vorgehen sei mit dem Grundsatz des fairen Wettbewerbes unter den Bietern nicht in Einklang zu bringen.

Überdies verfüge die Antragstellerin nicht über das erforderliche Handelsgewerbe. Von Seiten der Auftraggeberin werde bestritten, dass die Antragstellerin bloß gestützt auf die sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden gemäß § 32 GewO den Auftrag ausführen dürfte. Die Antragstellerin habe dieses Vorbringen auch nicht im Vergabeverfahren im Zuge der Angebotsprüfung erstattet, sondern erst im Antragsvorbringen nachgeschoben. Erklärungsversuche der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren müssten unbeachtlich bleiben. Grundlage für die Prüfung durch das Bundesverwaltungsgericht seien jene Unterlagen, die der Auftraggeberin zur Verfügung gestanden seien. Auch die neuerliche Nachreichung von Unterlagen durch die Antragstellerin im Rahmen des Mängelbehebungsauftrages beseitige die Mängel der Nachweise nicht. Der vorgelegte Gewerbereport habe keinerlei Mehrwert, die Daten des Steuerkontos würden der Auftraggeberin Prüfungen abverlangen, die sie nicht durchführen müsse, die Strafregisterbescheinigung sei nicht, wie in der Ausschreibung verlangt, aktuell, sondern zehn Monate alt. Die Eidesstattliche Erklärung, dass die Antragstellerin nicht in Insolvenz wäre, sei ein unzulässiges Nachweismittel, weil die verlangten Bescheinigungen in Österreich in Form der Amtsbestätigung erhältlich seien. Die Antragstellerin wäre somit gemäß § 129 Abs.1 Z 1, 2 und 7 sowie Abs. 2 BVergG auszuscheiden. Überdies verfüge die Antragstellerin nicht über das erforderliche Handelsgewerbe. Von Seiten der Auftraggeberin werde bestritten, dass die Antragstellerin bloß gestützt auf die sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden gemäß Paragraph 32, GewO den Auftrag ausführen dürfte. Die Antragstellerin habe dieses Vorbringen auch nicht im Vergabeverfahren im Zuge der Angebotsprüfung erstattet, sondern erst im Antragsvorbringen nachgeschoben. Erklärungsversuche der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren müssten unbeachtlich bleiben. Grundlage für die Prüfung durch das Bundesverwaltungsgericht seien jene Unterlagen, die der Auftraggeberin zur Verfügung gestanden seien. Auch die neuerliche Nachreichung von Unterlagen durch die Antragstellerin im Rahmen des Mängelbehebungsauftrages beseitige die Mängel der Nachweise nicht. Der vorgelegte Gewerbereport habe keinerlei Mehrwert, die Daten des Steuerkontos würden der Auftraggeberin Prüfungen abverlangen, die sie nicht durchführen müsse, die Strafregisterbescheinigung sei nicht, wie in der Ausschreibung verlangt, aktuell, sondern zehn Monate alt. Die Eidesstattliche Erklärung, dass die Antragstellerin nicht in Insolvenz wäre, sei ein unzulässiges Nachweismittel, weil die verlangten Bescheinigungen in Österreich in Form der Amtsbestätigung erhältlich seien. Die Antragstellerin wäre somit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, 2 und 7 sowie Absatz 2, BVergG auszuscheiden.

Die Antragstellerin habe auch Gebrauchtlizenzen angeboten. Auf Grund der Rechtslage seit einem Urteil des EUGH sei der Nachweis erforderlich, dass die Lizenzen vom Ersterwerber zeitlich unbefristet und gegen Zahlung eines angemessenen Entgeltes erworben worden seien. Diesen Nachweis, sowie die Offenlegung der kompletten Nutzerkette habe die Auftraggeberin von der Antragstellerin mit Schreiben vom 10.08.2017 verlangt. Die Antragstellerin sei dieser Aufforderung nicht nachgekommen, sondern habe lediglich eine Eigenerklärung abgegeben. Wenn die Antragstellerin verneine, die Auftraggeberin hätte gemäß § 46 Abs. 3 BVergG in diesem Zusammenhang Nachweise bekannt geben müssen, so sei das schon deshalb unrichtig, weil es hier nicht um die Eignung der Antragstellerin, sondern um Angebotsinhalt gehe. Die Antragstellerin habe auch Gebrauchtlizenzen angeboten. Auf Grund der Rechtslage seit einem Urteil des EUGH sei der Nachweis erforderlich, dass die Lizenzen vom Ersterwerber zeitlich unbefristet und gegen Zahlung eines angemessenen Entgeltes erworben worden seien. Diesen Nachweis, sowie die Offenlegung der kompletten Nutzerkette habe die Auftraggeberin von der Antragstellerin mit Schreiben vom 10.08.2017 verlangt. Die Antragstellerin sei dieser Aufforderung nicht nachgekommen, sondern habe lediglich eine Eigenerklärung abgegeben. Wenn die Antragstellerin verneine, die Auftraggeberin hätte gemäß Paragraph 46, Absatz 3, BVergG in diesem Zusammenhang Nachweise bekannt geben müssen, so sei das schon deshalb unrichtig, weil es hier nicht um die Eignung der Antragstellerin, sondern um Angebotsinhalt gehe.

Bei der Angebotsprüfung sei aufgefallen, dass im Angebot der Antragstellerin die Preise mehrerer Positionen ungewöhnlich gewesen seien. Aus diesem Grunde habe sich die Auftraggeberin zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung veranlasst gesehen, in deren Zuge die von den Auffälligkeiten betroffenen Positionen hinterfragt worden seien. An der in § 125 BVergG, wie auch konkret von der Auftraggeberin geforderten Aufklärung der Preise, der auch in der Aufforderung genannten Positionen, sei die Antragstellerin gescheitert. Die Darlegung, dass alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten seien und dass die

Personalkosten im Hinblick auf die dem Angebot zu Grunde gelegten Kollektivverträge nachvollziehbar seien, habe die Antragstellerin erst gar nicht versucht. Auch die Erklärung, wonach der Einkaufspreis mit einem branchenüblichen Aufschlag von 1% bzw. 2 % über die jeweils ausgeschriebene Abgabemenge kalkuliert wäre, sei nicht nachvollziehbar. Es fehle jegliche Begründung. Es sei zu bezweifeln, dass die Kalkulation auskömmlich sei. Auch aus diesem Grunde sei das Angebot auszuschneiden gewesen. Bei der Angebotsprüfung sei aufgefallen, dass im Angebot der Antragstellerin die Preise mehrerer Positionen ungewöhnlich gewesen seien. Aus diesem Grunde habe sich die Auftraggeberin zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung veranlasst gesehen, in deren Zuge die von den Auffälligkeiten betroffenen Positionen hinterfragt worden seien. An der in Paragraph 125, BVergG, wie auch konkret von der Auftraggeberin geforderten Aufklärung der Preise, der auch in der Aufforderung genannten Positionen, sei die Antragstellerin gescheitert. Die Darlegung, dass alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten seien und dass die Personalkosten im Hinblick auf die dem Angebot zu Grunde gelegten Kollektivverträge nachvollziehbar seien, habe die Antragstellerin erst gar nicht versucht. Auch die Erklärung, wonach der Einkaufspreis mit einem branchenüblichen Aufschlag von 1% bzw. 2 % über die jeweils ausgeschriebene Abgabemenge kalkuliert wäre, sei nicht nachvollziehbar. Es fehle jegliche Begründung. Es sei zu bezweifeln, dass die Kalkulation auskömmlich sei. Auch aus diesem Grunde sei das Angebot auszuschneiden gewesen.

Am 10.10.2017 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt im Zuge derer die Parteien im Wesentlichen wie folgt ausführten:

"AG: Ich verweise auf das bereits erstattete Vorbringen. Hinsichtlich der Anwendung des § 32 Abs. 1a GewO verweise ich darauf, dass der Umsatz max. 30% ausmachen dürfe. Diesbezüglich konnte die AG auf Basis der von der AST genannten Gesamtumsätze, welche sich im Vergabeakt befinden, nicht davon ausgehen, dass das Handelsgewerbe als Nebenrecht zu Recht ausgeübt werden durfte. In der gegenständlichen Konstellation hätte das Handelsgewerbe als freies Gewerbe angemeldet werden müssen." AG: Ich verweise auf das bereits erstattete Vorbringen. Hinsichtlich der Anwendung des Paragraph 32, Absatz eins a, GewO verweise ich darauf, dass der Umsatz max. 30% ausmachen dürfe. Diesbezüglich konnte die AG auf Basis der von der AST genannten Gesamtumsätze, welche sich im Vergabeakt befinden, nicht davon ausgehen, dass das Handelsgewerbe als Nebenrecht zu Recht ausgeübt werden durfte. In der gegenständlichen Konstellation hätte das Handelsgewerbe als freies Gewerbe angemeldet werden müssen.

AST bestreitet unter Hinweis auf § 32 Abs. 1 Z 10 GewO. AST bestreitet unter Hinweis auf Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 10, GewO.

VR: Sie wurden vom AG am 10.08.2017 aufgefordert, Eignungsnachweise (aktueller Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis, Firmenbuchauszug, Lastschriftanzeige der Finanzbehörde, Kontoauszug der Sozialversicherung, Bescheinigung eines Gerichts, dass kein Konkurs eröffnet wurde, Strafregisterauszug) vorzulegen. Wann wurden diese Nachweise beschafft (Angebotsöffnung 03.08.2017)?

