jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2020/7/10 W139 2228671-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 10.07.2020

Entscheidungsdatum

10.07.2020

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z1
BVergG 2006 §129 Abs2
BVergG 2006 §68 Abs1 Z7
BVergG 2018 §112
BVergG 2018 §12 Abs1
BVergG 2018 §134
BVergG 2018 §141 Abs1 Z2
BVergG 2018 §141 Abs1 Z7
BVergG 2018 §2 Z15
BVergG 2018 §2 Z5
BVergG 2018 §20 Abs1
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §333
BVergG 2018 §334 Abs2
BVergG 2018 §339 Abs1
BVergG 2018 §342 Abs1
BVergG 2018 §344 Abs1
BVergG 2018 §347
BVergG 2018 §78 Abs1
BVergG 2018 §79
BVergG 2018 §82
B-VG Art133 Abs4
B-VG Art133 Abs9
FBG §1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W139 2228671-2/36E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Roland LANG, als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Theodor TAURER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX vertreten durch Höhne, in der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Mariahilfer Straße 20, 1070 Wien betreffend das Vergabeverfahren „Reinigungsdienstleistungen Wien V und steirische Schulen, BBG-GZ 2601.03452" der Auftraggeberinnen Republik Österreich, Österreichische Akademie der Wissenschaften, Errichtungsgemeinschaft IMBA GmbH – GMI GmbH, Oö. Landes-Feuerwehrverband, Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Marktgemeinde Moosburg, ELGA GmbH, IEF-Service GmbH, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1010 Wien:

A) zu Recht erkannt:

Dem Antrag, „das Bundesverwaltungsgericht wolle die der Antragstellerin am 6.2.2020 von der BBG als vergebenden Stelle bekannt gegebenen Auftraggeberentscheidungen im Vergabeverfahren «Reinigungsleistungen Wien V und steirische Schulen», BBG-GZ 2601.03452, nämlich die Entscheidung über das Ausscheiden der Angebote der Antragstellerin, soweit davon auch jenes zu Los 6 umfasst ist, sowie die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung betreffend Los 6 [...] für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Entscheidungen der Auftraggeberinnen vom 06.02.2020 betreffend das Vergabeverfahren „Reinigungsdienstleistungen Wien V und steirische Schulen, BBG-GZ 2601.03452", nämlich das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin, soweit hiervon das Angebot zu Los 6 betroffen ist, sowie die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung betreffend Los 6 abgeschlossen werden soll, der Antragstellerin jeweils übermittelt am 07.02.2020, werden für nichtig erklärt.

B) beschlossen:

Der Antrag, „das Bundesverwaltungsgericht wolle [...] die Festlegung der Auftraggeberinnen laut E-Mail der BBG vom 2.12.2019, wonach nicht fristgerecht eingebrachte Nachreichungen nicht berücksichtigt werden können, für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

C) Die Revision ist sowohl im Hinblick auf Spruchpunkt A) als auch auf Spruchpunkt B) gemäß Art 133 Abs 4 iVm Abs 9 B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 17.02.2020, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf NIchtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, soweit davon auch das Angebot zu Los 6 umfasst ist, der Entscheidung über die Auswahl des beabsichtigten Rahmenvereinbarungspartners betreffend Los 6 sowie der Festlegung vom 02.12.2019, wonach nicht fristgerecht eingebrachte Nachreichungen nicht berücksichtigt werden können, verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit welcher die Untersagung des Abschlusses der gegenständlichen Rahmenvereinbarung betreffend Los 6 beantragt wurde, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Gebührenersatz.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Auftraggeberin habe die gegenständlichen Leistungen in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich in mehreren Losen nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Bei den angefochtenen Entscheidungen handle es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen (Ausscheidens- und Auswahlentscheidung) gemäß § 2 Z 15 lit a sublit jj

BVergG und um eine nicht gesondert anfechtbare Festlegung. Der Antrag sei rechtzeitig, die Pauschalgebühren seien entrichtet worden.

Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich schon aus der Beteiligung am Vergabeverfahren. Der Unternehmensgegenstand der Antragstellerin liege ua in den ausgeschriebenen Leistungen. Sie sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen leistungsfähig. Sofern die Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden werde, drohe ihr der Verlust der Möglichkeit des Abschlusses der Rahmenvereinbarung sowie der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes, das für die Beteiligung an weiteren Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber von Bedeutung sein könne. Aufgrund des Umstandes, dass das Angebot der Antragstellerin den niedrigsten zu bewertenden Angebotspreis aufweise, wäre die Rahmenvereinbarung in Los 06 letztlich mit ihr abzuschließen. Auch für das Zuschlagskriterium „Qualität" hätte die Antragstellerin zweifellos ebenfalls die Höchstpunktezahl erreicht. Weiters würden der Antragstellerin ein Schaden in Höhe mehrerer tausend Euro drohen sowie die Möglichkeit der Erwirtschaftung des Deckungsbeitrages entgehen. Die Kosten an der Teilnahme des Verfahrens, sohin die Kosten für die Angebotserstellung und der Rechtsverfolgung, wären frustriert. Die Antragstellerin bezeichnete die Rechte, in denen sie sich verletzt erachte.

Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass sie am 04.10.2019 unter Hinweis darauf, dass nur ein beglaubigter Auszug aus dem offiziellen Firmenbuch in Österreich gelte, aufgefordert worden sei, einen beglaubigten Auszug aus dem Firmenbuch, nicht älter als sechs Monate, vorzulegen. Die Antragstellerin sei dem fristgerecht nachgekommen, habe jedoch keinen amtssignierten sondern einen „einfachen" Firmenbuchauszug vorgelegt. Am 03.12.2019 habe die Antragstellerin mit der Amtssignatur versehene Firmenbuchauszüge für die Antragstellerin und ihre Subunternehmerin nachgereicht, welche inhaltlich vollständig dem ursprünglich eingereichten Firmenbuchauszug entsprochen hätten. Zuvor sei am 02.12.2019 von der BBG mitgeteilt worden, dass nicht fristgerecht eingebrachte Nachreichungen nicht berücksichtigt werden könnten. Am 07.02.2020 seien der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes gemäß §§ 141 Abs 1 Z 2 und 141 Abs 2 BVergG und die Auswahlentscheidung mitgeteilt worden. Die Auftraggeberin ignoriere dabei, dass die Antragstellerin am 03.12.2019 und somit vor Zugang der Entscheidung über das Ausscheiden ihres Angebotes und die Auswahlentscheidung amtssignierte und den Ausschreibungsbedingungen entsprechende Firmenbuchauszüge nachgereicht habe. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes berechtige ein Fristversäumnis allein noch nicht zum Ausscheiden. Nachreichungen seien generell bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des Auftraggebers über das Ausscheiden bzw über die Nicht-Zulassung zur nächsten Verfahrensstufe zu berücksichtigen. Dies gelte auch für die Ausscheidensgründe gemäß § 141 Abs 1 BVergG. Denn habe ein Bieter eine Auskunft zwar verspätet, aber im Ergebnis doch erteilt, liege auch der Ausschlussgrund der mangelnden Eignung durch falsche Erklärungen zur Befugnis, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit (§ 78 Abs 1 Z 10 BVergG 2018) nicht vor. Die Ausscheidensentscheidung sei sohin rechtswidrig, weswegen auch die Auswahlentscheidung betreffend Los 6 rechtswidrig sei, da das Angebot der Antragstellerin hätte berücksichtigt werden müssen und die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung zu ihren Gunsten ausfallen hätte müssen.

