

TE Bvwg Erkenntnis 2014/11/17 W134 2012864-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.11.2014

Entscheidungsdatum

17.11.2014

Norm

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

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 § 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 § 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 § 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. 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

Spruch

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Susanne Wixforth als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Mobiles Device Management", der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, vertreten durch die XXXX, aufgrund des Antrages der XXXX vertreten durch XXXX vom 09.10.2014 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 07.11.2014 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Susanne Wixforth als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Mobiles Device Management", der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, vertreten durch die römisch 40, aufgrund des Antrages der römisch 40 vertreten durch römisch 40 vom 09.10.2014 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 07.11.2014 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der XXXX im Vergabeverfahren Mobiles Device Management System auszuschneiden für nichtig erklären" wird gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 abgewiesen. römisch eins. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der römisch 40 im Vergabeverfahren Mobiles Device Management System auszuschneiden für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 abgewiesen.

II. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Vorbringen der Parteien: römisch eins. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 09.10.2014, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin, Akteneinsicht, sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Ausgeschrieben sei die Bereitstellung eines Mobile Device Management Systems (kurz "MDMS") zur sicheren Verwendung von mobilen Geräten als Lieferauftrag in einem offenen Verfahren nach den für den Oberschwellenbereich maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2006. Gegenstand der Ausschreibung seien die Implementierung eines MDMS, Schulungen, der Wartungs- und Supportvertrag und Lizenzen für das MDMS. Das Angebot der Antragstellerin sei am 03.10.2014 ausgeschieden worden. Zur Rechtswidrigkeit der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin gab diese zusammengefasst folgendes an:

Zum Nichtvorliegen von Ausscheidungsgründen

Die Antragstellerin habe die Air-Watch als Hersteller des von ihr angebotenen MDMS namhaft gemacht sowie in Aussicht gestellt, dass diese Teile der Implementierungsleistungen sowie Teile der Schulungen möglicherweise an diese vergebe. Die Antragstellerin habe sich daher exakt an die bestandfesten Festlegungen der Auftraggeberin gehalten, wenn diese XXXX in deren Funktion als Hersteller der Software für MDMS in deren Angebot genannt habe, ohne weitere Eignungsnachweise beizuschließen. Sofern die Auftraggeberin nunmehr vermeine, für XXXX wären gesonderte Eignungsnachweise erforderlich, so weiche diese damit in unzulässiger Weise von deren eigenen bestandfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen ab. Die Nicht-Einreichung von Eignungsnachweisen für die AirWatch biete keinen tauglichen Grund, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Die Antragstellerin sei entsprechend den verbindlichen und bestandfesten Festlegungen der Auftraggeberin geeignet und der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG liege nicht vor. Die Antragstellerin habe die Air-Watch als Hersteller des von ihr angebotenen MDMS namhaft gemacht sowie in Aussicht gestellt, dass diese Teile der Implementierungsleistungen sowie Teile der Schulungen möglicherweise an diese vergebe. Die Antragstellerin habe sich daher exakt an die bestandfesten Festlegungen der Auftraggeberin gehalten, wenn diese römisch 40 in deren Funktion als Hersteller der Software für MDMS in deren Angebot genannt habe, ohne weitere Eignungsnachweise beizuschließen. Sofern die Auftraggeberin nunmehr vermeine, für römisch 40 wären gesonderte Eignungsnachweise erforderlich, so weiche diese damit in unzulässiger Weise von deren eigenen bestandfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen ab. Die Nicht-Einreichung von Eignungsnachweisen für die AirWatch biete keinen tauglichen Grund, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Die Antragstellerin sei entsprechend den verbindlichen und bestandfesten Festlegungen der Auftraggeberin geeignet und der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG liege nicht vor.

Zur Zulässigkeit englischsprachiger Dokumente

Die Auftraggeberin stütze die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden unter anderem darauf, dass diese ein Dokument in englischer Sprache dem Angebot beigelegt habe. Die Auftraggeberin habe in der Ausschreibungsunterlage am mehreren Stellen englischsprachige Dokumente explizit für zulässig erachtet. Nach Maßgabe der Festlegungen der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen habe die Antragstellerin ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs.1 Z 7 BVergG liege nicht vor. Die Auftraggeberin stütze die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden unter anderem darauf, dass diese ein Dokument in englischer Sprache dem Angebot beigelegt habe. Die Auftraggeberin habe in der Ausschreibungsunterlage am mehreren Stellen englischsprachige Dokumente explizit für zulässig erachtet. Nach Maßgabe der Festlegungen der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen habe die Antragstellerin ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG liege nicht vor.

Zur rechtswidrigen Unterlassung und Gewährung einer Mängelbehebungsmöglichkeit

Die von der Auftraggeberin zur Begründung der Ausscheidensentscheidung ins Treffen geführten Angebotsmängel seien - sofern sie überhaupt vorliegen - allesamt verbesserungswürdig bzw. behebbar.