AST: Sie wurden so beschafft wie im Nachprüfungsantrag und auf den Beilagen angegeben. Die jeweiligen Eignungen selbst lagen zu den relevanten Zeitpunkten vor. Beim Strafregisterauszug datiert einer vor und einer nach dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung. Unter Zusammenschau der beiden Auszüge ergibt sich, auf Basis des Tilgungsgesetzes, dass bzgl. des Geschäftsführers keine rechtskräftige Verurteilung vorlag.

VR: Aus der Jud. des VwGH (15.03.2017, Ra 2014/04/0052) ergibt sich, dass es die Nachweise dem AG ermöglichen sollen, die Eignung ohne weitere Ermittlungsschritte zu prüfen.

1. Wie sollte der AG aus der Amtsbestätigung vom 11.08.2017 ableiten können, dass zum 03.08.2017 kein Insolvenzverfahren eröffnet war?

AST: In diesem Zusammenhang hätte der AG zwar einen weiteren Prüfschritt setzen müssen. Dies wäre die Einsichtnahme in die Ediktsdatei der Justiz. Dies kann online erfolgen und wäre binnen weniger Sekunden möglich gewesen und dem AG daher auch zumutbar.

2. Wie sollte der AG aus der Strafregisterbescheinigung vom 14.08.2017 ableiten können, dass zum 03.08.2017 keine rechtskräftige Verurteilung des GF iSd § 68 Abs. 1 Z 4 BVergG vorlag? 2. Wie sollte der AG aus der Strafregisterbescheinigung vom 14.08.2017 ableiten können, dass zum 03.08.2017 keine rechtskräftige Verurteilung des GF iSd Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG vorlag?

AST: Im Zeitpunkt der Angebotsöffnung lag nur die Eigenerklärung und der Strafregistrauszug vom 19.10.2016 vor. Im Zusammenhang mit dem Tilgungsgesetz hätte der AG errechnen können dass zum Zeitpunkt 03.08.2017 keine rechtskräftige Verurteilung des Geschäftsführers des AST vorlag.

AG: Zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung lag der AG der Strafregistrauszug vom 19.10.2016 noch nicht vor. Dieser wurde erst nach Mängelbehebungsauftrag dem AG übermittelt.

VR: Warum wurde von Ihnen auf Formblatt 3 bestätigt, dass " Hiermit bestätige ich die oben angeführten Nachweise aufrecht inne zu haben"?

GF der AST: Ich war bis 03.08.2017 im Ausland. Ich musste diesen Aufenthalt abbrechen, damit ich innerhalb der Frist das Angebot überhaupt abgeben konnte. Innerhalb dieser Zeit scheiterte auch die Bevollmächtigung eines Mitarbeiters der AST, der im Namen der Gesellschaft die Nachweise hätte besorgen können.

AG verweist darauf, dass es im Zuge des Vergabeverfahrens Bieteranfragen gegeben hat, jedoch seitens der AST nicht um eine Verlängerung der Angebotsfrist ersucht wurde.

VR: Ihr Gewerbewortlaut ist: "Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik". Warum gehen Sie davon aus, dass Sie befugt sind die gegenständliche Lieferleistung zu erbringen?

AST: Unter Hinweis auf § 32 Abs. 1 Z 10 GewO geht die AST davon aus, dass dieses Nebenrecht des Handels unbeschränkt ausgeübt werden darf. AST: Unter Hinweis auf Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 10, GewO geht die AST davon aus, dass dieses Nebenrecht des Handels unbeschränkt ausgeübt werden darf.

VR: Worin liegt der wirtschaftliche Schwerpunkt Ihres Unternehmens, in der Dienstleistung oder der Lieferung? (vgl. Umsatzaufstellung der AST) VR: Worin liegt der wirtschaftliche Schwerpunkt Ihres Unternehmens, in der Dienstleistung oder der Lieferung? vergleiche Umsatzaufstellung der AST)

GF der AST: Der wirtschaftliche Schwerpunkt des Unternehmens liegt in der Dienstleistung. Wenn in der Beilage des Vergabeverfahrens "Gesamtumsatz und dem Umsatz in den letzten drei Geschäftsjahren" ein überwiegender Anteil des Umsatzes der AST unter dem Punkt " Davon Lizenz Geschäft in Euro" ausgewiesen ist, heißt das nicht, dass das reine Lizenz Geschäft als Lieferleistung den Hauptanteil des Umsatzes der AST ausmacht. Unter diesem Punkt wurden von der AST auch relevante Dienstleistungsumsätze eingerechnet. Auf Nachfrage des VR woraus sich aus der vorgenannten Beilage der jeweilige Dienstleistungs- bzw. Handelsumsatz der AST prüfbar für die AG ergeben solle kann dies von der AST nicht nachvollziehbar dargestellt werden.

VR: Verfügen Sie über das Handelsgewerbe?

AST: Nein, zum relevanten Zeitpunkt verfügte das Unternehmen nicht über das Handelsgewerbe. Zwischenzeitig haben wir das Handelsgewerbe angemeldet. Dies, damit es in diesem Zusammenhang keine zukünftigen Nachfragen mehr gibt.

VR: Wie sollte die AG bei Prüfung der Eignung, insbesondere nach erteiltem Mängelbehebungsauftrag überprüfen können, ob Sie befugt sind den Auftrag auszuführen?

AST: Ich kann dazu nicht mehr sagen als auf Basis der vorgelegten Unterlagen.

VR: Sie wurden vom AG aufgefordert bezüglich der angebotenen Gebrauchtlizenzen insbesondere die Nutzerketten offenzulegen. Wie sollte der AG auf Basis Ihrer Eigenerklärung klären, ob der AG rechtmäßiger Erwerber iSd. Urteils des EuGH vom 03.07.2012, C-128/11 ist?

GF der AST: Auf Basis der übermittelten Unterlagen konnte der AG tatsächlich nicht objektiv überprüfen, ob die Lizenzen rechtmäßig verwendet werden dürfen. Grund dafür, dass die Nutzerkette nicht offengelegt wurde, sind Datenschutzrechtliche Überlegungen. Auch der Name des Treuhänders konnte nicht offengelegt werden, weil der AST davon ausging, dass dieser erst in Übereinstimmung mit dem AG ausgewählt werden soll. Die angebotenen Gebrauchtlizenzen wären erst im Auftragsfall beschafft worden, sodass zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung eine Überprüfung der Nutzerkette gar nicht möglich war, wobei ich davon ausgehe, dass kein Anbieter dies anders macht.

VR: Punkt 2.10.3 der allgemeinen Vergabe- und Vertragsbedingungen der Ausschreibung fordert, dass der AN verpflichtet ist, den AG bei Verletzung fremder Schutzrechte schad- und klaglos zu halten. In Ihrer Eigenerklärung halten Sie fest, dass der Lizenzverwerter den AG in diesem Fall entschädigen soll. Wie lässt sich dieser Widerspruch zu

den Ausschreibungsbedingungen aufklären?

GF der AST: Mit Lizenzverwerter ist die AST selbst gemeint. Die diesbezügliche Formulierung im Aufklärungsschreiben ist nicht eindeutig gewählt worden.

VR: Weshalb wurde bei der AST in den Pos 02.03. und 03.05.-03.08. eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt?

AG: Grund dafür war, dass sich aus einer Gegenüberstellung der Preise sämtliche Angebote in den Positionen eklatant hohe Preise bei der AST gezeigt haben. Im Zuge der Prüfung konnte dies dahingehend aufgeklärt werden, dass in den relevanten Preispositionen anstelle von Monatspreisen von der AST Jahrespreise angegeben wurden. Der AG ist berechtigt jederzeit eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, von der AST wurden die an sie gestellten Fragen nicht objektiv überprüfbar beantwortet.

VR: Sie wurden von dem AG aufgefordert, die Pos 02.03. und 03.05.-03.08. betriebswirtschaftlich nachvollziehbar zu machen. Wie soll der AG anhand Ihrer Aufklärung zu Punkt 10 und 11 die Kalkulation objektiv prüfen können?

GF der AST: Ich bin der Ansicht, dass mit der gegenständlichen Auskunftserteilung die Preisauskömmlichkeit objektiv überprüfbar ist. Die anfallenden Dienstleistungen, direkt bzw. indirekt zuordenbaren Kosten sind vernachlässigbar.

VR: Handelt es sich bei Ihrer Aufklärung um die Offenlegung einer ordnungsgemäßen kaufmännischen Kalkulation? Was ist mit den Bezugskosten, den Regien (Miete, Beleuchtung, Steuern, Löhne) und z. B. dem Gewinn?

GF der AST: Für mich handelt es sich bei den erteilten Auskünften um eine ordnungsgemäße kaufmännische Kalkulation.

VR: Wie wurden die Änderungen der Einkaufspreise einkalkuliert?

GF der AST: Die Einkaufspreise wurden ganzheitlich kalkuliert. Einzelne Daten der Kalkulation wollten wir aus Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nicht offenlegen.

VR: Sind mit den ausgeschriebenen Lieferleistungen auch Dienstleistungen (z.B. Installation) verbunden?

