jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Erkenntnis 2022/2/22 LVwG-2021/S3/3310-13

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.02.2022

Entscheidungsdatum

22.02.2022

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2018 §141 Abs1 Z9

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Mit Schriftsatz vom 17.12.2021, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt per Email am 17.12.2021 um 13:30 Uhr, hat die Bietergemeinschaft AA AG und AA GmbH, pA AA AG (im weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch die CC Rechtsanwalt GmbH, Adresse1, **** Z, die Nachprüfung der vom Land Tirol, per Adresse BB GmbH, Adresse 2, **** Y (im weiteren kurz Auftraggeberin genannt), vertreten durch DD, Rechtsanwälte GmbH, Adresse 3, **** Z vorgenommenen Ausscheidensentscheidung vom 09.12.2021, Vergabeverfahren „Kurznachrichtendienste (SMS)", beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Der Senat 3 des Landesverwaltungsgerichtes Tirol erkennt unter Vorsitz von Herrn Dr. Rosenkranz, Frau Maga Weißgatterer als Berichterstatterin und Herrn Dr. Wurdinger als weiteres Mitglied, gemäß § 3 Abs 2 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz,

zu Recht:

1. Die Anträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und auf Ersatz der Pauschalgebühr werden als unbegründet abgewiesen.

2. Die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 23.12.2021, Zl ***, wird aufgehoben.

3. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VGnicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 17.12.2021, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt per Email am 17.12.2021 um 13:30 Uhr, hat die Antragstellerin, die Nachprüfung der von der Auftraggeberin vorgenommenen und im Betreff näher bezeichneten Entscheidung beantragt und weiters einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Ausscheidensentscheidung vom 09.12.2021, Vergabeverfahren „Kurznachrichtendienste (SMS)“,

Im Einzelnen wurde ausgeführt, wie folgt:

„I. Vollmachtsbekanntgabe

In umseits bezeichneter Rechtssache haben die Antragsteller die CC Rechtsanwalt GmbH mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt und bevollmächtigt. Sie ersuchen um Kenntnisnahme und Übermittlung sämtlicher bezughabender Korrespondenz ausschließlich zu Händen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung.

II. Nachprüfungsantrag

Mit Schreiben vom 9.12.2021, der AA AG als bevollmächtigte Vertreterin der Bietergemeinschaft der Antragsteller übermittelt über http://vergabeportal.at am 9.12.2021, hat die Antragsgegnerin der AA AG mitgeteilt, dass ihr Angebot gemäß § 141 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 als Angebot einer nicht aufgeforderten Bieterin ausgeschieden wird. Die Antragsteller stellen gegen diese gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin innerhalb offener Frist nachstehenden

Nachprüfungsantrag:

Die Antragsteller haben als Bietergemeinschaft fristgerecht einen Teilnahmeantrag gestellt. Mit dem Formblatt FB06 der Ausschreibungsunterlagen haben die Antragsteller die AA AG als bevollmächtigte Vertreterin der Bietergemeinschaft im weiteren Vergabeverfahren deklariert. Die Antragsgegnerin hat daraufhin die Antragsteller aufgefordert, ein Angebot zu legen. Die Antragsteller haben demnach ein von der AA AG als bevollmächtigte Vertreterin der Bietergemeinschaft gefertigtes Angebot fristgerecht eingebracht.

Die Antragsgegnerin hat im Zuge der Angebotsprüfung um Bestätigung ersucht, dass dieses Angebot von der Bietergemeinschaft (und nicht von der AA AG) gelegt wurde, was die Antragsteller umgehend bestätigt haben.

Von vornherein und zweifelsfrei war klar, dass das Angebot von der Bietergemeinschaft gelegt wurde, die den Teilnahmeantrag eingebracht hat und in diesem entsprechend beschrieben wurde. Dem Teilnahmeantrag lagen sämtliche Dokumentationen betreffend die Antragsteller als Mitglieder der Bietergemeinschaft bei.

Das Ausscheiden des Angebots der Bietergemeinschaft erfolgte offenkundig zu Unrecht.

Die Antragstellerin begründet ihren Antrag ausführlich folgendermaßen:

1. Bezeichnung des Vergabeverfahrens und der angefochtenen Entscheidung

1.1. Das gegenständliche Vergabeverfahren betrifft einen

Dienstleistungsauftrag “Kurznachrichtendienste (SMS)”.

Es handelt sich um eine Ausschreibung der BB GmbH. Der Auftrag ist bei der Antragsgegnerin zur Geschäftszahl *** registriert. Des handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag für den Versand von SMS an österreichische und internationale Mobilfunknummern im Rahmen der „Tirol testet“ und „Tirol impft“ Aktion. Die Ausschreibung zum gegenständlichen Vergabeverfahren wurde durch vorherigen Aufruf zum Wettbewerb am 24.10.2021 unter https://tirol.vergabeportal.at/Detail/*** bekannt gemacht. Eine unionsweite Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte soweit ersichtlich nicht.

Beweis: Bekanntmachung https://tirol.vergabeportal.at/Detail/l *** (Beilage ./1).

1.2. Bei dem gegenständlichen Auftrag handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Die Auftraggeberin definierte das Vergabeverfahren als zweistufiges Verhandlungsverfahren. Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge endete am 05.11.2021 um 10:00 Uhr. Die Antragsteller brachten fristgerecht einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag ein.

