

TE Bvwg Erkenntnis 2016/2/4 W138 2118883-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.02.2016

Entscheidungsdatum

04.02.2016

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §108 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §74 Abs1

BVergG 2006 §76

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

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

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W138 2118883-2/23E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie Mag. Susanne WIXFORTH als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibung über Nässeschutzjacke Alpin und Nässeschutzhose (Rahmenabrufvertrag) für das Jahr 2016 und 2017 (Option 2018 bzw. 2019)" der Republik Österreich/Bund (Bundesminister für Landesverteidigung und Sport), vertreten durch die vergebende Stelle Republik Österreich/BMLVS, kaufmännische Abteilung, Referat 4, Roßauerlände 1, 1090 Wien, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1010 Wien über den Antrag der XXXX, vertreten durch GLO Gößeringer Löscher Oman Rechtsanwälte GmbH, Heuplatz 2, 9020 Klagenfurt am Wörthersee, vom 23.12.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 28.01.2016 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie Mag. Susanne WIXFORTH als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibung über Nässeschutzjacke Alpin und Nässeschutzhose (Rahmenabrufvertrag) für das Jahr 2016 und 2017 (Option 2018 bzw. 2019)" der Republik Österreich/Bund (Bundesminister für Landesverteidigung und Sport), vertreten durch die vergebende Stelle Republik Österreich/BMLVS, kaufmännische Abteilung, Referat 4, Roßauerlände 1, 1090 Wien, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1010 Wien über den Antrag der römisch 40, vertreten durch GLO Gößeringer Löscher Oman Rechtsanwälte GmbH, Heuplatz 2, 9020 Klagenfurt am Wörthersee, vom 23.12.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 28.01.2016 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag "die im gegenständlichen Vergabeverfahren "Ausschreibung über Nässeschutzjacke Alpin und Nässeschutzhose (Rahmenabrufvertrag) für das Jahr 2016 und 2017 (Option 2018 bzw. 2019)" E90037/7/00-00-KA/2015" vom Auftraggeber getroffene und mit Telefax vom 14.12.2015 (übermittelt am 15.12.2015) bekanntgegebene Entscheidung auf Ausscheiden unseres Angebotes für nichtig zu erklären" wird gem. § 129 Abs. 1 Z 2 und 7 BVergG abgewiesen.römisch eins. Der Antrag "die im gegenständlichen Vergabeverfahren "Ausschreibung über Nässeschutzjacke Alpin und Nässeschutzhose (Rahmenabrufvertrag) für das Jahr 2016 und 2017 (Option 2018 bzw. 2019)" E90037/7/00-00-KA/2015" vom Auftraggeber getroffene und mit Telefax vom 14.12.2015 (übermittelt am 15.12.2015) bekanntgegebene Entscheidung auf Ausscheiden unseres Angebotes für nichtig zu erklären" wird gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und 7 BVergG abgewiesen.

II. Der Antrag auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren wird gem. § 319 Abs. 1 und 2 BVergG abgewiesen.römisch zwei. Der Antrag auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren wird gem. Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

Die XXXX (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch GLO Gößeringer Löscher Oman Rechtsanwälte GmbH, Heuplatz 2, 9020 Klagenfurt am Wörthersee Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 23.12.2015 den Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Antrag auf Gebührenersatz.Die römisch 40 (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch GLO Gößeringer Löscher Oman Rechtsanwälte GmbH, Heuplatz 2, 9020 Klagenfurt am Wörthersee Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 23.12.2015 den Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Antrag auf Gebührenersatz.

Im Schriftsatz vom 23.12.2015 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren der Antragstellerin mit Telefax der Auftraggeberin vom 14.12.2015, übermittelt am 15.12.2015, mitgeteilt worden sei, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werde. Dagegen richte sich der gegenständliche fristgerechte Nachprüfungsantrag.

Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Angebotsfrist ende am 04.11.2015, 09:00 Uhr. Als Zuschlagsprinzip sei der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis vorgesehen. In den Ausschreibungsunterlagen sei auf Seite 5 eine Kautio vorgesehen. Die vom Auftraggeber geforderten Eignungsnachweise würden auf Seite 2 der Ausschreibungsunterlagen geregelt. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren innerhalb der Angebotsfrist ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Diesem Angebot sei unter anderem auch die geforderte Bankbestätigung ausgestellt von der XXXX vom 02.11.2015 beigelegt worden. Mit diesem Schreiben bestätige die Bank unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die gegenständliche Ausschreibung und unter Bezugnahme auf das bestehende Guthaben und die bestehenden Kreditlimiten der die Antragstellerin finanzierenden 100 prozentigen Muttergesellschaft, dass die für die erwähnte Ausschreibung notwendige Garantie ausgestellt werden könne.Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Angebotsfrist ende am 04.11.2015, 09:00 Uhr. Als Zuschlagsprinzip sei der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis vorgesehen. In den Ausschreibungsunterlagen sei auf Seite 5 eine Kautio vorgesehen. Die vom Auftraggeber geforderten Eignungsnachweise würden auf Seite 2 der Ausschreibungsunterlagen geregelt. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren innerhalb der Angebotsfrist ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Diesem Angebot sei unter anderem auch die geforderte Bankbestätigung ausgestellt von der römisch 40 vom 02.11.2015 beigelegt worden. Mit diesem Schreiben bestätige die Bank unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die gegenständliche Ausschreibung und unter Bezugnahme auf das bestehende Guthaben und die bestehenden Kreditlimiten der die Antragstellerin finanzierenden 100 prozentigen Muttergesellschaft, dass die für die erwähnte Ausschreibung notwendige Garantie ausgestellt werden könne.

Die Angebotsöffnung habe ergeben, dass zwar zwei Bieter ein Angebot mit einer niedrigeren Angebotssumme gelegt

hätten, jedoch seien die Angebote dieser beiden Bieter auf Grund der fehlenden Eignung bzw. der Ausschreibungswidrigkeit der Angebote zwingend auszuschneiden. Damit wäre das Angebot der Antragstellerin unter jenen Angeboten, die für die Wahl des Angebotes für den Zuschlag in Frage kommen würden, das billigste Angebot und demgemäß bei rechtskonformer Vorgangsweise der Auftrag im gegenständlichen Verfahren an die Antragstellerin zu erteilen. Der Auftraggeber habe im gegenständlichen Vergabeverfahren weder die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben noch den Zuschlag erteilt. Die bekämpfte Ausscheidensentscheidung sei aus folgenden Gründen rechtswidrig.

Richtig sei, dass es sich bei der vorgelegten Bankbestätigung um keine Garantie und auch um keine andere vom Auftraggeber oder von der Antragstellerin nötigenfalls einklagbare Verpflichtung der Bank handle. Vollkommen verfehlt sei jedoch die Rechtsansicht der Auftraggeberin, welche sie der Ausscheidensentscheidung zu Grunde lege, dass eine solche Garantie oder sonstige einklagbare Verpflichtung der Bank nach der maßgeblichen Bestimmung der Ausschreibungsunterlage gefordert gewesen wäre.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes seien Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel seien Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Schon auf Grund des ausdrücklichen Wortlautes ergebe sich im gegenständlichen Fall zweifelsfrei, dass eine solche Garantie auf Grund der zitierten Bestimmung auf Seite 5 erst auf Verlangen des Auftraggebers innerhalb von zehn Tagen ab Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung vorzulegen sei.

Bei der maßgeblichen Bestimmung auf Seite 2 der Ausschreibungsunterlagen gehe es jedoch um etwas völlig anderes. Nämlich um die Eignung des Bieters und die dafür vorzulegenden Eignungsnachweise. Zweifelsfrei gehe es dabei um einen Nachweis für die Erfüllung des Eignungskriteriums der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei dabei zwischen dem Vorliegen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit an sich, welche spätestens zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist und der Angebotsöffnung vorliegen müsse und dem Nachweis derselben, welcher Nachweis auch entsprechend substituiert und im Wege der Mängelbehebung auch nachgereicht werden könne, zu unterscheiden.

Bei der auf Grund der maßgeblichen Bestimmung geforderten Bankbestätigung handle es sich zweifelsfrei um einen geforderten Nachweis für die Überprüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters in Form einer entsprechenden Bankerklärung. Gefordert sei daher selbstverständlich keine wie auch immer geartete Garantie oder Ähnliches, sondern lediglich eine Bestätigung der Bonität und Solvenz des Bieters in Form einer abgegebenen Absichtserklärung einer Bank für den Fall, dass der Bieter den Zuschlag erhalte, eine entsprechende Bankgarantie zu übernehmen. Eine solche Bankerklärung sei daher noch keine Vertragserfüllungsgarantie. Keinesfalls könne die maßgebliche Ausschreibungsbestimmung auf Seite 2 unter den dargelegten Auslegungsmaximen dahingehend ausgelegt werden, dass damit bereits eine Bankgarantie oder eine vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Bieter einklagbare Verpflichtung der Bank vorliegen müsse. Es sei daher festzuhalten, dass entgegen der Rechtsmeinung des Auftraggebers die von der Antragstellerin vorgelegte Bankbestätigung die diesbezüglichen Vorgaben auf Seite 2 der Ausschreibungsunterlagen erfülle und damit die Antragstellerin die gegebene finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ausreichend nachgewiesen habe, sodass die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig sei.

Selbst in dem Falle, dass die Zweifel des Auftraggebers über den Inhalt der Bankbestätigung berechtigt wären, hätte der Auftraggeber nicht mit dem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin vorgehen dürfen. Nach der herrschenden Rechtsmeinung handle es sich nämlich bei fehlenden Bankerklärungen um einen behebbaren Mangel. Dementsprechend wäre auch in diesem Fall die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig. Ganz unabhängig dazu sei festzuhalten, dass der Auftraggeber bei der Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durchaus auch seinen eigenen Wissens- und Erfahrungsstand einfließen lassen müsse. Tatsächlich sei es so, dass die Antragstellerin in der Vergangenheit bereits erfolgreich und zur allseitigen Zufriedenheit Aufträge in vergleichbarer Größenordnung für den Auftraggeber ausgeführt habe.

Die Antragstellerin sei ein zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung befugtes und auf dem Sektor der Berufs- und Sportbekleidung führendes Unternehmen und daher im Bereich der ausschreibungsgegenständlichen Leistung seit Jahren gewerblich tätig. Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich selbstverständlich schon aus dem Umstand, dass die Antragstellerin ein Angebot gelegt habe und den

gegenständlichen Nachprüfungsantrag eingebracht habe. Werde die Ausscheidensentscheidung nicht behoben und die Antragstellerin daher rechtswidrig vom Vergabeverfahren ausgeschieden, liege der große Schaden im Verlust der ansonsten an die Antragstellerin als Billigstbieterin vorzunehmenden Auftragserteilung. In Folge der Ausscheidung und damit der rechtswidrig vorenthaltene Auftragserteilung würde ein Schaden in Form des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes erwachsen. Die Antragstellerin erachte sich durch die bekämpfte Entscheidung in ihrem Recht auf nicht Ausscheiden des ausschreibungskonformen Angebotes verletzt. Die für die Behandlung des Nachprüfungsantrages zu zahlende Pauschalgebühr sei entrichtet worden.

Mit Schriftsatz vom 07.01.2016 führte die Republik Österreich/Bund (im Weiteren Auftraggeberin), vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien im Wesentlichen aus, dass seitens der Antragstellerin ausgeführt werde, dass die Angebotsöffnung ergeben habe, dass zwar zwei weitere Bieter ein Angebot mit einer niedrigeren Angebotssumme gelegt hätten, diese jedoch zwingend auszuschneiden wären. Dem Vorbringen der Antragstellerin sei zu entgegnen, dass die Auftraggeberin davon ausgehe, zumal das gegenständliche Prüfverfahren noch nicht abgeschlossen sei, dass die beiden anderen Angebote nicht zwingend auszuschneiden seien. Selbst im Fall der gerichtlichen Nichtigkeitsklärung der gegenständlichen Ausscheidensentscheidung vom 14.12.2015 würde die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten, da ihr Angebot an dritter Stelle gereiht sei. Die Antragslegitimation der Antragstellerin sei sohin mangels Schadens zu verneinen und sei der gegenständliche Nachprüfungsantrag aufgrund dessen zurückzuweisen.

Nach Ansicht der Antragstellerin sei die Auftraggeberin, unabhängig vom Inhalt der Bankbestätigung, nicht dazu berechtigt gewesen, das Ausscheiden des gegenständlichen Angebotes zu verfügen, da es sich um einen behebbaren Mangel handeln würde. Das Vorbringen der Antragstellerin sei unter Hinweis auf Seite 2 AB unrichtig. Es sei festzuhalten, dass gegenständliche Ausschreibungsunterlagen als gesondert anfechtbare Entscheidung mangels Anfechtung innerhalb der vorgesehenen Anfechtungsfrist bestandfest geworden seien und ihre Festlegungen nach ständiger Rechtsprechung alle am Vergabeverfahren beteiligten Parteien, somit sowohl nachprüfende Gerichte, als auch die Auftraggeberin und die Bieter binden würden. Grundsätzlich behebbare Mängel würden durch entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zu unbehebbar Mängeln, wenn die dahingehenden Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen, wie im gegenständlichen Fall, nicht fristgerecht angefochten worden seien. Aufgrund der angeführten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, wonach bei Nichtvorlage einer Bankbestätigung das Angebot zwingend auszuschneiden sei, würde es sich jedenfalls um einen unbehebbar Mangel handeln. Nach Ansicht der Antragstellerin sei die Auftraggeberin, unabhängig vom Inhalt der Bankbestätigung, nicht dazu berechtigt gewesen, das Ausscheiden des gegenständlichen Angebotes zu verfügen, da es sich um einen behebbaren Mangel handeln würde. Das Vorbringen der Antragstellerin sei unter Hinweis auf Seite 2 Ausschussbericht unrichtig. Es sei festzuhalten, dass gegenständliche Ausschreibungsunterlagen als gesondert anfechtbare Entscheidung mangels Anfechtung innerhalb der vorgesehenen Anfechtungsfrist bestandfest geworden seien und ihre Festlegungen nach ständiger Rechtsprechung alle am Vergabeverfahren beteiligten Parteien, somit sowohl nachprüfende Gerichte, als auch die Auftraggeberin und die Bieter binden würden. Grundsätzlich behebbare Mängel würden durch entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zu unbehebbar Mängeln, wenn die dahingehenden Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen, wie im gegenständlichen Fall, nicht fristgerecht angefochten worden seien. Aufgrund der angeführten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, wonach bei Nichtvorlage einer Bankbestätigung das Angebot zwingend auszuschneiden sei, würde es sich jedenfalls um einen unbehebbar Mangel handeln.

Auf Seite 2 AB finde sich die Festlegung, dass mit dem Angebot eine Bestätigung der Bank vorzulegen sei, dass im Auftragsfall die Bankgarantie ausgestellt wird. Eine Nichtvorlage zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bewirkt das Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren. Auf Seite 2 Ausschussbericht finde sich die Festlegung, dass mit dem Angebot eine Bestätigung der Bank vorzulegen sei, dass im Auftragsfall die Bankgarantie ausgestellt wird. Eine Nichtvorlage zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bewirkt das Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren.

Unter einer Bankgarantie ist eine Verpflichtung zu verstehen, wonach eine Bank dafür Gewähr leiste, dass ein Garantiebegünstigter eine Leistung erhalte, die ihm der Garantierauftraggeber schulde. Die Bank verpflichte sich sohin gegenüber dem Garantierauftraggeber mit dem Begünstigten einen Garantievertrag abzuschließen.