AG: Auf Seite 4 der Leistungsbeschreibung ist definiert, dass Dienstleistungen zu kalkulieren sind, die für eine allfällige Aktivierung notwendig wären. Der Umfang dieser Leistungen wäre vom jeweiligen Bieter darzulegen gewesen.

GF der AST: Bei den von der AST angebotenen Produkten gibt es nicht einen einzigen Schlüssel für alle Produkte. Es gibt mehrere Schlüssel, die für die Aktivierung notwendig sind. Die damit verbundene Dienstleistung wurde von uns nicht angeboten, da wir diesen Punkt überlesen haben. Wir haben die Ausschreibungsbestimmung so interpretiert, dass sich die Forderung eines einzigen Schlüssels auf das jeweilige Produkt bezieht. Aus diesem Grunde wurde die Dienstleistung auch nicht kalkuliert."

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

1. Feststellungen:

Auf Grund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2017 wird der folgende entscheidungswesentliche Sachverhalt festgestellt:

Die Pensionsversicherungsanstalt hat einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, der im Wege eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll, ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 12.07.2017 in der Onlineausgabe des Amtlichen Lieferanzeigers der Wiener Zeitung sowie im Amtsblatt der Wiener Zeitung am 14.07.2017 und im Amtsblatt der EU am 15.07.2017 erfolgt.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 03.08.2017. Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot in elektronischer Form am Beschaffungsportal der Auftraggeberin eingereicht. Dem Angebot waren die im Formblatt 2 der Ausschreibung angeführten Nachweise nicht angeschlossen.

Die Antragstellerin gab in Formblatt 3 eine Eigenerklärung betreffend der Eignung ab. In dieser Eigenerklärung wurde insbesondere ausgeführt "Der Bieter verfügt konkret über folgende Befugnisse/Gewerbeberechtigung:

Firma/Name - XXXX , Funktion (Bieter, Mitglied der Bietergemeinschaft, Subunternehmer) - Bieter, Befugnis/Gewerbeberechtigung - Gewerbeberechtigung."Firma/Name - römisches 40 , Funktion (Bieter, Mitglied der Bietergemeinschaft, Subunternehmer) - Bieter, Befugnis/Gewerbeberechtigung - Gewerbeberechtigung."

Auf Formblatt 3 wurde von der Antragstellerin auch durch Anhaken folgendes bestätigt: "Hiermit bestätige ich die oben angeführten Nachweise aufrecht inne zu haben."

Die Angebotsöffnung fand am 03.08.2017 um 15:15 Uhr statt. Bei der Angebotsöffnung war auch ein Vertreter der Antragstellerin anwesend.

Mit per E-Mail versandtem Schreiben vom 10.08.2017 wurde die Antragstellerin aufgefordert, Eignungsnachweise/Aufklärungen nachzureichen.

Die Aufforderung der Auftraggeberin zur Nachreichung vom 10.08.2017 lautet auszugsweise wie folgt (Hervorhebung durch das BVwG):

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir ersuchen Sie für Ihr Angebot beim Vergabeverfahren Projektnr:

2017/7 Pensionsversicherungsanstalt – Microsoft Lizenzen für die Server- und Clientlandschaften folgende fehlende Eignungsnachweise/Aufklärungen nachzureichen:

1. ein aktueller Auszug aus dem Gewerberegister gemäß Punkt 1.1.3.1 der Allgemeinen Vergabebedingungen.

[]

5. eine Bescheinigung einer Gerichts-oder Verwaltungsbehörde (gemäß Punkt 1.1.3.4 der Allgemeinen Vergabebedingungen), aus der hervorgeht, dass gegen Ihr Unternehmen weder der Konkurs eröffnet, noch dass die Eröffnung des Konkurses bloß mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, dass sich Ihr Unternehmen weder in Liquidation befindet, noch die gewerbliche Tätigkeit eingestellt hat.

[]

7. Angaben Ihres Unternehmens gemäß Punkt 1.1.4.1 der allgemeinen Vergabebedingungen über den Gesamtumsatz und den Umsatz mit jenen Lieferungen bzw. Leistungen, die den Gegenstand dieser Ausschreibung bilden, in den letzten drei Geschäftsjahren oder einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht zu lange besteht.

[]

10. im Zusammenhang mit der Prüfung Ihres Angebotes ist aufgefallen, dass die von Ihnen angebotene Position 02.03. E Option-Office 365 erheblich von unseren Schätzkosten und Erfahrungswerten abweichen. Wir fordern Sie daher gemäß § 125 Abs. 4 BVergG auf, die Preise der oben genannten Positionen betriebswirtschaftlich zu erklären und nachvollziehbar darzulegen, dass alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistung- und Kapitalkosten enthalten sind und dass die Personalkosten, im Hinblick auf die dem Angebot zu Grunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind. In diesem Zusammenhang fordern wir Sie auch auf, uns den Einkaufspreis der Lizenzen offen zu legen, da ein spekulativer Einheitspreis für diese Eventualposition derzeit nicht ausgeschlossen werden kann. 10. im Zusammenhang mit der Prüfung Ihres Angebotes ist aufgefallen, dass die von Ihnen angebotene Position 02.03. E Option-Office 365 erheblich von unseren Schätzkosten und Erfahrungswerten abweichen. Wir fordern Sie daher gemäß Paragraph 125, Absatz 4, BVergG auf, die Preise der oben genannten Positionen betriebswirtschaftlich zu erklären und nachvollziehbar darzulegen, dass alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistung- und Kapitalkosten enthalten sind und dass die Personalkosten, im Hinblick auf die dem Angebot zu Grunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind. In diesem Zusammenhang fordern wir Sie auch auf, uns den Einkaufspreis der Lizenzen offen zu legen, da ein spekulativer Einheitspreis für diese Eventualposition derzeit nicht ausgeschlossen werden kann.

11. im Zusammenhang mit der Prüfung Ihre Angebotes ist aufgefallen, dass die von Ihnen angebotenen Positionen

03.05 []

03.06 []

03.07 []

03.08 []

erheblich von unseren Schätzkosten und Erfahrungswerten abweichen. Wir fordern Sie daher gemäß § 125 Abs. 4

BVergG auf, die Preise der oben genannten Positionen betriebswirtschaftlich zu erklären und nachvollziehbar darzulegen, dass alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistung- und Kapitalkosten enthalten sind und dass die Personalkosten im Hinblick auf die dem Angebot zu Grunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind. erheblich von unseren Schätzkosten und Erfahrungswerten abweichen. Wir fordern Sie daher gemäß Paragraph 125, Absatz 4, BVergG auf, die Preise der oben genannten Positionen betriebswirtschaftlich zu erklären und nachvollziehbar darzulegen, dass alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistung- und Kapitalkosten enthalten sind und dass die Personalkosten im Hinblick auf die dem Angebot zu Grunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind.

Termin: bis spätestens 17.08.2017, 12 Uhr

[]"

Per 14.08.2017 wurden von der Antragstellerin insbesondere nachfolgende Unterlagen nachgereicht:

- -Strichaufzählung
Auszug mit aktuellen Daten des Gewerbeinformationssystems Austria mit Stichtag 14.08.2017. Diesem Auszug ist zu entnehmen, dass die Antragstellerin das freie Gewerbe "Dienstleistung in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik" angemeldet hat, wobei die Gewerbeberechtigung am 23.02.2009 entstanden ist.
- -Strichaufzählung
Ein Auszug aus dem Firmenbuch (FN XXXX) vom 14.08.2017 in welchem der Geschäftszweig der Antragstellerin "Dienstleistung in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik" ausgewiesen ist. Ein Auszug aus dem Firmenbuch (FN römisch 40) vom 14.08.2017 in welchem der Geschäftszweig der Antragstellerin "Dienstleistung in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik" ausgewiesen ist.
- -Strichaufzählung
Eine Amtsbestätigung des Bezirksgerichtes Mödling GZ: 10 Nc 191/17p vom 11.08.2017 in welcher bestätigt wird "Bei einer Abfrage in den elektronischen Registern der Justiz scheint am 11.08.2017, 12:00 Uhr kein Insolvenzverfahren und kein Exekutionsverfahren hinsichtlich XXXX auf. Etwaige Erfassungsfehler können nicht berücksichtigt werden" Eine Amtsbestätigung des Bezirksgerichtes Mödling GZ: 10 Nc 191/17p vom 11.08.2017 in welcher bestätigt wird "Bei einer Abfrage in den elektronischen Registern der Justiz scheint am 11.08.2017, 12:00 Uhr kein Insolvenzverfahren und kein Exekutionsverfahren hinsichtlich römisch 40 auf. Etwaige Erfassungsfehler können nicht berücksichtigt werden"
- -Strichaufzählung
Ein Schreiben der Antragstellerin vom 14.08.2017 nachfolgenden Inhaltes "Gesamtumsatz und den Umsatz in den letzten drei Geschäftsjahren

gemäß Punkt 7 der Nachforderung zur Ausschreibung der Pensionsversicherungsanstalt erlauben wir unten stehende Tabelle auszuführen.

7. Angaben Ihres Unternehmens gemäß Punkt 1.1.4.1 der allgemeinen Vergabebedingungen über den Gesamtumsatz und den Umsatz mit den Lieferungen bzw. Leistungen, die den Gegenstand dieser Ausschreibung bilden, in den letzten drei Geschäftsjahren oder einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht.