2. Am 24.02.2020, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, erteilten die Auftraggeberinnen allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

3. Mit Schriftsatz vom 24.02.2020 wies die Antragstellerin darauf hin, dass der mögliche Auftragswert weder das Zehnfache noch das Zwanzigfache des in § 12 Abs 1 BVergG 2018 genannten Schwellenwertes übersteigen würde. Bei einer Vertragslaufzeit von fünf Jahren würde der Wert EUR 1.634.889,50 betragen. Selbst bei Berücksichtigung von Mehrleistungen und Inflationsabgeltungen bzw KV-Erhöhungen würde der Wert die Wertgrenzen von EUR 2,14 Millionen oder EUR 4,28 Millionen nicht erreichen.

Die Angaben in Punkt 4.2., Randziffer 14 der kommerziellen Ausschreibungsbedingungen, Rahmenvereinbarung, mit einem Wert von EUR 4,4211 Millionen seien unrealistisch und im Hinblick auf mögliche Nachprüfungsverfahren prohibitiv, der Wert stelle eine unzulässige Hürde für den Rechtsschutz dar.

Die BBG habe in der Vergangenheit den Auftragswert unter Berücksichtigung von Mehrleistungen und Preissteigerungen berechnet. Würde man diese Formel anwenden, ergebe sich sogar bei einer Laufzeit von sieben Jahren kein Auftragswert über dem Zwanzigfachen des relevanten Schwellenwertes gemäß § 12 Abs 1 Z 1 BVergG 2018.

Die Antragstellerin beantrage daher die Offenlegung der Ermittlung des Auftragswertes durch die BBG, um deren Angaben nachvollziehen zu können. Es sei der Antragstellerin nicht möglich gewesen, die Festlegung des Auftragswerts in den kommerziellen Rahmenbedingungen der Ausschreibungsunterlagen zu hinterfragen und zu bekämpfen. Nach Ansicht der Antragstellerin sei diese Festlegung daher der Präklusion nicht zugänglich, wolle man nicht eine zusätzliche Hürde für den Rechtsschutz schaffen, was vom Gesetzgeber zweifellos nicht intendiert sei.

4. Mit Schriftsatz vom 26.02.2020 nahmen die Auftraggeberinnen zum gesamten Vorbringen der Antragstellerin Stellung und führten aus, dass sie ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung je Los betreffend die Beschaffung zur Erbringung von Unterhalts-, Grund- und Sonderreinigung für öffentliche Auftraggeber durchführe. Im anfechtungsgeständlichen Los Nr. 6 befänden sich ausschließlich Objekte der Republik Österreich und zwar des Bundes.

Ziel des Vergabeverfahrens sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer gemäß § 31 Abs 7 und § 39 iVm §§ 153ff BVergG 2018 über die Erbringung von Unterhalts-, Grund- und Sonderreinigung in ganz Österreich gemäß den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen.

Die Angebotsöffnung sei am 27.08.2019 vorgenommen worden, es sei ein Öffnungsprotokoll verfasst und allen Bietern auf einer elektronischen Vergabeplattform bereitgestellt worden.

Mit Schreiben der BBG vom 04.10.2019 sei die Antragstellerin aufgefordert worden unter anderem beglaubigte Firmenbuchauszüge zu übermitteln. Am 16.10.2019 sei von der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ein Firmenbuchauszug bereits mit den Angebotsunterlagen übermittelt worden sei. Ein weiteres Mal seien nicht-beglaubigte Firmenbuchauszüge auch mit dem Schreiben vom 16.10.2019 vorgelegt worden.

Am 02.12.2019 habe ein Telefonat zwischen der BBG und der Antragstellerin hinsichtlich eines bereits abgeschlossenen Vertragsverhältnisses stattgefunden. Im Zuge dieses Telefonates habe die Antragstellerin im Allgemeinen die Anfrage gestellt, ob nachträglich vorgelegte Unterlagen in einem Vergabeverfahren seitens der BBG akzeptiert würden. Seitens der BBG sei diese Anfrage mit E-Mail vom 02.12.2019 dahingehend beantwortet worden, dass nicht fristgerecht eingebrachte Nachreichungen nicht berücksichtigt werden könnten.

Ohne weitere Aufforderung durch die BBG habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 03.12.2019 (sohin 1,5 Monate nach Fristablauf) amtssignierte Firmenbuchauszüge der Antragstellerin mit Datum 29.11.2019 und des Subunternehmers XXXX . mit Datum 03.12.2019 nachträglich vorgelegt. Beide Firmenbuchauszüge seien somit etwa 3 Monate nach dem Tag der Angebotsöffnung am 27.08.2019 erstellt worden.

Mit Schreiben vom 06.02.2020, das der Antragstellerin am 07.02.2020 zugestellt worden sei, sei der Antragstellerin die begründete Ausscheidens- und Auswahlentscheidung übermittelt worden.

Zur behaupteten Rechtswidrigkeit der Ausscheidens- und Auswahlentscheidung brachten die Auftraggeberinnen vor, dass die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen nach § 2 Z 15 lit a sublit aa BVergG 2018 als gesondert anfechtbare Entscheidungen mangels Anfechtung innerhalb der vorgesehenen Antragsfrist bestandsfest geworden seien und dass diese daher alle am Vergabeverfahren beteiligten Parteien, somit die Auftraggeberinnen und die Bieter und auch das Bundesverwaltungsgericht, binden würden. Die in den präkludierten Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien wären daher von den Auftraggeberinnen strikt einzuhalten. Auch würden einen Auftraggeber im Allgemeinen auch keine Manuduktionspflichten treffen.

Zudem verlange der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass die an einer öffentlichen Ausschreibung interessierten Wirtschaftsteilnehmer bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben müssten. Dazu gehöre, dass diese genau erkennen könnten, welche Bedingungen sie in dem Verfahren zu beachten hätten, und dass sie die Gewissheit hätten, dass für alle Wettbewerber die gleichen Bedingungen gelten würden. Ein Abgehen von den in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen sei daher jedenfalls unzulässig und rechtswidrig.

Die Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen habe nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu erfolgen. Im Zweifel seien Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck komme es nicht an, maßgeblich sei der objektive Erklärungswert.

Nach dem wie im gegenständlichen Fall eingetretenen Verstreichen der Anfechtungsfristen seien die

Ausschreibungsunterlagen unabänderbar geworden und allfällige Unklarheiten würden zu Lasten der Antragstellerin gehen.

Den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (AAB) seien zu den hier maßgeblichen Themenbereichen die folgenden Festlegungen zu entnehmen:

In Punkt 3.6. Rz 43 AAB werde bei im Firmenbuch eingetragenen Unternehmen ein offizieller Auszug aus dem Firmenbuch verlangt. Dieser dürfe nicht älter als 6 Monate sein. Dazu werde in Punkt 3.6. Rz 45 ABB präzisiert, dass als Auszug aus dem Firmenbuch in Österreich nur ein beglaubigter Auszug aus dem offiziellen Firmenbuch gelte, etwa ein amtssignierter Stichtagsauszug per Webzugang. Weiters sei nach Punkt 5.5.2 Rz 95 AAB zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit ein Firmenbuchauszug des Unternehmers vorzulegen. Das Angebot hat aus einem Firmenbuchauszug und/oder den sonstigen Nachwesen für die rechtsgültige Unterfertigung zu bestehen (Punkt 6.2 Rz 136 AAB). Für Subunternehmer seien ebenso die erforderlichen Nachweise für die Eignung gemäß Punkt 5 vorzulegen (Punkt 4.2.3 Rz 61 AAB). Es werde daher ausdrücklich festgehalten, dass in den AAB an mehreren Stellen bestandsfest und explizit festgelegt wurde, dass mit der Angebotsabgabe vom jeweiligen Bieter und den Subunternehmern ein beglaubigter Auszug aus dem offiziellen Firmenbuch vorzulegen sei.

Das Angebot der Antragstellerin sei gleich aus mehreren Gründen auszuscheiden gewesen.