Die von der Auftraggeberin zur Rechtfertigung der Ausscheidensentscheidung vorgebrachten Ausscheidensgründe lägen allesamt nicht vor. Weder habe die Antragstellerin ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt, noch mangle es dieser an der erforderlichen Eignung (Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Befugnis). Vielmehr weiche die Auftraggeberin bei der Begründung/Rechtfertigung der Ausscheidensentscheidung in unzulässiger und rechtswidriger Weise von deren eigenen (bestandfesten) Festlegungen sowohl in der Ausschreibung als auch während des Vergabeverfahrens ab. Selbst wenn man dem Angebot der Antragstellerin die monierten Mängel unterstelle, so sei die Auftraggeberin jedenfalls verpflichtet gewesen, die Antragstellerin zur Mängelbehebung gem. § 126 Abs. 1 BVergG

aufzufordern. Das habe diese jedoch unterlassen, sodass die Ausscheidungsentscheidung rechtswidrig sei. Die von der Auftraggeberin zur Rechtfertigung der Ausscheidungsentscheidung vorgebrachten Ausscheidungsgründe lägen allesamt nicht vor. Weder habe die Antragstellerin ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt, noch mangle es dieser an der erforderlichen Eignung (Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Befugnis). Vielmehr weiche die Auftraggeberin bei der Begründung/Rechtfertigung der Ausscheidungsentscheidung in unzulässiger und rechtswidriger Weise von deren eigenen (bestandfesten) Festlegungen sowohl in der Ausschreibung als auch während des Vergabeverfahrens ab. Selbst wenn man dem Angebot der Antragstellerin die monierten Mängel unterstelle, so sei die Auftraggeberin jedenfalls verpflichtet gewesen, die Antragstellerin zur Mängelbehebung gem. Paragraph 126, Absatz eins, BVergG aufzufordern. Das habe diese jedoch unterlassen, sodass die Ausscheidungsentscheidung rechtswidrig sei.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 13.10.2014 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, vergebende Stelle Bundesministerium für Inneres, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Gesamt-Auftragswert von €

724.166,67.-- exklusive USt, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 20.02.2014 (online); am 22.02.2014 (Druck Kurzinformat Wiener Zeitung), in der EU am 21.02.2014 erfolgt. Die Angebotsöffnung sei am 06.05.2014, das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin am 03.10.2014 (Schreiben datiert mit 29.09.2014) vorgenommen worden.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 17.10.2014, W 134 2012864-1/2E, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 16.10.2014 eine Stellungnahme abgegeben und die Antragstellerin hat darauf mit Schreiben vom 03.11.2014 repliziert.

Am 07.11.2014 hat im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Dabei wurde unter anderem folgendes zu Protokoll gegeben:

"XXXX [Anmerkung: XXXX ist der Vertreter der XXXX]: Notwendiger Subunternehmer im Sinne des Pkt. 1.10 des AAB ist grundsätzlich ein eignungsrelevanter Subunternehmer. Zur Eignung gehört auch die technische Leistungsfähigkeit. Aus dem Vergabeakt (insbesondere Beilage 4) kommt für den Auftraggeber hervor, dass die Antragstellerin offenkundig nicht selbst über die technische Leistungsfähigkeit verfügt und sich ausschließlich eines notwendigen Subunternehmers bedient. Die Befugnis der Antragstellerin ist ein Teil der Eigenerklärung der Antragstellerin und für den Auftraggeber unstrittig gegeben."XXXX [Anmerkung: römisch 40 ist der Vertreter der XXXX]: Notwendiger Subunternehmer im Sinne des Pkt. 1.10 des AAB ist grundsätzlich ein eignungsrelevanter Subunternehmer. Zur Eignung gehört auch die technische Leistungsfähigkeit. Aus dem Vergabeakt (insbesondere Beilage 4) kommt für den Auftraggeber hervor, dass die Antragstellerin offenkundig nicht selbst über die technische Leistungsfähigkeit verfügt und sich ausschließlich eines notwendigen Subunternehmers bedient. Die Befugnis der Antragstellerin ist ein Teil der Eigenerklärung der Antragstellerin und für den Auftraggeber unstrittig gegeben.

XXXX[Anmerkung: XXXX ist der Vertreter der Antragstellerin]: Die Antragstellerin verfügt nicht selbst über die gemäß Ausschreibungsunterlagen erforderlichen Referenzen. Um über die nötige Leistungsfähigkeit zu verfügen, ist es daher für die Antragstellerin erforderlich, einen notwendigen Subunternehmer im Sinne des Pkt. 1.10 AAB zu benennen.XXXX[Anmerkung: römisch 40 ist der Vertreter der Antragstellerin]: Die Antragstellerin verfügt nicht selbst über die gemäß Ausschreibungsunterlagen erforderlichen Referenzen. Um über die nötige Leistungsfähigkeit zu verfügen, ist es daher für die Antragstellerin erforderlich, einen notwendigen Subunternehmer im Sinne des Pkt. 1.10 AAB zu benennen.

XXXX: Gemäß 1.10 AAB hatte der Bieter bereits im Angebot hinsichtlich wesentlicher Teile des Auftrages (also für notwendige im Sinne von eignungsrelevanter Subunternehmer) die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen anzugeben und unter Verwendung der Formularbeilage 5 den Subauftragnehmer zu nennen, sowie den Einsatzbereich (Leistungsteil) und den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom Gesamtauftragswert anzugeben. Die Beilage 5 wurde von der Antragstellerin dem Angebot beigelegt, aber als Angabe in Bezug auf den

Subunternehmer XXXX lediglich "60%" angegeben. Somit wurden entgegen den Festlegungen der AAB keine Ausführungen hinsichtlich des Einsatzbereiches (Leistungssteiles) des notwendigen Subunternehmers gemacht. XXXX: Gemäß 1.10 AAB hatte der Bieter bereits im Angebot hinsichtlich wesentlicher Teile des Auftrages (also für notwendige im Sinne von eignungsrelevanter Subunternehmer) die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen anzugeben und unter Verwendung der Formularbeilage 5 den Subauftragnehmer zu nennen, sowie den Einsatzbereich (Leistungssteil) und den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom Gesamtauftragswert anzugeben. Die Beilage 5 wurde von der Antragstellerin dem Angebot beigelegt, aber als Angabe in Bezug auf den Subunternehmer römisch 40 lediglich "60%" angegeben. Somit wurden entgegen den Festlegungen der AAB keine Ausführungen hinsichtlich des Einsatzbereiches (Leistungssteiles) des notwendigen Subunternehmers gemacht.