Anbei die Zahlen für die letzten drei Geschäftsjahre "

Diesem Schreiben ist eine Tabelle der Umsätze 2014, 2015 und 2016 zu entnehmen. Ausgewiesen ist für die drei Geschäftsjahre der "Umsatz in Euro" und "davon Lizenzgeschäfte in Euro". Rechnerisch ergibt sich aus dieser Aufstellung, dass die Antragstellerin im Geschäftsjahr 2014 einen Anteil von 58%, im Geschäftsjahr 2015 einen Anteil von 72% und im Geschäftsjahr 2016 einen Anteil von 69% im Lizenzgeschäft am Gesamtumsatz gemacht hat.

- -Strichaufzählung
Ein Schreiben der Antragstellerin vom 14.08.2017 "Pensionsversicherungsanstalt Vergabeverfahren

Projektnr: 2017/7 Pensionsversicherungsanstalt – Microsoft-Lizenzen für die Server- und Clientlandschaften

Aufklärung: Punkt 10 Offenlegung der Kalkulation basierend auf dem Einkaufspreis für Office 365 ProPlus"

[]

Der Einkaufspreis wurde von uns mit einem branchenüblichen Aufschlag von 1% kalkuliert über die von der PVA ausgeschriebene Abnahmemenge von 9000 Stück.

Die in unserer Kalkulation angewandten Aufschläge über die ausgeschriebene Microsoft-Lizenzen entsprechen der in der Branche üblich und realistischen Gewinnspannen bei größeren Abnahmemengen."

- -Strichaufzählung

Ein Schreiben der Antragstellerin vom 14.08.2017 "Pensionsversicherungsanstalt Vergabeverfahren

Projektnr:2017/7 Pensionsversicherungsanstalt – Microsoft-Lizenzen für die Server- und Clientlandschaften

Aufklärungen:

Punkt 11. Offenlegung der Kalkulation basierend auf dem Einkaufspreis für Poject Online Professional und Poject Online Premium

[]

Der Einkaufspreis wurde von uns mit einem branchenüblichen Aufschlag von 2% kalkuliert über die von der PVA ausgeschriebenen Abnahmemengen der angeführten Produkte.

Die in unserer Kalkulation angewandten Aufschläge über die ausgeschriebenen Microsoft-Lizenzen entsprechen der in der Branche üblichen und realistischen Gewinnspannen bei größeren Abnahmemengen."

Mit E-Mail der Auftraggeberin vom 18.08.2017 wurde die Antragstellerin zur Mängelbehebung aufgefordert.

Diese Schreiben lautet auszugsweise wie folgt (Hervorhebung durch das BVwG):

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Mit Schreiben vom 14.08.2017 haben Sie nachgereicht Eignungsnachweise/Aufklärungen an die Auftraggeberin übermittelt.

Mit Angebotslegung vom 03.08.2017 haben Sie bereits mittels Eigenerklärung bestätigt, die in der Ausschreibung geforderten Unterlagen nachreichen zu können. Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass die Dokumente die Eignung zum relevanten Zeitpunkt gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 nachweisen müssen. Die von Ihnen übermittelten Unterlagen datieren jedoch allesamt nach dem relevanten Zeitpunkt gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006. Wir fordern Sie daher nochmals bei sonstigem Ausschluss/Ausscheiden auf, die entsprechenden Unterlagen einzureichen und somit die Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachzuweisen. Mit Angebotslegung vom 03.08.2017 haben Sie bereits mittels Eigenerklärung bestätigt, die in der Ausschreibung geforderten Unterlagen nachreichen zu können. Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass die Dokumente die Eignung zum relevanten Zeitpunkt gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 nachweisen müssen. Die von Ihnen übermittelten Unterlagen datieren jedoch allesamt nach dem relevanten Zeitpunkt gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006. Wir fordern Sie daher nochmals bei sonstigem Ausschluss/Ausscheiden auf, die entsprechenden Unterlagen einzureichen und somit die Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachzuweisen.

Wir ersuchen Sie, für Ihr Angebot beim Vergabeverfahren Projektnr:

2017/7 Pensionsversicherungsanstalt – Microsoft Lizenzen für die Server- und Clientlandschaften Projektnr.: 2017/7 folgende fehlende Eignungsnachweise/Aufklärungen nachzureichen:

1. Für den relevanten Zeitpunkt gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 einen aktuellen Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis gemäß Punkt 1.1.3.1 der allgemeinen Vergabebedingungen. Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass Sie sämtliche Gewerbeberechtigungen, die für den Auftrag notwendig sind, nachzubringen haben oder anzugeben, auf welchen Nachweisen der Befugnisse Dritter gemäß 1.1.6 der allgemeinen Vergabebedingungen Sie sich dabei stützen. 1. Für den relevanten Zeitpunkt gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 einen aktuellen Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis gemäß Punkt 1.1.3.1 der allgemeinen Vergabebedingungen. Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass Sie sämtliche Gewerbeberechtigungen, die für den Auftrag notwendig sind, nachzubringen haben oder anzugeben, auf welchen Nachweisen der Befugnisse Dritter gemäß 1.1.6 der allgemeinen Vergabebedingungen Sie sich dabei stützen.

[]

4. Eine Bescheinigung einer Gerichts-oder Verwaltungsbehörde (gemäß Punkt 1.1.3.4 der allgemeinen Vergabebedingungen), aus der hervorgeht, dass gegen Ihr Unternehmen im relevanten Zeitpunkt gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 weder der Konkurs eröffnet, noch dass die Eröffnung des Konkurses bloß mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, dass sich Ihr Unternehmen weder in Liquidation befindet, noch die gewerbliche Tätigkeit eingestellt hat.

Termin: Bis spätestens 21.08.2017, 13 Uhr".

In Folge des Mängelbehebungsauftrages wurden von der Antragstellerin per 21.08.2017 insbesondere folgende Nachweise und Erklärungen eingereicht.

- -Strichaufzählung
Gewerbereport des Gewerbe-Compass vom 29.06.2017 bezüglich der XXXX , FN XXXX in welchem als Berufszweig/Fachgruppe angeführt ist: Gewerbereport des Gewerbe-Compass vom 29.06.2017 bezüglich der römisch 40 , FN römisch 40 in welchem als Berufszweig/Fachgruppe angeführt ist:
IT-Dienstleistung/Fachgruppe Unternehmensberatung, Buchhaltung und Informationstechnologie
Niederösterreich und unter OENACE 2008:
62.09-0 (Erbringung von sonstigen Dienstleistungen der Informationstechnologie).

- -Strichaufzählung
Die eidesstattliche Erklärung der Antragstellerin datiert mit 02.08.2017 "An die Pensionsversicherungsanstalt

Betreff: Eidesstattliche Erklärung, dass XXXX nicht in Insolvenz ist
Betreff: Eidesstattliche Erklärung, dass römisch 40 nicht in Insolvenz ist

Der Bewerber XXXX erklärt hiermit an Eides statt, dass gegen XXXX , im relevanten Zeitpunkt gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 weder der Konkurs eröffnet, noch die Eröffnung des Konkurses bloß mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde und dass sich XXXX weder in Liquidation befindet, noch die gewerbliche Tätigkeit eingestellt hat."Der Bewerber römisch 40 erklärt hiermit an Eides statt, dass gegen römisch 40 , im relevanten Zeitpunkt gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 weder der Konkurs eröffnet, noch die Eröffnung des Konkurses bloß mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde und dass sich römisch 40 weder in Liquidation befindet, noch die gewerbliche Tätigkeit eingestellt hat."

[]

Mit Schreiben vom 22.08.2017 wurde der Antragstellerin insbesondere mitgeteilt, dass das Angebot gemäß § 68 Abs. 1 Z 4 BVergG 2006 ausgeschlossen wird. Darüber hinaus wird das Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 1, 2, 3 und 7 sowie § 129 Abs. 2 BVergG 2006 ausgeschieden. Mit Schreiben vom 22.08.2017 wurde der Antragstellerin insbesondere mitgeteilt, dass das Angebot gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 ausgeschlossen wird. Darüber hinaus wird das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, 2, 3 und 7 sowie Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 ausgeschieden.

Fristgerecht wurde von der Antragstellerin der gegenständlichen Nachprüfungsantrag eingebracht und die Pauschalgebühren bezahlt.

Nach Auskunft der Auftraggeberin wurde das gegenständliche Vergabeverfahren nicht widerrufen und auch der Zuschlag noch nicht erteilt.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes GZ W138 2169587-1/2E vom 08.09.2017 wurde das Verfahren zur Erlassung der einstweiligen Verfügung nach Zurückziehung des Antrages eingestellt.

Die Antragstellerin verfügte zum Zeitpunkt 03.08.2017 nicht über das Handelsgewerbe.

Die erforderlichen Nachweise der Eignung wurden von der Antragstellerin nach dem 03.08.2017 erst beschafft und hatte die Antragstellerin daher mehr Zeit für die Ausarbeitung ihres Angebotes als Bieter, die dies vor dem 03.08.2017 taten.

Die Antragstellerin konnte die konkret nachgefragten Preispositionen nicht nachvollziehbar betriebswirtschaftlich erklären.