1.3. Mit Aufforderung vom 25.11.2021 ersuchte die Antragsgegnerin um Aufklärung, wie das Erstangebot der Antragsteller zu verstehen bzw. mit dem Teilnahmeantrag der Bietergemeinschaft in Einklang zu bringen sei. Die Antragsteller beantworteten dieses Schreiben am 27.11.2021 und stellten klar, dass die AA AG das Angebot im Namen und im Auftrag der Bietergemeinschaft gelegt hat.

1.4. Mit Schreiben vom 09.12.2021 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot gemäß § 141 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 ausgeschieden wird. Diese Entscheidung übermittelte die Antragsgegnerin an die

Antragstellerin am 09.12.2021 über http://vergabeportal.at. Die Antragsgegnerin begründete die Ausscheidensentscheidung damit, dass das Angebot von einer anderen Rechtsperson (der AA GmbH) und nicht von der Bietergemeinschaft der Antragsteller eingebracht worden sei.

Beweis: Schreiben der Antragsgegnerin mit der Ausscheidensentscheidung vom

9.12.2021 (Beilage ./2).

2. Auftraggeberin/vergebende Stelle, Antragstellerin

2.1. Auftraggeberin ist das Land Tirol. Die BB GmbH fungiert als vergebende Stelle im Namen und auf Rechnung des Landes Tirol. Die BB GmbH, in der Folge auch kurz: die Antragsgegnerin, ist der zentrale EE-Dienstleister für das Land Tirol. Sie deckt alle wesentlichen EDV Bereiche von der Beschaffung, Analyse und Design über die Software-Entwicklung bis hin zum Rechenzentrumsbetrieb inkl. Support ab. Seit ihrer Gründung ist sie ausschließlich im Namen und im Auftrag des Landes tätig. Die Anteile an der Antragsgegnerin werden zu hundert Prozent vom Land Tirol gehalten. Die Korrespondenz mit der vergebenden Stelle erfolgte ausschließlich über die Vergabeplattform http://vergabeportal.at.

2.2. Als vergebende Stelle fungierte die BB GmbH. In der Korrespondenz, insbesondere auch in der Ausscheidensentscheidung vom 09.12.2032, gibt die vergebende Stelle die

Telefax-Nummer +***,

und als elektronische Kontaktadresse

***,

an.

2.3. Antragsteller sind die AA AG mit Sitz in X und die AA GmbH mit Sitz in W. Die AA GmbH ist ein verbundenes Unternehmen der AA AG. Die AA AG hält 100 Prozent der Anteile an der AA GmbH.

Im Formblatt FB 06, Erklärung einer allfälligen Bewerbergemeinschaft, erklärte die Antragsteller ausdrücklich, dass die AA AG mit der Geschäftsanschrift in X, **** V, die Bewerbergemeinschaft im weiteren Verfahren als bevollmächtigte Vertreterin federführend vertreten wird. Der Geschäftsführer der AA AG, FF, wurde als organschaftlicher Vertreter und Ansprechpartner bei der AA AG bezeichnet.

3. Sachverhalt, Interesse am Vertragsabschluss

3.1. Die (in X ansässige) AA AG ist die Holding-Gesellschaft der GG-Gruppe. Dieses betreibt seit etwa 20 Jahren ein europaweit führendes und innovatives Technologieunternehmen. Die GG-Gruppe betreibt Zahlungs- und Kurznachrichtendienste in zahlreichen Ländern und verfügt über die entsprechenden Konzessionen und Lizenzen. Die AA AG ist Alleineigentümerin der (österreichischen) AA GmbH, FN ****, mit Sitz in U. Die AA GmbH erbringt in Österreich Dienstleistungen im Bereich automatische Datenverarbeitung und Informationstechnik.

Die Antragsteller haben als Bewerbergemeinschaft am gegenständlichen Vergabeverfahren teilgenommen. Sie haben fristgerecht ihren gemeinsamen Teilnahmeantrag eingebracht. Die AA AG wurde auf dem von der Antragsgegnerin mit den Ausschreibungsunterlagen bereitgestellten Formblatt als bevollmächtigte Vertreterin und federführendes Mitglied der Bietergemeinschaft bezeichnet.

Beweis: Firmenbuchauszug AA GmbH (Beilage ./3);

Gewerberegisterauszug AA GmbH (Beilage ./4);

von den Antragstellern korrekt ausgefülltes und unterfertigtes Formblatt FB06

zum Teilnahmeantrag (Beilage ./5).

3.2. Die gegenständliche Ausschreibung dient der Vergabe eines Dienstleistungsauftrags zum Versenden von SMS an österreichische und internationale Mobilfunknummern im Rahmen der Aktion „Tirol testet“ und „Tirol impft“.

Ausschreibungsgegenständlich ist ein Dienstleistungsvertrag mit einer Laufzeit von einem Jahr, der maximal 12-mal um jeweils 3 Monate verlängert werden kann.