Die Beilage 6 des Angebotsblattes ("Eigenerklärung des Subunternehmers") wurde von der Antragstellerin weder mit ihrem Angebot noch mit ihrem Aufklärungsschreiben vom 18.06.2014 und somit zu keinem Zeitpunkt im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens vorgelegt. Das Erfordernis des Einreichens der Beilage 6 ergibt sich aus Pkt. 3. 2. AAB letzter Absatz.

Das Schreiben der Auftraggeberin vom 05.06.2014 war daher jedenfalls unter Pkt. II, wonach im Fall der Qualifikation als (notwendiger Subunternehmer) die geforderten Beilagen und Eignungsnachweise nachzureichen waren, als Verbesserungsersuchen des Auftraggebers zu qualifizieren. In ihrem Antwortschreiben vom 18.06.2014 qualifizierte die Antragstellerin "XXXX" als Subauftragnehmer, legte jedoch die geforderten Beilagen (insbesondere Beilage 6 und Beilage 8) nicht vor. Damit war der Antragstellerin immer schon klar gewesen, dass diese Beilagen bereits mit dem Angebot oder aber zumindest nach Verbesserungsersuchen des Auftraggebers vom 05.06.2014 einzureichen gewesen wären. Das Schreiben der Auftraggeberin vom 05.06.2014 war daher jedenfalls unter Pkt. römisch zwei, wonach im Fall der Qualifikation als (notwendiger Subunternehmer) die geforderten Beilagen und Eignungsnachweise nachzureichen waren, als Verbesserungsersuchen des Auftraggebers zu qualifizieren. In ihrem Antwortschreiben vom 18.06.2014 qualifizierte die Antragstellerin "XXXX" als Subauftragnehmer, legte jedoch die geforderten Beilagen (insbesondere Beilage 6 und Beilage 8) nicht vor. Damit war der Antragstellerin immer schon klar gewesen, dass diese Beilagen bereits mit dem Angebot oder aber zumindest nach Verbesserungsersuchen des Auftraggebers vom 05.06.2014 einzureichen gewesen wären.

Die Beilage 8 ("Zusage-Erklärung allfälliger Subunternehmer") wurde seitens der Antragstellerin weder mit dem Angebot noch mit ihrem Verbesserungsschreiben vom 18.06.2014 und damit wiederum zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens vorgelegt. Die Verpflichtung zur Vorlage der Beilage 8 bei Heranziehung notwendiger Subunternehmer ergibt sich eindeutig aus der präkludierten Festlegung aus Pkt. 3.6 letzter Absatz i.V.m. 1.10 AAB. Die Beilage 8 ("Zusage-Erklärung allfälliger Subunternehmer") wurde seitens der Antragstellerin weder mit dem Angebot noch mit ihrem Verbesserungsschreiben vom 18.06.2014 und damit wiederum zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens vorgelegt. Die Verpflichtung zur Vorlage der Beilage 8 bei Heranziehung notwendiger Subunternehmer ergibt sich eindeutig aus der präkludierten Festlegung aus Pkt. 3.6 letzter Absatz in Verbindung mit 1.10 AAB.

XXXX: Die Beilagen 6 u 8 wurden von der Antragstellerin nicht nachgereicht und auch sonst nicht vorgelegt. Das Schreiben vom 05.06.2014 enthält keinen, den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Verbesserungsauftrag, zumal aus diesem weder hervorgeht, für welches Unternehmen welche konkreten Unterlagen nachzureichen sind. Darüber hinaus indizierte die Auftraggeberin durch den vorletzten Absatz in Pkt. II. des Schreibens vom 05.06.2014, dass für Hersteller die Regelungen hinsichtlich der für Subunternehmer beizubringen Dokumente nicht gelten. Ansonsten verweise ich auf das bisherige Vorbringen. XXXX: Die Beilagen 6 u 8 wurden von der Antragstellerin nicht nachgereicht und auch sonst nicht vorgelegt. Das Schreiben vom 05.06.2014 enthält keinen, den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Verbesserungsauftrag, zumal aus diesem weder hervorgeht, für welches Unternehmen welche konkreten Unterlagen nachzureichen sind. Darüber hinaus indizierte die Auftraggeberin durch den vorletzten Absatz in Pkt. römisch zwei. des Schreibens vom 05.06.2014, dass für Hersteller die Regelungen hinsichtlich der für Subunternehmer beizubringen Dokumente nicht gelten. Ansonsten verweise ich auf das bisherige Vorbringen.