Aufgrund der offenkundigen und unstrittigen Fristüberschreitung sei die Antragstellerin nach § 141 Abs 2 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen. Aufgrund der nicht fristgerechten Vorlage der verlangten beglaubigten Firmenbuchauszüge sei die Antragstellerin überdies gemäß § 141 Abs 1 Z 2 iVm § 78 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 vom auszuscheiden bzw auszuschließen gewesen. Des Weiteren sei seitens der Antragstellerin ein nach dem eignungsrelevanten Zeitpunkt datierter Eignungsnachweis, nämlich mit Stichtag 29.11.2019 bzw. 03.12.2019 vorgelegt worden. Die Antragstellerin habe somit ein unvollständiges Angebot iSd § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 abgegeben, dieser Mangel sei nicht behoben worden bzw sei nicht behebbar.

Das Angebot der Antragstellerin sei insofern nach § 141 Abs 2 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen, da sie innerhalb der gestellten Frist die an sie ergangene Nachforderung zur Vorlage von beglaubigten Firmenbuchauszügen nachzubringen unterlassen habe. Die Aufklärung entbehre dann einer nachvollziehbaren Begründung, wenn aus Sicht des objektiven und ordentlichen Erklärungsempfängers Unklarheiten bzw. Mangelhaftigkeiten nicht beseitigt seien. Ein Bieter habe Auskünfte deshalb so zu gestalten, dass Unklarheiten bzw. Mangelhaftigkeiten zweifelsfrei beseitigt würden.

Zur Chronologie der Nachforderung gaben die Auftraggeberinnen an, die Antragstellerin habe entgegen den Festlegungen in den AAB keinen beglaubigten Auszug aus dem offiziellen Firmenbuch mit dem Angebot vorgelegt. Mit Schreiben vom 04.10.2019 habe die BBG die Antragstellerin aufgefordert unter anderem für die Bieterin selbst sowie für deren Subunternehmerin „ XXXX “ einen beglaubigten Firmenbuchauszug bis spätestens Freitag 18.10.2019 11:00 Uhr (Einlangen in der BBG) elektronisch über das Kommunikationsmodul von evergabe.at zu übermitteln.
Mit Antwortschreiben vom 16.10.2019 sei seitens der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ein Firmenbuchauszug bereits mit der Angebotsabgabe vorgelegt worden sei. Ein weiteres Mal seien mit diesem Schreiben nicht-beglaubigte Firmenbuchauszüge übermittelt worden. Es seien bis zum Ende der Nachforderungsfrist am 18.10.2019 keine beglaubigten Firmenbuchauszüge vorgelegt worden. Erst 1,5 Monate nach Fristablauf seien ohne weitere Aufforderung mit Schreiben vom 03.12.2019 amtssignierte Firmenbuchauszüge nachträglich vorgelegt worden.

Die Antragstellerin habe bei der Abgabe des Angebotes den Nachweis eines beglaubigten Firmenbuchauszuges unstrittig nicht erbracht und damit ein mangelhaftes bzw unvollständiges Angebot abgegeben, weswegen sie aufgefordert worden sei, beglaubigte Firmenbuchauszüge bis zum 18.10.2019 nachzureichen. Die Antragstellerin habe diesem klar und präzise iSd § 138 Abs 1 BVergG 2018 formulierten Mängelbehebungsauftrag nicht entsprochen und sei daher ihrer Verpflichtung zum Nachweis der Zuverlässigkeit iSd § 82 BVergG 2018 nicht fristgerecht nachgekommen. Unter gesetzeskonformen Ausübens des im Gesetz eingeräumten Ermessens – nämlich unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes gemäß § 20 BVergG 2018 sei das Angebot zu Recht gemäß § 141 Abs 2 BVergG 2018 ausgeschieden worden. Eine weitere Nachforderung hätte der Bietergleichbehandlung widersprochen, die Möglichkeit zur Behebung von Mängeln stünde einem Bieter in einem offenen Verfahren nur einmal zu.

Die Antragstellerin habe in ihrem Schriftsatz ausgeführt, dass Nachreichungen nach der Rechtsprechung bis zu Zeitpunkt der Entscheidung des Auftraggebers über das Ausscheiden zu berücksichtigen seien. Ein Fristversäumnis könne für sich genommen niemals alleiniges Kriterium für ein Ausscheiden eines Angebotes sein.

Die zitierte Judikatur sei nur verkürzt wiedergegeben und aus ihrem Kontext gerissen worden. Die wiedergegebene Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes sei nicht dahingehend zu interpretieren, dass eine Ausscheidensentscheidung iSd § 141 Abs 2 BVergG 2018 aufgrund eines Fristversäumnis nicht vorgenommen werden könne, sondern, dass die belangte Behörde in ihrer Entscheidung Feststellungen hätte treffen müssen, welche Unklarheiten betreffend das Angebot bestünden und ob das Aufklärungsersuchen überhaupt geeignet gewesen sei, diese Unklarheiten zu beseitigen.

Die Ausführungen der Antragstellerin würden daher nicht nur den vergaberechtlichen Grundsätzen widersprechen, sondern seien aufgrund der verkürzten Wiedergabe der höchstgerichtlichen Entscheidungsbegründung schlichtweg falsch.

Ausdrücklich festzuhalten sei, dass im gegenständlichen Fall bereits die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen belegen würden, dass die Nachforderung betreffend die beglaubigten Firmenbuchauszüge zwingend vorzunehmen gewesen sei und die Antragstellerin in unstrittiger Weise dieser Vorgabe nicht fristgerecht entsprochen habe.

Weiters würde es, wenn man der Argumentation der Antragstellerin folgen würde, den Bietern offenstehen, nach eigenem Belieben einem Aufklärungsersuchen zu entsprechen. Fristen wären demnach nicht beachtlich. Auch Auftraggeber könnten insofern solange zuwarten, bis der „Lieblingsbieter“ alle erforderlichen Unterlagen beigebracht habe. Diese widerspreche dem Grundsatz der Bietergleichbehandlung und der Transparenz. Für die Norm des § 141 Abs 2 BVergG 2018 würde letztlich überhaupt kein Anwendungsbereich bestehen.

Zum Ausscheidungsgrund nach § 141 Abs 1 Z 2 iVm § 78 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 führten die Auftraggeberinnen an, dass ein Ausschlussgrund nach § 78 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 vorliege, wenn ein Bieter es unterlassen habe trotz Aufforderung die verlangten Auskünfte, so auch den beglaubigten Firmenbuchauszug, vorzulegen. Damit habe sie einen Ausschlussgrund nach diesem Paragraphen verwirklicht. Zudem seien gemäß § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 Angebote auszuscheiden, wenn die erforderliche Eignung des Bieters nicht gegeben sei, darunter falle auch die berufliche Zuverlässigkeit.

Nach den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen müsse die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen, widrigenfalls das Angebot ausgeschieden werde. Da die Antragstellerin die beglaubigten Firmenbuchauszüge und damit einen Eignungsnachweis iSd der Zuverlässigkeit nach § 82 BVergG 2018 nicht bzw nicht rechtzeitig und erst nach erfolgter Fristüberschreitung am 03.12.2019 vorgelegt habe und diese Nachweise zudem gemäß der Amtssignatur mit 29.11.2019 bzw 03.12.2019 datiert seien, habe die erforderliche dahingehende Eignung der Antragstellerin nicht rechtssicher überprüft werden können, weswegen das Angebot gemäß § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen sei.

Zudem habe die Antragstellerin neben den in der Ausscheidenentscheidung genannten Ausscheidens- und Ausschlussgründen den zwingenden Ausscheidungsgrund nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 verwirklicht. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes können bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer bekannt gegebenen Ausscheidensentscheidung auch Ausscheidensgründe, die der Ausscheidungsentscheidung ursprünglich nicht zugrunde gelegt worden seien, berücksichtigt werden.