Bewerbergemeinschaften sind laut Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich zum Vergabeverfahren zugelassen. Diese

dürfen aus maximal zwei Unternehmen bestehen. In Teilnahmeantrag muss ein bevollmächtigter Vertreter und dessen Ansprechperson genannt werden, der die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft im weiteren Vergabeverfahren rechtsverbindlich vertritt. Eine entsprechende Erklärung ist dem Teilnahmeantrag mittels Formblatt FB 06 anzuschließen (siehe Punkt 5. Ausschreibungsunterlagen, „Bewerbergemeinschaften"). Dieses Formblatt sieht die Bekanntgabe eines vertretungsbefugten und bevollmächtigten "federführenden" Mitglieds der Bewerbergemeinschaft vor, das im weiteren Verfahren rechtsverbindliche Erklärungen für die Bewerbergemeinschaft bzw. Bietergemeinschaft abgeben soll.

Das Vergabe verfahren ist ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Stufe 1 sah Teilnahmeanträge der potenziellen Bieter, Stufe 2 die Angebotslegung durch die dazu eingeladenen, ausgewählten Bewerber, vor. Mit den ausgewählten Bewerbern sollten in weiterer Folge Verhandlungen geführt werden.

Beweis: Ausschreibungsunterlagen „Kurznachrichtendienste (SMS)", Geschäftszahl *** (Beilage ./6).

3.3. Die Antragsgegnerin machte das Vergabeverfahren am 22.10.2022 bekannt. Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge endete am 5.11.2021. Die Antragstellerin besorgte sich die Ausschreibungsunterlagen und übermittelte rechtzeitig am 04.11.2021 als Bewerbegemeinschaft, vertreten durch die AA AG, einen vollständigen und ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag. In ihrem Teilnahmeantrag bzw. dem von der Antragsgegnerin ausdrücklich dafür vorgesehenen Formblatt FB06 wiesen die Antragsteller die AA AG als bevollmächtigte Vertreterin und federführend im weiteren Vergabeverfahren aus.

Beweis: Bekanntmachung https://tirol.vergabeportal.at/Detail/l *** (Beilage ./1);

Ausschreibungsunterlagen „Kurznachrichtendienste (SMS)", Geschäftszahl

*** (Beilage ,/6).

3.4. Nach fristgerechtem Einlangen des vollständigen und ausschreibungskonformen Teilnahmeantrags lud die Antragsgegnerin die Antragsteller ein, ein Angebot zu legen. Die Bietergemeinschaft der Antragsteller, vertreten durch die in Teilnahmeantrag als bevollmächtigte Vertreterin bezeichnete AA AG, übermittelte fristgerecht ihr Angebot an die Antragsgegnerin. Entsprechend ihren Angaben im Formblatt FB 06 in Teilnahmeantrag war das Angebot vom - ebenfalls im Teilnahmeantrag genannten – Geschäftsführer der AA AG, FF, firmenmäßig gefertigt.

Mit Nachricht vom 25.11.2021 ersuchte die Antragsgegnerin um Aufklärung, weil das Erstangebot nach Auffassung der Antragsgegnerin ausschließlich von der AA AG gelegt worden sei. Der Teilnahmeantrag in der ersten Stufe des Verfahrens sei von einer Bietergemeinschaft bestehend aus AA AG und AA GmbH gelegt worden. Diese Bewerbergemeinschaft sei als Bietergemeinschaft zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen worden. Die AA AG alleine sei nicht aufgefordert worden, ein Angebot zu legen, sodass aufzuklären sei, ob das vorliegende Angebot als Angebot der AA AG alleine oder als Angebot der Bewerbergemeinschaft/Bietergemeinschaf AA AG und AA GmbH zu interpretieren sei.

Die Antragsteller reagierten umgehend und übermittelten am 27.11.2021 ein Schreiben, in dem sie darauf hinweisen, dass das Angebot von der Bietergemeinschaft, bestehend aus der AA AG und der AA GmbH, gelegt wurde. Dieses Schreiben war auch von beiden Gesellschaften der GG-Gruppe firmenmäßig gefertigt.

Beweis: Aufforderung der Antragsteller durch die Antragsgegnerin, ein Angebot zu legen, vom 12.11.2021 (Beilage ./7);

Nachricht "Klärungen/Nachforderungen zu Ihrem Angebot" der Antragsgegnerin an FF vom 25.11.2021 (Beilage ./8);

Schreiben der Antragsteller an die Antragsgegnerin vom 27.11.2021 zur Aufklärung (Beilage ./9)

3.5. Mit Nachricht vom 9.12.2021 übermittelte die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Entscheidung über das Ausscheiden ihres Angebotes. Sie begründete das Ausscheiden damit, dass die Prüfung des Angebots ergeben habe, dass dieses nach dem objektiven Erklärungswert von der AA AG gelegt worden sei. Auch die "Signaturvollmacht" (gemeint: die Vollmacht an die JJ GmbH zur qualifizierten elektronischen Unterfertigung des Teilnahmeantrags und des Angebots) habe auf die AA AG gelautet. Es sei nicht erkennbar gewesen, dass das Angebot von der Bietergemeinschaft bestehend aus der AA AG und der AA GmbH gelegt worden wäre. Der Beantwortung vom 26.11.2021 fehle jede nachvollziehbare Aufklärung dafür, weshalb das Angebot in dieser Form abgegeben wurde. Es sei auch keinerlei Hinweis gegeben, aus welchem Element sich ein anderslautender Erklärungswert - nämlich der, dass das Angebot von

der Bietergemeinschaft stamme - ergeben könne. Die AA AG sei nicht in die zweite Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen worden, weshalb das Angebot als Angebot eines nichtaufgeforderten Bieters gemäß § 141 Abs 1 Z 9 BVergGKonz 2018 zwingend auszuscheiden gewesen sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag.