Dem gegenüber sei unter einer Bankbestätigung eine verbindliche Erklärung zu verstehen, dass im Auftragsfall die Bankgarantie ausgestellt wird. Die geforderte Bankbestätigung stelle demnach ein verbindliches Leistungsversprechen

der Bank dar, im Falle des Zuschlags eine entsprechende Garantie abzugeben.

Dem Vorbringen der Antragstellerin sei weiters zu entgegnen, dass ihr Vorbringen auch deshalb ins Leere gehe, da diese bereits bei mehreren Ausschreibungen der Auftraggeberin als Bieter teilgenommen habe und neben der Tatsache, dass die Ausschreibungsunterlagen klar und unmissverständlich gestaltet seien, über den tatsächlichen Inhalt der Ausschreibungsbedingungen mehr als ausreichende Kenntnis erlangt habe. So habe die Antragstellerin beispielsweise im Vergabeverfahren über Nässeschutzjacken für das Jahr 2015 und 2016 ein ordnungsgemäßes Angebot samt geforderter Bankbestätigung abgegeben und habe diese auch am 31.03.2015 den Zuschlag erhalten. Die damaligen der Ausschreibung zugrundeliegenden Unterlagen seien hinsichtlich der oben angeführten Bestimmungen bezüglich der Bankbestätigung und der Bankgarantie ident. Die Antragstellerin habe im damaligen Vergabeverfahren eine Bestätigung der XXXX vom 01.12.2014 vorgelegt. Die Bank habe darin mitgeteilt, dass sie bei einer Zuschlagserteilung an die Antragstellerin als Sicherstellung eine Kautions in Höhe von 20% der Auftragssumme in Form einer abstrakten Bankgarantie legen werde. Weiters habe die Antragstellerin an einem weiteren derzeit noch laufenden Vergabeverfahren über Wärmeschutz A teilgenommen. Auch hier handle es sich um idente Ausschreibungsbestimmungen bezüglich der geforderten Eignungsnachweise (Bankbestätigung, Bankgarantie). Die Antragstellerin habe in diesem Vergabeverfahren die Auftraggeberin darüber informiert, dass die Bestätigung bzw. der Bankgarantietext nicht fristgerecht vorgelegt werden könnte. Dem Vorbringen der Antragstellerin sei weiters zu entgegnen, dass ihr Vorbringen auch deshalb ins Leere gehe, da diese bereits bei mehreren Ausschreibungen der Auftraggeberin als Bieter teilgenommen habe und neben der Tatsache, dass die Ausschreibungsunterlagen klar und unmissverständlich gestaltet seien, über den tatsächlichen Inhalt der Ausschreibungsbedingungen mehr als ausreichende Kenntnis erlangt habe. So habe die Antragstellerin beispielsweise im Vergabeverfahren über Nässeschutzjacken für das Jahr 2015 und 2016 ein ordnungsgemäßes Angebot samt geforderter Bankbestätigung abgegeben und habe diese auch am 31.03.2015 den Zuschlag erhalten. Die damaligen der Ausschreibung zugrundeliegenden Unterlagen seien hinsichtlich der oben angeführten Bestimmungen bezüglich der Bankbestätigung und der Bankgarantie ident. Die Antragstellerin habe im damaligen Vergabeverfahren eine Bestätigung der römisch 40 vom 01.12.2014 vorgelegt. Die Bank habe darin mitgeteilt, dass sie bei einer Zuschlagserteilung an die Antragstellerin als Sicherstellung eine Kautions in Höhe von 20% der Auftragssumme in Form einer abstrakten Bankgarantie legen werde. Weiters habe die Antragstellerin an einem weiteren derzeit noch laufenden Vergabeverfahren über Wärmeschutz A teilgenommen. Auch hier handle es sich um idente Ausschreibungsbestimmungen bezüglich der geforderten Eignungsnachweise (Bankbestätigung, Bankgarantie). Die Antragstellerin habe in diesem Vergabeverfahren die Auftraggeberin darüber informiert, dass die Bestätigung bzw. der Bankgarantietext nicht fristgerecht vorgelegt werden könnte.

In weiterer Folge sei dieses Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden, wobei jedoch keine Anfechtung der Ausscheidungsentscheidung vom 21.10.2015 erfolgt sei. Die Antragstellerin habe daher sehr wohl gewusst, wie die in Rede stehenden Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung zu verstehen seien und habe sie sohin jedenfalls den wahren Willen der Auftraggeberin gekannt. Seitens der Antragstellerin werde vorgebracht, dass die gegenständliche Ausschreibung der Gestalt zu verstehen sei, dass mit dem Angebot keinesfalls eine einklagbare Verpflichtung der Bank abgegeben werden müsste. Vielmehr sei das beigelegte Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 jedenfalls ausreichend. Auf Seite 2 AB sei festgelegt worden, dass die mit dem Angebot vorzulegenden Eignungsnachweise des Bieters sowie der ua Subunternehmer/Unterlieferanten zu erbringen seien. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe damit eindeutig hervor, dass die Eignungsnachweise des Bieters bzw. des jeweilig genannten Subunternehmers zu erbringen seien. In weiterer Folge sei dieses Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden, wobei jedoch keine Anfechtung der Ausscheidungsentscheidung vom 21.10.2015 erfolgt sei. Die Antragstellerin habe daher sehr wohl gewusst, wie die in Rede stehenden Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung zu verstehen seien und habe sie sohin jedenfalls den wahren Willen der Auftraggeberin gekannt. Seitens der Antragstellerin werde vorgebracht, dass die gegenständliche Ausschreibung der Gestalt zu verstehen sei, dass mit dem Angebot keinesfalls eine einklagbare Verpflichtung der Bank abgegeben werden müsste. Vielmehr sei das beigelegte Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 jedenfalls ausreichend. Auf Seite 2 Ausschussbericht sei festgelegt worden, dass die mit dem Angebot vorzulegenden Eignungsnachweise des Bieters sowie der ua Subunternehmer/Unterlieferanten zu erbringen seien. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe damit eindeutig hervor, dass die Eignungsnachweise des Bieters bzw. des jeweilig genannten Subunternehmers zu erbringen seien.

Aus Sicht der Auftraggeberin sei darauf hinzuweisen, dass das beigelegte Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 nicht die Antragstellerin, sohin die XXXX , sondern eindeutig die XXXX betreffe. Bei der XXXX handle es sich aber nicht um die Antragstellerin, sondern um eine Unternehmensgruppe, welche als 100% Gesellschafterin der Antragstellerin fungiere. Die XXXX sei seitens der Antragstellerin nicht als notwendige Subunternehmerin angeführt worden, wodurch überhaupt keine verwertbare Bankbestätigung der Antragstellerin vorliege. Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG seien zunächst den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Aufgrund der Tatsache, dass dem gegenständlichen Angebot der Antragstellerin ein Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 beigelegt worden sei, welches die XXXX betreffe, schließe die Auftraggeberin daraus, dass diese Unternehmensgruppe als offensichtlich notwendiger Subunternehmer nicht genannt worden sei. Zudem erfülle das beigelegte Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 nicht die Erfordernisse der Ausschreibungsunterlagen. Demnach könnte ein allfälliger Zuschlag auch nur durch eine Änderung des Angebotes erfolgen, wodurch gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG das gegenständliche Angebot zwingend auszuschneiden sei. Von der Fallgruppe, der den Ausschreibungsunterlagen widersprechenden Angeboten sei jene der fehlerhaften oder unvollständigen Angebote zu unterscheiden. Unvollständig seien Angebote, wenn Unterlagen, wie z.B. Eignungsnachweise fehlen würden und nach dem Ausschreibungstext dem Angebot beigelegt oder angeboten hätten werden müssen. Als unbehebbarer Mängel seien seitens der Judikatur bisweilen die Nichtangabe der Teile des Auftrages, die an Subunternehmer weitergegeben würden, sowie die Nichtangabe der notwendigen Subunternehmer qualifiziert worden. Aus Sicht der Auftraggeberin sei darauf hinzuweisen, dass das beigelegte Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 nicht die Antragstellerin, sohin die römisch 40 , sondern eindeutig die römisch 40 betreffe. Bei der römisch 40 handle es sich aber nicht um die Antragstellerin, sondern um eine Unternehmensgruppe, welche als 100% Gesellschafterin der Antragstellerin fungiere. Die römisch 40 sei seitens der Antragstellerin nicht als notwendige Subunternehmerin angeführt worden, wodurch überhaupt keine verwertbare Bankbestätigung der Antragstellerin vorliege. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG seien zunächst den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Aufgrund der Tatsache, dass dem gegenständlichen Angebot der Antragstellerin ein Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 beigelegt worden sei, welches die römisch 40 betreffe, schließe die Auftraggeberin daraus, dass diese Unternehmensgruppe als offensichtlich notwendiger Subunternehmer nicht genannt worden sei. Zudem erfülle das beigelegte Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 nicht die Erfordernisse der Ausschreibungsunterlagen. Demnach könnte ein allfälliger Zuschlag auch nur durch eine Änderung des Angebotes erfolgen, wodurch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG das gegenständliche Angebot zwingend auszuschneiden sei. Von der Fallgruppe, der den Ausschreibungsunterlagen widersprechenden Angeboten sei jene der fehlerhaften oder unvollständigen Angebote zu unterscheiden. Unvollständig seien Angebote, wenn Unterlagen, wie z.B. Eignungsnachweise fehlen würden und nach dem Ausschreibungstext dem Angebot beigelegt oder angeboten hätten werden müssen. Als unbehebbarer Mängel seien seitens der Judikatur bisweilen die Nichtangabe der Teile des Auftrages, die an Subunternehmer weitergegeben würden, sowie die Nichtangabe der notwendigen Subunternehmer qualifiziert worden.

Das Angebot der Antragstellerin sei daher aufgrund der fehlenden Bekanntgabe eines Subunternehmers zwingend auszuschneiden. Im Falle von unbehebbarer Mängeln seien jedenfalls auch nachträgliche Aufklärungsversuche unbeachtlich. Selbst unter Außerachtlassung der Tatsache, dass das Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 nicht die Antragstellerin, sondern die XXXX betreffe, entspreche die beigelegte "Mitteilmachweisbestätigung" keinesfalls den Festlegungen der Ausschreibungsunterlage. Mit dem Angebot habe aufgrund der Festlegung auf Seite 2 AB eine verbindliche Erklärung der Bank beigelegt werden müssen, die bestätige, dass im Auftragsfall eine Bankgarantie ausgestellt werde. Die Formulierung auf Seite 2 AB lasse aufgrund des Sprachgebrauchs keinen Zweifel an dem verpflichtenden Charakter der Bankbestätigung offen. Jedenfalls werde indiziert, dass die Bankbestätigung keinerlei Einschränkungen enthalten dürfe. Dem Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 sei zwar zu entnehmen, dass die für die erwähnte Ausschreibung notwendige Garantie ausgestellt werden könnte, jedoch werde diese Möglichkeit in den letzten beiden Absätzen deutlich gemindert bzw. eingeschränkt und zeuge dadurch von einem unverbindlichen Charakter. Aus dem Schreiben vom 02.11.2015 gehe hervor, dass ein gewisses Guthaben und ein Kreditlimit der XXXX und eben nicht der Antragstellerin bestünden. Die Bank gebe selbst zu bedenken, dass dieses Schreiben weder eine Garantie noch irgendeine Verpflichtung darstelle. Es liege keine Bestätigung vor, dass im Auftragsfall tatsächlich eine Bankgarantie ausgestellt werde. Die Bank hätte sich nämlich gegenüber der Auftraggeberin dazu verpflichten müssen, im Falle des Zuschlages einen Garantievertrag abzuschließen. Dies sei gegenständlich jedoch anhand der Mittelnachweisbestätigung keinesfalls erfolgt. Eine Mittelnachweisbestätigung, wie im gegenständlichen Fall, als reine

Bonitätsprüfung sei demnach in keiner Weise vorgesehen und könne im Bedarfsfall auch durch die Überprüfung beim Kreditschutzverband erfolgen. Das Angebot der Antragstellerin erfülle daher auch unter diesem Aspekt nicht die Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen und sei daher zwingend auszuschneiden. Das Angebot der Antragstellerin sei daher aufgrund der fehlenden Bekanntgabe eines Subunternehmers zwingend auszuschneiden. Im Falle von unbehebbar Mängeln seien jedenfalls auch nachträgliche Aufklärungsversuche unbeachtlich. Selbst unter Außerachtlassung der Tatsache, dass das Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 nicht die Antragstellerin, sondern die römisch 40 betreffe, entspreche die beigelegte "Mitteilnachweisbestätigung" keinesfalls den Festlegungen der Ausschreibungsunterlage. Mit dem Angebot habe aufgrund der Festlegung auf Seite 2 Ausschussbericht eine verbindliche Erklärung der Bank beigelegt werden müssen, die bestätige, dass im Auftragsfall eine Bankgarantie ausgestellt werde. Die Formulierung auf Seite 2 Ausschussbericht lasse aufgrund des Sprachgebrauchs keinen Zweifel an dem verpflichtenden Charakter der Bankbestätigung offen. Jedenfalls werde indiziert, dass die Bankbestätigung keinerlei Einschränkungen enthalten dürfe. Dem Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 sei zwar zu entnehmen, dass die für die erwähnte Ausschreibung notwendige Garantie ausgestellt werden könnte, jedoch werde diese Möglichkeit in den letzten beiden Absätzen deutlich gemindert bzw. eingeschränkt und zeuge dadurch von einem unverbindlichen Charakter. Aus dem Schreiben vom 02.11.2015 gehe hervor, dass ein gewisses Guthaben und ein Kreditlimit der römisch 40 und eben nicht der Antragstellerin bestünden. Die Bank gebe selbst zu bedenken, dass dieses Schreiben weder eine Garantie noch irgendeine Verpflichtung darstelle. Es liege keine Bestätigung vor, dass im Auftragsfall tatsächlich eine Bankgarantie ausgestellt werde. Die Bank hätte sich nämlich gegenüber der Auftraggeberin dazu verpflichten müssen, im Falle des Zuschlages einen Garantievertrag abzuschließen. Dies sei gegenständlich jedoch anhand der Mittelnachweisbestätigung keinesfalls erfolgt. Eine Mittelnachweisbestätigung, wie im gegenständlichen Fall, als reine Bonitätsprüfung sei demnach in keiner Weise vorgesehen und könne im Bedarfsfall auch durch die Überprüfung beim Kreditschutzverband erfolgen. Das Angebot der Antragstellerin erfülle daher auch unter diesem Aspekt nicht die Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen und sei daher zwingend auszuschneiden.