Gemäß § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 könnten auch unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben worden oder nicht behebbar seien, ausgeschieden werden. In den AAB sei bestandsfest festgelegt worden, dass mit der Angebotsabgabe vom jeweiligen Bieter ein beglaubigter Auszug aus dem offiziellen Firmenbuch vorzulegen sei, der eignungsrelevante Zeitpunkt sei mit dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung festgelegt worden. Beim beglaubigten Firmenbuchauszug handle es sich überdies um einen explizit in den AAB genannten Bestandteil des Angebotes.

Beim Firmenbuchauszug handle es sich um einen Eignungsnachweis iSd Zuverlässigkeit nach § 82 BVergG 2018. Die Auftraggeberinnen seien anfangs lediglich von einem Nachweismangel und damit von einem behebbaren Mangel ausgegangen. Da die erforderlichen Firmenbuchauszüge nicht bzw nur nach erfolgter Fristüberschreitung am

03.12.2019 vorgelegt worden seien und diese Nachweise mit 29.11.2019 und 03.12.2019 datieren würden, liege nunmehr ebenso ein unvollständiges Angebot iSd Festlegung der Rz 136 AAB vor, dessen Mangel nicht behebbar sei. Ein Angebot sei unvollständig, wenn Unterlagen wie zB Eignungsnachweise fehlen.

Fehler im Angebot eines Bieters, die unbehebbar seien, würden zwingend gemäß § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 zum Ausscheiden des jeweiligen Angebots führen, wobei der Auftraggeber in diesem Zusammenhang über keinen Ermessensspielraum verfüge. In der Lehre werde die Meinung vertreten, dass nur jene Mängel verbesserungsfähig wären, die nach Angebotsöffnung nicht zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen würden. Auch die Judikatur folge dieser Rechtsauffassung. Nach dem VwGH sei entscheidend, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung gegenüber dem Mitbietern materiell verbessert würde. Der EuGH habe ausgesprochen, dass unter der Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter, Unterlagen nur dann nachgefordert werden dürfen, wenn objektiv nachprüfbar sei, dass sie vor Ablauf der Bewerbungsfrist existierten. Auch das BVwG habe dahingehend erkannt, dass es sich um einen unbehebbaren Mangel handle, wenn ein Bieter Unterlagen nach Anlauf der Angebotsfrist beschaffe, da ein Bieter dann jedenfalls über einen längeren Zeitraum verfüge, um sein Angebot korrekt auszuarbeiten.

Hätten die Auftraggeberinnen die nach dem eignungsrelevanten Zeitpunkt datierten Firmenbuchauszüge zugelassen und hätte damit gleichsam darüber hinweggesehen, dass der Aufwand zur Angebotserstellung seitens der Antragstellerin nicht innerhalb der Angebotsfrist getätigt worden sei, so hätte dies der Antragstellerin einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Bietern verschafft, was dem Grundsatz der Bietergleichbehandlung entgegenstehe. Deshalb sei das Angebot der Antragstellerin als fehlerhaft bzw. unvollständig iSd § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 zwingend auszuscheiden gewesen.

Schließlich sei noch festzuhalten, dass aus den nachgereichten Firmenbuchauszügen hervorgehen hätte müssen, dass die in der Ausschreibung geforderten normierten Eignungskriterien bereits zum eignungsrelevanten Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist am 27.08.2019 vorgelegen seien. Die Antragstellerin habe es aber verabsäumt, beglaubigte Firmenbuchauszüge vorzulegen, welche vor dem eignungsrelevanten Zeitpunkt datiert seien, weswegen sie ebenso gemäß § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen wäre.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Antragstellerin durch Nichtvorlage der beglaubigten Firmenbuchauszüge nicht nur den fakultativen Ausscheidensgrund nach § 141 Abs 2 BVergG 2018, sondern zudem obligatorische Ausschluss- bzw Ausscheidensgründe gemäß § 78 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 bzw § 141 Abs 1 Z 2 und Z 7 BVergG 2018 verwirklicht habe, weshalb die Auftraggeberinnen dazu verpflichtet gewesen seien, sie auszuschließen bzw. deren Angebot auszuscheiden.

Zur Auswahlentscheidung führten die Auftraggeberinnen aus, dass aus den bereits ausgeführten Gründen das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei. Sämtliche dahingehende Ausführungen der Antragstellerin würden daher ins Leere gehen.

Sei nämlich das Angebot der Antragstellerin bereits durch den Auftraggeber ausgeschieden worden, so sei die Rechtmäßigkeit der Auftraggeberentscheidung und damit die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei, die Hauptfrage und nicht bloß Vorfrage des Nachprüfungsverfahrens.

Würde das BVwG zum Ergebnis kommen, dass die Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde, so habe es den Nachprüfungsantrag ungeachtet allfälliger Rechtswidrigkeiten im Rahmen des Verfahrens zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlag jedenfalls abzuweisen, da die Antragstellerin sodann nicht in ihren Rechten verletzt sein könne.

Da das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei, könne ihr aus einer rechtswidrigen Auswahlentscheidung kein Schaden entstehen, da ihr zu Recht ausgeschiedenes Angebot für die Auswahlentscheidung ohnehin nicht in Betracht kommen würde. Es mangle der Antragstellerin daher hinsichtlich des Antrages auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung an der Antragslegitimation, weshalb der hierauf gerichtete Antrag zurückzuweisen sei.

5. Mit Schriftsatz vom 06.03.2020 replizierte die Antragstellerin. Der Sachverhalt sei nicht strittig.

Die Auftraggeberinnen haben zum Auftragswert nichts ausgeführt, weshalb davon ausgegangen werde, dass die Ausführungen der Antragstellerin zum bewertungsrelevanten Gesamtpreis nicht bestritten werde. Der in den kommerziellen Ausschreibungsbedingungen angeführte Wert sei unrealistisch und stelle eine unzulässige Hürde für

den Rechtsschutz dar. Auch in einem anderen Verfahren habe die BBG jüngst den Auftragswert reduziert. Möglicherweise sei diese bei der Ermittlung von Auftragswerten im Vorfeld nicht immer sorgfältig genug.

Die Antragstellerin seien die gesetzlichen Bestimmungen und die dazu ergangene Judikatur zur Bestandsfestigkeit von Ausschreibungsunterlagen bekannt. Dennoch würde die nicht fristgerechte Vorlage eines Dokuments, das einen Zustand oder Umstand vor Ende der Frist wiedergebe und somit bei der Nachreichung nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung führen könne, keinen Ausscheidensgrund darstellen. Letztendlich habe die vergebende Stelle die Antragstellerin auch zur Nachreichung von amtssignierten Firmenbuchauszügen aufgefordert. Die Frist dafür habe 3,5 Monate vor der nunmehrigen Zustellung der Ausscheidens- und Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung geendet. Die Antragstellerin habe zwar nach Ende der für die Verbesserung gesetzten Frist, aber ausreichend lange, nämlich zwei Monate vor Bekanntgabe der Ausscheidungs- und Auswahlentscheidung im Februar 2020 amtssignierte Firmenbuchauszüge vorgelegt. Diese würden auch nicht von den zuvor vorgelegten Firmenbuchauszügen abweichen, weshalb kein Wettbewerbsvorteil für die Antragstellerin entstanden sein könne.

Aus diesem Grunde sei auch die von den Auftraggeberinnen zitierte Entscheidung des BVwG vom 13.06.2016 W 134 2125821-1 hier nicht einschlägig. Die Antragstellerin habe es nicht unterlassen, verlangte Aufklärungen zu geben, sondern nur ein nicht vollständig den Formalerfordernissen entsprechendes Dokument verspätet nachgereicht. Für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit komme es jedoch nicht auf die Form, sondern auf den Inhalt eines Dokumentes an.