Beweis: Schreiben der Antragsgegnerin mit der Ausscheidensentscheidung vom

9.12.2021 (Beilage ./2).

3.6. Die Antragsteller haben fristgerecht einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag und ein ("Erst-")Angebot eingebracht. Sie haben damit ihr Interesse an einem Vertragsabschluss bekundet und haben ein rechtlich geschütztes Interesse an der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren und am gegenständlichen Auftrag. Sie sind entsprechend befugt, befähigt und verfügen über die erforderlichen Kapazitäten zur Erfüllung des Auftrags. Sie gehen davon aus, dass sie im Fall ihres Verbleibens im Vergabeverfahren den Zuschlag zum gegenständlichen Auftrag erlangen könnten.

Darüber hinaus stellt der gegenständliche Auftrag für die Antragsteller ein wichtiges Referenzprojekt dar. Aufgrund des Auftragsvolumens ist der Auftrag für die Antragsteller wirtschaftlich attraktiv und für die optimale Allokation der Kapazitäten der Antragsteller betriebswirtschaftlich wichtig.

Weitere, ähnliche Aufträge in anderen Bundesländern werden laufend ausgeschrieben. Die Antragsteller nehmen regelmäßig an derartigen Ausschreibungen erfolgreich teil. Das Ausscheiden ihres ausschreibungskonformen und entsprechend den Angaben im Teilnahmeantrag gefertigten Angebots ist für sie nicht nachvollziehbar.

4. Angaben zum drohenden bzw. eingetretenen Schaden

4.1. Die Antragsteller sind entsprechend befähigt und befugt, den ausschreibungsgegenständlichen Auftrag auszuführen. Sie haben ein rechtlich geschütztes Interesse an der Teilnahme am gegenständlichen Vergabevergabeverfahren, am Nichtausscheiden ihres Angebots und an der Zuschlagserteilung. Sie beabsichtigen, den gegenständlichen Auftrag als Referenzprojekt zu akquirieren. Durch die angefochtene, rechtswidrige Entscheidung sind die Antragsteller vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen. Insbesondere würde ihnen die Zuschlagsentscheidung nicht mitgeteilt. Dies schränkt ihren Rechtsschutz erheblich ein. Sie haben jedenfalls ein rechtlich geschütztes Interesse an einer verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der nun gegenständlichen Ausscheidens- und einer späteren Zuschlagsentscheidung.

4.2. Die Antragsteller treten regelmäßig in ähnlichen Vergabeverfahren in Österreich (auch in derselben Bietergemeinschaft) als Bieter auf. Sie genießen einen tadellosen Ruf in den einschlägigen Verkehrskreisen, insbesondere auch bei dem BVergG 2018 unterliegenden Auftraggebern. Ihre Teilnahmeanträge und Angebote sind stets vollständig, korrekt und gewissenhaft ausgeführt. Aufgrund ihrer bisherigen Erfahrung bei der Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in Österreich sind sie mit den einschlägigen Bestimmungen vertraut.

Das Ausscheiden ihres Angebots aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren bedeutet für sie einen Imageschaden. Der gegenständliche Auftrag ist aufgrund seiner wirtschaftlichen und strategischen Bedeutung für die Antragsteller sehr wichtig. Die Antragsteller haben ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, den Zuschlag zu diesem Auftrag zu erhalten.

Beweis: Geschäftsführer FF, p.A. AA AG, als informierter

Vertreter der Antragstellerin.

4.3. Der Antragsteller sind durch die Teilnahme an der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung sowie zur Wahrung ihrer Interessen Vertretungs- und Beratungskosten in Höhe von zumindest EUR 10.000,00 entstanden. Mit der Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin weiters die Pauschalgebühren in Höhe von EUR 3.000 (EUR 2.000,00 für den Nachprüfungsantrag, EUR 1.000,00 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) zu tragen. Diese Kosten wurden durch die rechtswidrige Entscheidung der Antragsgegnerin verursacht, das Angebot der Antragsteller aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren auszuscheiden.

5. Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags

5.1. Die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers, das ist die Entscheidung über das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin vom 9.12.2021, wurde der Antragstellerin am selben Tag elektronisch übermittelt.

5.2. Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei Übermittlung auf elektronischem Weg binnen 10 Tagen einzubringen. Die Frist beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung (§ 10 Abs 1 TVNG 2018). Im Nachprüfungsverfahren gelten, soweit das BVergG 2018 nichts anderes bestimmt, die Vorschriften des VwGVG und des AVG (§ 2 Abs 3 TVNG 2018, gleichlautend § 333 BVergGKonz 2018). Es handelt sich dabei um eine verfahrensrechtliche Frist (vgl. Reisner in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer [Hrsg], BVergG 2018 [2019] zu § 343 BVergG 2018, Rz 10). Gemäß § 32 Abs. 1 AVG wird bei einer nach Tagen bestimmten Frist der Tag nicht mitgerechnet, in dem der Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, wonach sich der Anfang der Frist richten soll. Der Tag der Absendung der Entscheidung oder der Tag der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung sind daher bei der Berechnung der Frist nicht mitzuzählen {Reisner in Heid/Schiefer/Preslmayr [Hrsg], Handbuch Vergaberecht4 [2015] Rz 2050; so auch die PartlMat zur RV zum BVergG 2018, RV 69 BlgNR 26. GP, S. 197).