Auf Basis der Unterlagen des Vergabeaktes kann nicht nachgeprüft werden, ob die Antragstellerin zum 03.08.2017 befugt war, den Auftrag auszuführen bzw. ob kein Ausschlussgrund gem. § 68 Abs. 1 Z 2 und 3 BVergG verwirklicht war. Auf Basis der Unterlagen des Vergabeaktes kann nicht nachgeprüft werden, ob die Antragstellerin zum 03.08.2017 befugt war, den Auftrag auszuführen bzw. ob kein Ausschlussgrund gem. Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 2 und 3 BVergG verwirklicht war.

2. Beweiswürdigung:

Die oben getroffenen Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den vorgelegten Verfahrensunterlagen des bei der Auftraggeberin geführten Vergabeverfahrens. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Die Feststellungen finden Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen, den Vergabeunterlagen und den Angaben in der mündlichen Verhandlung.

3. Rechtliche Beurteilung:

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

Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291 BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs. 3 BVergG oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Dabei handelt es sich um Entscheidungen über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Der Senat besteht gemäß § 292 Abs. 2 BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Dabei handelt es sich um Entscheidungen über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Der Senat besteht gemäß Paragraph 292, Absatz 2, BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß § 1 VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß Paragraph eins, VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält.

Nach § 311 BVergG sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme seiner §§ 1 bis 5 und seines IV. Teils im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäß anzuwenden, soweit nicht das BVergG und das VwGVG anderes bestimmen. Nach Paragraph 311, BVergG sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme seiner Paragraphen eins bis

5 und seines römisch vier. Teils im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäß anzuwenden, soweit nicht das BVergG und das VwGVG anderes bestimmen.

Zu A) Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Pensionsversicherungsanstalt. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (ständige Rechtsprechung z.B. BVA 08.03.2013, N/0124-BVA/02/2012-32; BVwG vom 22.09.2014, W187 2010665-2). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 5 BVergG um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs. 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Pensionsversicherungsanstalt. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (ständige Rechtsprechung z.B. BVA 08.03.2013, N/0124-BVA/02/2012-32; BVwG vom 22.09.2014, W187 2010665-2). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 5, BVergG um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG iVm Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Da der Rechtsvertreter der Antragstellerin mit der Eingabe vom 01.09.2017 bescheinigen konnte, dass auf Grund eines technischen Problems eine elektronische Einbringung gemäß § 1 Abs. 2 BVwG-elektronischer-Verkehr-Verordnung (BVwG-EVV) nicht möglich gewesen ist, war die postalische Einbringung des Nachprüfungsantrages am 01.09.2017 um 17:59 Uhr bei der Post fristwährend und konnte sich die Antragstellerin auf das Postlaufprivileg des § 33 Abs. 3 AVG berufen, sodass es für die Einhaltung der Frist genügte, dass das Anbringen am letzten Tag bei der Post abgegeben wurde. Da der Rechtsvertreter der Antragstellerin mit der Eingabe vom 01.09.2017 bescheinigen konnte, dass auf Grund eines technischen Problems eine elektronische Einbringung gemäß Paragraph eins, Absatz 2, BVwG-elektronischer-Verkehr-Verordnung (BVwG-EVV) nicht möglich gewesen ist, war die postalische Einbringung des Nachprüfungsantrages am 01.09.2017 um 17:59 Uhr bei der Post fristwährend und konnte sich die Antragstellerin auf das Postlaufprivileg des Paragraph 33, Absatz 3, AVG berufen, sodass es für die Einhaltung der Frist genügte, dass das Anbringen am letzten Tag bei der Post abgegeben wurde.

Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG zukommen. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG vorliegen. Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG zukommen. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG vorliegen.

Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühren. Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages gemäß § 322 Abs. 2 BVergG ist nicht hervorgekommen. Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühren. Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG ist nicht hervorgekommen.

Inhaltliche Beurteilung:

Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurde und daher bestandfest ist (VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Die Nachprüfungsbehörde kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandfesten Ausschreibung nicht mehr aufgreifen (VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029).

Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024). Ihre Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zum Beispiel EuGH 22.06.1993, C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, RN 39; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (VwGH 20.05.2010, 2007/04/0072, W187 2003334-1/25E), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde.

Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß § 123 BVergG in erster Linie anhand der bestandfesten Ausschreibung (BVwG vom 22.09.2014, W187 2010665-2). Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß Paragraph 123, BVergG in erster Linie anhand der bestandfesten Ausschreibung (BVwG vom 22.09.2014, W187 2010665-2).

Das Verfahren zur Prüfung der Angebote entsprechend der Ausgestaltung durch die Auftraggeberin stellt ein im Wesentlichen schriftliches Verfahren dar, das die Prüfung der Angebote ausschließlich auf Grundlage der vorgelegten Angebote und sonstigen Unterlagen vorsieht. Maßgeblich ist dabei der objektive Erklärungswert des Angebotes als Interpretationsmaßstab heranziehen. Dabei ist das Angebot in seiner Gesamtheit zu beurteilen (VwGH vom 16.02.2005, 2004/04/0030). Damit kommt dem, was ein Bewerber hätte sagen wollen, keine Bedeutung zu, wenn es sich nicht aus dem Angebot erkennen lässt.

Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 BVergG (nicht gegebene Befugnis) Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 2, BVergG (nicht gegebene Befugnis):

Beim gegenständlich ausgeschriebenen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG, welcher in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Im gegenständlichen Formblatt 3 der Ausschreibungsunterlagen hat die Antragstellerin eine Eigenerklärung abgegeben. Entgegen der Forderung des § 70 Abs. 2 BVergG, wonach in solch einer Erklärung die Befugnisse anzugeben sind, über die der Unternehmer konkret verfügt, hat die Antragstellerin bezüglich der Befugnis, über welche sie konkret verfügen würde, lapidar ausgeführt, "Gewerbeberechtigung". Beim gegenständlich ausgeschriebenen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG, welcher in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Im gegenständlichen Formblatt 3 der Ausschreibungsunterlagen hat die Antragstellerin eine Eigenerklärung abgegeben. Entgegen der Forderung des Paragraph 70, Absatz 2, BVergG, wonach in solch einer Erklärung die Befugnisse anzugeben sind, über die der Unternehmer konkret verfügt, hat die Antragstellerin bezüglich der Befugnis, über welche sie konkret verfügen würde, lapidar ausgeführt, "Gewerbeberechtigung".

Die Eigenerklärung ist aus diesem Grunde mangelhaft. Da die Auftraggeberin jedoch kein Recht auf die Vorlage einer Eigenerklärung hat, scheidet in diesem Fall der Auftrag zur Vorlage einer richtigen Eigenerklärung aus. Vielmehr muss die Auftraggeberin, wie gegenständlich geschehen, um Aufklärung, bzw. Vorlage der Nachweise bezüglich jener Kriterien ersuchen, die durch die mangelhafte Eigenerklärung nur unzureichend abgedeckt sind.

Die Auftraggeberin hat die Antragstellerin am 10.08.2017 diesbezüglich ersucht, einen aktuellen Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis gemäß Punkt 1.1.3.1. der allgemeinen Vergabebedingungen vorzulegen. Auf Grund dessen wurde von der Antragstellerin ein Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem Austria per Stichtag 14.08.2017 vorgelegt, woraus sich der Gewerbetätigkeit laut des freien Gewerbes wie folgt ergibt "Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik".

Diese Unklarheit, es handelt sich um einen Lieferauftrag und nicht um einen Dienstleistungsauftrag, veranlasste die Auftraggeberin per 18.08.2017 die Antragstellerin diesbezüglich um schriftliche Auskunft gemäß § 126 Abs. 1 BVergG zu ersuchen. § 126 Abs. 1 BVergG sieht die verpflichtende Durchführung eines Aufklärungsverfahrens in zwei Fällen vor: 1.) Bei Unklarheiten über das Angebot und 2) bei Angebotsmängeln. Diese Unklarheit, es handelt sich um einen Lieferauftrag und nicht um einen Dienstleistungsauftrag, veranlasste die Auftraggeberin per 18.08.2017 die

Antragstellerin diesbezüglich um schriftliche Auskunft gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVerG zu ersuchen. Paragraph 126, Absatz eins, BVerG sieht die verpflichtende Durchführung eines Aufklärungsverfahrens in zwei Fällen vor: 1.) Bei Unklarheiten über das Angebot und 2) bei Angebotsmängeln.

Dem Zweck der Norm entsprechend, alle erforderlichen Sachverhaltsinformationen zu gewinnen, um eine Entscheidung über das Ausscheiden treffen zu können, ist der Begriff der Unklarheiten weit zu verstehen und jede Art von Fragen erfasst, die für eine Entscheidung des Auftraggebers über das Ausscheiden gemäß § 129 BVerG relevant sein können. Darunter sind auch Unklarheiten über den Bieter selbst (zum Beispiel über dessen Eignung) zu verstehen. Dem Zweck der Norm entsprechend, alle erforderlichen Sachverhaltsinformationen zu gewinnen, um eine Entscheidung über das Ausscheiden treffen zu können, ist der Begriff der Unklarheiten weit zu verstehen und jede Art von Fragen erfasst, die für eine Entscheidung des Auftraggebers über das Ausscheiden gemäß Paragraph 129, BVerG relevant sein können. Darunter sind auch Unklarheiten über den Bieter selbst (zum Beispiel über dessen Eignung) zu verstehen.