Das Firmenbuch sei zudem ein öffentliches Register, in welches grundsätzlich jeder Einsicht nehmen könne. Es werde von der Republik Österreich selbst geführt, weshalb es nicht ersichtlich sei, weshalb Bieter im Vergabeverfahren überhaupt einen Firmenbuchauszug vorlegen müssten. Noch weniger aber, weshalb formale Erfordernisse aufgestellt werden, die keinerlei zusätzliche Informationen für die Auftraggeberinnen mit sich bringen würden. Der Erkenntnisgewinn sei bei einem beglaubigten Auszug auch nicht höher als jener bei einem nicht beglaubigten. Wenn eine ohnedies amtsbekannte öffentliche Tatsache durch entsprechende Auszüge vor der Zuschlagsentscheidung oder Ausscheiden- bzw Auswahlentscheidung nachgewiesen werde, dann seien diese bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des Auftraggebers zu berücksichtigen.

Wenn die Auftraggeberinnen ausführen, dass ein unbehebbarer Mangel dann vorliege, wenn ein Bieter durch die Einräumung der Verbesserungsfrist über einen längeren Zeitraum verfüge, um sein Angebot korrekt auszuarbeiten, dann sei ihr beizupflichten. Dies sei im gegenständlichen Fall jedoch nicht gegeben, denn am Angebot habe sich nichts geändert, auch am Inhalt der vorzulegenden Urkunde nicht. Dadurch würde sich die Wettbewerbsstellung nicht ändern.

Letztendlich seien es die Auftraggeberinnen selbst gewesen, die eine Verbesserungsfrist eingeräumt habe. Dies sei nur zulässig gewesen, wenn die Auftraggeberinnen wirklich der Auffassung wären, dass der amtssignierte Firmenbuchauszug bereits mit dem Angebot vorgelegt hätte werden müssen und eine Nachreichung nicht möglich sei.

Ein Wettbewerbsvorteil liege auch deshalb nicht vor, da die Antragstellerin den beglaubigten Firmenbuchauszug zwar erst 1,5 Monate nach Verstreichen der Frist vorgelegt hätte, die Auswahlentscheidung sei jedoch erst 2,5 Monate nach dieser Vorlage die Ausscheidens- und Auswahlentscheidung getroffen worden.

Zudem führte die Antragstellerin an, dass ein Firmenbuchauszug bei Angebotslegung bereits bis zu sechs Monate alt sein könne. Zwischen Angebotsfrist und Auswahlentscheidung seien aber fast sechs Monate vergangen, weshalb auch ein völlig veralteter Firmenbuchauszug ausreichen würde, solange er nur amtssigniert sei. Da die Eignung innerhalb dieser Zeit verloren gehen könne, sei es kein tauglicher Eignungsnachweis.

Die Antragsgegnerin nehme es außerdem in anderen Fällen auch nicht so genau mit der Nachforderung nach amtssignierten Firmenbuchauszügen; die Antragstellerin habe diese auch in anderen Verfahren nicht vorgelegt, sei aber nicht aus diesem Grunde ausgeschieden worden. Daraus gehe auch hervor, dass das Vorliegen eines amtssignierten Firmenbuchauszuges für die BBG manchmal (zu Recht) keine wesentliche Rolle spiele.

6. Darauf replizierten die Auftraggeberinnen mit ergänzender Stellungnahme vom 13.03.2020.

Zum geschätzten Auftragswert führten sie aus, dass ihre letzte Stellungnahme nur keine Angaben hierzu enthalten habe, da ihr die Stellungnahme der Antragstellerin erst nach Einbringung der eigenen Stellungnahme übermittelt worden sei. Das Schweigen der Auftraggeberinnen stelle auch keine Zustimmung dar, es werde entgegnet, dass sie

bisher keine Gründe vorgebracht habe, welche sie daran gehindert hätten, die „Festlegung“ in Randzahl 14 der kommerziellen Ausschreibungsbedingungen zu bekämpfen. Ebenso habe die Antragstellerin bislang kein rechtliches Vorbringen erstattet, aus welchem ersichtlich wäre, weshalb eine dahingehende Festlegung nicht der Präklusion unterliegen könne.

Zudem sei es Aufgabe der Auftraggeberinnen, den Auftragswert zu ermittelt, wie auch der ständigen Rechtsprechung des BVwG zu entnehmen sei; es handle sich dabei auch lediglich um eine Prognose, ein später davon abweichender tatsächlicher Auftragswert sei nicht schädlich. In diesem Sinne sei auch die Angemessenheit der Höhe des geschätzten Auftragswertes nicht an den Preisen der abgegebenen Angebote zu messen, sondern an den zum Zeitpunkt der Erstellung der Kostenschätzung vorliegenden auf Erfahrungswerten/Kostenkennwerten des Auftraggebers beruhenden Preisen, die sich an der Marktlage orientieren würden.

Die Auftraggeberinnen haben im gegenständlichen Fall eine Auftragsbewertung vorgenommen, auch diese Feststellung unterliege der Präklusion, weshalb das Vorbringen der Antragstellerin schon aus diesem Grunde ins Leere gehen würde.

Zum Verbesserungsauftrag brachten sie ergänzend vor, dass die Ausführungen der Antragstellerin, die amtssignierten Firmenbuchauszüge seien ausreichend lange vor Bekanntgabe der Auswahlentscheidung vorgelegt worden und die Auftraggeberinnen hätten selbstständig Nachschaue im Firmenbuch vornehmen sollen, die vergaberechtlichen Grundsätze vollumfänglich außer Acht lassen würden.

Die Antragsgegnerin sei nicht dazu berufen selbst im Firmenbuch Nachschau zu halten und das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbedingungen entsprechend in Eigenregie herzustellen oder auszugestalten.

Zudem sei in den AAB an mehreren Stellen bestandsfest und explizit festgelegt worden, dass mit Angebotsabgabe vom jeweiligen Bieter und den Subunternehmen ein beglaubigter Auszug aus dem offiziellen Firmenbuch vorzulegen sei. Der beglaubigte Firmenbuchauszug sei zudem der einzig zulässige Nachweis nach dem BVergG 2018. Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb die Antragstellerin davon ausgehe, dass kein beglaubigter Auszug aus dem offiziellen Firmenbuch vorzulegen gewesen wäre. Es werde hierbei offenkundig der objektive Erklärungswert der bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen vollkommen ad absurdum geführt.

Zum Ausscheidensgrund nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 führten die Auftraggeberinnen aus, dass es nicht im Ingerenzbereich des Bieters liege, selbst zu entscheiden, zu welchem Zeitpunkt und auf welche Art und Weise einem ausdrücklichen Verbesserungsauftrag entsprochen werde. Der Auftraggeber sei bei der Eignungsprüfung an die bestandsfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gebunden und habe hinsichtlich aller Bieter den gleichen Maßstab zugrunde zu legen. Der aus einer verspätetet eingereichten Unterlage entstehende Wettbewerbsvorteil sei in Bezug auf die Frist zur Angebotslegung zu sehen und nicht in Relation zur zeitlich nachgelagerten Auswahlentscheidung. Das Angebot sei deshalb nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen.

Zum Ausscheidensgrund nach § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 führten die Auftraggeberinnen aus, dass die Antragstellerin selbst zugestehe, dass ein nicht vollständig den Formalerfordernissen entsprechendes Dokument verspätet nachgereicht worden sei, womit ein Ausscheidensgrund nach § 78 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 und damit gleichfalls ein Ausscheidensgrund nach § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 vorliege.

Weiters verkenne die Antragstellerin, dass nur durch einen beglaubigten Firmenbuchauszug durch das Gericht bestätigt werde, dass der Firmenbuchauszug mit den in der Firmenbuchdatenbank gespeicherten Daten übereinstimme.