5.3. Der Fristenlauf beginnt somit gemäß § 32 Abs 1 AVG am 10.12.2021, das ist der auf das fristauslösende Ereignis folgende Tag. Die 10-tägige Frist für die Einbringung des Nachprüfungsantrags endet daher am 20.12.2021 (der 19.12.2021 ist ein Sonntag). Der vorliegende Nachprüfungsantrag ist somit jedenfalls rechtzeitig.

6. Beschwerdepunkte

6.1. Mit der angefochtenen Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, wird das subjektive öffentliche Recht der Antragstellerin auf Nicht-Ausscheiden ihres ausschreibungskonformen, von einer zum weiteren Verfahren zugelassenen Bewerbegemeinschaft gelegten mangelfreien Angebots und damit auf Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren verletzt (§ 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018).

6.2. Die Antragsteller wurden von der Antragsgegnerin zur Angebotslegung aufgefordert. Sie sind damit als zugelassene Bewerbergemeinschaft eine zur Angebotslegung aufgeforderte Bewerbergemeinschaft. Sie werden durch das Ausscheiden ihres Angebots als (vorgeblich) nicht aufgeforderte Bieter in ihrem Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren verletzt (§ 141 Abs 1 Z 9 BVergG 2018).

6.3. Hilfsweise weisen die Antragsteller daraufhin, dass sie auf Nachfrage der Antragsgegnerin ihr Angebot klargestellt haben, und ein allfälliger Mangel - sofern dem Angebot überhaupt ein Mangel angehaftet sein sollte, was ausdrücklich bestritten wird - fristgerecht behoben wurde. Die Antragsteller wurden dadurch in ihrem Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebots nach Behebung eines behaupteten Mangels verletzt (§ 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018).

6.4. Die Antragsgegnerin missachtete mit ihrer rechtswidrigen Entscheidung die unionsrechtlichen Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot sowie die Grundsätze des freien und lauteren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter (§ 20 Abs 1 BVergG 2018).

7. Gründe für die Rechtswidrigkeit

7.1. Eindeutigkeit aufgrund der Festlegung/Bekanntgabe im Teilnahmeantrag

7.1.1. Die Antragsgegnerin selbst hat laut Ausschreibungsunterlage die Teilnahme von Bewerbergemeinschaften zugelassen. Die relevante Passage in der Ausschreibungsunterlage, Kapitel 5, „Bietergemeinschaft", S. 7, lautet:

„Bewerbergemeinschaften und Arbeitsgemeinschaften (im folgenden gemeinsam 'Bewerbergemeinschaften) aus maximal 2 Unternehmen sind zulässig. Sie müssen im Teilnahmeantrag einen bevollmächtigten Vertreter und dessen Ansprechperson nennen, die die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft durch diese Ansprechperson rechtsverbindlich in Vergabeverfahren vertritt. Eine allfällige Beschränkung der Vollmacht des Vertreters ist unwirksam. Allfällige Änderungen in der Vertretungsbefugnis sind dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich bekannt zu geben.

Eine entsprechende Erklärung ist im Teilnahmeantrag mittels Formblatt FB06 anzuschließen.

Unternehmen dürfen in jener Konstellationen Angebote abgeben (Einzelbewerber oder Mitglied einer Bewerbergemeinschaft), in welcher sie auch den Teilnahmeantrag gestellt haben und in welcher sie vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe eingeladen wurden."

Auf dem von Bewerbergemeinschaften auszufüllenden Formblatt FB 06 ist – entsprechend der klaren und eindeutigen Formulierung der Ausschreibungsunterlage - ist eine Erklärung enthalten, die die Nennung des bevollmächtigten Vertreters („Federführung") als Vertreter der Bewerbergemeinschaft beinhaltet. Die dieses Formblatt unterfertigenden Mitglieder erklären mit ihrer Unterschrift auch, dass sie nach Angebotsabgabe eine Bietergemeinschaft bilden werden, deren Mitglieder solidarisch die Erbringung der Leistung hatten.

Beweis: von den Antragstellern korrekt ausgefülltes und unterfertigtes Formblatt FB06

(Beilage ./5);

Ausschreibungsunterlagen „Kurznachrichtendienste (SMS)“, Geschäftszahl *** (Beilage ./6).

7.1.2. Die Antragsteller gingen - so wie auch die Antragsgegnerin - davon aus, dass die AA AG die Bewerbergemeinschaft sowohl im weiteren Vergabeverfahren als auch im Rahmen einer allfälligen Auftragsabwicklung als bevollmächtigte Vertreterin federführend vertritt und für diese rechtsgeschäftliche Willenserklärungen abgeben kann. Die Antragsteller erachteten sich durch diese Erklärung an ihre Bewerbung und das durch die AA AG als bevollmächtigte Vertreterin abgegebene Angebot gebunden.

Die Antragsteller wurden im gesamten Vergabeverfahren, dh bereits bei der Abgabe des Teilnahmeantrags, von der AA AG vertreten, die einen entsprechenden Vertrag (“JJ-Signaturservice für e-Angebote”) mit der Vergabeplattform/JJ, abschloss.