Mit Schriftsatz vom 18.01.2016 führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin die Beschwerdelegitimation der Antragstellerin bestreite und ausführe, dass die Antragslegitimation mangels Schaden zu verneinen wäre, weil die laut Angebotsöffnung preislich vor der Antragstellerin liegenden Bieter nicht auszuschneiden wären und damit das Angebot der Antragstellerin nur an dritter Stelle zu reihen wäre. Diese Sichtweise sei verfehlt. Bekämpfe ein Bieter sein eigenes Ausscheiden, so komme ihm diesbezüglich jedenfalls Antragslegitimation zu. Die Frage der Zulässigkeit des tatsächlich erfolgten Ausscheidens bilde daher die Hauptfrage des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens. Für die Beurteilung der Antragslegitimation habe die Reihung der Angebote im Rahmen der Bestbieterermittlung außer Betracht zu bleiben, da das Bundesverwaltungsgericht nicht zur Durchführung einer hypothetischen Bestbieterermittlung anstelle des Auftraggebers zuständig sei. Die Auftraggeberin verweise auf die Bestimmung der Ausschreibungsunterlage auf Seite 2, wonach eine Nichtvorlage der Bankbestätigung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung das Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren bewirke. Sie vermeine, durch diesen bestandfest gewordenen Passus der Ausschreibungsunterlagen sämtlichen Pflichten zu diesbezüglichen Mängelbehebungen enthoben worden zu sein. Würden bei der Prüfung der vorgelegten Eignungsnachweise Mängel festgestellt werden, weil geforderte Eignungsnachweise nicht vorgelegt worden seien oder diese aufklärungsbedürftig seien, habe der Auftraggeber ein Mängelbehebungsverfahren einzuleiten. Der Bieter sei aufzufordern, binnen einer angemessenen Frist erforderliche Nachweise vorzulegen.

Von dieser Verpflichtung könne sich der öffentliche Auftraggeber auch nicht durch die zitierte bestandfeste Ausschreibungsbestimmung entledigen. Vielmehr sei diese Bestimmung in Entsprechung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergaberechtskonform im Sinne einer Mängelbehebungsmöglichkeit auszulegen. Abgesehen davon betreffe diese Ausschlussbestimmung schon nach ihrem Wortlaut nur die Nichtvorlage einer Bestätigung, nicht jedoch Unklarheiten in einer Bestätigung die aufklärungsbedürftig seien.

Die Auftraggeberin hätte im Mängelbehebungsverfahren der Antragstellerin die Möglichkeit geben müssen, den Nachweis, sollte er tatsächlich unvollständig sein, was er ohnehin nicht wäre, allenfalls zu vervollständigen bzw. weitere Nachweise beizubringen. Die Ausscheidensentscheidung erweise sich schon deshalb als rechtswidrig, weil die Auftraggeberin die Antragstellerin nicht zur Mängelbehebung aufgefordert habe. Die Auftraggeberin mache aus der Bestätigung der Bank eine Verpflichtung, obwohl eine solche Interpretation der Ausschreibungsbestimmungen jedenfalls mit den Auslegungsgrundsätzen von Ausschreibungsunterlagen nicht annähernd in Einklang zu bringen

sein. Zivilrechtlich sei bei der Abgabe von Erklärungen streng zwischen zwei Arten von Erklärungen unterscheiden. Zum einen Willenserklärungen, das seien Erklärungen, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet seien. Um eine solche Willenserklärung seitens der Bank handle es sich zweifelsfrei bei der Abgabe einer Bankgarantie. Davon zu unterscheiden seien so genannte Wissenserklärungen. Eine Wissenserklärung enthalte keine Willensäußerung, sondern bloß eine Nachricht über Tatsachen. Bei einer Bestätigung handle es sich um eine bloße Wissenserklärung und um keine wie auch immer geartete Willenserklärung. Dementsprechend handle es sich bei der geforderten Bankbestätigung zweifelsfrei um eine bloße Wissenserklärung der Bank und nicht um eine entsprechende Willenserklärung. Eine Bankbestätigung sei niemals in der Lage, eine wie auch immer geartete Leistungsverpflichtung von wem auch immer zu erzeugen. Die Uminterpretation der diesbezüglich klaren Ausschreibungsbestimmungen von einer Bestätigung in eine Verpflichtung, wie sie die Auftraggeberin nunmehr vorzunehmen versuche, um das rechtswidrige Ausscheiden zu rechtfertigen, verstoße gegen die Auslegungsgrundsätze und sei daher unzulässig.

Auch dass eine Bestätigung immer nur den Wissenstand zum Zeitpunkt der Bestätigung wiedergebe, sei nichts Außergewöhnliches, sondern lediglich der Ausfluss aus dem Wesen einer Bestätigung. Es handle sich bei der geforderten Bankbestätigung um einen Nachweis zur Überprüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters in Form einer Bankerklärung (Bonitätsauskunft) gemäß § 74 Abs. 1 Z 1 BVergG. Bei dieser Bestätigung gehe es nicht darum, den Auftraggeber oder Bieter in irgendeiner Form abzusichern, sondern schlicht und einfach um einen Nachweis zur Überprüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters. Konkret um die Bestätigung über das Vorliegen einer ausreichenden Bonität zum Erhalt einer Bankgarantie. Mit der Bestätigung der Bank, wie im gegenständlichen Fall, dass derzeit eine ausreichende Bonität zur Ausstellung der für den Zuschlagsfall geforderten Bankgarantie vorhanden sei, sei dieser Nachweis selbstverständlich erbracht. Die Antragstellerin bewerbe sich seit vielen Jahren bei Ausschreibungen des BMLVS aber auch bei anderen Ausschreibungen des Bundes bei welchen derartige Bankbestätigungen gefordert würden. Dabei hätte die Antragstellerin laufend Bankbestätigungen mit derselben Adressierung und Textierung wie der gegenständlichen beigebracht. Nie sei die Antragstellerin deswegen ausgeschieden oder auch nur zu einer Aufklärung oder Verbesserung aufgefordert worden. Die Antragstellerin habe in einer Ausschreibung des BMLVS über Nässeschutz für die Jahre 2010 und 2011 eine Bankbestätigung vorgelegt, welche an die XXXX adressiert gewesen sei. Obwohl diese Bestätigung denselben Inhalt wie die gegenständliche habe, ebenso an die XXXX adressiert gewesen sei und die Antragstellerin auch im damaligen Fall im Angebot nicht die XXXX als Subunternehmer genannt habe, sei die Bestätigung von der Auftraggeberin als ausreichend beurteilt worden und sei das Angebot nicht ausgeschieden worden. Aufgrund der klaren und eindeutigen Textierung des Schreibens der XXXX vom 02.11.2015 (XXXX) und dem klaren und eindeutigen Bezug zum gegenständlichen Vergabeverfahren ergebe sich aus dem Dokument klar, wessen Schuld bzw. Verpflichtung die Bankgarantie im Auftragsfall laut gegenständlicher Bestätigung absichern werde. Nämlich die Schuld und Verbindlichkeit jenes Unternehmens der XXXX , welches sich konkret am genannten Vergabeverfahren beteilige, also Schuld und Verpflichtung der Antragstellerin. Dass die Antragstellerin als 100% Tochter der XXXX Teil dieser genannten XXXX sei, ergebe sich aus den vorgelegten Bestätigungen. Die Bestätigung belege die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin selbst. Abgesehen davon wäre die Auftraggeberin aufgrund der klaren und eindeutigen vergaberechtlichen Vorgaben gehalten gewesen, bei Unklarheiten die Antragstellerin zur Aufklärung aufzufordern. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass das Schreiben der XXXX nicht die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin selbst belegen würde und die diesbezügliche Bestätigung als Bestätigung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der XXXX interpretiert würde, auf welche sich die Antragstellerin berufen würde, wäre in diesem Falle keine Nennung der XXXX als Subunternehmer notwendig gewesen. Bei der Berufung auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmer berufe sich der Auftragnehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Kapazität anderer Unternehmer. Dieser Nachweis erfolge zwar in der Praxis in der häufigsten Form durch eine entsprechende Subunternehmerleistung. Notwendig sei dies jedoch nicht. In diesem Sinne lege auch § 76 BVergG fest, dass sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakter der zwischen ihm und diesem Unternehmen bestehenden Verbindlichkeiten stützen könne. Sofern sich ein Bieter zum Nachweis einer finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf andere Unternehmen stütze, müsse er nachweisen, dass ihm die bei diesem Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel tatsächlich zur Verfügung stünden. In den Ausschreibungsunterlagen finde sich keine Vorgabe, wie der Nachweis im Falle der Berufung auf andere Unternehmen zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu erbringen sei. Die Bestätigung der XXXX

genüge jedenfalls als Nachweis im Sinne des § 76 BVergG, dass der Antragstellerin die diesbezüglichen Kapazitäten der XXXX zur Verfügung stünden. Selbst wenn der Nachweis vom Auftraggeber als nicht ausreichender Nachweis im Sinne des § 76 BVergG qualifiziert werden würde, würde es sich diesbezüglich in Bezug auf die Frage der Abgrenzung zwischen Eignung und Nachweis geltenden Kriterien um einen behebbaren Mangel handeln. Auch dass eine Bestätigung immer nur den Wissenstand zum Zeitpunkt der Bestätigung wiedergebe, sei nichts Außergewöhnliches, sondern lediglich der Ausfluss aus dem Wesen einer Bestätigung. Es handle sich bei der geforderten Bankbestätigung um einen Nachweis zur Überprüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters in Form einer Bankerklärung (Bonitätsauskunft) gemäß Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei dieser Bestätigung gehe es nicht darum, den Auftraggeber oder Bieter in irgendeiner Form abzusichern, sondern schlicht und einfach um einen Nachweis zur Überprüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters. Konkret um die Bestätigung über das Vorliegen einer ausreichenden Bonität zum Erhalt einer Bankgarantie. Mit der Bestätigung der Bank, wie im gegenständlichen Fall, dass derzeit eine ausreichende Bonität zur Ausstellung der für den Zuschlagsfall geforderten Bankgarantie vorhanden sei, sei dieser Nachweis selbstverständlich erbracht. Die Antragstellerin bewerbe sich seit vielen Jahren bei Ausschreibungen des BMLVS aber auch bei anderen Ausschreibungen des Bundes bei welchen derartige Bankbestätigungen gefordert würden. Dabei hätte die Antragstellerin laufend Bankbestätigungen mit derselben Adressierung und Textierung wie der gegenständlichen beigebracht. Nie sei die Antragstellerin deswegen ausgeschieden oder auch nur zu einer Aufklärung oder Verbesserung aufgefordert worden. Die Antragstellerin habe in einer Ausschreibung des BMLVS über Nässeschutz für die Jahre 2010 und 2011 eine Bankbestätigung vorgelegt, welche an die römisch 40 adressiert gewesen sei. Obwohl diese Bestätigung denselben Inhalt wie die gegenständliche habe, ebenso an die römisch 40 adressiert gewesen sei und die Antragstellerin auch im damaligen Fall im Angebot nicht die römisch 40 als Subunternehmer genannt habe, sei die Bestätigung von der Auftraggeberin als ausreichend beurteilt worden und sei das Angebot nicht ausgeschieden worden. Aufgrund der klaren und eindeutigen Textierung des Schreibens der römisch 40 vom 02.11.2015 (römisch 40) und dem klaren und eindeutigen Bezug zum gegenständlichen Vergabeverfahren ergebe sich aus dem Dokument klar, wessen Schuld bzw. Verpflichtung die Bankgarantie im Auftragsfall laut gegenständlicher Bestätigung absichern werde. Nämlich die Schuld und Verbindlichkeit jenes Unternehmens der römisch 40 , welches sich konkret am genannten Vergabeverfahren beteilige, also Schuld und Verpflichtung der Antragstellerin. Dass die Antragstellerin als 100% Tochter der römisch 40 Teil dieser genannten römisch 40 sei, ergebe sich aus den vorgelegten Bestätigungen. Die Bestätigung belege die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin selbst. Abgesehen davon wäre die Auftraggeberin aufgrund der klaren und eindeutigen vergaberechtlichen Vorgaben gehalten gewesen, bei Unklarheiten die Antragstellerin zur Aufklärung aufzufordern. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass das Schreiben der römisch 40 nicht die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin selbst belegen würde und die diesbezügliche Bestätigung als Bestätigung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der römisch 40 interpretiert würde, auf welche sich die Antragstellerin berufen würde, wäre in diesem Falle keine Nennung der römisch 40 als Subunternehmer notwendig gewesen. Bei der Berufung auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmer berufe sich der Auftragnehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Kapazität anderer Unternehmer. Dieser Nachweis erfolge zwar in der Praxis in der häufigsten Form durch eine entsprechende Subunternehmerleistung. Notwendig sei dies jedoch nicht. In diesem Sinne lege auch Paragraph 76, BVergG fest, dass sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakter der zwischen ihm und diesem Unternehmen bestehenden Verbindlichkeiten stützen könne. Sofern sich ein Bieter zum Nachweis einer finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf andere Unternehmen stütze, müsse er nachweisen, dass ihm die bei diesem Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel tatsächlich zur Verfügung stünden. In den Ausschreibungsunterlagen finde sich keine Vorgabe, wie der Nachweis im Falle der Berufung auf andere Unternehmen zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu erbringen sei. Die Bestätigung der römisch 40 genüge jedenfalls als Nachweis im Sinne des Paragraph 76, BVergG, dass der Antragstellerin die diesbezüglichen Kapazitäten der römisch 40 zur Verfügung stünden. Selbst wenn der Nachweis vom Auftraggeber als nicht ausreichender Nachweis im Sinne des Paragraph 76, BVergG qualifiziert werden würde, würde es sich diesbezüglich in Bezug auf die Frage der Abgrenzung zwischen Eignung und Nachweis geltenden Kriterien um einen behebbaren Mangel handeln.

Die Auftraggeberin hätte der Antragstellerin daher auch in diesem Falle im Verbesserungsverfahren die Möglichkeit zur Beibringung konkreter weiterer Nachweise einräumen müssen.

In einer Stellungnahme vom 25.01.2016 führte die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin erneut ausführe, dass beide vor ihr liegenden Bieter auszuscheiden wären. Tatsache sei, dass nicht die Antragstellerin, sondern die Auftraggeberin eine Angebotsprüfung durchzuführen habe und liege damit die Entscheidung, ob die restlichen Bieter mit ihrem Angebot die in der technischen Spezifikation geforderte Qualität vorgelegt hätten. Die Antragstellerin führe auf Seite 7 ihrer Stellungnahme lediglich allgemein aus, dass die Auftraggeberin gegenständlich ein Mängelverfahren einzuleiten gehabt hätte. Der Antragstellerin sei zu entgegnen, dass bereits bestandfest festgelegt worden sei, dass der gegenständlich spezifische Mangel der Eignung einen unbehebbarer Mangel darstelle und demnach die allgemeinen Ausführungen zur allfälligen Mängelbehebung ins Leere gehen würden. Selbst ohne die gegenständliche Festlegung in den Ausschreibungsbestimmungen würde es sich um einen unbehebbarer Mangel handeln, da es nach der ständigen Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden bei der Abgrenzungen von behebbarer und unbehebbarer Mängeln, sollte keine dahingehende Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen getroffen und bestandfest geworden seien, es darauf ankomme, ob der Bieter mit der Verbesserung seines Mangels seine materielle Stellung gegenüber den Mitbieter verbessern würde. Eine diesbezügliche Verbesserung der Wettbewerbsstellung würde jedenfalls eintreten, wenn die Antragstellerin erst nach Angebotsöffnung und damit nach Bekanntgabe der angebotenen Preise der Mitbieter eine Bankbestätigung vorzulegen hätte.

Durch entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen könnten sogar an sich behebbarer Mängel zu unbehebbarer Mängeln werden. Die Antragstellerin führe aus, dass durch die Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen klar hervorgehe, dass lediglich eine bloße Wissenserklärung der Bank gefordert gewesen sei. Eindeutig sei den vorliegenden Ausschreibungsbestimmungen auf Seite 2 zu entnehmen, dass mit "dem Angebot eine Bestätigung der Bank vorzulegen [ist], dass im Auftragsfall die Bankgarantie (siehe Kautions Seite 5) ausgestellt wird."