Wie bereits aus der Stellungnahme der Auftraggeberinnen vom 26.02.2020 hervorgehe, sei das Angebot gemäß § 141 Abs 2 BVergG 2018 unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes mangels Nichtentsprechen des Verbesserungsauftrages vom 04.10.2019 ebenso auszuscheiden gewesen. Die Firmenbuchauszüge seien im Übrigen auch deshalb verlangt worden, um die Angebotsunterfertigung iSd Vertretungsbefugnis einer Kontrolle zuführen zu können. Sie seien deshalb auch für die Prüfung eines nicht eignungsrelevanten Parameters erforderlich. Unter Punkt 6.1 Rz 164 der AAB sei bestandsfest festgelegt worden, dass Angebote gemäß § 141 Abs 2 BVergG 2018 ausgeschieden würden, wenn der Bieter es unterlassen habe, innerhalb der ihm gestellten Frist die Aufklärung zu geben oder die

verlangten Unterlagen vorzulegen oder dessen Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehre. Die Antragstellerin sei daher auch unter diesem Aspekt iSd Rechtsprechung des EuGH sogar dazu verpflichtet gewesen, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 142 Abs 2 BVergG 2018 auszuscheiden.

Zur Aktualität von Eignungsnachweisen wurde ausgeführt, dass entgegen den Angaben der Antragstellerin, wonach offenbar ein völlig veralteter Eignungsnachweis ausreiche, die Eignung ab dem eignungsrelevanten Zeitpunkt bestehen müsse und danach keinesfalls wegfallen dürfe. Sämtliche eignungsrelevanten Nachweise seien daher vor diesem Datum zu erstellen und müssten (spätestens) auf Verlangen des Auftraggebers fristgerecht vorgelegt werden. Es gäbe keine gesetzliche Verpflichtung des Auftraggebers, ständig zu überprüfen, ob diese Eignung noch vorliegen würde oder nicht.

Zum Vorgehen der BBG in anderen Vergabeverfahren wurde festgehalten, dass es für den gegenständlichen Sachverhalt vollkommen unerheblich sei, welche Handlungen ein öffentlicher Auftraggeber oder eine vergebende Stelle in anderen Vergabeverfahren setze oder nicht gesetzt habe. Richtig sei, dass von der Antragstellerin in den angesprochenen Verfahren ebenfalls keine beglaubigten Firmenbuchauszüge vorgelegt worden seien, jedoch sei dies auch im Prüfbericht vermerkt worden. Eine Nachforderung sei deshalb unterblieben, da die Antragstellerin für den Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw zur Angebotslegung aus anderen Gründen nicht in Frage gekommen sei.

Sämtliche Vorbringen der Antragstellerin entbehrten jedweder Grundlage, die Antragsgegnerin halte daher ihr Vorbringen und die entsprechenden Anträge ausdrücklich aufrecht.

7. Am 21.04.2020 replizierte die Antragstellerin dahingehend, dass es Tatsache sei, dass der Schätzwert unrealistisch und nicht mit der bisher verwendeten Formel der BBG errechenbar sei und die Bedenken durch die rudimentären Ausführungen der Auftraggeberinnen nicht ausgeräumt seien.

Zum Verbesserungsauftrag sei auszuführen, dass hier nicht gegenständlich sei, ob die in der Ausschreibungsunterlage geforderten Unterlagen tatsächlich vorgelegt worden seien, auch nicht ob sie in korrekter Form vorgelegt worden seien, sondern bloß, ob diese in der korrekten Form auch zu einem bestimmten Zeitpunkt lange vor der Auswahlentscheidung hätten vorliegen müssen, um für diese von Bedeutung zu sein.

Aus der Tatsache, dass ein Verbesserungsauftrag erteilt worden sei, sei abzuleiten, dass auch die Auftraggeberinnen die Nichtvorlage beglaubigter Firmenbuchauszüge als verbesserungsfähig betrachtet habe. Daraus folge, dass nicht das Datum der Angebotsabgabe der relevante Stichtag für das Vorliegen des beglaubigten Firmenbuchauszuges gewesen sei. Es sei eben nicht die Frist zur Angebotsabgabe die relevante Frist, um den Wettbewerbsvorteil zu beurteilen, zumal dann der Verbesserungsauftrag schon unzulässig gewesen wäre. Der Verbesserungsauftrag sei aber zulässig gewesen, weswegen der Antragstellerin zweifellos auch kein die Wettbewerbsstellung begünstigend längerer Zeitraum zur Angebotslegung zur Verfügung gestanden sei. Auch habe sich am Inhalt der bescheinigten Tatsache nichts geändert. Es sei daher nicht erklärlich, wieso sich daraus eine Verbesserung der Wettbewerbsposition ergeben solle. Die Auftraggeberinnen würden übersehen, dass es auf das Vorliegen der Eignung ankomme und nicht auf Formalerfordernisse der Nachweise, solange diese richtig seien.

Im Übrigen seien nach der Rechtsprechung und herrschenden Meinung zwar verspätete, aber im Ergebnis doch erteilte Auskünfte bis zum Zeitpunkt der Entscheidung zu berücksichtigen. Die Auftraggeberinnen hätten hierauf in keiner Weise Rücksicht genommen.

8. Mit einer weiteren Stellungnahme vom 30.04.2020 führten die Auftraggeberinnen zum geschätzten Auftragswert an, dass die Antragstellerin zwar moniere, dass der Auftragswert im gegenständlichen Fall deutlich zu hoch angenommen worden sei, ihrerseits jedoch keine Gründe vorgebracht worden seien, welche sie daran gehindert hätten, die „Festlegung“ in der Rz 14 der kommerziellen Ausschreibungsbedingungen zu bekämpfen. Sie habe auch kein rechtliches Vorbringen, aus welchem ersichtlich wäre, weshalb eine dahingehende Festlegung nicht der Präklusion unterliegen könne, erstattet. Es sei im gegenständlichen Fall eine den Vorgaben des BVergG 2018 entsprechende Auftragsbewertung vorgenommen worden, diese Festlegung unterliege der Präklusion, weshalb das Vorbringen der Antragstellerin ins Leere gehe.

Zum Verbesserungsauftrag und zum vermeintlichen Wettbewerbsvorteil führe die Antragstellerin aus, dass die verlangten Unterlagen in korrekter Form vor der Auswahlentscheidung vorgelegt worden seien und dass sich aus dem Verbesserungsauftrag ergebe, dass die Nichtvorlage der beglaubigten Firmenbuchauszüge keinen Ausscheidensgrund

bzw. die spätere Nachreichung keinen Wettbewerbsvorteil darstellen würde.

In den Ausschreibungsunterlagen sei jedoch der eignungsrelevante Zeitpunkt mit dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung festgelegt worden. Die Antragstellerin habe die beglaubigten Firmenbuchauszüge nicht bzw nicht rechtzeitig vorgelegt, weshalb eine rechtssichere Überprüfung der erforderlichen dahingehenden Zuverlässigkeit zum eignungsrelevanten Zeitpunkt iSd § 79 Z 1 BVergG 2018 seitens der Auftraggeberinnen nicht vorgenommen habe werden können. Alle Eignungsnachweise müssten mit einem Datum vor diesem Zeitpunkt datiert sein. Dies betreffe auch nachgeforderte Eignungsnachweise. Diese müssten damit gleichfalls vor dem eignungsrelevanten Zeitpunkt vorhanden sein. Ein Bieter, welcher die Eignung im relevanten Zeitpunkt nicht nachweisen könne, sei auszuscheiden. Auf einen „nachträglichen" Eintritt der Eignung könne er sich nicht berufen.

Vom Vorliegen der Eignung sei der Zeitpunkt, zu welchem die Nachweise der Eignung verlangt werden, zu trennen. Gemäß § 80 Abs 3 BVergG 2018 reiche es grundsätzlich aus, wenn die Vorlage der Eignungsnachweise zu einem späteren Zeitpunkt verlangt werde. Werden Eignungsnachweise nach dem in § 79 BVergG 2018 genannten Zeitpunkt vorgelegt, müsse aus diesen ersichtlich sein, dass die Eignung bereits zum Zeitpunkt gemäß § 79 BVergG 2018 vorgelegen habe.