XXXX: Zum Zeitpunkt des Aufklärungsersuchens des Auftraggebers vom 05.06.2014 stand für diesen mangels hinreichender oder nachvollziehbarer Angaben der Antragstellerin in ihrem Angebot, welches ausschließlich die Aussage enthielt, dass ein Subunternehmer Namens "XXXX" zum Einsatz kommen werde und "60%" der Leistung

übernehmen werde nicht nachvollziehbar fest, ob dieser genannte Subunternehmer als notwendiger Subunternehmer im Sinne des Pkt. 1.10 AAB zur Verfügung stehen sollte. Aus Pkt. II des Aufklärungsersuchens vom 05.06.2014 kommt im vorletzten Absatz zweifelsfrei hervor, dass seitens des Auftraggebers um Information ersucht wird "ob das als Subunternehmer angeführte Unternehmen" als notwendiger Subunternehmer zum Einsatz kommen soll. Damit war auch die klare Individualisierbarkeit in Bezug auf den als "XXXX" genannten Subunternehmer der Antragstellerin gegeben. Der letzte Absatz des Pkt. II. des Verbesserungsersuchens vom 05.06.2014 bringt schließlich ganz eindeutig und für jeden verständigen Bieter im Sinne des § 914 ABGB zum Ausdruck, dass im Falle der Qualifikation dieses genannten Subunternehmers als notwendiger Subunternehmer die geforderten Beilagen und Eignungsnachweise unverzüglich nachzureichen sind. XXXX: Zum Zeitpunkt des Aufklärungsersuchens des Auftraggebers vom 05.06.2014 stand für diesen mangels hinreichender oder nachvollziehbarer Angaben der Antragstellerin in ihrem Angebot, welches ausschließlich die Aussage enthielt, dass ein Subunternehmer Namens "XXXX" zum Einsatz kommen werde und "60%" der Leistung übernehmen werde nicht nachvollziehbar fest, ob dieser genannte Subunternehmer als notwendiger Subunternehmer im Sinne des Pkt. 1.10 AAB zur Verfügung stehen sollte. Aus Pkt. römisch zwei des Aufklärungsersuchens vom 05.06.2014 kommt im vorletzten Absatz zweifelsfrei hervor, dass seitens des Auftraggebers um Information ersucht wird "ob das als Subunternehmer angeführte Unternehmen" als notwendiger Subunternehmer zum Einsatz kommen soll. Damit war auch die klare Individualisierbarkeit in Bezug auf den als "XXXX" genannten Subunternehmer der Antragstellerin gegeben. Der letzte Absatz des Pkt. römisch zwei. des Verbesserungsersuchens vom 05.06.2014 bringt schließlich ganz eindeutig und für jeden verständigen Bieter im Sinne des Paragraph 914, ABGB zum Ausdruck, dass im Falle der Qualifikation dieses genannten Subunternehmers als notwendiger Subunternehmer die geforderten Beilagen und Eignungsnachweise unverzüglich nachzureichen sind.

Dass die Antragstellerin "XXXX" als notwendigen Subunternehmer betrachtet, ging nicht zuletzt aus ihrem Antwortschreiben vom 18.06.2014 hervor, und ist dies aufgrund der eindeutigen und präkludierten Festlegungen in 1.10 AAB, wie auch im Rahmen der heutigen Verhandlung erörtert, unstrittig.

XXXX: Die Festlegungen der Auftraggeberin (AG) in Pkt. 1.10 der AAB sowie Beilage 5 zu den Ausschreibungsunterlagen sowie das Aufklärungsersuchen vom 05.06.2014 sind weder eindeutig noch hinreichend bestimmt, so dass für die AG nicht erkennbar war, ob eine Namhaftmachung des Herstellers als notwendigen Subunternehmer erforderlich ist und die entsprechenden Nachweise beizubringen sind. Dies hat die AG auch in deren Antwortschreiben vom 18.06.2014 expliziert offen gelegt.

Zu Pkt. 3 des Ausscheidensschreibens vom 29.09.2014 wird von XXXX ausgeführt, dass entsprechend der Anfragebeantwortung vom 08.04.2014, Frage 26 sowie der Anfragebeantwortung vom 11.04.2014, Frage 51, ausschließlich hinsichtlich der Dokumentation "technischer Systemparameter" englischsprachige Dokumente vorgelegt werden dürfen. Das infrage stehende Dokument mit der im Pkt. 3 der Ausscheidensentscheidung bezeichneten Namen enthält jedenfalls nicht ausschließlich technische Systemparameter. Zu Pkt. 3 des Ausscheidensschreibens vom 29.09.2014 wird von römisch 40 ausgeführt, dass entsprechend der Anfragebeantwortung vom 08.04.2014, Frage 26 sowie der Anfragebeantwortung vom 11.04.2014, Frage 51, ausschließlich hinsichtlich der Dokumentation "technischer Systemparameter" englischsprachige Dokumente vorgelegt werden dürfen. Das infrage stehende Dokument mit der im Pkt. 3 der Ausscheidensentscheidung bezeichneten Namen enthält jedenfalls nicht ausschließlich technische Systemparameter.

XXXX: Die Fragen bzw. Antworten 26 und 51 sind aus unserer Sicht Grundlage für die Vorlage des im Pkt. 3 der Ausscheidensentscheidung bezeichneten englischsprachigen Dokuments.

XXXX: Beinhaltet das im Pkt. 3 der Ausscheidensentscheidung bezeichnete englischsprachige Dokument ausschließlich die Dokumentation "technischer Systemparameter"?