Der Antragstellerin wurde von der Auftraggeberin daher Gelegenheit gegeben, zu den Unklarheiten Stellung zu nehmen. Dieses Mängelbehebungsverfahren wird in der Rechtsprechung auch als kontradiktorisches Verfahren zwischen Auftraggeber und Bieter bezeichnet. Aus der Verpflichtung zur Durchführung eines kontradiktorischen Aufklärungsverfahrens folgt, dass der Auftraggeber in seiner Forderung zur Aufklärung klar und präzise anzugeben hat, konkret welche Unklarheiten bestehen und was konkret der Bieter aufzuklären und zu tun hat bzw. konkret welche Mängel zu beheben sind.

Dieser Verpflichtung ist die Auftraggeberin mit ihrem Schreiben vom 18.08.2017 nachgekommen. Vice versa muss die Auskunft des Bieters so vollständig und detailliert sein, dass mit ihr die Unklarheiten bzw. Mangelhaftigkeit des Angebotes beseitigt werden können. Die Antragstellerin hat auf den Mängelbehebungsauftrag in diesem Punkt per 21.08.2017 durch die Übermittlung eines Gewerberesortes vom 29.06.2017 reagiert. Aus diesem ist der Berufszweig (IT-Dienstleistung) und die Fachgruppe (Fachgruppe:

Unternehmensberatung, Buchhaltung und Informationstechnologie Niederösterreich) zu ersehen. Als Aktivitätsklassifikation (OENACE 2008) ist die Erbringung von sonstigen Dienstleistungen der Informationstechnologie ausgewiesen.

Gemäß § 69 Z 1 BVerG muss die Befugnis beim offenen Verfahren, wie gegenständlich, zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegen. Bei der gegenständlich ausgeschriebenen Leistung handelt es sich um eine Lieferleistung. Die für die Durchführung des gegenständlichen Auftrages erforderliche Befugnis wäre somit grundsätzlich das freie Handelsgewerbe gewesen. Die Antragstellerin selbst verfügte jedoch zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung lediglich über das freie Gewerbe der "Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik". Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVerG muss die Befugnis beim offenen Verfahren, wie gegenständlich, zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegen. Bei der gegenständlich ausgeschriebenen Leistung handelt es sich um eine Lieferleistung. Die für die Durchführung des gegenständlichen Auftrages erforderliche Befugnis wäre somit grundsätzlich das freie Handelsgewerbe gewesen. Die Antragstellerin selbst verfügte jedoch zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung lediglich über das freie Gewerbe der "Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik".

Von der Antragstellerin wurde erstmals im Nachprüfungsantrag behauptet, dass diese den Auftrag auf Basis der sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden gemäß § 32 GewO ausführen dürfe. Von der Antragstellerin wurde erstmals im Nachprüfungsantrag behauptet, dass diese den Auftrag auf Basis der sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden gemäß Paragraph 32, GewO ausführen dürfe.

Grundlage für die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Auftraggeberin durch das Bundesverwaltungsgericht sind jedoch lediglich jene Unterlagen, die der Auftraggeberin bei der Angebotsprüfung zur Verfügung gestanden sind (BVwG vom 25.11.2016, W187 2008224-2/5E). Nach den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechtes darf die Vergabe nur an befugte Bieter erfolgen. Die zur Durchführung des Auftrages erforderliche Befugnis ist anhand des Auftragsgegenstandes zu prüfen. Das Fehlen der Befugnis zum relevanten Zeitpunkt stellt einen unbehebaren Mangel dar, der zum Ausscheiden des Angebots führt (zum Beispiel VwGH vom 12.05.2011, 2008/04/0087).

Daher ist das Vorliegen der Befugnis zum einschlägigen Zeitpunkt zu prüfen, der gemäß § 68 Z 1 BVerG im offenen Verfahren die Angebotsöffnung, hier der 03.08.2017, ist. Gegenstand des Auftrages ist die Lieferung von

Softwareprodukten. Daher ist das Vorliegen der Befugnis zum einschlägigen Zeitpunkt zu prüfen, der gemäß Paragraph 68, Ziffer eins, BVergG im offenen Verfahren die Angebotsöffnung, hier der 03.08.2017, ist. Gegenstand des Auftrages ist die Lieferung von Softwareprodukten.

Von der Antragstellerin wurden die geforderten Aufklärungen zum Nachweis des Vorliegens der erforderlichen Befugnis nicht nachvollziehbar gegeben.

Das Angebot der Antragstellerin wurde daher zu Recht von der Auftraggeberin gemäß § 129 Abs. 2 BVergG ausgeschieden. Das Angebot der Antragstellerin wurde daher zu Recht von der Auftraggeberin gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG ausgeschieden.

Diesbezüglich ist auch auf die von der Antragstellerin per 14.08.2017 nachgereichte Beilage "Gesamtumsatz und den Umsatz in den letzten drei Geschäftsjahren" vom 14.08.2017 zu verweisen. Für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin ist generell der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH vom 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH vom 25.01.2011, 2006/04/0200).

In Punkt 7. des Schreibens der Auftraggeberin vom 10.08.2017 wurde die Antragstellerin aufgefordert [] "den Gesamtumsatz und dem Umsatz mit jenen Lieferungen bzw. Leistungen, die den Gegenstand dieser Ausschreibung bilden, in den letzten drei Geschäftsjahren" [] anzugeben. Der objektive Erklärungswert des Schreibens der Antragstellerin vom 14.08.2017 ist jener, dass mehr als 50% des Gesamtumsatzes des Unternehmens mit der Lieferung von Lizenzen erwirtschaftet wird. Auch auf Basis dieser Unterlage hätte die Auftraggeberin nicht zum Schluss kommen können, dass die Antragstellerin berechtigt wäre, den Auftrag im Rahmen der sonstigen Rechte von Gewerbetreibenden gemäß § 32 GewO zu erbringen. In Punkt 7. des Schreibens der Auftraggeberin vom 10.08.2017 wurde die Antragstellerin aufgefordert [] "den Gesamtumsatz und dem Umsatz mit jenen Lieferungen bzw. Leistungen, die den Gegenstand dieser Ausschreibung bilden, in den letzten drei Geschäftsjahren" [] anzugeben. Der objektive Erklärungswert des Schreibens der Antragstellerin vom 14.08.2017 ist jener, dass mehr als 50% des Gesamtumsatzes des Unternehmens mit der Lieferung von Lizenzen erwirtschaftet wird. Auch auf Basis dieser Unterlage hätte die Auftraggeberin nicht zum Schluss kommen können, dass die Antragstellerin berechtigt wäre, den Auftrag im Rahmen der sonstigen Rechte von Gewerbetreibenden gemäß Paragraph 32, GewO zu erbringen.

Absatz 2 der vorgenannten Bestimmung fordert nämlich, dass bei der Ausübung der Rechte gemäß Absatz 1 der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben müssen. Diese allgemeine Ausübungsschranke des § 32 Abs. 2 GewO soll die missbräuchliche Inanspruchnahme der Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 GewO verhindern. Absatz 2 der vorgenannten Bestimmung fordert nämlich, dass bei der Ausübung der Rechte gemäß Absatz 1 der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben müssen. Diese allgemeine Ausübungsschranke des Paragraph 32, Absatz 2, GewO soll die missbräuchliche Inanspruchnahme der Nebenrechte gemäß Paragraph 32, Absatz eins, GewO verhindern.

Auf Basis des objektiven Erklärungswertes des vorgenannten Schreibens der Antragstellerin vom 14.08.2017 kann nicht davon ausgegangen werden, dass der wirtschaftliche Schwerpunkt des Unternehmens in der Dienstleistung liegt. Der objektive Erklärungswert deutet vielmehr darauf hin, dass in den letzten drei Geschäftsjahren der wirtschaftliche Schwerpunkt des Unternehmens der Antragstellerin im Handel mit Lizenzen lag. Die diesbezüglich abweichenden Äußerungen des Geschäftsführers der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2017 können an der objektiven Interpretation des Schreibens vom 14.08.2017 auch nichts ändern. Darüber hinaus wurde von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zugestanden, dass zwischenzeitig auch das freie Handelsgewerbe angemeldet wurde.

Dieser Umstand ändert nichts daran, dass die Antragstellerin jedenfalls im Rahmen des Mängelbehebungsauftrages gemäß § 126 Abs. 1 BVergG die verlangte Aufklärung bezüglich deren Befugnis einer nachvollziehbaren Begründung entbehrte, weshalb diese zu Recht gemäß § 129 Abs. 2 BVergG ausgeschieden wurde. Es erübrigt sich daher in weiterer Folge darauf einzugehen, ob die Antragstellerin auch gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG mangels Vorliegens der erforderlichen Befugnis auszuschneiden gewesen wäre, zumal objektiv nachprüfbar Unterlagen im Rahmen der Angebotsprüfung von Seiten der Antragstellerin der Auftraggeberin nicht zur Verfügung gestellt wurden. Dieser Umstand ändert nichts daran, dass die Antragstellerin jedenfalls im Rahmen des Mängelbehebungsauftrages gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG die verlangte Aufklärung bezüglich deren Befugnis einer nachvollziehbaren Begründung entbehrte, weshalb diese zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG ausgeschieden wurde. Es

erübrigt sich daher in weiterer Folge darauf einzugehen, ob die Antragstellerin auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG mangels Vorliegens der erforderlichen Befugnis auszuschneiden gewesen wäre, zumal objektiv nachprüfbar Unterlagen im Rahmen der Angebotsprüfung von Seiten der Antragstellerin der Auftraggeberin nicht zur Verfügung gestellt wurden.