Wie die Antragstellerin auf Basis dieser Formulierung zum Ergebnis gelange, dass seitens der Auftraggeberin lediglich eine Wissenserklärung gefordert gewesen wäre, sei nicht nachzuvollziehen. Von der Auftraggeberin sei nämlich nicht verlangt worden, dass von einer Bank erklärt werde, dass diese lediglich wisse oder zur Kenntnis nehme, dass sie im Falle der Beauftragung eine Bankgarantie abzugeben habe. Vielmehr sei eindeutig verlangt, dass die jeweilige Bank eine verbindliche Erklärung abzugeben habe, dass im Auftragsfall die Bankgarantie ausgestellt werde.

Seitens der Antragstellerin werde ausgeführt, dass sie bei vorangegangenen Ausschreibungen der Auftraggeberin dem Grunde nach immer dieselbe Bestätigung einer Bank vorgelegt habe und nie ausgeschieden worden sei. Bereits die Formulierung in der von der Antragstellerin nun angeführten Bankbestätigung (Beilage./F) zeige eindeutig, dass es sich dabei nicht um dasselbe Schreiben wie von der XXXX vom 02.11.2015 handle. Im Gegensatz zum Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 sei in der angeführten Beilage./F die damalige Bieterin direkt im Schreiben der Bank angeführt. Dies sei im gegenständlichen Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 jedoch nicht der Fall. Darüber hinaus handle es sich bei diesem Schreiben Beilage./F nicht um eine den Ausschreibungsbestimmungen entsprechende Bankbestätigung. Die damalige Bieterin sei auch nur deshalb nicht ausgeschieden worden, da sie an siebenter Stelle gereiht gewesen sei und nicht für die Zuschlagsentscheidung in Frage gekommen wäre. Seitens der Antragstellerin werde ausgeführt, dass sie bei vorangegangenen Ausschreibungen der Auftraggeberin dem Grunde nach immer dieselbe Bestätigung einer Bank vorgelegt habe und nie ausgeschieden worden sei. Bereits die Formulierung in der von der Antragstellerin nun angeführten Bankbestätigung (Beilage./F) zeige eindeutig, dass es sich dabei nicht um dasselbe Schreiben wie von der römisch 40 vom 02.11.2015 handle. Im Gegensatz zum Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 sei in der angeführten Beilage./F die damalige Bieterin direkt im Schreiben der Bank angeführt. Dies sei im gegenständlichen Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 jedoch nicht der Fall. Darüber hinaus handle es sich bei diesem Schreiben Beilage./F nicht um eine den Ausschreibungsbestimmungen entsprechende Bankbestätigung. Die damalige Bieterin sei auch nur deshalb nicht ausgeschieden worden, da sie an siebenter Stelle gereiht gewesen sei und nicht für die Zuschlagsentscheidung in Frage gekommen wäre.

Die Antragstellerin führe zusammengefasst aus, dass mit der beigelegten Bestätigung die eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit belegt werde. Wie die Antragstellerin zu diesem Ergebnis gelange, könne nicht nachvollzogen werden. Seitens der Bank werde lediglich angegeben, dass die auf die XXXX lautenden Guthaben und die der XXXX zur Verfügung stehenden Kreditlimiten einen gewissen Wert erreichen würden, ohne dass jemals direkt auf die XXXX Bezug genommen werde. Dass es sich bei der XXXX um die 100%ige Muttergesellschaft handle und die Antragstellerin in die XXXX einzugliedern sei, vermöge daran auch nichts zu ändern. Die Antragstellerin führe zusammengefasst aus,

dass mit der beigelegten Bestätigung die eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit belegt werde. Wie die Antragstellerin zu diesem Ergebnis gelange, könne nicht nachvollzogen werden. Seitens der Bank werde lediglich angegeben, dass die auf die römisch 40 lautenden Guthaben und die der römisch 40 zur Verfügung stehenden Kreditlimiten einen gewissen Wert erreichen würden, ohne dass jemals direkt auf die römisch 40 Bezug genommen werde. Dass es sich bei der römisch 40 um die 100%ige Muttergesellschaft handle und die Antragstellerin in die römisch 40 einzugliedern sei, vermöge daran auch nichts zu ändern.

Darüber hinaus seien für den Fall der Nichtbenennung eines Subunternehmers in den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen auf Seite 2 eindeutig die Eignungsnachweise des Bieters gefordert. Es könne sich daher beim Schreiben der XXXX nicht um den geforderten Eignungsnachweis der Antragstellerin handeln. Darüber hinaus seien für den Fall der Nichtbenennung eines Subunternehmers in den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen auf Seite 2 eindeutig die Eignungsnachweise des Bieters gefordert. Es könne sich daher beim Schreiben der römisch 40 nicht um den geforderten Eignungsnachweis der Antragstellerin handeln.

Da die Bankbestätigung als Eignungsnachweis für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmers diene, welche sicherstelle, dass die vor Zuschlagserteilung zwingend geforderte Kautions in Form einer Bankgarantie problemlos ausgestellt werde, könne es seitens der Auftraggeberin nicht als ausreichend angesehen werden, wenn ein Schreiben einer Bank vorgelegt werde, welches einerseits nicht die Antragstellerin betreffe und andererseits daraus die geforderte Bestätigung nicht hervorgehe. Die Antragstellerin führe weiters aus, dass unabhängig davon, ob das Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 die ALBIRO GmbH oder deren Muttergesellschaft betreffe, eine Nennung der XXXX im Angebot nicht notwendig gewesen wäre. Da die Bankbestätigung als Eignungsnachweis für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmers diene, welche sicherstelle, dass die vor Zuschlagserteilung zwingend geforderte Kautions in Form einer Bankgarantie problemlos ausgestellt werde, könne es seitens der Auftraggeberin nicht als ausreichend angesehen werden, wenn ein Schreiben einer Bank vorgelegt werde, welches einerseits nicht die Antragstellerin betreffe und andererseits daraus die geforderte Bestätigung nicht hervorgehe. Die Antragstellerin führe weiters aus, dass unabhängig davon, ob das Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 die ALBIRO GmbH oder deren Muttergesellschaft betreffe, eine Nennung der römisch 40 im Angebot nicht notwendig gewesen wäre.

Für den Fall der Heranziehung von Subunternehmen seien im BVergG Bekanntgabepflichten festgelegt. Demgemäß seien gemäß § 108 Abs. 1 Z 2 BVergG notwendige bzw. eignungsrelevante Subunternehmer auch jedenfalls im Angebot bekanntzugeben. Das Vorbringen der Antragstellerin, wonach auch für den Fall, dass die Bankbestätigung die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der XXXX betreffen würde, eine Nennung der Muttergesellschaft als Subunternehmerin im Angebot nicht notwendig gewesen wäre, entziehe sich sohin jeglicher Grundlage, da die Muttergesellschaft eindeutig als notwendige bzw. erforderliche Subunternehmerin zu qualifizieren sei und demnach auch ausdrücklich als eine solche zu benennen gewesen wäre. Für den Fall der Heranziehung von Subunternehmen seien im BVergG Bekanntgabepflichten festgelegt. Demgemäß seien gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG notwendige bzw. eignungsrelevante Subunternehmer auch jedenfalls im Angebot bekanntzugeben. Das Vorbringen der Antragstellerin, wonach auch für den Fall, dass die Bankbestätigung die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der römisch 40 betreffen würde, eine Nennung der Muttergesellschaft als Subunternehmerin im Angebot nicht notwendig gewesen wäre, entziehe sich sohin jeglicher Grundlage, da die Muttergesellschaft eindeutig als notwendige bzw. erforderliche Subunternehmerin zu qualifizieren sei und demnach auch ausdrücklich als eine solche zu benennen gewesen wäre.

Seitens der Antragstellerin sei vorgebracht worden, dass sich in den Ausschreibungsbestimmungen keine Vorgaben finden würden, wie die Nachweise der Leistungsfähigkeit erbracht werden müssten. Es sei jedenfalls erforderlich einen Nachweis, in Form einer Verfügbarkeitsbestätigung für den Einsatz eignungsrelevanter Subunternehmen zu erbringen, dass die beim Subunternehmer vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stünden. Diese eindeutige Regelung sei bereits den Bestimmungen des § 76 und § 108 Abs. 1 Z. 2 BVergG zu entnehmen. Dieser Verfügbarkeitsnachweis sei daher kein vom Auftraggeber unbedingt festzulegender, sondern ein vom Gesetz vorgegebener Nachweis. Darüber hinaus sei bezüglich konzernverbundener Unternehmen auszuführen, dass zwar unter Umständen auch ein beherrschtes Unternehmen auf die Ressourcen der Muttergesellschaft zugreifen könne, jedoch dieses trotzdem zwingend den Verfügbarkeitsnachweis zu erbringen habe. Seitens der Antragstellerin sei vorgebracht worden, dass sich in den Ausschreibungsbestimmungen keine Vorgaben finden würden, wie die Nachweise der Leistungsfähigkeit erbracht werden müssten. Es sei jedenfalls erforderlich einen Nachweis, in Form

einer Verfügbarkeitsbestätigung für den Einsatz eignungsrelevanter Subunternehmen zu erbringen, dass die beim Subunternehmer vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stünden. Diese eindeutige Regelung sei bereits den Bestimmungen des Paragraph 76 und Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zu entnehmen. Dieser Verfügbarkeitsnachweis sei daher kein vom Auftraggeber unbedingt festzulegender, sondern ein vom Gesetz vorgegebener Nachweis. Darüber hinaus sei bezüglich konzernverbundener Unternehmen auszuführen, dass zwar unter Umständen auch ein beherrschtes Unternehmen auf die Ressourcen der Muttergesellschaft zugreifen könne, jedoch dieses trotzdem zwingend den Verfügbarkeitsnachweis zu erbringen habe.

Festzuhalten sei daher, dass auch bei verbundenen Unternehmen die tatsächliche Verfügbarkeit der auftragsgegenständlichen Kapazitäten zu belegen sei. Es könne nämlich aus dem bloßen Umstand, dass aufgrund von Eigentum oder Beteiligung oder besonderen Vorschriften im Grunde ein Beherrschungsverhältnis bestehe, nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass das verbundene Unternehmen seine Kapazitäten für den gegenständlichen Auftrag zur Verfügung stellen werde. Auch diese Verfügbarkeitsbestätigung sei seitens der Antragstellerin bezüglich der XXXX nicht mit dem Angebot vorgelegt worden und sei der Umstand, dass es sich hierbei um die Muttergesellschaft handle, gänzlich belanglos. Festzuhalten sei daher, dass auch bei verbundenen Unternehmen die tatsächliche Verfügbarkeit der auftragsgegenständlichen Kapazitäten zu belegen sei. Es könne nämlich aus dem bloßen Umstand, dass aufgrund von Eigentum oder Beteiligung oder besonderen Vorschriften im Grunde ein Beherrschungsverhältnis bestehe, nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass das verbundene Unternehmen seine Kapazitäten für den gegenständlichen Auftrag zur Verfügung stellen werde. Auch diese Verfügbarkeitsbestätigung sei seitens der Antragstellerin bezüglich der römisch 40 nicht mit dem Angebot vorgelegt worden und sei der Umstand, dass es sich hierbei um die Muttergesellschaft handle, gänzlich belanglos.

Es handle sich bei der fehlenden Nennung eines eignungsrelevanten bzw. notwendigen Subunternehmers jedenfalls um einen unbehebbarer Mangel, da ein Nachschieben, die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessern würde. Darüber hinaus würde die Nennung von Subunternehmern nach Angebotsöffnung eine Änderung des Angebotsinhaltes darstellen. Es sei daher festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin aufgrund eines unbehebbarer Mangels zwingend auszuschneiden gewesen wäre.

In der mündlichen Verhandlung vom 28.01.2016 führten die Parteien aus wie folgt:

"AST Vertreter: Das Vorbringen in der Stellungnahme vom 25.01.2016 wird voll inhaltlich bestritten und dazu ergänzend ausgeführt zu Punk II.A Seite 3 entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin würde eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung durch die Möglichkeit einer Mängelbehebung jedenfalls nicht eintreten. Die Entscheidung des VwGH vom 12.05.2011 Zl. 2008/04/0087 ist sehr wohl auf den gegenständlichen Sachverhalt übertragbar. Zum Vorbringen Punkt III.A: auch aus der Entscheidung 25/04/0253 des Verwaltungsgerichtshofes vom 24.02.2010 ist nicht zu entnehmen, dass der Verwaltungsgerichtshof die fraglichen Bankerklärung als Verpflichtung der Bank interpretiert. Ganz im Gegenteil er interpretiert sie als Bestätigung und damit als Wissenserklärung ausdrücklich bezogen auf den Zeitpunkt der Ausstellung. Dies deckt sich mit der ständigen Rechtsprechung des OGH der eine Bestätigung nicht als Verpflichtung einordnet sondern als Wissenserklärung die lediglich aussagt wovon der Erklärende im Zeitpunkt der Erklärung ausgegangen ist (Vergleiche für viele OGH 31.08.2006, 6ob140/06s zu III.B: Die Texte der beiden Bankbestätigungen (Beilage .A und .F sind vergleichbar. "Ohne obligo" heißt nichts anderes als keine Verpflichtung der Ausstellerin. Ob die XXXX konkret genannt wird oder als Unternehmen der XXXX macht rechtlich keinen Unterschied, zumal klar ist, dass mit Unternehmen der XXXX jedenfalls die Antragstellerin gemeint ist." AST Vertreter: Das Vorbringen in der Stellungnahme vom 25.01.2016 wird voll inhaltlich bestritten und dazu ergänzend ausgeführt zu Punk römisch zwei.A Seite 3 entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin würde eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung durch die Möglichkeit einer Mängelbehebung jedenfalls nicht eintreten. Die Entscheidung des VwGH vom 12.05.2011 Zl. 2008/04/0087 ist sehr wohl auf den gegenständlichen Sachverhalt übertragbar. Zum Vorbringen Punkt römisch drei.A: auch aus der Entscheidung 25/04/0253 des Verwaltungsgerichtshofes vom 24.02.2010 ist nicht zu entnehmen, dass der Verwaltungsgerichtshof die fraglichen Bankerklärung als Verpflichtung der Bank interpretiert. Ganz im Gegenteil er interpretiert sie als Bestätigung und damit als Wissenserklärung ausdrücklich bezogen auf den Zeitpunkt der Ausstellung. Dies deckt sich mit der ständigen Rechtsprechung des OGH der eine Bestätigung nicht als Verpflichtung einordnet sondern als Wissenserklärung die lediglich aussagt wovon der Erklärende im Zeitpunkt der Erklärung ausgegangen ist (Vergleiche für viele OGH 31.08.2006, 6ob140/06s zu römisch drei.B: Die Texte der beiden Bankbestätigungen (Beilage .A und .F sind vergleichbar. "Ohne obligo" heißt nichts anderes als

keine Verpflichtung der Ausstellerin. Ob die römisch 40 konkret genannt wird oder als Unternehmen der römisch 40 macht rechtlich keinen Unterschied, zumal klar ist, dass mit Unternehmen der römisch 40 jedenfalls die Antragstellerin gemeint ist.