Die Antragsgegnerin nahm den Teilnahmeantrag der Antragsteller mit der elektronischen Signatur der AA AG entgegen und lud die Antragsteller in der Folge zur Angebotslegung ein.

In weiterer Folge brachte daher die AA AG im Namen und im Auftrag der Bewerber-/Bietergemeinschaft am 24.11.2021 fristgerecht ein entsprechendes Angebot ein.

Beweis: Vertrag “JJ-Signaturservice für e-Angebote” zwischen der AA AG und der JJ-KK GmbH (Beilage ./10);

Abgabeprotokoll zum Teilnahmeantrag der Antragsteller (Beilage ./11);

Einladung zur Angebotsabgabe an die Antragsteller vom 12.11.2021 (Beilage ./7);

Abgabeprotokoll zum Angebot der Antragsteller vom 24.11.2021 (Beilage ./12).

7.1.3. Die Antragsteller haben mit dem Formblatt FB 06 - entsprechend den Festlegungen und Vorgaben der Antragsgegnerin - verbindlich erklärt, dass die Bewerber-/Bietergemeinschaft im Vergabe verfahren durch die AA AG vertreten wird. Diese Erklärung wurde von der Antragsgegnerin vorformuliert. Es handelt sich dabei um eine eindeutige und unmissverständliche Willenserklärung der Antragsteller, die auch für das weitere Vergabe verfahren gilt.

Die Antragsgegnerin hat selbst durch die Einladung der Antragsteller die Vertretung der Bewerbergemeinschaft durch die AA AG gebilligt und nachweislich zur

Kenntnis genommen.

Mit der Ausscheidensentscheidung negiert die Antragsgegnerin die rechtsgeschäftliche Erklärung in Formblatt FB 06, die sie selbst vorformuliert hat. Sollte diese an irgendeiner Weise missverständlich sein - was ausdrücklich bestritten wird -, so wäre ein Interpretationsspielraum gemäß § 915 ABGB zulasten der Antragsgegnerin auszulegen und könnte diese nicht vorgeschoben werden, um das Angebot der Antragsteller aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden.

7.1.4 Die Anforderungen an (qualifizierte) elektronische Signaturen im Vergabeverfahren sind in § 2 Z 29 BVergG 2018 definiert und in § 48 BVergG 2018 näher geregelt. Im Wesentlichen müssen elektronische Signaturen teilnehmender Unternehmen die Anforderungen nach dem österreichischen Signatur- und Vertrauensdienstegesetz (SVG) erfüllen. Naturgemäß handelt es sich bei qualifizierten Signaturen um Signaturen, die einzelnen juristischen Personen (und nicht etwa: Gesellschaften bürgerlichen Rechts) zuzuordnen sind (Art. 3 Z 12 eIDAS-VO). Bewerber-/Bietergemeinschaften können daher Teilnahmeanträge und Angebote nicht gemeinsam elektronisch signieren und über die Plattform http://vergabeportal.at einbringen.

Hätten die Antragsteller das Angebot gemeinsam elektronisch signiert über die Vergabeplattform übermittelt - was wie gesagt technisch nicht möglich ist, weil ausschließlich einzelne juristische Personen und nicht Bewerbergemeinschaften Signaturverträge mit der JJ-KK GmbH abschließen können, weil eine qualifizierte elektronische Signatur einer einzelnen Person zuordenbar sein muss -, so wäre ein solches Angebot im Widerspruch zu den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage, wonach Bewerber- und Bietergemeinschaften ausschließlich durch den bevollmächtigten Vertreter federführend zu vertreten sind.

7.2. Aufklärung auf Nachfrage des Auftraggebers

7.2.1. Die Antragsgegnerin hat die Antragsteller mit Nachricht vom 25.11.2021 ersucht, aufzuklären, ob das Angebot von der AA AG (alleine) oder von der Bewerbergemeinschaft gelegt wird.

(Dieses Aufforderungsschreiben war insofern überflüssig, als die Antragsgegnerin selbst die Bewerbergemeinschaft über das http://vergabeportal.at die Antragsteller, vertreten durch die AA AG als bevollmächtigten Vertreterin und "Federführerin", zur Angebotslegung eingeladen hat.

Die Antragsgegnerin hatte auch Kenntnis vom Formular FB 06, das dem Teilnahmeantrag der Antragsteller ausschreibungskonform beigelegt war, sodass sie über die (ausschließliche) Vertretungsbefugnis der AA AG Bescheid wusste.

7.2.2. Die Antragsteller leisteten umgehend die gewünschte „Aufklärung" und bestätigten mit Schreiben vom 27.11.2021, dass das Angebot im Namen der zum weiteren Vergabeverfahren zugelassenen Bewerbergemeinschaft selbstverständlich jetzt als Bietergemeinschaft, bestehend aus der AA AG und der AA GmbH, gelegt wurde. Dieses Schreiben war auch von den Geschäftsführern der beiden Unternehmen firmenäßig gefertigt.