Ausscheidensgrund (unzulängliche Aufklärung im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung)

Die Prüfung auf Preisangemessenheit stellt einen zentralen Punkt der Angebotsprüfung dar. Es handelt sich dabei um eine Prüfung, die jedenfalls vorzunehmen ist. Die vertiefte Angebotsprüfung folgt der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung des § 125 Abs. 2 und Abs. 3 BVergG. Im Rahmen der privatwirtschaftlichen Durchführung des Vergabeverfahrens ist es der Auftraggeberin nicht verboten, in anderen, als den genannten Fällen, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen (VwGH vom 29.03.2006, 2003/04/0181). Die Prüfung auf Preisangemessenheit stellt einen zentralen Punkt der Angebotsprüfung dar. Es handelt sich dabei um eine Prüfung, die jedenfalls vorzunehmen ist. Die vertiefte Angebotsprüfung folgt der allgemeinen Preisangemessenheitsprüfung des Paragraph 125, Absatz 2 und Absatz 3, BVergG. Im Rahmen der privatwirtschaftlichen Durchführung des Vergabeverfahrens ist es der Auftraggeberin nicht verboten, in anderen, als den genannten Fällen, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen (VwGH vom 29.03.2006, 2003/04/0181).

Im gegenständlichen Fall wurden von der Auftraggeberin in einzelnen Positionen zu hohe Preise festgestellt werden. Dies konnte dahingehend aufgeklärt werden, dass die Antragstellerin irrtümlich statt Monatspreisen Jahrespreise ausgewiesen hat.

Dennoch durfte die Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen. Sinn der vertieften Angebotsprüfung ist es, die Preise aus betriebswirtschaftlicher Sicht zu durchleuchten. Es kommt auf eine nachvollziehbare und betriebswirtschaftlich erklärbar Preisgestaltung an. Sowohl Einzelpreise, als auch der Gesamtpreis müssen betriebswirtschaftlich erklärbar- und nachvollziehbar sein.

Es kann für einen Bieter, insbesondere den Billigstbieter, nicht überraschend sein, dass sein Angebot vertieft geprüft wird und die Preise erklärbar sein müssen. Auch kann die Erklärung, zu den Preisen zu stehen, eine inhaltliche Prüfung nicht ersetzen (BVwG vom 16.04.2014, W187 2003334-1/25E).

Nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG soll die Vergabe von Aufträgen zu angemessenen Preisen erfolgen. § 125 Abs. 4 BVergG legt exemplarisch Kriterien für die Prüfung aller Preise fest. Da die Aufzählung in § 125 Abs. 4 BVergG nur exemplarisch ist, kann der Auftraggeber jene Prüfung vornehmen, die geeignet erscheint, Angebote zu erkennen, deren Preisgestaltung den Grundsätzen des Vergabeverfahrens widerspricht. Inhalt der Prüfung ist die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise (VwGH vom 22.11.2011, 200/04/0201). Maßstab der Prüfung ist die Plausibilität der Preise (VwGH vom 05.11.2010, 2006/04/0245). Die Prüfung der Preise muss gemäß § 125 Abs. 5 BVergG in einem kontradiktorischen Verfahren stattfinden. Darin muss der Auftraggeber eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangen (VwGH vom 28.02.2012, 2007/04/0218). Nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG soll die Vergabe von Aufträgen zu angemessenen Preisen erfolgen. Paragraph 125, Absatz 4, BVergG legt exemplarisch Kriterien für die Prüfung aller Preise fest. Da die Aufzählung in Paragraph 125, Absatz 4, BVergG nur exemplarisch ist, kann der Auftraggeber jene Prüfung vornehmen, die geeignet erscheint, Angebote zu erkennen, deren Preisgestaltung den Grundsätzen des Vergabeverfahrens widerspricht. Inhalt der Prüfung ist die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise (VwGH vom 22.11.2011, 200/04/0201). Maßstab der Prüfung ist die Plausibilität der Preise (VwGH vom 05.11.2010, 2006/04/0245). Die Prüfung der Preise muss gemäß Paragraph 125, Absatz 5, BVergG in einem kontradiktorischen Verfahren stattfinden. Darin muss der Auftraggeber eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangen (VwGH vom 28.02.2012, 2007/04/0218).

Dieses kontradiktorische Verfahren fand durch den Vorhalt der genannten Positionen am 10.08.2017 durch die Auftraggeberin und die Antwort der Antragstellerin vom 14.08.2017 statt. Das Bundesverwaltungsgericht muss die Erklärbarkeit der Preise anhand der der Auftraggeberin zur Verfügung gestandenen Unterlagen prüfen (VwGH vom 22.06.2011, 2007/04/0076).

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.08.2017 wurde die Antragstellerin konkret und präzise zur Stellungnahme im Zusammenhang mit der vertieften Angebotsprüfung aufgefordert. Die Auskunft eines Bieters auf eine solche Aufforderung zur Stellungnahme muss so vollständig und detailliert sein, dass mit ihr die Unklarheiten der

Mangelhaftigkeiten des Angebotes beseitigt werden (BVA 21.04.2008, N/0030-BVA/10/2006-36). Es mangelt einer Aufklärung an einer nachvollziehbaren Begründung, wenn der Auftraggeber die erteilten Auskünfte nicht einer inhaltlichen Überprüfung unterziehen kann und somit die Angebotsprüfung nicht fortführen kann. Die Nachvollziehbarkeit ist daher nicht als bloß abstrakte, sondern als konkrete Nachvollziehbarkeit zu verstehen (BVA 02.12.2008, N/0146-BVA/06/2008-17). Die Aufklärung, die die Antragstellerin per 14.08.2017 diesbezüglich erstattete, ist betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar oder prüfbar. Die reine Erklärung, wonach der bekanntgegebene Einkaufswert mit einem branchenüblichen Aufschlag von 1% bzw. 2% über die jeweils ausgeschriebene Abnahmemenge kalkuliert wäre, ist nicht plausibel und nachvollziehbar. Die von der Antragstellerin vorgenommene Aufklärung entspricht keiner kaufmännischen Kalkulation. Der Geschäftsführer der Antragstellerin selbst gestand in der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2017 zu, dass es direkte bzw. indirekt zuordenbare Kosten gebe und auch anfallende Dienstleistungen, welche jedoch vernachlässigbar wären und nicht aufgeschlüsselt wurden.

Eine nachvollziehbare Aufklärung diesbezüglich wurde weder während der Angebotsprüfung, noch in der mündlichen Verhandlung von der Antragstellerin erstattet. Es ist als bekannt vorauszusetzen, dass auch bei Lieferleistungen Regien, wie Miete, Beleuchtung, Werbung, Steuern, Löhne etc. anfallen. Die Antragstellerin hat auch in diesem Punkt die verlangten Aufklärungen nicht gegeben bzw. entbehrt die Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung, sodass das Ausscheiden auch in diesem Punkt gemäß § 129 Abs. 2 BVergG zu Recht erfolgte. Es wurde aber auch der Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 3 und Z 7 BVergG verwirklicht. Eine nachvollziehbare Aufklärung diesbezüglich wurde weder während der Angebotsprüfung, noch in der mündlichen Verhandlung von der Antragstellerin erstattet. Es ist als bekannt vorauszusetzen, dass auch bei Lieferleistungen Regien, wie Miete, Beleuchtung, Werbung, Steuern, Löhne etc. anfallen. Die Antragstellerin hat auch in diesem Punkt die verlangten Aufklärungen nicht gegeben bzw. entbehrt die Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung, sodass das Ausscheiden auch in diesem Punkt gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG zu Recht erfolgte. Es wurde aber auch der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG verwirklicht.

Ausscheidungsgrund (mangelhafter Eignungsnachweis):

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.08.2017 wurde die Antragstellerin insbesondere aufgefordert, eine Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde nachzureichen, aus der hervorgeht, dass gegen das Unternehmen weder der Konkurs eröffnet, noch dass die Eröffnung des Konkurses bloß mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, dass sich das Unternehmen weder in Liquidation befindet, noch die gewerbliche Tätigkeit eingestellt hat.

Mit Nachreichung vom 14.08.2017 übermittelte die Antragstellerin diesbezüglich eine Amtsbestätigung des Bezirksgerichtes Mödling vom 11. August 2017, in welcher bestätigt wurde, dass bei einer Abfrage in dem elektronischen Register der Justiz am 11.08.2017, 12:00 Uhr, kein Insolvenzverfahren und kein Exekutionsverfahren hinsichtlich der Antragstellerin aufschien.

Mit Mängelbehebungsauftrag der Auftraggeberin vom 18.08.2017 wurde die Antragstellerin zur Vorlage einer Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde aufgefordert, aus der hervorgeht, dass gegen das Unternehmen im relevanten Zeitpunkt gemäß § 69 Z 1 BVergG weder der Konkurs eröffnet, noch dass die Eröffnung des Konkurses bloß mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, dass sich das Unternehmen weder in Liquidation befindet, noch die gewerbliche Tätigkeit eingestellt wurde. Mit Mängelbehebungsauftrag der Auftraggeberin vom 18.08.2017 wurde die Antragstellerin zur Vorlage einer Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde aufgefordert, aus der hervorgeht, dass gegen das Unternehmen im relevanten Zeitpunkt gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG weder der Konkurs eröffnet, noch dass die Eröffnung des Konkurses bloß mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, dass sich das Unternehmen weder in Liquidation befindet, noch die gewerbliche Tätigkeit eingestellt wurde.