Eine nachträgliche Vorlage von Unterlagen, welche im maßgeblichen Zeitpunkt, im gegenständlichen Fall vor der Angebotsöffnung, schon vorhanden wären, sei unbedenklich. Eine differenzierte Betrachtung bedürfe hingegen das Nachreichen von erst im Nachhinein erstellten und beschafften Unterlagen. Nach der Rechtsprechung des VwGH komme es zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung, wenn nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten.

Es sei zudem ausdrücklich festzuhalten, dass in den AAB an mehreren Stellen bestandsfest und explizit festgelegt worden sei, dass mit der Angebotsabgabe vom jeweiligen Bieter und den Subunternehmern ein beglaubigter offizieller Firmenbuchauszug vorzulegen sei. In Punkt 6.11. Rz 164 der AAB sei zudem festgelegt worden, dass Angebote gemäß § 141 Abs 2 BVergG 2018 ausgeschieden werden, wenn Bieter es unterließen, innerhalb der ihnen gestellten Frist Aufklärung zu geben oder die verlangten Unterlagen vorzulegen. Wenn die Antragstellerin vermeine, dass „nicht die Frist zur Angebotsabgabe die relevante Frist sei, um den Wettbewerbsvorteil zu beurteilen, so sei ihr schlichtweg zu entgegnen, dass sie damit sämtliche vergaberechtlichen Grundkenntnisse außeracht lasse.

Die Antragstellerin habe mangels vorgelegter Nachweise von den Auftraggeberinnen nicht rechtssicher überprüft werden können, weshalb ihr Angebot auszuscheiden gewesen sei.

Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass nach den Ausführungen der Antragstellerin die Republik Österreich das Register führe und trotzdem Nachweise aus dem Register verlange. Es sei in den Ausschreibungsunterlagen klar festgelegt, dass beglaubigte Firmenbuchauszüge vorzulegen seien.

Zur Frage der Berücksichtigung nachträglich vorgelegter Unterlagen führten die Auftraggeberinnen erneut aus, dass die Antragstellerin die betreffende Judikatur absichtlich falsch zitiert habe und erneut verkürzt und aus dem Kontext gerissen wiedergegeben habe, weshalb ihre Ausführungen mit dem genannten Erkenntnis des VwGH vom 21.03.2011, 2008/04/0083, nicht belegt werden könnten.

Sämtliches Vorbringen der Antragstellerin entbehre sohin jedweder Grundlage und ihr Angebot sei gemäß § 141 Abs 1 Z 2, Z 7 und § 141 Abs 2 BVergG 2018 auszuscheiden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen und der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberinnen schrieben im Juni 2019 die gegenständliche Leistung „Reinigungsdienstleistungen Wien V und steirische Schulen, BBG-GZ 2601.03452" in 30 Losen in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer aus.

Die Ausschreibung blieb unangefochten.

Die Ausschreibungsunterlagen lauten auszugsweise wie folgt:

Allgemeine Ausschreibungsbedingungen (AAB):

„2.1 Gegenstand des Verfahrens

3 Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer gemäß §§ 31 Abs. 7 und 39 i. V. m. §§ 153 ff BVergG 2018 über die Erbringung von Unterhalts-, Grund- und Sonderreinigungen (CPV 90911000) in ganz Österreich für öffentliche Auftraggeber gemäß Punkt 2.4. ...

3.6 Unterschriften

39 Die Angebote müssen von dem jeweiligen Bieter rechtsgültig elektronisch gemäß den Vorgaben des § 48 Abs. 12 BVergG 2018 unterfertigt sein. Bei Bietergemeinschaften müssen alle Mitglieder der Bietergemeinschaften rechtsgültig elektronisch unterfertigen.

40 Nicht rechtsgültig elektronisch unterfertigte Angebote können nicht berücksichtigt werden und führen zum Ausscheiden des Unternehmers aus dem Vergabeverfahren!

41 Darüber hinaus müssen Verpflichtungserklärungen durch den Subunternehmer und die Erklärung über die Bildung einer Bietergemeinschaft durch alle Mitglieder der Bietergemeinschaft rechtsgültig unterfertigt werden. Eidesstattliche Erklärungen sind jeweils durch diejenige Person zu unterfertigen, die diese Erklärung abgibt.

42 Rechtsgültige Unterfertigung bedeutet, dass das Dokument von Personen, welche den Unternehmer rechtsgeschäftlich wirksam vertreten können, unterfertigt wurde.

43 Zum Beweis der rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis der unterfertigenden Person(en) hat der jeweilige Unternehmer offizielle Dokumente vorzulegen, aus denen hervorgeht, welche Personen zur Vertretung des Unternehmers berechtigt sind. Bei im Firmenbuch eingetragenen Unternehmern ist das grundsätzlich ein offizieller Auszug aus dem Firmenbuch, bei Vereinen ein Auszug aus dem Vereinsregister, bei nicht eingetragenen Einzelunternehmern genügt die Erklärung, dass keine Eintragung im Firmenbuch besteht. Ausländische Unternehmen haben eine gleichwertige Bescheinigung eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde vorzulegen. Diese Nachweise dürfen jeweils nicht älter als 6 Monate sein.

44 Falls andere als die in diesem Auszug genannten organschaftlich vertretungsbefugten Personen das jeweilige Dokument unterfertigt haben, ist auch eine von solchen organschaftlich vertretungsbefugten Personen unterfertigte Vollmacht für die das jeweilige Dokument unterfertigenden Personen beizulegen. Weiters ist/sind die Name(n) der unterfertigenden Person(en) in Blockschrift anzuführen.

45 Achtung: Als Auszug aus dem Firmenbuch gilt in Österreich ein nur ein beglaubigter Auszug aus dem offiziellen Firmenbuch (z.B. amtssignierter Stichtagsauszug per Webzugang). Datenblätter von anderen Anbietern können nicht gewertet werden, selbst wenn diese ihrerseits auf Firmenbuchdaten zurückgreifen (z.B. firmencompass, Manz-Firmenregister). ...

4 Beteiligte Unternehmen

...

4.2 Subunternehmer

...

61 Die Subunternehmer sind im „Formblatt Subunternehmer“ unter Angabe des jeweiligen Anteils an der Gesamtleistung anzuführen. Außerdem ist das ausgefüllte und vom Subunternehmer unterfertigte Formblatt „Verpflichtungserklärung“ und die erforderlichen Nachweise für die Eignung des Subunternehmers gem. Punkt 5 vorzulegen. ...

5 Eignungskriterien

5.1 Allgemeines

64 Der Unternehmer muss für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung geeignet sein. Geeignet sind Unternehmer, die befugt, technisch, finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sind. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen,

widrigenfalls das Angebot ausgeschieden wird. Die Eignung ist durch Vorlage der in diesen Ausschreibungsbedingungen beschriebenen Urkunden (Nachweise, Bescheinigungen, etc.) nachzuweisen und zu belegen.

65 Erfüllt der Unternehmer oder die Bietergemeinschaft nicht die definierten Anforderungen, kann er auf die Kapazitäten Dritter verweisen. In diesem Fall sind die Vorgaben gemäß Punkt 4.2 zu berücksichtigen.

66 Sämtliche Nachweise sind in deutscher Sprache in Kopie beizulegen. Soweit sie nicht in deutscher Sprache abgefasst sind, sind diese in beglaubigter deutscher Übersetzung ebenfalls in Kopie vorzulegen. Die BBG behält sich vor, gegebenenfalls die Vorlage von Nachweisen im Original nachzufordern. ...

70 Sofern in den folgenden Bestimmungen nichts Abweichendes geregelt ist, dürfen sämtliche geforderten Nachweise nicht älter als sechs Monate sein. Die BBG behält sich vor, gegebenenfalls im Laufe des Vergabeverfahrens vom Bieter weitere Nachweise für das Fortbestehen seiner Eignung zu verlangen. ...