XXXX [Anmerkung: XXXX ist der Vertreter der Antragstellerin] römisch 40 [Anmerkung: XXXX ist der Vertreter der Antragstellerin]:

Sämtliche vorzulegende Dokumente enthalten technische Systemparameter. Wenn die AG nunmehr ihre Festlegungen dahin auslegt, dass nur Dokumente in englischer Sprache zulässig sind, die ausschließlich technische Systemparameter enthalten, so interpretiert sie ihr eigenes Festlegungen in einer restriktiven Weise, die von dem Wortlaut nicht gedeckt ist.

XXXX: Hatten Sie genug Zeit das fragliche Dokument zu studieren?

XXXX: Ja. Es geht in dem Dokument darum, welche technische Umgebung ich als Administrator einrichten muss, mit entsprechenden Systemparametern um dem User den sicheren Zugriff auf Informationen wie ein Word-Dokument, PDF-Datei, ein Excel-Dokument etc. zu ermöglichen. Die letzten Seiten des Dokumentes zeigen dem End-User wie er auf das Dokument zugreifen kann. Ich kann nicht angeben, ob das Dokument ausschließlich technische Systemparameter enthält, da die Definition der Worte "technische Systemparameter" nicht genau spezifiziert ist.

XXXX: Warum haben Sie dann nicht dem AG über diese Unklarheit eine Frage gestellt?

XXXX: Für mich enthält das Dokument vorwiegend Systemparameter.

XXXX: Heißt das, also das es nicht ausschließlich Systemparameter enthält?

XXXX: Für mich als Person sind für mein jahrelanges IT-Verständnis enthält das Dokument nicht ausschließlich Systemparameter. Die Antragstellerin davon aus, dass das fragliche Dokument nicht ausschließlich Systemparameter enthält.

XXXX: Den Anfragebeantwortungen zu den Fragen 26 und 51 kommt ein ganz eindeutiger Erklärungswert zu, wonach ausschließlich die Dokumentation der technischen Systemparameter in englischer Sprache bieterseitig vorgelegt werden durfte. Hätte die Antragstellerin als verständige Bieterin diese Festlegung nicht verstanden, so hätte sie auch im Sinne des Pkt. 1.12 AAB im Rahmen des Vergabeverfahrens Aufklärung verlangen können. Dies ist nicht geschehen und blieb die diesbezügliche Frage des Senatsvorsitzenden nach dem Grunde des Nichtdurchführens eines solchen Aufklärungsverfahrens auch heute unbeantwortet. Die Unterbrechung der heutigen Verhandlung zum Zwecke des Studiums des in Frage stehenden Dokumentes durch die Antragstellerin belegt, dass diese zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe den Inhalt des Dokumentes und die darin enthaltenen nicht technischen Systemparameter überhaupt nicht kannte, sondern vielmehr ein Gesamtdokument, welches auch zahlreiche Dokumentationen nicht technischer Systemparameter enthält, ausschreibungswidrig in englischer Sprache vorgelegt hat.

XXXX [Anmerkung: XXXX ist der Vertreter der Auftraggeberin]: römisch 40 [Anmerkung: XXXX ist der Vertreter der Auftraggeberin]:

Beispiele für nicht technische Systemparameter in dem Dokument sind:

Seite 4 (Überblick über den Funktionsumfang, Seite 23 (Managing Personal Content) enthält eine Beschreibung der Benutzung des beschriebenen Softwarebestandes für den Endbenutzer, Seite 33 (Managing Content for IOS) Beschreibung der Nutzung der Softwarebestandteile für den Endbenutzer, gleiches gilt für Seite 50 (Managing Personal Content für Android). Technische Systemparameter sind technische Einstellmöglichkeiten an der Software, die das Verhalten der Software beeinflussen.

XXXX: Auf Seite 4 findet sich kein Systemparameter, Seite 23 enthält Systemparameter, Seite 33 enthält Systemparameter, Seite 50 enthält keine Systemparameter.

XXXX: Was versteht die Auftraggeberin unter enthält ausschließlich Systemparameter?

XXXX: Die Dokumentation technischer Systemparameter kann in englischer Sprache erfolgen. Dies bedeutet, dass einzelne Dokumente vorgelegt werden durften, welche so wie im vorliegenden Fall unter anderem technische Systemparameter enthalten; in solch einem Fall durfte der diese technische Systemparameter betreffende Teil auch englischsprachig sein (Argument: "Dokumentation"). Für den Fall, dass Dokumente vorgelegt werden, welche ausschließlich technische Systemparameter enthalten bedeutet dies, dass in diesem Fall, und zwar nur in diesem Fall, das komplette Dokument in englischer Sprache vorgelegt werden durfte. Da das gegenständliche Dokument, wie auch von der Antragstellerin bestätigt, nicht ausschließlich technische Systemparameter enthält, hätte es jedenfalls auch nicht ausschließlich in englischer Sprache vorgelegt werden dürfen, sondern hätte zumindest deutschsprachige Teile enthalten müssen.

XXXX: Die Dokumentation technischer Systemparameter ist nach allgemeinem Begriffsverständnis so zu verstehen, dass die Dokumente auch technische Systemparameter dokumentieren. Wenn die Auftraggeberin tatsächlich ein derart restriktives Verständnis hat, hätte sie das in der Anfragebeantwortung entsprechend offenlegen müssen. Es ist lebensfremd und entspricht daher nicht dem allgemeinen Bieterverständnis, dass komplexe Systembeschreibungen

passagenweise übersetzt werden. Das gegenständliche Dokument war laut Ausschreibungsunterlagen nicht zwingender Angebotsbestandteil. Es handelt sich hier vielmehr um eine Hintergrundinformation die für die Angebotsbewertung nicht relevant ist.