Auftraggeber Vertreter: Das Vorbringen wird bestritten. Zu den Ausführungen II.A wird vorgebracht, dass die Auftraggeberin jedenfalls davon ausgeht, dass eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung eintreten würde und unabhängig davon handelt es sich um einen unbehebaren Mangel. Zu II.B die Entscheidung des VwGH ist gegenständlich nicht anwendbar da wir in der Stellungnahme vom 25.01.2016 ausgeführt der VwGH lediglich entschieden hat, dass die damaligen Ausschreibungsbedingungen so zu verstehen sind, dass der Nachweis lediglich nicht in seiner Existenz fehlen darf. Aus der Entscheidung des VwGH ergibt sich keinesfalls, dass in bestandfeste Ausschreibungsunterlagen einzugreifen ist. Zu III.A der Entscheidung des VwGH ist nicht zu entnehmen, dass es sich bei der Bankbestätigung um eine reine Wissenserklärung handelt. Auch ist die angeführte Entscheidung des OGH gegenständlich nicht von Relevanz da in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig eine verbindliche Bankerklärung verlangt wurde. Zu III.B die beiden Schreiben sind nicht vergleichbar da im Schreiben vom 17.11.2009 sowohl die damalige Bieterin als auch deren Muttergesellschaft ausdrücklich genannt waren. Des Weiteren kann nicht davon ausgegangen werden, dass mit der Namhaftmachung der XXXX auch die Antragstellerin gemeint ist. Auftraggeber Vertreter: Das Vorbringen wird bestritten. Zu den Ausführungen römisch zwei.A wird vorgebracht, dass die Auftraggeberin jedenfalls davon ausgeht, dass eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung eintreten würde und unabhängig davon handelt es sich um einen unbehebaren Mangel. Zu römisch zwei.B die Entscheidung des VwGH ist gegenständlich nicht anwendbar da wir in der Stellungnahme vom 25.01.2016 ausgeführt der VwGH lediglich entschieden hat, dass die damaligen Ausschreibungsbedingungen so zu verstehen sind, dass der Nachweis lediglich nicht in seiner Existenz fehlen darf. Aus der Entscheidung des VwGH ergibt sich keinesfalls, dass in bestandfeste Ausschreibungsunterlagen einzugreifen ist. Zu römisch drei.A der Entscheidung des VwGH ist nicht zu entnehmen, dass es sich bei der Bankbestätigung um eine reine Wissenserklärung handelt. Auch ist die angeführte Entscheidung des OGH gegenständlich nicht von Relevanz da in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig eine verbindliche Bankerklärung verlangt wurde. Zu römisch drei.B die beiden Schreiben sind nicht vergleichbar da im Schreiben vom 17.11.2009 sowohl die damalige Bieterin als auch deren Muttergesellschaft ausdrücklich genannt waren. Des Weiteren kann nicht davon ausgegangen werden, dass mit der Namhaftmachung der römisch 40 auch die Antragstellerin gemeint ist.

AST Vertreter bestreitet.

VR: haben Sie im Zusammenhang mit der Bestimmung auf S. 2 der AB (Bankgarantie) eine Bieteranfrage gestellt? VR: haben Sie im Zusammenhang mit der Bestimmung auf S. 2 der Ausschussbericht (Bankgarantie) eine Bieteranfrage gestellt?

AST Vertreter: Nein, es wurde keine Bieteranfrage gestellt. Zumal der Text aus unserer Sicht vollkommen klar war und ist, dass mit diesem Text eine Bestätigung gemeint ist wie sie mit der Bestätigung XXXX vom 02.11.2015 vorgelegt wurde. AST Vertreter: Nein, es wurde keine Bieteranfrage gestellt. Zumal der Text aus unserer Sicht vollkommen klar war und ist, dass mit diesem Text eine Bestätigung gemeint ist wie sie mit der Bestätigung römisch 40 vom 02.11.2015 vorgelegt wurde.

VR: Woraus ergibt sich für Sie konkret, dass die Formulierung auf S. 2 der AB (Bankgarantie) in eine Richtung deutet, dass damit keine verbindliche Erklärung einer Bank gefordert war (Bestätigung, dass ... ausgestellt wird)? VR: Woraus ergibt sich für Sie konkret, dass die Formulierung auf S. 2 der Ausschussbericht (Bankgarantie) in eine Richtung deutet, dass damit keine verbindliche Erklärung einer Bank gefordert war (Bestätigung, dass ... ausgestellt wird)?

AST Vertreter: Aus dem Wortlaut "Bestätigung" in Zusammenschau mit den maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes im Zusammenhang mit der Abfrage der Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemäß § 74 BVergG. Derartige Auskünfte in Form von Bestätigungen sind naturgemäß immer reine Wissenserklärungen bezogen auf den Zeitpunkt der Ausstellung der Bestätigung. AST Vertreter: Aus dem Wortlaut "Bestätigung" in Zusammenschau mit den maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes im Zusammenhang mit der Abfrage der Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 74, BVergG. Derartige Auskünfte in Form von Bestätigungen sind naturgemäß immer reine Wissenserklärungen bezogen auf den Zeitpunkt der Ausstellung der Bestätigung.

Auftraggeber Vertreter: Die Ausführungen, dass nur eine Wissenserklärung beizubringen ist, ist aus dem Kontext gerissen. Die Bestimmung ist als Ganzes zu lesen wodurch eindeutig klar wird, dass eine verbindliche Erklärung verlangt wird. Zu dem handelt es sich bei den Aufzählungen § 74 BVergG nur um eine demonstrative und nicht taxative Aufzählung und kann daher sehr wohl von der Auftraggeberin eine verbindliche Bankerklärung verlangt werden.

VR: Woraus leiten Sie ab, dass das Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 eine Verfügbarkeitsbestätigung zum Ersatz der Eignung im Sinne des § 76 BVergG darstellen würde? VR: Woraus leiten Sie ab, dass das Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 eine Verfügbarkeitsbestätigung zum Ersatz der Eignung im Sinne des Paragraph 76, BVergG darstellen würde?

AST Vertreter: Hier ist zunächst vorzuschicken, dass eine solche Verfügbarkeitsbestätigung im gegenständlichen Fall wie bereits vorgebracht nicht erforderlich ist weil die Erklärung der XXXX sich ausdrücklich insofern auf die Antragstellerin bezieht, als daraus hervorgeht, dass im Zuschlagsfall die erforderliche Bankgarantie auf die Antragstellerin ausgestellt wird bzw. zur diesbezüglichen Absicherungen der Verpflichtung der Antragstellerin in Bezug auf die Vorgabe zur Kautions auf S. 5 der Ausschreibungsunterlagen dient. Abgesehen davon ergibt sich aus unserer Sicht die Verfügbarkeit aus dem Text der Beilage ./A in Verbindung mit dem Firmenbuch welche der Beilage beigelegt war.

AST Vertreter: Hier ist zunächst vorzuschicken, dass eine solche Verfügbarkeitsbestätigung im gegenständlichen Fall wie bereits vorgebracht nicht erforderlich ist weil die Erklärung der römisch 40 sich ausdrücklich insofern auf die Antragstellerin bezieht, als daraus hervorgeht, dass im Zuschlagsfall die erforderliche Bankgarantie auf die Antragstellerin ausgestellt wird bzw. zur diesbezüglichen Absicherungen der Verpflichtung der Antragstellerin in Bezug auf die Vorgabe zur Kautions auf S. 5 der Ausschreibungsunterlagen dient. Abgesehen davon ergibt sich aus unserer Sicht die Verfügbarkeit aus dem Text der Beilage ./A in Verbindung mit dem Firmenbuch welche der Beilage beigelegt war.

VR hinterfragt woraus sich die vorbeschriebene Rechtsansicht der Antragstellerin aus Beilage ./A ableiten lässt zumal im 2. Absatz dieses Schreibens angeführt ist, dass die Garantie auf Basis der Guthaben und Kreditlimiten der XXXX ausgestellt werden kann und nicht nachvollzogen werden kann weshalb dies nicht bedeuten würde, dass sich die nicht namentlich genannte Antragstellerin zum Ersatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf deren Muttergesellschaft stützen müsste.

VR hinterfragt woraus sich die vorbeschriebene Rechtsansicht der Antragstellerin aus Beilage ./A ableiten lässt zumal im 2. Absatz dieses Schreibens angeführt ist, dass die Garantie auf Basis der Guthaben und Kreditlimiten der römisch 40 ausgestellt werden kann und nicht nachvollzogen werden kann weshalb dies nicht bedeuten würde, dass sich die nicht namentlich genannte Antragstellerin zum Ersatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf deren Muttergesellschaft stützen müsste.

AST Vertreter verweist in diesem Zusammenhang auf die gemäß S. 5 der AB geforderten Bankgarantie wobei die Zusammenschau mit der Beilage A ersichtlich wäre, dass mit Beilage ./A auch die finanzielle Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nachgewiesen wäre, weil aus dem Schreiben hervorgeht, dass die entsprechende Garantie zu Gunsten bzw. zur Absicherung der Verpflichtungen der Antragstellerin abgegeben wird.

AST Vertreter verweist in diesem Zusammenhang auf die gemäß S. 5 der Ausschussbericht geforderten Bankgarantie wobei die Zusammenschau mit der Beilage A ersichtlich wäre, dass mit Beilage ./A auch die finanzielle Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nachgewiesen wäre, weil aus dem Schreiben hervorgeht, dass die entsprechende Garantie zu Gunsten bzw. zur Absicherung der Verpflichtungen der Antragstellerin abgegeben wird.

Auftraggeber Vertreter: Das Vorbringen der Antragstellerin wird bestritten und ist nicht nachvollziehbar da das Schreiben der XXXX sich ausdrücklich nur auf die Muttergesellschaft bezieht und die Antragstellerin nicht erwähnt wird. Selbst dann wenn dieses Schreiben als verbindliche Bankbestätigung gewertet werden sollte ist es dennoch unzureichend da in der Ausschreibungsunterlage auf S. 5 festgelegt wurde, dass im Auftragsfall eine Kautions in Höhe von 20 % des Auftrages zu erbringen ist das genannte Guthaben im Schreiben der XXXX nicht mal diese 20 % erreicht da die 20 % vom Auftragswert ungefähr bei XXXX Euro liegen würden zudem ist in § 76 und § 108 BVergG ausdrücklich normiert, dass eine Verfügbarkeitsklärung zu erbringen ist und hat diese Erklärung ausdrücklich darauf zu lauten,

dass die jeweiligen Mittel zur Verfügung gestellt werden. Auftraggeber Vertreter: Das Vorbringen der Antragstellerin wird bestritten und ist nicht nachvollziehbar da das Schreiben der römisch 40 sich ausdrücklich nur auf die Muttergesellschaft bezieht und die Antragstellerin nicht erwähnt wird. Selbst dann wenn dieses Schreiben als verbindliche Bankbestätigung gewertet werden sollte ist es dennoch unzureichend da in der Ausschreibungsunterlage auf S. 5 festgelegt wurde, dass im Auftragsfall eine Kautions in Höhe von 20 % des Auftrages zu erbringen ist das genannte Guthaben im Schreiben der römisch 40 nicht mal diese 20 % erreicht da die 20 % vom Auftragswert ungefähr bei römisch 40 Euro liegen würden zudem ist in Paragraph 76 und Paragraph 108, BVergG ausdrücklich normiert, dass eine Verfügbarkeitsklärung zu erbringen ist und hat diese Erklärung ausdrücklich darauf zu lauten, dass die jeweiligen Mittel zur Verfügung gestellt werden.

AST Vertreter: Ich bestreite. Bestritten wird vor allem auch, dass das im Schreiben genannte Guthaben nicht ausreichend sei. im Übrigen ist die dort genannte Höhe ohnehin irrelevant. Relevant ist, dass mit diesem Schreiben bestätigt wird, dass die notwendige Garantie ausgestellt werden kann.

Auftraggeber Vertreter: Die Angebotssumme der Antragstellerin lautet auf etwa 2,7 Mio. Euro. 20 % davon sind XXXX Euro und wird diese Summe in dem dargelegten Kontostand nicht erreicht und ist daher sogar dann wenn dieses Schreiben als verbindliche Bankbestätigung gewertet werden sollte nicht davon auszugehen, dass die Antragstellerin über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt und ist demnach zwingend auszuscheiden. Auftraggeber Vertreter: Die Angebotssumme der Antragstellerin lautet auf etwa 2,7 Mio. Euro. 20 % davon sind römisch 40 Euro und wird diese Summe in dem dargelegten Kontostand nicht erreicht und ist daher sogar dann wenn dieses Schreiben als verbindliche Bankbestätigung gewertet werden sollte nicht davon auszugehen, dass die Antragstellerin über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt und ist demnach zwingend auszuscheiden.

VR: Ist es richtig, dass im Vergabeverfahren über Nässeschutzjacken für das Jahr 2015 und 2016 eine Bankbestätigung vom 01.12.2014 vorgelegt wurde welche keine Einschränkungen wie die gegenständliche enthält und inhaltlich an die Bieterin selbst gerichtet ist (Beilage ./2)?

AST Vertreter: Ja es ist richtig, dass das Schreiben gemäß Beilage ./2 in diesem Vergabeverfahren vorgelegt wurde. Der Unterschied der Textierung rührt daher, dass diese Bestätigung von einer anderen Bank ausgestellt wurde und verschiedene Banken hier naturgemäß verschiedene Formulierungen verwenden. Inhaltlich besteht jedoch in Bezug auf die Bestätigung und die Rechtswirkungen keine Unterschied zur Beilage ./A, weil es sich auch hier um eine schlichte Bestätigung als Wissenserklärung handelt und um keine wie auch immer geartete Verpflichtung der Bank.

Auftraggeber Vertreter: Es handelt sich hierbei nicht nur um eine andere Formulierung sondern weist das Schreiben vom 01.12.2014 einen gänzlich anderen Inhalt auf, wenn darin ausgeführt wird, dass eine Bankgarantie vorgelegt wird und dies ohne Einschränkungen.

VR: Waren die damaligen Forderungen der Ausschreibung hinsichtlich der Bankbestätigung ident?

AST Vertreter bestätigt dies.

VR: Hat die Antragstellerin an einer Ausschreibung Wärmeschutz A teilgenommen in welcher sie erklärte, die Bankbestätigung nicht fristgerecht vorlegen zu können?

AST: Ja.

AST Vertreter: Um welche Bestätigung ist es dabei gegangen? Um eine Bestätigung die den Wortlaut der Beilage A haben sollte oder um eine andere?

AST: Prinzipiell ist es um dies Vorabankbestätigung gegangen. Wir waren gewöhnt von der XXXX binnen 2 er bis 3 er Tagen die geforderte Bankbestätigung ausgestellt zu bekommen. Unser Bankbetreuer ist in Pension gegangen und der neue Mitarbeiter der Bank teilte uns mit, dass dies ein neuer Fall wäre, dieser zu prüfen wäre und dies ca. 14 Tage dauern würde. Das war auch der Grund dafür, dass wir bei der Ausschreibung Wärmeschutz A bereits vor der Eröffnung den Auftraggeber darüber informiert haben, dass die Bestätigung bei den Unterlagen fehlt, daraufhin hat unser Mitarbeiter bei der Angebotsöffnung nicht teilnehmen dürfen. AST: Prinzipiell ist es um dies Vorabankbestätigung gegangen. Wir waren gewöhnt von der römisch 40 binnen 2 er bis 3 er Tagen die geforderte Bankbestätigung ausgestellt zu bekommen. Unser Bankbetreuer ist in Pension gegangen und der neue Mitarbeiter der Bank teilte uns mit, dass dies ein neuer Fall wäre, dieser zu prüfen wäre und dies ca. 14 Tage dauern würde. Das war

auch der Grund dafür, dass wir bei der Ausschreibung Wärmeschutz A bereits vor der Eröffnung den Auftraggeber darüber informiert haben, dass die Bestätigung bei den Unterlagen fehlt, daraufhin hat unser Mitarbeiter bei der Angebotsöffnung nicht teilnehmen dürfen.