(Auch) Aufgrund dieses Schreibens bestand auch jetzt kein begründeter oder zu begründender Zweifel daran, dass das Angebot von den beiden Antragstellern als Mitglied einer Bewerber-/Bietergemeinschaft aufzufassen war. Die Bietergemeinschaft, die das Angebot legte, ist ident mit der Bewerbergemeinschaft, die den Teilnahmeantrag eingebracht hat. Wenn je - was angesichts des geschilderten Verfahrensganges und des Verhaltens der Antragsgegnerin auszuschließen ist - Zweifel an der Person der Bewerber/Bieter und Identität der Bieter- mit der Bewerbergemeinschaft gestanden hätten, wären diese mit dem Schreiben der Antragsteller vom 27.11.2021 restlos ausgeräumt. Ein Ausscheidensgrund lag daher - wenn man von einer "Mangelhaftigkeit" des Angebots ausgeht, was ausdrücklich bestritten wird - auch durch diese Klarstellung nicht (mehr) vor.

7.2.3. In der Rechtsprechung und Literatur wird zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln unterschieden. Jedenfalls behebbar sind Mängel, die nicht zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr [Hrsg], Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. [2015] Rz 1601). Die Rechtsprechung hat beispielsweise das Fehlen einer in der Ausschreibung geforderten fimenmäßigen Fertigung eines Angebots als verbesserbar angesehen, sofern zumindest von einem rechtsverbindlichen Angebot auszugehen ist (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037).

Der Verwaltungsgerichtshof hat diese Rechtsprechung fortgeschrieben. Er hat gefordert, dass Mängel, deren Behebung nicht zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung eines Bieters gegenüber seinen Mitbietern führt, als behebbar zu qualifizieren sind. In einem anders Fall hat er beispielsweise die Rücknahme einer Erklärung über die Vertretungsbefugnis im Abwicklungsstadium durch eine andere Person als im Vergabeverfahren in einem Beiblatt als zulässige Mängelbehebung qualifiziert (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186).

Sollte es im vorliegenden Fall an einer firmenmäßigen Fertigung des Angebots durch die Mitglieder der Bietergemeinschaft gefehlt haben - wobei diese entsprechend den Festlegungen der Antragsgegnerin rechtswirksam von der AA AG bzw. deren Geschäftsführer federführend vertreten wurde -, so wäre dieser Mangel durch das Schreiben vom 27.11.2021 behoben und ein Ausscheiden des Angebots aus diesem Grund rechtswidrig.

8. Anträge

Aus allen diesen Gründen stellen die Antragsteller an das Landesverwaltungsgericht Tirol innerhalb offener Frist den

Antrag

1. ein Nachprüfungsverfahren gern. § 9 TVNG 2018 durchzuführen und gern. § 8 TVNG 2018 eine mündliche Verhandlung anzuberaumen;

2. dem Antragsteller gern. § 6 TVNG 2018 Einsicht in den Vergabeakt der Antragsgegnerin zu gewähren;

Sowie

3. die Entscheidung über das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin gemäß § 14 TVNG 2018 für nichtig zu erklären;

und jedenfalls

4. die Antragsgegnerin gern. § 24 Abs 5 TVNG 2018 zum Ersatz der entrichteten Gebühren zu verpflichten.

III. Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

1. Zur Vermeidung von Weitwendigkeiten erheben die Antragsteller ihr Vorbringen im Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen im gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Insbesondere liegt diesem Antrag dasselbe Vergabeverfahren und derselbe Sachverhalt wie oben unter II. geschildert zugrunde.

2. Die Antragsteller haben ein rechtlich geschütztes Interesse am Zuschlag der verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung. Sie sind entsprechend befugt und befähigt, die auftragsgegenständlichen Dienstleistungen im Rahmen dieser Rahmenvereinbarung auszuführen.

Die angefochtene Entscheidung ist rechtswidrig. Das rechtswidrige Ausscheiden des Angebots der Antragsteller diskriminiert diese offenkundig, beeinträchtigt den Wettbewerb und stellt einen groben Verstoß gegen das BVergG 2018 dar.

3. Die Antragsteller haben nachweislich einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag gestellt und wurden zur Angebotslegung eingeladen. Sie erfüllen alle Voraussetzungen für einen Zuschlag. Infolge ihres Ausscheidens und dem damit verbundenen Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren drohen ihnen frustrierte Aufwendungen für die Teilnahme am vorangegangenen Vergabeverfahren und Kosten für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren. Die Kosten dieser Verfahren bilden das Vertrauensinteresse. Dieses ist im gegenständlichen Fall angesichts der Pauschalgebühren und der Vertretungskosten mit ca. EUR 10.000 zu veranschlagen.

Das Erfüllungsinteresse umfasst den entgangenen Gewinn und die optimale Nutzung der Kapazitäten der Antragsteller. Angesichts der Auftragssumme stellen auch diese einen beträchtlichen Wert dar.

4. Durch die grob rechtswidrige und gegen sämtliche vergaberechtliche Grundsätze verstoßende Entscheidung des Ausscheidens der Antragsteller und die Fortsetzung des Vergabeverfahrens ohne die Antragsteller entsteht diesen ein schwerer, unwiederbringlicher wirtschaftlicher Schaden.

Verzögerungen durch ein Vergabenachprüfungsverfahren muss der Auftraggeber nach der Rechtsprechung zeitlich einkalkulieren. Diese stellen per se keine besondere Beeinträchtigung öffentlicher Interessen dar. Besondere öffentliche Interessen an der (unverzüglichen) Fortführung sind im gegenständlichen Fall nicht ersichtlich.