XXXX: Soweit das Dokument die Beschreibung von Leistungsbestandteilen enthält, was offenkundig der Fall ist, stellt es einen zwingenden Angebotsbestandteil dar, der ausschließlich in deutscher Sprache vorzulegen war. Die Antragstellerin hätte gegenüber anderen Bietern einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil, wäre es ihr erlaubt, diese zwingend in deutscher Sprache vorzulegenden Informationen in englischer Sprache und unübersetzt vorzulegen.

XXXX: Die Antragstellerin geht nicht davon aus, dass die Regelung über die Sprache in Pkt. 2.5 und 2.6 nur für zwingende Angebotsbestandteile dient.

XXXX: Die Antragstellerin geht nach nochmaligen Nachfragen nunmehr doch davon aus, dass die Regelung über die Sprache in Pkt. 2.5 und

2.6 doch nur für zwingende Angebotsbestandteile gilt.

XXXX: Der Auftraggeber verweist auf Pkt. 2.5 2. Satz AAB, wonach das Angebot sowie jedes weitere Schriftstück (Angebot, Unterlagen, Korrespondenz usw.) in deutscher Sprache zu erstellen ist. Bei dem gegenständlich in Frage stehenden Dokument handelt es sich also zumindest zweifelsfrei um eine Unterlage im Sinne des Pkt. 2.5 AAB."

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

1. Feststellungen:

Die Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, vertreten durch die Finanzprokuratur hat einen Lieferauftrag im Oberschwabenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll, ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 20.02.2014, in der EU am 21.02.2014 erfolgt. Die Angebotsöffnung ist am 06.05.2014, das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin am 03.10.2014 mit Schreiben vom 29.09.2014 erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 13.10.2014, Akt des Vergabeverfahrens).

Punkt 1.10 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (AAB) lautet auszugsweise:

"1.10 Subunternehmer

[...]

Der Bieter hat im Angebot nur hinsichtlich wesentlicher Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen anzugeben und unter Verwendung der Formular-Beilage 5 den Subunternehmer zu nennen sowie den Einsatzbereich (Leistungsteil) und den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom Gesamtauftragswert anzugeben.

Auftragsteile sind dann wesentlich, wenn der Bieter für diese Leistungsteile nicht selbst über die erforderliche Befugnis und/oder Leistungsfähigkeit verfügt und aus diesem Grund einen entsprechenden geeigneten Subunternehmer namhaft macht ("notwendige Subunternehmer"). Für diese notwendigen Subunternehmer sind dem Angebot weiters folgende Nachweise vorzulegen:

Erklärung über die solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Bieter zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten des Subunternehmers stützt (Formular-Beilage 9).

Nachweis, dass dem Bieter für die Ausführung des Auftrages die beim Subunternehmer vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen durch Vorlage der Zusageerklärung (Formular-Beilage 8).

[...]" (AAB, Akt des Vergabeverfahrens)

Punkt 3.2 der AAB lautet auszugsweise:

"3.2 Eignung-Festlegung der Nachweise- Eigenerklärung

[...]

Bei Namhaftmachen eines notwendigen Subunternehmers gemäß Punkt 1.10, hat der Bieter für diesen Subunternehmer die festgelegten Nachweise oder eine Eigenerklärung des Subunternehmers (Eigenerklärung-Formular-Beilage 6) dem Angebot beizulegen." (AAB, Akt des Vergabeverfahrens)

Punkt 3.6 der AAB lautet auszugsweise:

"3.6 Technische Leistungsfähigkeit

[...]

Falls sich der Bieter zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf Kapazitäten anderer Unternehmer bzw. seines Subunternehmers stützt ("notwendiger Subunternehmer"), hat er eine Verpflichtungserklärung dieser Unternehmer beizubringen, dass ihm im Auftragsfall für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen (Formular-Beilage 8)." (AAB, Akt des Vergabeverfahrens)

Die Punkte 2.5 und 2.6 der AAB lauten auszugsweise:

"2.5 Sprache

Verfahrens- und Vertragssprache ist ausschließlich Deutsch. Das Angebot sowie jedes weitere Schriftstück (Angebot, Unterlagen, Korrespondenz usw.) ist in deutscher Sprache zu erstellen, jede verbale Kommunikation auch im Rahmen der Wartungs- und Supportleistungen ist ausschließlich in Deutsch zu führen. Gegebenenfalls sind für die geforderten behördlichen Bescheinigungen, Urkunden und sonstigen Unterlagen deutsche Übersetzungen in beglaubigter Ausführung beizubringen.

2.6 Handbuch und Implementierungskonzept

Dem Angebot sind ein Handbuch in deutscher Sprache und eine Übersicht mit genauen Verweisen (inklusive Seitenzahl), wo in diesem Handbuch die jeweiligen, in der technischen Leistungsbeschreibung definierten Anforderungen zu finden sind, beizulegen.

Dem Angebot ist überdies ein Konzept zur Implementierung der MDM-Lösung beizulegen." (AAB, Akt des Vergabeverfahrens)

Die Antwort 26 der 4. Anfragebeantwortung der Auftraggeberin vom 08.04.2014 lautet:

"Punkt 2.6 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen wird insofern geändert, als die Dokumentation technischer Systemparameter auch in englischer Sprache erfolgen könne." (Akt des Vergabeverfahrens)

Die Antwort 51 der 5. Anfragebeantwortung der Auftraggeberin vom 11.04.2014 lautet:

"Es wird darauf hingewiesen, dass, wie in Punkt 2.6 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen "Handbuch und Implementierungskonzept" festgelegt wurde, ein Handbuch in deutscher Sprache dem Angebot beizulegen ist.