VR: Sie sind dann nachträglich ausgeschieden worden im Verfahren Wärmeschutz A?

AST: Wir haben ein Angebot gelegt und sind auf Grund der Nichtvorlage der geforderten Bankbestätigung vom Auftraggeber ausgeschieden worden.

VR: Warum wurde diese Ausscheidensentscheidung nicht bekämpft wenn Sie jetzt vorbringen, dass es sich um einen verbesserbaren Mangel handelt und der Auftraggeber Sie bereits damals zur Mängelbehebung in Form der Nachreichung des geforderten Nachweises auffordern hätte müssen?

AST: Ich sehe den Unterscheid darin, dass wir damals nichts beigebracht haben. Im gegenständlichen Fall haben wir eine Bestätigung beigebracht, wobei der Inhalt derselben der Streitpunkt sein dürfte.

AST hinterfragt die Sinnhaftigkeit einer verbindlichen Bankbestätigung zum Zeitpunkt der Angebotslegung und einer nachfolgenden verbindlichen Bankgarantie nach Zuschlagsentscheidung. Dies würde einer doppelten Verpflichtung gleichkommen und habe man die Ausschreibungsbestimmungen deshalb dahingehend interpretiert, dass bei Angebotslegung keine verbindliche Erklärung notwendig gewesen wäre.

Auftraggeber Vertreter beantwortet dies dahingehend, dass es sich an sich um ein Entgegenkommen gegenüber den Bietern handeln würde zumal eine Bankbestätigung geringere Kosten als eine Bankgarantie verursachen würde. Eine verbindliche Erklärung zum Zeitpunkt der Angebotslegung sei aber auf Grund der Erfahrungen in der Vergangenheit im Bereich des Bekleidungssektors notwendig um den Auftraggeber vor Ausfällen zu schützen. Die Antragstellerin hätte für den Fall, dass sie keine verbindliche Bankbestätigung legen hätte wollen, die Ausschreibung anfechten müssen.

VR: Ist es richtig, dass Sie bei der Ausschreibung Nässeschutz 2010, 2011 unter dem Firmennamen XXXX von der Auftraggeberin an 7. Stelle gereiht waren? VR: Ist es richtig, dass Sie bei der Ausschreibung Nässeschutz 2010, 2011 unter dem Firmennamen römisch 40 von der Auftraggeberin an 7. Stelle gereiht waren?

AST: Kann sein, das weiß ich nicht mehr.

Auftraggeber Vertreter: Es steht fest, dass die Antragstellerin damals an 7. Stelle gereiht war und somit nicht für den Zuschlag in Frage kam. Die Antragstellerin wurde damals auf Grund der damals vorgelegten Bankbestätigung nicht ausgeschieden, da sie an 7. Stelle gereiht war und für den Zuschlag nicht in Frage kam. Zwischenzeitlich wie dem Schreiben der XXXX vom 01.12.2014 zu entnehmen ist, wurden unabhängig davon eine ausschreibungskonforme Bankbestätigung bereits vorgelegt. Auftraggeber Vertreter: Es steht fest, dass die Antragstellerin damals an 7. Stelle gereiht war und somit nicht für den Zuschlag in Frage kam. Die Antragstellerin wurde damals auf Grund der damals vorgelegten Bankbestätigung nicht ausgeschieden, da sie an 7. Stelle gereiht war und für den Zuschlag nicht in Frage kam. Zwischenzeitlich wie dem Schreiben der römisch 40 vom 01.12.2014 zu entnehmen ist, wurden unabhängig davon eine ausschreibungskonforme Bankbestätigung bereits vorgelegt.

AST Vertreter: An welcher Stelle war die Antragstellerin im Verfahren Wärmeschutz A gereiht?

Auftraggeber Vertreter: Da bereits vor Angebotsöffnung von der Antragstellerin bekannt gegeben wurde, dass der zwingende Nachweis der Bankbestätigung nicht dem Angebot beigelegt wurde, wurde das Angebot nicht geöffnet und gab es daher auch keine Reihung bezüglich des Angebotes der Antragstellerin.

AST Vertreter: Entspricht die Beilage ./E den damaligen Ausschreibungsunterlage und die Beilage ./F der damals von Ihnen vorgelegten Bestätigung?

AST: Ja.

AST Vertreter: Wurde die Beilage ./F vom Auftraggeber in irgendeiner Form bemängelt?

AST: Nein."

Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss des BVwG vom 07.01.2016, GZ W138 2118883-1/2E abgewiesen.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Auf Grund der vorgelegten Stellungnahmen, sowie der bezugnehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 28.01.2016 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin führt unter der Bezeichnung "Ausschreibung über Nässeschutzjacke Alpin und Nässeschutzhose (Rahmenabrufvertrag) für das Jahr 2016 und 2017 (Option 2018 bzw. 2019)" ein offenes Verfahren im Oberschwelenbereich nach dem Billigstbieterprinzip durch. Beim Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag.

Es haben sich insgesamt 4 Bieter durch Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt. Auf Grund der Angebotssumme ist die Antragstellerin an dritter Stelle gereiht.

Der Antragstellerin wurde die Ausscheidung ihres Angebotes mit Schreiben vom 14.12.2015, an die Antragstellerin per Telefax am 15.12.2015 übermittelt, mitgeteilt.

Die Antragstellerin hat am 23.12.2015 mit Schriftsatz vom selben Tage, einen gegen die Ausscheidungsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht. Der Nachprüfungsantrag sowie der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung sind rechtzeitig.

Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist gegeben.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 07.01.2016, GZ: W138 2118883-1/2E, wurde die beantragte einstweilige Verfügung abgewiesen.

Die entscheidungswesentlichen Bestimmungen der den Bietern von der Auftraggeberin im Rahmen des Vergabeverfahrens zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen lauten wie folgt:

"Mit dem Angebot vorzulegende Eignungsnachweise des Bieters sowie der u.a. Subunternehmer/Unterlieferanten (nicht älter als 6 Monate!) bzw. Vorlage einer Erklärung, dass die verlangten Eignungskriterien erfüllt sind und auf Anforderung (spätestens vor Zuschlagserteilung vom beabsichtigten Zuschlagsempfänger!) unverzüglich beigebracht werden können:

[...]

- Bankgarantie: Es ist dem Angebot eine Bestätigung der Bank vorzulegen, dass im Auftragsfall die Bankgarantie (siehe "Kautions" Seite 5) ausgestellt wird. Eine Nichtvorlage zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bewirkt das Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren (Eine Rücksendung der Bestätigung erfolgt nur nach Abschluss des Vergabeverfahrens und aufgrund eines schriftlichen Ansuchens durch die Firma!)

Subunternehmer/Unterlieferanten: Der Bieter verpflichtet sich, im Angebot die Subunternehmer/Unterlieferanten, welche zur Erbringung der angebotenen Leistung (jedenfalls den jeweiligen Konfektionär und den jeweiligen Laminathersteller) beigezogen werden, verbindlich anzugeben. Eine nachträgliche Beiziehung von Subunternehmer/Unterlieferanten ist grundsätzlich unzulässig.

[...]

Kautions: Der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter erklärt sich bereit, auf Verlangen des BMLVS innerhalb von 10 Tagen ab Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung als Sicherstellung eine Kautions in der Höhe von 20% der Auftragssumme in Form einer Bankgarantie gem. Beilage "Bankgarantietext an das BMLVS/KA vorzulegen."

Die Angebotsfrist endete am 04.11.2015, 9.00 Uhr. Die öffentliche Angebotsöffnung hat am 04.11.2015, 10.00 Uhr, stattgefunden. Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot eingereicht.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot ein Schreiben der XXXX vom 02.11.2015, adressiert an die XXXX, Schweiz, abgegeben, welches nachfolgenden Inhalt hat: Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot ein Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015, adressiert an die römisch 40, Schweiz, abgegeben, welches nachfolgenden Inhalt hat:

"Mittelnachweisbestätigung: Ausschreibung des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport (BMLVS), A-1090 Wien, Geschäftszahl:

E90037/7/0-00-KA/2015.

Sehr geehrte Frau XXXX
Sehr geehrte Frau römisch 40

Gemäß Ihren Informationen beabsichtigt die XXXX an einer Ausschreibung des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport (BMLVS), Kaufmännische Abteilung (KA), Referat 4, Rossauer Lände 1, A-1090 Wien, mit der Geschäftszahl: E90037/7/0-00-KA/2015 teilzunehmen. In diesem Zusammenhang bestätigen wir Ihnen, dass die XXXX in XXXX mit der XXXX, domiziliert in XXXX, eine Geschäftsbeziehung unterhält. Diese Geschäftsbeziehung verlief bis anhin einwandfrei. Gemäß Ihren Informationen beabsichtigt die römisch 40 an einer Ausschreibung des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport (BMLVS), Kaufmännische Abteilung (KA), Referat 4, Rossauer Lände 1, A-1090 Wien, mit der Geschäftszahl: E90037/7/0-00-KA/2015 teilzunehmen. In diesem Zusammenhang bestätigen wir Ihnen, dass die römisch 40 in römisch 40 mit der römisch 40, domiziliert in römisch 40, eine Geschäftsbeziehung unterhält. Diese Geschäftsbeziehung verlief bis anhin einwandfrei.

Bezüglich der oben aufgeführten Ausschreibung bestätigen wir Ihnen, dass die auf die XXXX lautenden Guthaben und die der XXXX zur Verfügung stehenden Kreditlimiten zurzeit einen Gegenwert von mindestens XXXX erreichen und damit die für die erwähnte Ausschreibung notwendige Garantie ausgestellt werden kann. Bezüglich der oben aufgeführten Ausschreibung bestätigen wir Ihnen, dass die auf die römisch 40 lautenden Guthaben und die der römisch 40 zur Verfügung stehenden Kreditlimiten zurzeit einen Gegenwert von mindestens römisch 40 erreichen und damit die für die erwähnte Ausschreibung notwendige Garantie ausgestellt werden kann.

Wir halten ausdrücklich fest, die XXXX zur Zeit bei uns Zugang zu den vorerwähnten Kreditlimiten und Guthaben hat und dass die XXXX jederzeit auch in anderer Weise über diese verfügen kann. Wir halten ausdrücklich fest, die römisch 40 zur Zeit bei uns Zugang zu den vorerwähnten Kreditlimiten und Guthaben hat und dass die römisch 40 jederzeit auch in anderer Weise über diese verfügen kann.

Diese Erklärung beruht auf unserem heutigen Wissensstand, ist vertraulich und darf nur mit dem Ingress genannten Zusammenhang verwendet werden. Sie stellt weder eine Garantie noch eine irgendeine andere Verpflichtung unserer Bank dar. Entsprechend können daraus und in deren Zusammenhang in keiner Weise irgendwelche Ansprüche gegen uns abgeleitet werden und ist diese Erklärung in keiner Weise verwertbar. Insbesondere besteht auch keine Pflicht, den Adressat über eingetretene Veränderungen zu informieren.

[...]"

Das Schreiben der Auftraggeberin vom 14.12.2015 mit welchem der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt wurde, hat nachfolgenden Inhalt:

"Ausscheiden

Ihres Angebotes

Sehr geehrte Damen und Herren!

Das Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport (BMLVS) bedankt sich für Ihr Angebot und teilt Ihnen mit, dass Ihr Angebot auszuscheiden war.

Begründung:

Ihr Angebot widersprach den Ausschreibungsbestimmungen. Die vorgelegte Bankbestätigung beinhaltet Einschränkungen (sie stellt weder eine Garantie noch irgendeine andere Verpflichtung Ihrer Bank dar)."

Dem Vergabeakt ist zu entnehmen, dass im Angebot der Antragstellerin - soweit entscheidungswesentlich - die XXXX namentlich lediglich in dem mit dem Angebot abgegebenen Firmenbuchauszug vom 07.10.2015 als 100%ige Gesellschafterin der Antragstellerin sowie im Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 genannt wurde. Dem Vergabeakt ist zu entnehmen, dass im Angebot der Antragstellerin - soweit entscheidungswesentlich - die römisch 40 namentlich lediglich in dem mit dem Angebot abgegebenen Firmenbuchauszug vom 07.10.2015 als 100%ige Gesellschafterin der Antragstellerin sowie im Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 genannt wurde.

Im Angebot der Antragstellerin findet sich weder eine Verfügbarkeitsbestätigung, noch eine Patronatserklärung der XXXX. Diese wurde im Angebot auch nicht als Unternehmen im Sinne des § 76 BVergG oder also notwendiger Subunternehmer im Sinne des § 108 Abs. 1 Z 2 BVergG genannt. Im Angebot der Antragstellerin findet sich weder eine Verfügbarkeitsbestätigung, noch eine Patronatserklärung der römisch 40. Diese wurde im Angebot auch nicht als Unternehmen im Sinne des Paragraph 76, BVergG oder also notwendiger Subunternehmer im Sinne des Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG genannt.

Fristgerecht wurde von der Antragstellerin der gegenständliche Nachprüfungsantrag eingebracht und die Pauschalgebühren bezahlt. Nach Auskunft der Auftraggeberin wurde das gegenständliche Vergabeverfahren nicht widerrufen und auch der Zuschlag noch nicht erteilt.

2. Beweiswürdigung:

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

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 28.01.2016 bestätigte die Antragstellerin, dass sie im Zusammenhang mit der Bestimmung auf Seite 2 der Ausschreibung (Bankgarantie) keine Bieteranfrage gestellt hat.

Die Antragstellerin bestätigte auch, dass sie im Vergabeverfahren über Nässeschutzjacken für das Jahr 2015 und 2016 eine Bankbestätigung vom 01.12.2014 vorgelegt hat, welche keine Einschränkungen - wie die gegenständliche - enthält und inhaltlich an die Antragstellerin selbst gerichtet ist.

Auch wurde von der Antragstellerin bestätigt, dass die im Vergabeverfahren über Nässeschutzjacken für das Jahr 2015 und 2016 aufgestellten ausschreibungsgegenständlichen Forderung hinsichtlich der Bankbestätigungen mit der gegenständlichen Ausschreibung ident sind.

Die Antragstellerin bestätigte, dass sie auch an der Ausschreibung "Wärmeschutz A" teilgenommen hat und in diesem Vergabeverfahren der Auftraggeberin mitteilte, die geforderte Bankbestätigung nicht fristgerecht vorlegen zu können.