Per 21.08.2017 wurde diesbezüglich von der Antragstellerin eine eidesstattliche Erklärung vom 02.08.2017 übermittelt, wie in den Feststellungen wiedergegeben.

Die Antragstellerin machte von der Möglichkeit Gebrauch, eine Eigenerklärung abzugeben. Bei der gegenständlichen Eigenerklärung auf Formblatt 3 bestätigte die Antragstellerin auch: "Hiermit bestätige ich die oben angeführten Nachweise aufrecht inne zu haben".

Im Fall der Abgabe einer Eigenerklärung stellt die Aufforderung gemäß § 70 Abs 3 und 4 BVergG, Eignungsnachweise

nachzureichen, grundsätzlich keine Aufforderung zur Mängelbehebung dar, sondern ist dies das erstmalige Ersuchen um Vervollständigung von Eignungsnachweisen. Dabei handelt es sich um einen regulären Schritt im Zuge der Angebotsprüfung. Kommt ein Bieter in der Folge diesem Vorlageersuchen nicht entsprechend nach, so ist der Auftraggeber gegebenenfalls verpflichtet, Gelegenheit zur Mängelbehebung zu geben. Gemäß § 69 Z 1 BVergG muss beim offenen Verfahren die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Auftraggeber sind hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt das Nachreichen von Nachweisen zulässig ist, allerdings keinesfalls frei (VwGH vom 12.05.2011, 2008/04/0087). Im Fall der Abgabe einer Eigenerklärung stellt die Aufforderung gemäß Paragraph 70, Absatz 3 und 4 BVergG, Eignungsnachweise nachzureichen, grundsätzlich keine Aufforderung zur Mängelbehebung dar, sondern ist dies das erstmalige Ersuchen um Vervollständigung von Eignungsnachweisen. Dabei handelt es sich um einen regulären Schritt im Zuge der Angebotsprüfung. Kommt ein Bieter in der Folge diesem Vorlageersuchen nicht entsprechend nach, so ist der Auftraggeber gegebenenfalls verpflichtet, Gelegenheit zur Mängelbehebung zu geben. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG muss beim offenen Verfahren die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Auftraggeber sind hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt das Nachreichen von Nachweisen zulässig ist, allerdings keinesfalls frei (VwGH vom 12.05.2011, 2008/04/0087).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebaren und unbehebaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mietbieter materiell verbessert würde (unter anderem VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186; 25.03.2010, 2005/04/0144).

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 2 und 3 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 2 und 3 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 bereits vorhanden waren. Einer differenzierten Betrachtung bedarf hingegen das Nachreichen von erst im Nachhinein erstellten und beige-schafften 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 ihrer Eigenerklärung angab, dass sie die Nachweise aufrecht innehatte, ist aus der vorgelegten Amtsbestätigung des Bezirksgerichtes Mödling vom 11.08.2017 ersichtlich, dass dieser Nachweis nach dem relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung erstellt wurde. Überdies ist der Amtsbestätigung nicht zu entnehmen, dass zum relevanten Zeitpunkt 03.08.2017 gegen die Antragstellerin weder der Konkurs eröffnet, noch dass die Eröffnung des Konkurses bloß mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, dass sich das Unternehmen weder in Liquidation befindet, noch die gewerbliche Tätigkeit eingestellt hat (gemäß Punkt 1.1.3.4. der allgemeinen Vergabebedingungen).

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 der ausschreibungsgegenständlich geforderten Bestätigung handelt es sich um eine amtliche Bestätigung, die es dem Auftraggeber ermöglichen soll, das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes nach § 68 Abs. 1 Z 2 und 3 BVergG ohne weiteren Ermittlungsaufwand zu prüfen und so das Vergabeverfahren rasch abzuführen. Aus der von der Antragstellerin vorgelegten Amtsbestätigung vom 11.08.2017 ergibt sich gerade nicht, dass zum relevanten Zeitpunkt 03.08.2017 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. Die Überlegungen der Antragstellerin hinsichtlich des dafür nötigen Zeitaufwandes können an der rechtlichen Beurteilung nichts ändern. Auch aus der von der Antragstellerin am 21.08.2017 vorgelegten eidesstattlichen Erklärung vom 02.08.2017, ist für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Bei der eidesstattlichen Erklärung handelt es sich um ein unzulässiges Nachweismittel, weil die ausschreibungsgegenständlich verlangte Bescheinigung in Österreich in Form einer Amtsbestätigung erhältlich ist. Auf Basis der von der Antragstellerin vorgelegten Amtsbestätigung konnte somit von der Auftraggeberin im Rahmen der Angebotsprüfung das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zum relevanten Zeitpunkt 03.08.2017 nicht überprüft werden. 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 der ausschreibungsgegenständlich geforderten Bestätigung handelt es sich um eine amtliche Bestätigung, die es dem Auftraggeber ermöglichen soll, das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes nach Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 2 und 3 BVergG ohne weiteren Ermittlungsaufwand zu prüfen und so das Vergabeverfahren rasch abzuführen. Aus der von der Antragstellerin vorgelegten Amtsbestätigung vom 11.08.2017 ergibt sich gerade nicht, dass zum relevanten Zeitpunkt 03.08.2017 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. Die Überlegungen der Antragstellerin hinsichtlich des dafür nötigen Zeitaufwandes können an der rechtlichen Beurteilung nichts ändern. Auch aus der von der Antragstellerin am 21.08.2017 vorgelegten eidesstattlichen Erklärung vom 02.08.2017, ist für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Bei der eidesstattlichen Erklärung handelt es sich um ein unzulässiges Nachweismittel, weil die ausschreibungsgegenständlich verlangte Bescheinigung in Österreich in Form einer Amtsbestätigung erhältlich ist. Auf Basis der von der Antragstellerin vorgelegten Amtsbestätigung konnte somit von der Auftraggeberin im Rahmen der Angebotsprüfung das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zum relevanten Zeitpunkt 03.08.2017 nicht überprüft werden.

Da sich die Antragstellerin somit nicht berechtigt auf die Vorlage alternativer Nachweise in Form der vorgelegten eidesstattlichen Erklärung berufen kann, ist sie dem Mängelbehebungsersuchen unzureichend nachgekommen und vermag sie sohin ihre berufliche Zuverlässigkeit im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht mit den von der Auftraggeberin festgelegten Nachweisen zu belegen.

Überdies liegt in der gegenständlichen Konstellation auch ein unbehebbarer Mangel vor, da die Antragstellerin jedenfalls über einen längeren Zeitraum verfügte, um ihre Angebote auszuarbeiten, zumal sie die erforderlichen Unterlagen erst nach dem 03.08.2017 beschaffte. Dies würde eine materielle Verbesserung gegenüber ihren Mitbieterinnen bedeuten. Dieser Umstand wurde vom Geschäftsführer der Antragstellerin auch in der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2017 bestätigt. Er führte aus, dass er bis 03.08.2017 im Ausland gewesen sei. Er habe den Aufenthalt abbrechen müssen, damit er innerhalb der Frist das Angebot überhaupt abgeben könne. Innerhalb dieser Zeit sei auch die Bevollmächtigung eines Mitarbeiters der Antragstellerin gescheitert, der im Namen der Gesellschaft die Nachweise hätte besorgen können.

Damit wird von Seiten der Antragstellerin offen gelegt, dass sie eben mehr Zeit für die Ausarbeitung der Angebote hatte, als andere Bieter, welche die erforderlichen Nachweise vor dem relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung bereits innehatten.

Das Angebot der Antragstellerin wurde aus diesem Grunde auch zu Recht gemäß § 129 Abs. 1 Z 2, 7 und Abs. 2 BVergG ausgeschieden. Das Angebot der Antragstellerin wurde aus diesem Grunde auch zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, 7 und Absatz 2, BVergG ausgeschieden.

Auf Grund des bisher ausgeführten, erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren Ausscheidungsgründe, zumal das Vorliegen eines Ausscheidens- bzw. Ausschlussgrundes ausreicht.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision

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 (siehe die Judikate unter Zu A) des Erkenntnisses), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. 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 (siehe die Judikate unter Zu A) des Erkenntnisses), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebotsmangel, Angebotsöffnung, Angemessenheit, Aufklärung
mangelhaft, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung,
Ausscheidensgründe, Befugnis beurteilt am Auftragsgegenstand,
Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung,
Dienstleistungsauftrag, Eigenerklärung, Eignung, Eignungskriterien,
Eignungsnachweis, Eignungstest, fairer Wettbewerb,
Gewerbeberechtigung, Insolvenzverfahren, Kalkulation, Lieferauftrag,
Mängelbehebung, Mangelhaftigkeit, mündliche Verhandlung,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachreichung von
Unterlagen, Nachvollziehbarkeit, Nachweismangel, Nichtigerklärung,
objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Plausibilität,
Preisvergleich, Strafregisterauszug, Unbehebbarkeit, Verbesserung
der Wettbewerbsstellung, Vergabeverfahren, vertiefte
Angebotsprüfung, Zeitpunkt, Zuverlässigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W138.2169587.2.00

Zuletzt aktualisiert am

20.11.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at