Die Dokumentation technischer Systemparameter kann jedoch auch in englischer Sprache erfolgen." (Akt des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot, Beilage 5, die "XXXX" als Subunternehmer benannt und für diese einen Leistungsteil in Prozent des Auftrages von 60 % angegeben. Die Beilagen 6 und 8 liegen dem Angebot der Antragstellerin nicht bei und wurden von ihr auch sonst nicht vorgelegt. (Akt des Vergabeverfahrens, Aussagen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung)

Das Schreiben der Auftraggeberin an die Antragstellerin vom 05.06.2014 lautet auszugsweise:

"II.

[...]

Der Bieter wird um Aufklärung ersucht, ob das als Subunternehmer angeführte Unternehmen tatsächlich Subunternehmer für die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen oder lediglich Hersteller ist.

Im Fall der Qualifikation als (notwendigen) Subunternehmer wären gegebenenfalls die für Subunternehmer geforderten Beilagen und Eignungsnachweise (bezogen auf den Leistungsteil des Subunternehmers) nachzureichen." (Akt des Vergabeverfahrens)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die im konkreten Fall nicht angefochtenen und damit bestandsfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024).

3. a) Zum Nachprüfungsantrag (Spruchpunkt A I.); 3. a) Zum Nachprüfungsantrag (Spruchpunkt A) römisch eins.):

Gemäß Punkt 1.10 AAB hat der Bieter im Angebot nur hinsichtlich wesentlicher Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen anzugeben. Auftragsteile sind gemäß Punkt 1.10 AAB dann wesentlich, wenn der Bieter für diese Leistungsteile nicht selbst über die erforderliche Befugnis und/oder Leistungsfähigkeit verfügt und aus diesem Grund einen entsprechenden geeigneten Subunternehmer namhaft macht ("notwendige Subunternehmer").

Wie sowohl die Auftraggeberin als auch die Antragstellerin selbst in der mündlichen Verhandlung zu Recht angegeben haben, verfügt die Antragstellerin nicht selbst über die gemäß Ausschreibungsunterlagen erforderlichen Referenzen. Um über die nötige Leistungsfähigkeit zu verfügen, ist es daher für die Antragstellerin erforderlich, einen notwendigen Subunternehmer im Sinne des Pkt. 1.10 AAB zu benennen. In einem solchen Fall hat der Bieter gemäß Punkt 3.2 der AAB für diesen Subunternehmer die festgelegten Nachweise oder eine Eigenerklärung des Subunternehmers (Eigenerklärung-Formular-Beilage 6) sowie gemäß Punkt 3.6 der AAB eine Verpflichtungserklärung dieser notwendigen Subunternehmer beizubringen, dass ihm im Auftragsfall für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen (Formular-Beilage 8), dem Angebot beizulegen.

Im Angebot der Antragstellerin wurde die XXXX als Subunternehmer benannt, die Beilagen 6 und 8 jedoch nicht beigelegt. Im Angebot der Antragstellerin wurde die römisch 40 als Subunternehmer benannt, die Beilagen 6 und 8 jedoch nicht beigelegt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 05.06.2014 wurde die Antragstellerin entsprechend § 126 Abs 1 BVergG 2006 "um Aufklärung ersucht, ob das als Subunternehmer angeführte Unternehmen tatsächlich Subunternehmer für die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen oder lediglich Hersteller ist. Im Fall der Qualifikation als (notwendiger) Subunternehmer wären gegebenenfalls die für Subunternehmer geforderten Beilagen und Eignungsnachweise (bezogen auf den Leistungsteil des Subunternehmers) nachzureichen." Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 05.06.2014 wurde die Antragstellerin entsprechend Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2006 "um Aufklärung ersucht, ob das als Subunternehmer angeführte Unternehmen tatsächlich Subunternehmer für die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen oder lediglich Hersteller ist. Im Fall der Qualifikation als (notwendiger) Subunternehmer wären gegebenenfalls die für Subunternehmer geforderten Beilagen und Eignungsnachweise (bezogen auf den Leistungsteil des Subunternehmers) nachzureichen."

Wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung selbst zugesteht, hat sie die Beilagen 6 und 8 nicht nachgereicht und auch sonst nicht vorgelegt. Da sie die Beilagen 6 und 8 aber für ihren notwendigen Subunternehmer XXXX gemäß den Punkten 1.10 iVm 3.2 und Wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung selbst zugesteht, hat sie die Beilagen 6 und 8 nicht nachgereicht und auch sonst nicht vorgelegt. Da sie die Beilagen 6 und 8 aber für ihren notwendigen Subunternehmer römisch 40 gemäß den Punkten 1.10 in Verbindung mit 3.2 und

3.6 der AAB spätestens nach Ablauf der im Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin vom 05.06.2014 genannten Frist (18.06.2014) hätte vorlegen müssen, dies jedoch nicht getan hat, wurde das Angebot der Antragstellerin schon aus diesem Grund zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden. 3.6 der AAB spätestens nach Ablauf der im Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin vom 05.06.2014 genannten Frist (18.06.2014) hätte vorlegen müssen, dies jedoch nicht getan hat, wurde das Angebot der Antragstellerin schon aus diesem Grund zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden.