Eine Zuschlagserteilung würde den Rechtsschutz der Antragsteller wesentlich beeinträchtigen und den vergaberechtlichen Rechtsschutz letztlich annullieren. Jedenfalls sind die verletzten Interessen der Antragsteller im Verhältnis zu etwaigen öffentlichen Interessen an einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens erheblich.

Aus diesen Gründen stellen die Antragsteller an das Landesverwaltungsgericht Tirol innerhalb

offener Frist den

Antrag

die einstweilige Verfügung zu treffen, der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung über den oben unter I. ausgeführten Nachprüfungsantrag bei sonstiger Nichtigkeit die Zuschlagserteilung zu untersagen.

Z, den 17.12.2021 Bietergemeinschaft

AA AG / AA GmbH“

Zusammen mit diesem Schriftsatz hat die Antragstellerin Urkunden gelegt, welche zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurden:

? Bekanntmachung https://tirol.vergabeportal.at/Detail/*** Beilage./A

? Schreiben der Antragsgegnerin mit

Ausscheidensentscheidung vom 09.12.2021 Beilage./B

? Firmenbuchauszug AA GmbH Beilage./C

? Gewerberegisterauszug AA GmbH Beilage./D

? von der Antragstellerin korrekt ausgefülltes und

unterfertigtes Formblatt FB06 zum Teilnahmeantrag Beilage./E

? Ausschreibungsunterlagen „Kurznachrichtendienste

(SMS“, Geschäftszahl *** Beilage./F

? Aufforderung der Antragsteller durch die Antragsgegnerin

ein Angebot zu legen vom 12.11.2021 Beilage./G

? Nachricht „Klärungen/Nachforderungen zu Ihrem Angebot“

der Antragsgegnerin an FF vom 25.11.2021 Beilage./H

? Schreiben der Antragsteller an die Antragsegnerin

vom 27.11.2021 zur Klärung Beilage./I

? Vertrag „JJ-Signaturservice für e-Angebote“

zwischen der AA AG und der

JJ-KK GmbH Beilage./J

? Abgabeprotokoll zum Teilnahmeantrag der Antragsteller Beilage./K

? Abgabeprotokoll zum Angebot der Antragsteller vom 24.11.2021 Beilage./L

Mit Urkundenvorlage der Antragstellerin mit E-Mail vom 20.12.2021 wurde Folgende Urkunde gelegt, welche zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurde:

? Nachweis über die Bezahlung der Pauschalgebühr Beilage./M

Ebenfalls mit Urkundenvorlage vom 20.12.2021 wurde folgende Urkunde gelegt, welche zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurde:

? Nachweis über die Bezahlung der Gebühr

für das Finanzamt für Gebühren- und Verkehrssteuern und

Glücksspiel Beilage./N

Mit Schriftsatz der Auftraggeberin vom 22.12.2021, beim Landesverwaltungsgericht Tirol am 22.12.2021 um 09.38 Uhr eingelangt, hat die Antragstellerin eine Stellungnahme zur einstweiligen Verfügung abgegeben und weiters im Einzelnen ausgeführt, wie folgt:

„I. Relevanter Sachverhalt

1 Die Antragsgegnerin, das Land Tirol ist im gegenständlichen Vergabeverfahren Auftraggeberin. Die Antragsgegnerin BB GmbH fungiert als vergebende Stelle bei der Durchführung des Vergabeverfahrens.

Beweis: Bekanntmachung ***

Die öffentliche Auftraggeberin hat den Versand von SMS an österreichische und internationale Mobilfunknummern im Rahmen der Programme „Tirol testet“ und „Tirol impft“ in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich ausgeschrieben.

2 Ziel des Vergabeverfahren ist der Abschluss eines Dienstleistungsauftrages über den Versand von SMS an österreichische und internationale Mobilfunknummern für die öffentliche Auftraggeberin.

3 Die Bewerbergemeinschaft bestehend aus der AA AG (X) und der AA GmbH (W) stellte fristgerecht einen Teilnahmeantrag. Diese Bietergemeinschaft wurde zur zweiten Stufe des Verfahrens zugelassen.

4 Die Antragsgegnerin hat daraufhin die Antragsteller aufgefordert, ein Erstangebot zu legen. Die Aufforderung zur Angebotslegung war wie folgt formuliert: „Sehr geehrte Damen und Herren! Sie werden im nachstehenden Verfahren zur Angebotsabgabe eingeladen [...]“

Beweis: siehe dazu die „Einladung zur Angebotsabgabe“ der JJ Plattform.

Zeuge LL, Leiter eVergabe, p.A. JJ-KK GmbH

5 Die AA AG legte in Folge fristgerecht ein Erstangebot.

6 Bei der Abgabe des Angebots gibt die Vergabeplattform JJ Bietern die Möglichkeit, über das Anklicken eines Button anzugeben, ob ein Angebot als federführendes Mitglied einer Bietergemeinschaft abgegeben wird. Es stehen dabei ein Button mit der Bezeichnung „Ja“ und ein Button mit der Bezeichnung „Nein“ zur Auswahl (siehe den folgenden screenshot aus der Vergabeplattform).

„Bild im Original als pdf ersichtlich“

7 Aus den von der Vergabeplattform JJ gesammelten Log-Dateien ergibt sich, dass bei der Abgabe des Angebots der AA AG der Button „Nein“ ausgewählt war.

Beweis

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, https://www.lvwg-tirol.gv.at

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