Es wurde auch außer Streit gestellt, dass die Antragstellerin auf Grund der Nichtvorlage der geforderten Bankbestätigung, von der Auftraggeberin ausgeschieden worden ist. Von der Auftraggeberin wurde glaubwürdig ausgeführt, dass bei der Ausschreibung über Nässeschutzjacken 2010 und 2011 die Antragstellerin unter dem damaligen Firmennamen XXXX an siebenter Stelle gereiht war und somit nicht mehr für den Zuschlag in Frage kam. Die Auftraggeberin gab weiters glaubwürdig an, dass die Antragstellerin damals - trotz nicht ausschreibungskonformer Bankbestätigung - nicht ausgeschieden wurde, da sie für den Zuschlag ohnedies nicht in Frage kam. Es wurde auch außer Streit gestellt, dass die Antragstellerin auf Grund der Nichtvorlage der geforderten Bankbestätigung, von der Auftraggeberin ausgeschieden worden ist. Von der Auftraggeberin wurde glaubwürdig ausgeführt, dass bei der Ausschreibung über Nässeschutzjacken 2010 und 2011 die Antragstellerin unter dem damaligen Firmennamen römisch 40 an siebenter Stelle gereiht war und somit nicht mehr für den Zuschlag in Frage kam. Die Auftraggeberin gab weiters glaubwürdig an, dass die Antragstellerin damals - trotz nicht ausschreibungskonformer Bankbestätigung - nicht ausgeschieden wurde, da sie für den Zuschlag ohnedies nicht in Frage kam.

Nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung erscheint es nicht glaubwürdig, wenn der Antragstellerin, welche in einem Vergabeverfahren der Auftraggeberin eine an die Antragstellerin selbst adressierte Bankbestätigung ohne Einschränkungen vorgelegt hat, in einem anderen Vergabeverfahren der Auftraggeberin ausgeschieden wurde, da sie die Bankbestätigung nicht fristgerecht vorlegen konnte und in einem anderen Vergabeverfahren der Auftraggeberin - nach dem glaubwürdigen Vorbringen der Auftraggeberin - lediglich deshalb nicht ausgeschieden wurde, da die Antragstellerin an siebenter Stelle gereiht war und daher die auch damals vorliegende nichtausschreibungskonforme Bankbestätigung nicht zum Ausscheiden des Angebotes führte, nicht bewusst war, dass die Vorlage einer ausschreibungskonformen Bankbestätigung für die Auftraggeberin von besonderer Wichtigkeit ist.

Dies insbesondere deshalb, da in allen vorgenannten Vergabeverfahren der Auftraggeberin die Ausschreibungsbestimmungen hinsichtlich der Bankbestätigung ident waren, welchen Umstand auch die Antragstellerin außer Streit stellte.

Die besondere Wichtigkeit für die Auftraggeberin zeigt sich auch darin, dass - wie in den Feststellungen widergegeben - die Textpassagen in Fettdruck hervorgehoben wurden und ausschließlich die Nichtvorlage der Bankbestätigung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zum zwingenden Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren führt.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder

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

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

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

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

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber gemäß § 2 Z 8 BVergG iVm § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG ist die Republik Österreich (Bund). Daher ist die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Prüfung der gegenständlichen Beschaffung gegeben. Auftraggeber gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG ist die Republik Österreich (Bund). Daher ist die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Prüfung der gegenständlichen Beschaffung gegeben.

Nach Angaben der Auftraggeberin handelt es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert überschreitet den Schwellenwert gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 iVm Z 2 und Anhang VI BVergG um mehr als zehnfache, nicht jedoch das zwanzigfache. Das Verfahren, welches vom Auftraggeber als "offenes Verfahren" durchgeführt wird, ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist sohin gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichterklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Nach Angaben der Auftraggeberin handelt es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert

überschreitet den Schwellenwert gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Ziffer 2 und Anhang römisch sechs BVergG um mehr als zehnfache, nicht jedoch das zwanzigfache. Das Verfahren, welches vom Auftraggeber als "offenes Verfahren" durchgeführt wird, ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist sohin gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichterklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zu Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Die von der Auftraggeberin in Spiel gebrachte Thematisierung der Reihung des Angebotes der Antragstellerin auf Platz 3, hat keinen Einfluss auf die Antragslegitimation. Es ist nicht Aufgabe des Gerichtes die Reihung des Angebotes als Vorfrage zu beurteilen (BVwG 19.12.2014, W123 2013963-2). Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der Antrag auf Nichterklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG vorliegen. Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühr. Ein sonstiger Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs. 2 BVergG ist nicht hervorgekommen. Die von der Auftraggeberin in Spiel gebrachte Thematisierung der Reihung des Angebotes der Antragstellerin auf Platz 3, hat keinen Einfluss auf die Antragslegitimation. Es ist nicht Aufgabe des Gerichtes die Reihung des Angebotes als Vorfrage zu beurteilen (BVwG 19.12.2014, W123 2013963-2). Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der Antrag auf Nichterklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG vorliegen. Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühr. Ein sonstiger Grund für seine Unzulässigkeit gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG ist nicht hervorgekommen.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu A I.)Zu A römisch eins.)

Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und in Folge dessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27).

Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; jüngst EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich vergleiche EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; jüngst EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA).

Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu Paragraph 321,).

Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA 08.02.2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914ff ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA 18.01.2008, N/0118- BVA/04/2007-

36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren (ua VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; ebenso ua BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, f, ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren (ua VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; ebenso ua BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers, noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA 04.06.2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers, noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA 04.06.2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes).

Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA 14.06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua).

Auch ist es gemäß VwGH (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232; 2007/04/0233 unter Verweis auf VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189) und EUGH (EUGH 28.03.1995, 324/93, Evans Medical, RZ 42 unter Verweis auf EUGH 20.09.1988, 13/87; BEENTJES) Sache des Auftraggebers die Anforderungen für die Leistungen, die er beschaffen will, festzulegen. Allfällige Einwände gegen unsachlich, nicht erfüllbare, unklare oder widersprüchliche Festlegungen gehen jedenfalls ins Leere, wenn sie nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist bekämpft werden, andernfalls diese gemäß ständiger Judikatur der Vergabekontrollbehörden und der Höchstgerichte in Folge Bestandfestigkeit präkludiert sind (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0007).

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (siehe VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087 mwN; BVA vom 24. April 2013, N/0016-BVA/04/2013-29 und N/0017-BVA/04/2013-27) aufgrund der in den Feststellungen wiedergegebenen, bestandsfest gewordenen Bestimmungen der Ausschreibung davon ausgehen, dass auf Grund der Formulierung der Bestimmungen über die Bankgarantie (Bankbestätigungen) auf Seite 2 der Ausschreibungsbestimmungen [...] "dem Angebot eine Bestätigung der Bank vorzulegen [ist], dass im Auftragsfall die Bankgarantie (siehe Kaution, Seite 5) ausgestellt wird" von der Auftraggeberin eindeutig verlangt wurde, dass die jeweilige Bank eine verbindliche Erklärung abzugeben hat, dass im Auftragsfall die Bankgarantie ausgestellt wird.

Die objektive Interpretation dieser Ausschreibungsbestimmung lässt eine Deutung, wie von der Antragstellerin behauptet, dahingehend, dass es primär auf das Wort "Bankbestätigung" ankommt, nicht zu.

Eine isolierte Betrachtung des verwendeten Wortes "Bestätigung" und die damit verbundene Schlussfolgerung der Antragstellerin, dass es sich bei der ausschreibungsgegenständlich geforderten Bankbestätigung um eine unverbindlichen Wissenserklärung handelt, kann dem Wortlaut des vorzitierten Satzes nicht entnommen werden, zumal im Indikativ eine Verpflichtung der Bank, nämlich die Ausstellung der Bankgarantie im Auftragsfall, verlangt wird.

Nach Ansicht des erkennenden Senates kann in der gegenständlich zu beurteilenden Forderung nach der Bankbestätigung keinesfalls eine reine Wissenserklärung, wie üblicher Weise bei Bestätigungen (z.B. über die Höhe des Kreditrahmens zu einem gewissen Zeitpunkt), gesehen werden.

Vielmehr ist dieser Bestimmung zu entnehmen, dass die betreffende Bank ihren Willen zu erklären hat, im Auftragsfall eine Bankgarantie verbindlich auszustellen.

Die Antragstellerin hätte im Zusammenhang mit der Bankbestätigung auch erhöhte Sorgfalt walten lassen müssen, zumal einerseits aus dem Layout der Ausschreibung (Bankgarantie auf Seite 2 der Ausschreibungsbestimmungen fett geschrieben) und andererseits aus dem Umstand, dass ausschreibungsgegenständlich lediglich die Nichtvorlage der geforderten Bankgarantie einen zwingenden Ausscheidenstatbestand darstellt, die besondere Bedeutung der Bankbestätigung für die Auftraggeberin klar ersichtlich ist.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass es einem Auftraggeber zwar untersagt ist, eigene Ausscheidensgründe festzulegen (z. B. BVwG 26.03.2015, W187 2017416-2/26E), jedoch sind alle am Vergabeverfahren Beteiligten und die Vergabekontrolle daran gebunden, sofern solche Ausscheidensgründe bestandfest werden (z. B. BVA 05.06.2003, 12N-32/03-17; BVwG vom 19.10.2015, W187 2114246-1/22E).

Bei der Festlegung auf Seite 2 der Ausschreibung "Bankgarantie: Es ist im Angebot eine Bestätigung der Bank vorzulegen, dass im Auftragsfall die Bankgarantie (siehe Kautions Seite 5) ausgestellt wird. Eine Nichtvorlage zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bewirkt das Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren [...]!", handelt es sich, um einen zwingend formulierten Ausscheidensgrund. Die vorgenannte Bestimmung wurde bestandfest und haben sich - sowohl der Auftraggeber als auch Bieter - daran zu halten.

Einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter, wie es auch die Antragstellerin ist (im gegenständlichen Fall insbesondere auf Grund der Erfahrungen bei vorangegangenen Ausschreibungen der Auftraggeberin im Zusammenhang mit der Bankbestätigung), musste klar ersichtlich sein, dass die Bankbestätigung für die Auftraggeberin von besonderer Wichtigkeit ist und hätte die Bieterin bereits aus diesem Grunde im Zusammenhang mit der Bankbestätigung, besondere Sorgfalt walten lassen müssen.

Unter Hinweis auf die vorgenannten Bestimmungen der Ausschreibung kann die Ausschreibungsbestimmung bezüglich der Nichtvorlage der Bankbestätigung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung objektiv nicht dahingehend verstanden werden, dass ein Ausscheidenstatbestand nur dann verwirklicht ist, wenn gar keine Bankbestätigung zur Verfügung gestellt wurde, sondern ist dieser Ausscheidenstatbestand auch erfüllt, wenn eine Bankbestätigung zur Verfügung gestellt wird, die nicht den zwingenden Forderungen der Ausschreibung entspricht.

Insbesondere deshalb, weil Ausschreibungsbestimmungen vergaberechtskonform zu interpretieren sind, ist die Auftraggeberin bereits auf Grund der vorgenannten bestandfesten Ausscheidensbestimmung gehalten, Angebote von Bietern auszuschneiden, bei welchen die mit dem Angebot abgegebene Bankbestätigung nicht den Vorgaben der Ausschreibung entspricht. Dies ergibt sich bereits aus den vergaberechtlichen Grundsätzen der Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung.

Würde die Auftraggeberin Bankbestätigungen zulassen, welche die Anforderungen der Ausschreibung nicht erfüllen, so wäre die Vergleichbarkeit der Angebote mit Bietern, welche ausschreibungskonforme Bankbestätigungen zur Verfügung gestellt haben, nicht möglich. Es würde in diesem Fall auch an der Vergleichbarkeit der Angebote mangeln.

Das Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 ist nicht an die Antragstellerin, sondern deren 100%ige Mutter, die XXXX gerichtet. Namentlich wird die Antragstellerin in diesem Schreiben gar nicht erwähnt. Das Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 ist nicht an die Antragstellerin, sondern deren 100%ige Mutter, die römisch 40 gerichtet. Namentlich wird die Antragstellerin in diesem Schreiben gar nicht erwähnt.

Bei dem Schreiben der XXXX handelt es sich jedenfalls nicht um eine Bankbestätigung im Sinne der gegenständlichen Ausschreibung. Dies ergibt sich aus der gänzlich unverbindlichen Formulierung des Schreibens. So wird darin festgehalten, dass die Mittelnachweisbestätigung weder eine Garantie noch irgendeine andere Verpflichtung der Bank darstellt. Es können aus den Schreiben keine wie auch immer gearteten Ansprüche abgeleitet werden und ist diese Erklärung in keiner Weise verwertbar. Aus den vorgenannten Formulierungen ist ersichtlich, dass diesem Schreiben keinesfalls der Erklärungswert zukommt, dass die Bank im Auftragsfall eine Bankgarantie ausstellen wird, wie es von der Ausschreibung gefordert war. Bei dem Schreiben der römisch 40 handelt es sich jedenfalls nicht um eine Bankbestätigung im Sinne der gegenständlichen Ausschreibung. Dies ergibt sich aus der gänzlich unverbindlichen Formulierung des Schreibens. So wird darin festgehalten, dass die Mittelnachweisbestätigung weder eine Garantie noch irgendeine andere Verpflichtung der Bank darstellt. Es können aus den Schreiben keine wie auch immer gearteten Ansprüche abgeleitet werden und ist diese Erklärung in keiner Weise verwertbar. Aus den vorgenannten Formulierungen ist ersichtlich, dass diesem Schreiben keinesfalls der Erklärungswert zukommt, dass die Bank im Auftragsfall eine Bankgarantie ausstellen wird, wie es von der Ausschreibung gefordert war.

Es handelt sich somit um keine ausschreibungskonforme Bankbestätigung, welche auf Grund deren Formulierung den Willen der Bank dartun würde, dass sie im Auftragsfall die geforderte Bankgarantie ausstellen wird. Da das Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 keine ausschreibungskonforme Bankbestätigung darstellt und für den Fall der Nichtvorlage einer ausschreibungskonformen Bankbestätigung das zwingende Ausscheiden des Angebotes aus dem Vergabeverfahren bestandfest festgelegt wurde, widerspricht das Angebot der Antragstellerin den Angebotsbestimmungen. Es handelt sich somit um keine ausschreibungskonforme Bankbestätigung, welche auf Grund deren Formulierung den Willen der Bank dartun würde, dass sie im Auftragsfall die geforderte Bankgarantie ausstellen wird. Da das Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 keine ausschreibungskonforme Bankbestätigung darstellt und für den Fall der Nichtvorlage einer ausschreibungskonformen Bankbestätigung das zwingende Ausscheiden des Angebotes aus dem Vergabeverfahren bestandfest festgelegt wurde, widerspricht das Angebot der Antragstellerin den Angebotsbestimmungen.

§ 129 Abs. 1 Z 7 BVergG nennt 5 Fallgruppen: 1. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, 2. nicht zugelassene Teil- Alternativ- und Abänderungsangebote, 3. nicht gleichwertige Alternativ- und Abänderungsangebote, 4. Alternativangebote, welche die Mindestanforderung nicht erfüllen, sowie 5. fehlerhafte oder unvollständige Angebote. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG nennt 5 Fallgruppen: 1. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, 2. nicht zugelassene Teil- Alternativ- und Abänderungsangebote, 3. nicht gleichwertige Alternativ- und Abänderungsangebote, 4. Alternativangebote, welche die Mindestanforderung nicht erfüllen, sowie 5. fehlerhafte oder unvollständige Angebote.

Nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Aus dem Wortlaut und der Genese der Formulierung der Ziffer 7 ist klar zu entnehmen, dass bei widersprechenden Angeboten der letzte Halbsatz dieser Ziffer "wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind" nicht anwendbar und daher eine Verbesserung eines Ausschreibungswiderspruches und eine Mängelbehebung ausgeschlossen sind. Nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Aus dem Wortlaut und der Genese der Formulierung der Ziffer 7 ist klar zu entnehmen, dass bei widersprechenden Angeboten der letzte Halbsatz dieser Ziffer "wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind" nicht anwendbar und daher eine Verbesserung eines Ausschreibungswiderspruches und eine Mängelbehebung ausgeschlossen sind.

Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind keiner Verbesserung zugänglich. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen sind daher ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach § 126 BVergG auszuschneiden. Dies bezieht sich insbesondere auf in den Ausschreibungsunterlagen formulierte (vergaberechtswidrige, aber präkludierte) Ausscheidungstatbestände, wie im gegenständlichen Fall. In einem solchen Fall wird jede Abweichung von den Bestimmungen der Ausschreibung als widersprechendes Angebot zu qualifizieren sein. Das Angebot der Antragstellerin wurde von der Auftraggeberin daher zu Recht ohne vorherige Verbesserungsmöglichkeit ausgeschieden. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind keiner Verbesserung zugänglich. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen sind daher ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach Paragraph 126, BVergG auszuschneiden. Dies bezieht sich insbesondere auf in den Ausschreibungsunterlagen formulierte (vergaberechtswidrige, aber präkludierte) Ausscheidungstatbestände, wie im gegenständlichen Fall. In einem solchen Fall wird jede Abweichung von den Bestimmungen der Ausschreibung als widersprechendes Angebot zu qualifizieren sein. Das Angebot der Antragstellerin wurde von der Auftraggeberin daher zu Recht ohne vorherige Verbesserungsmöglichkeit ausgeschieden.

Anders als in der Entscheidung des VwGH vom 12.05.2011, 2008/04/0087, ist im gegenständlichen Fall der ausschreibungskonforme Nachweis in Form der Bankbestätigung nicht existent und ist daher auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht übertragbar. Eine Verbesserbarkeit des gegenständlichen Mangels des Angebotes, wie von der Antragstellerin intendiert, kann daraus nicht abgeleitet werden.

Auch aus der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung des OGH vom 31.08.2006, 6ob140/06s, lässt sich für den gegenständlichen Fall nichts gewinnen, zumal der OGH in diesem Fall nur die Aussage trifft, dass Wissenserklärungen lediglich aussagen, wovon der Erklärende im Zeitpunkt der Erklärung ausgegangen ist. Im gegenständlichen Fall

handelt es sich auf Grund der Formulierung der geforderten Bankbestätigung nicht um eine reine Wissenserklärung, sondern eine Erklärung der Bank, dass sie im Auftragsfall die geforderte Garantie ausstellen wird. Gefordert ist daher ausschreibungsgegenständlich, dass die Bank ihren Willen bekundet, die Bankgarantie im Auftragsfall auszustellen.

Die Entscheidung des Bundesvergabebeamten vom 05.07.2005, GZ: 17 N-54/05-47, ist mit dem gegenständlichen Fall nicht vergleichbar, da im damalig zu beurteilenden Sachverhalt kein bestandfester Ausscheidenstatbestand gegeben war. Dies betrifft auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24.02.2010, 2005/04/0253.

Selbst wenn man entgegen der Rechtsansicht des erkennenden Senats davon ausgehen wollte, dass es sich im gegenständlichen Fall nicht um ein widersprechendes Angebot handeln würde, sondern um ein fehlerhaftes oder unvollständiges Angebot handelte, würde es sich um einen unbehebbarer Mangel handeln. Der Bieter würde dadurch, dass er für die zur Verfügung Stellung einer ausschreibungskonformen Bankbestätigung mehr Zeit zur Verfügung hätte, als die anderen Bieter, die ausschreibungskonforme Bankbestätigungen mit dem Angebot abgegeben haben, einen Wettbewerbsvorteil erlangen (vgl. VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186; VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030, VwGH 24.02.2006, 2004/04/0078 unter Heranziehung der von Aicher entwickelten Formel). Selbst wenn man entgegen der Rechtsansicht des erkennenden Senats davon ausgehen wollte, dass es sich im gegenständlichen Fall nicht um ein widersprechendes Angebot handeln würde, sondern um ein fehlerhaftes oder unvollständiges Angebot handelte, würde es sich um einen unbehebbarer Mangel handeln. Der Bieter würde dadurch, dass er für die zur Verfügung Stellung einer ausschreibungskonformen Bankbestätigung mehr Zeit zur Verfügung hätte, als die anderen Bieter, die ausschreibungskonforme Bankbestätigungen mit dem Angebot abgegeben haben, einen Wettbewerbsvorteil erlangen (vergleiche VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186; VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030, VwGH 24.02.2006, 2004/04/0078 unter Heranziehung der von Aicher entwickelten Formel).

Würde man eine solche Verbesserungsmöglichkeit zulassen, so hätte es der Bieter in der Hand nach Angebotsöffnung und in Kenntnis der Preise der anderen Bieter zu entscheiden, ob er eine kostenpflichtige Bankbestätigung einholt oder nicht. Die Möglichkeit sich die Kosten einer Ausstellung einer Bankbestätigung zu ersparen, würden jedenfalls einen Wettbewerbsvorteil bewirken. Von der Antragstellerin wurde auch glaubwürdig ausgesagt, dass die Bank bei jeder Form einer verbindlichen Finanzierungszusage den Kreditrahmen kürzt, welcher Umstand die vorangestellten Überlegungen stützt.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass bei unbehebbarer Mängeln, wie im gegenständlichen Fall, eine Aufklärung im Sinne des § 126 BVerfG sinnlos wäre und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten (BVA 05.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39; BVA 27.04.2005, 17N-25/05-23). Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass bei unbehebbarer Mängeln, wie im gegenständlichen Fall, eine Aufklärung im Sinne des Paragraph 126, BVerfG sinnlos wäre und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten (BVA 05.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39; BVA 27.04.2005, 17N-25/05-23).

Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EUGH vom 22.06.1993 Rs C-243/89, Kommission/Dänemark).

Auch wenn man entgegen der Ansicht des erkennenden Senates davon ausgehen sollte, dass das Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 eine Bankbestätigung im Sinne der gegenständlichen Ausschreibung darstellen würde, so würde dennoch ein unbehebbarer Angebotsmangel vorliegen. Auch wenn man entgegen der Ansicht des erkennenden Senates davon ausgehen sollte, dass das Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 eine Bankbestätigung im Sinne der gegenständlichen Ausschreibung darstellen würde, so würde dennoch ein unbehebbarer Angebotsmangel vorliegen.

Dies deshalb, weil Bankbestätigungen als Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters dienen sollen. Ausschreibungsgegenständlich werden Erklärungen der Bieter zum Nachweis deren Eignung gefordert. Beim Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 handelt es sich gerade nicht um eine Erklärung des Bieters zum Nachweis dessen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit. Dem Schreiben ist entnehmen, dass es an die 100%ige Muttergesellschaft der Antragstellerin gerichtet ist. Die Antragstellerin selbst wird im Schreiben nicht erwähnt, sondern wird neben der XXXX ausschließlich auf die XXXX, zu der außerstreitig auch die Antragstellerin gehört, erwähnt. Im Schreiben der XXXX wird bezüglich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausschließlich auf Guthaben bzw. Kreditlimiten der XXXX Bezug genommen. Dies deshalb, weil Bankbestätigungen als Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters dienen sollen. Ausschreibungsgegenständlich werden Erklärungen der

Bieter zum Nachweis deren Eignung gefordert. Beim Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 handelt es sich gerade nicht um eine Erklärung des Bieters zum Nachweis dessen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit. Dem Schreiben ist entnehmen, dass es an die 100%ige Muttergesellschaft der Antragstellerin gerichtet ist. Die Antragstellerin selbst wird im Schreiben nicht erwähnt, sondern wird neben der römisch 40 ausschließlich auf die römisch 40, zu der außerstreitig auch die Antragstellerin gehört, erwähnt. Im Schreiben der römisch 40 wird bezüglich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausschließlich auf Guthaben bzw. Kreditlimiten der römisch 40 Bezug genommen.

Dem Schreiben kann somit kein Inhalt unterstellt werden, welcher die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin belegen würde.

Gemäß § 76 BVergG kann sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei dem anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Ein solcher Verfügbarkeitsnachweis ist vom Bieter bereits mit dem Angebot abzugeben. Die Nachweiserbringung in zwei Teilbereiche aufgespaltet. Einerseits die Verfügungsgewalt des Bieters über die Ressourcen oder Kapazität des anderen Unternehmens, sowie zweitens die tatsächliche Verfügbarkeit der Ressourcen und Kapazitäten beim anderen Unternehmen. Beides ist zu belegen. Gemäß Paragraph 76, BVergG kann sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei dem anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Ein solcher Verfügbarkeitsnachweis ist vom Bieter bereits mit dem Angebot abzugeben. Die Nachweiserbringung in zwei Teilbereiche aufgespaltet. Einerseits die Verfügungsgewalt des Bieters über die Ressourcen oder Kapazität des anderen Unternehmens, sowie zweitens die tatsächliche Verfügbarkeit der Ressourcen und Kapazitäten beim anderen Unternehmen. Beides ist zu belegen.

Auch bei mit dem Bieter verbundenen Unternehmen, wie im gegenständlichen Fall, ist die tatsächliche Verfügbarkeit der auftragsgegenständlichen Kapazitäten der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beim verbundenen Unternehmen zu belegen. Aus dem bloßen Umstand, dass aufgrund Eigentum oder Beteiligung oder besonderer Vorschriften im Grunde ein Beherrschungsverhältnis besteht, kann nicht automatisch daraus geschlossen werden, dass das verbundene Unternehmen seine Kapazitäten für den gegenständlichen Auftrag zur Verfügung stellen wird (EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia Rd30).

In den EBRV zu § 76 BVergG wirkt die frühere Skepsis gegenüber einer Berufung auf Dritte im Rahmen der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit nach, wenn festgestellt wird, dass "diese Regelung [...] nicht unproblematisch erscheint", weshalb es sich für den Auftraggeber "empfiehlt [...], bei der Substitution der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einen strengen Maßstab hinsichtlich der zu erbringenden Sicherstellungen anzulegen". In den EBRV zu Paragraph 76, BVergG wirkt die frühere Skepsis gegenüber einer Berufung auf Dritte im Rahmen der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit nach, wenn festgestellt wird, dass "diese Regelung [...] nicht unproblematisch erscheint", weshalb es sich für den Auftraggeber "empfiehlt [...], bei der Substitution der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einen strengen Maßstab hinsichtlich der zu erbringenden Sicherstellungen anzulegen".

Wie an obiger Stelle festgestellt, hat die Antragstellerin eine solche Verfügbarkeitsbestätigung ihrem Angebot nicht beigelegt und kann im Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 denkunmöglich eine solche gesehen werden. Die Antragstellerin hat aber auch keinen notwendigen Subunternehmer zum Ersatz der Eignung in ihrem Angebot genannt. Dass ein solch erforderlicher Verfügbarkeitsnachweis aus der Zeit vor Angebotsöffnung existieren würde, wurde von der Antragstellerin nicht einmal behauptet. Wie an obiger Stelle festgestellt, hat die Antragstellerin eine solche Verfügbarkeitsbestätigung ihrem Angebot nicht beigelegt und kann im Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 denkunmöglich eine solche gesehen werden. Die Antragstellerin hat aber auch keinen notwendigen Subunternehmer zum Ersatz der Eignung in ihrem Angebot genannt. Dass ein solch erforderlicher Verfügbarkeitsnachweis aus der Zeit vor Angebotsöffnung existieren würde, wurde von der Antragstellerin nicht einmal behauptet.

Bei dem Verfügbarkeitsnachweis handelt es sich um keinen vom Auftraggeber unbedingt festzulegenden, sondern es handelt sich um einen vom Gesetz vorgegebenen Nachweis. Bei der unterlassenen Bekanntgabe des Dritten iSd § 76 BVergG mit dem Angebot, handelt es sich, wie mit dem vergleichbaren Fall der unterlassenen Angabe eines notwendigen Subunternehmers um einen unbehebbarer Mangel. Das Angebot ist in diesem Fall unvollständig und zwingend auszuschneiden. Die Unbehebbarkeit des Mangels im gegenständlichen Fall liegt darin, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, die Eignung eines konkreten Subunternehmers bzw. eines Dritten im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil bzw. hinsichtlich des Ersatzes der Eignung zu überprüfen. In diesem Fall muss der Subunternehmer bzw. der Dritte spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung bereits namentlich feststehen (vgl. VwGH vom 29.05.2002, 2002/04/0023). Wenn sich die Antragstellerin somit zum Nachweis ihrer Eignung im Zusammenhang mit der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf einen Dritten, wie es sich aus dem Schreiben der XXXX vom 02.11.2015 ergibt, berufen wollte, hätte sie diesen Dritten mit dem Angebot namhaft machen müssen und die erforderliche Verfügbarkeitsbestätigung vorlegen müssen (ständige Rechtsprechung VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093). In diesem Falle ist auch der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG erfüllt. Bei dem Verfügbarkeitsnachweis handelt es sich um keinen vom Auftraggeber unbedingt festzulegenden, sondern es handelt sich um einen vom Gesetz vorgegebenen Nachweis. Bei der unterlassenen Bekanntgabe des Dritten iSd Paragraph 76, BVergG mit dem Angebot, handelt es sich, wie mit dem vergleichbaren Fall der unterlassenen Angabe eines notwendigen Subunternehmers um einen unbehebbarer Mangel. Das Angebot ist in diesem Fall unvollständig und zwingend auszuschneiden. Die Unbehebbarkeit des Mangels im gegenständlichen Fall liegt darin, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, die Eignung eines konkreten Subunternehmers bzw. eines Dritten im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil bzw. hinsichtlich des Ersatzes der Eignung zu überprüfen. In diesem Fall muss der Subunternehmer bzw. der Dritte spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung bereits namentlich feststehen vergleiche VwGH vom 29.05.2002, 2002/04/0023). Wenn sich die Antragstellerin somit zum Nachweis ihrer Eignung im Zusammenhang mit der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf einen Dritten, wie es sich aus dem Schreiben der römisch 40 vom 02.11.2015 ergibt, berufen wollte, hätte sie diesen Dritten mit dem Angebot namhaft machen müssen und die erforderliche Verfügbarkeitsbestätigung vorlegen müssen (ständige Rechtsprechung VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093). In diesem Falle ist auch der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG erfüllt.

Das Angebot der Antragstellerin wurde daher zu Recht ausgeschieden.

Es war daher spruchgemäß zu erkennen.

Zu A II.)Zu A römisch zwei.)

§ 319 Abs. 1 und 2 BVergG lauten: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG lauten:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragssteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird."§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragssteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Da dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe die Judikate unter Zu A I. des Erkenntnisses), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe die Judikate unter Zu A römisch eins. des Erkenntnisses), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsänderung, Angebotsmangel, Antragslegimitation, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Behebbarkeit von Mängeln, Beschwerdelegimitation, bestandfeste Ausschreibung, Bietergleichbehandlung, Bonitätsauskunft, Eignungsnachweis, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Grundsatz der Gleichbehandlung, Lieferauftrag, Mängelbehebung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachweismangel, Nichtigerklärung, objektiver Erklärungswert, Pauschalgebührenersatz, Schaden, Subunternehmer, Unbehebbarkeit, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Verfügbarkeitsbestätigung, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote, Willenserklärung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W138.2118883.2.00

Zuletzt aktualisiert am

22.02.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at