5.5 Berufliche Zuverlässigkeit

5.5.1 Allgemeines

92 Der Unternehmer muss zuverlässig im Sinne des BVergG 2018 sein.

93 ACHTUNG: Unternehmer sind von der Teilnahme am Vergabeverfahren (unbeschadet des § 78 Abs. 3 und 4 BVergG 2018) auszuschließen, wenn ein Tatbestand des § 78 Abs. 1 BVergG 2018 erfüllt ist.

5.5.2 Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit

94 Der Unternehmer hat im Angebotshauptteil eine Erklärung abzugeben, in welcher er ausdrücklich seine berufliche Zuverlässigkeit im Sinne des BVergG 2018 erklärt und bestätigt, dass gegen ihn kein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 BVergG 2018 vorliegt. Insbesondere hat er in dieser Erklärung seine straf- und arbeitsrechtliche Unbescholtenheit zu bestätigen sowie gleichzeitig zu erklären, dass er sich nicht in Liquidation befindet, seine gewerblichen Tätigkeiten nicht eingestellt hat und gegen ihn weder ein Insolvenzverfahren eingeleitet noch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde.

95 Der Unternehmer hat weiters zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit die nachstehenden Urkunden bzw. Erklärungen vorzulegen:

? ...

? Firmenbuchauszug des Unternehmers oder gleichwertige Dokumente der zuständigen Behörde des Sitzstaates des Unternehmers; sofern der Unternehmer nicht im Firmenbuch eingetragen ist, hat er dies ausdrücklich im Angebot zu erklären.

96 Werden die oben genannten Nachweise im Sitzstaat des Unternehmers nicht ausgestellt oder werden darin nicht alle in § 78 Abs. 1 Z 1 bis 3 und 6 BVergG 2018 vorgesehenen Fälle erwähnt, hat der Bieter eine Bescheinigung über eine eidesstattliche Erklärung oder eine entsprechende, vor einer dafür zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, vor einem Notar oder vor einer dafür zuständigen Berufsorganisation des Sitzstaates des Unternehmers abgegebene Erklärung des Unternehmers vorlegen, dass kein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 Z 1 bis 3 und 6 BVergG 2018 vorliegt..

97 Die vergebende Stelle behält sich vor, zur Überprüfung der beruflichen Zuverlässigkeit des Unternehmers weitere Nachweise zu verlangen. ...

6 Angebote

6.1 Nennung der Subunternehmer

99 Im Angebot sind alle Subunternehmer zu nennen, die der Unternehmer bei der Leistungserbringung einsetzen will. ...

6.2 Form und Inhalt des Angebotes

136 Das Angebot hat zu bestehen aus

? ...

? den geforderten Nachweisen für die Eignung (siehe Punkt 5)

? einem Firmenbuchauszug und/oder den sonstigen Nachweisen für die rechtsgültige Unterfertigung (siehe Punkt 3.6)

? ...

6.4 Angebotsfrist und Angebotsöffnung

140 Die Angebote müssen bis spätestens

27.08.2019, 10:00 Uhr

über die Plattform evergabe.at abgegeben werden (vgl. Punkt 3.2). ...

6.11 Ausscheiden bei unterlassener bzw. nicht nachvollziehbarer Aufklärung

164 Angebote werden gemäß § 141 Abs 2 BVergG 2018 ausgeschieden, wenn der Bieter es unterlassen hat, innerhalb der ihm gestellten Frist die Aufklärung zu geben oder die verlangten Unterlagen vorzulegen oder dessen Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. ...“

Die Antragstellerin beteiligte sich an diesem Vergabeverfahren durch Angebotslegung für das Los 6 zu einem Gesamtpreis von 325.669,3569 Euro. Ihrem Angebot waren nicht beglaubigte Firmenbuchauszüge für die XXXX sowie die von ihr als Subunternehmerin namhaft gemachte XXXX , jeweils mit Stichtag 25.03.2019, angeschlossen.

Am 04.10.2019 erging das nachstehende auszugsweise wiedergegebene Schreiben an die Antragstellerin:

„Nachforderung und Aufklärung

Sehr geehrter Bieter!

Wir danken für Ihr Angebot im Vergabeverfahren „Reinigungsdienstleistungen Wien V und steirische Schulen“, GZ. 2601.03452.

I. Nachforderung

Das Angebot ist leider unvollständig.

Wir fordern Sie daher auf, folgende Nachweise gemäß den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen nachzubringen:

Bieterin „ XXXX “:

1. Beglaubigter Auszug aus dem Firmenbuch (am Tag der Angebotsöffnung am 27.08.2019 nicht älter als 6 Monate), da dem Angebot zwar ein Firmenbuchauszug beigelegt wurde, dieser aber nicht den Anforderungen gemäß Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen entspricht. Achtung: Als Auszug aus dem Firmenbuch gilt in Österreich nur ein beglaubigter Auszug aus dem offiziellen Firmenbuch (z.B. amtssignierter Stichtagsauszug per Webzugang).

Subunternehmerin „ XXXX “:

...

3. Beglaubigter Auszug aus dem Firmenbuch (am Tag der Angebotsöffnung am 27.08.2019 nicht älter als 6 Monate), da dem Angebot zwar ein Firmenbuchauszug beigelegt wurde, dieser aber nicht den Anforderungen gemäß Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen entspricht. Achtung: Als Auszug aus dem Firmenbuch gilt in Österreich nur ein beglaubigter Auszug aus dem offiziellen Firmenbuch (z.B. amtssignierter Stichtagsauszug per Webzugang).

....

Abschließender Hinweis:

Die geforderten Unterlagen und die vorzunehmenden Aufklärungen sind bis spätestens Freitag, 18.10.2019, 11:00 Uhr (Einlangen in der BBG) elektronisch über das Kommunikations-modul von evergabe.at zu übermitteln.

Mit freundlichen Grüßen ... »

Am 18.10.2019 übermittelte die Antragstellerin erneut ua nicht beglaubigte Firmenbuchauszüge für die XXXX (Stichtag 23.09.2019) sowie die von ihr als Subunternehmerin namhaft gemachte XXXX (Stichtag 26.09.2019).

Am 02.12.2019 wurde der Antragstellerin per E-Mail seitens der vergebenden Stelle betreffend „Nachreichung Wen V“ mitgeteilt, dass „nicht fristgerecht eingebrachte Nachreichungen [...] nicht berücksichtigt werden können.“

Am 03.12.2019 übermittelte die Antragstellerin unaufgefordert beglaubigte Firmenbuchauszüge für die XXXX (Stichtag 29.11.2019) sowie die von ihr als Subunternehmerin namhaft gemachte XXXX (Stichtag 03.12.2019).

Am 07.02.2020 wurde das Angebot der Antragstellerin im hier verfahrensgegenständlichen Los 6 via E-Vergabe ausgeschieden:

„Ausscheiden Ihres Angebotes

Sehr geehrter Bieter!

Sie haben zu dem Vergabeverfahren Reinigungsdienstleistungen Wien V und steirische Schulen, BBG-GZ 2601.03452, ein Angebot für die Lose 01 bis 09 gelegt.

Die Prüfung Ihres Angebotes hat bedauerlicherweise ergeben, dass Ihr Angebot in den Losen 01- 07 aus folgenden Gründen auszuscheiden bzw. auszuschließen ist:

...

Ihr Angebot ist gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 auszuscheiden, da die gemäß Ausschreibungsunterlagen verlangte Eignung nicht nachgewiesen wurde.

Zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit war gemäß Rz. 45 und 95 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (AAB) ein beglaubigter Auszug aus dem offiziellen Firmenbuch sowohl für den Bieter XXXX selbst, als auch den S

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at