Wenn die Antragstellerin dazu vorbringt, dass das Schreiben der Auftraggeberin vom 05.06.2014 keinen den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Verbesserungsauftrag enthalte, zumal aus diesem weder hervorgehe, für welches Unternehmen welche konkreten Unterlagen nachzureichen seien und darüber hinaus die Auftraggeberin

durch den vorletzten Absatz in Pkt. II. des Schreibens vom 05.06.2014 indiziere, dass für Hersteller die Regelungen hinsichtlich der für Subunternehmer beizubringen Dokumente nicht gelten, ist ihr folgendes entgegenzuhalten: Zum Zeitpunkt des Aufklärungsersuchens des Auftraggebers vom 05.06.2014 stand für diesen mangels hinreichender oder nachvollziehbarer Angaben der Antragstellerin in ihrem Angebot, welches ausschließlich die Aussage enthielt, dass ein Subunternehmern namens "XXXX" zum Einsatz kommen werde und "60%" der Leistung übernehmen werde nicht nachvollziehbar fest, ob dieser genannte Subunternehmer als notwendiger Subunternehmer im Sinne des Pkt. 1.10 AAB zur Verfügung stehen sollte. Aus Pkt. II des Aufklärungsersuchens vom 05.06.2014 kommt im vorletzten Absatz zweifelsfrei hervor, dass seitens des Auftraggebers um Information ersucht wird "ob das als Subunternehmer angeführte Unternehmen" als notwendiger Subunternehmer zum Einsatz kommen soll. Damit war auch die klare Individualisierbarkeit in Bezug auf den als "XXXX" genannten Subunternehmer der Antragstellerin gegeben. Der letzte Absatz des Pkt. II. des Verbesserungsersuchens vom 05.06.2014 bringt schließlich klar zum Ausdruck, dass im Falle der Qualifikation dieses genannten Subunternehmers als notwendiger Subunternehmer jedenfalls die Beilagen 6 und 8 in der gesetzten Frist nachzureichen waren. Wenn die Antragstellerin dazu vorbringt, dass das Schreiben der Auftraggeberin vom 05.06.2014 keinen den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Verbesserungsauftrag enthalte, zumal aus diesem weder hervorgehe, für welches Unternehmen welche konkreten Unterlagen nachzureichen seien und darüber hinaus die Auftraggeberin durch den vorletzten Absatz in Pkt. römisch zwei. des Schreibens vom 05.06.2014 indiziere, dass für Hersteller die Regelungen hinsichtlich der für Subunternehmer beizubringen Dokumente nicht gelten, ist ihr folgendes entgegenzuhalten: Zum Zeitpunkt des Aufklärungsersuchens des Auftraggebers vom 05.06.2014 stand für diesen mangels hinreichender oder nachvollziehbarer Angaben der Antragstellerin in ihrem Angebot, welches ausschließlich die Aussage enthielt, dass ein Subunternehmern namens "XXXX" zum Einsatz kommen werde und "60%" der Leistung übernehmen werde nicht nachvollziehbar fest, ob dieser genannte Subunternehmer als notwendiger Subunternehmer im Sinne des Pkt. 1.10 AAB zur Verfügung stehen sollte. Aus Pkt. römisch zwei des Aufklärungsersuchens vom 05.06.2014 kommt im vorletzten Absatz zweifelsfrei hervor, dass seitens des Auftraggebers um Information ersucht wird "ob das als Subunternehmer angeführte Unternehmen" als notwendiger Subunternehmer zum Einsatz kommen soll. Damit war auch die klare Individualisierbarkeit in Bezug auf den als "XXXX" genannten Subunternehmer der Antragstellerin gegeben. Der letzte Absatz des Pkt. römisch zwei. des Verbesserungsersuchens vom 05.06.2014 bringt schließlich klar zum Ausdruck, dass im Falle der Qualifikation dieses genannten Subunternehmers als notwendiger Subunternehmer jedenfalls die Beilagen 6 und 8 in der gesetzten Frist nachzureichen waren.

Das Angebot der Antragstellerin wurde, wie im Folgenden darzulegen sein wird, aber auch noch aus einem anderen Grund zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden. Das Angebot der Antragstellerin wurde, wie im Folgenden darzulegen sein wird, aber auch noch aus einem anderen Grund zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden.

Gemäß Punkt 2.5 AAB ist das Angebot sowie jedes weitere Schriftstück (Angebot, Unterlagen, Korrespondenz usw.) in deutscher Sprache zu erstellen. Gemäß Antwort 26 der 4. Anfragebeantwortung und Antwort 51 der 5. Anfragebeantwortung kann die "Dokumentation technischer Systemparameter" eines Handbuches jedoch auch in englischer Sprache erfolgen. Das von der Antragstellerin ihrem Angebot beigelegte ausschließlich in englischer Sprache verfasste Handbuch "Mobile Content Management Guide, Configure secure distribution and mobile access to your corporate content with AirWatch 7.0" enthält, wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung selbst zugestanden hat, nicht ausschließlich die Dokumentation technischer Systemparameter. So enthalten unstrittig folgende Seiten des Handbuches keine "Dokumentation technischer Systemparameter": Seite 4 enthält einen Überblick ("Mobile Content Management Overview") und Seite 50 (Managing Personal Content für Android). Da das gegenständliche Handbuch, wie auch von der Antragstellerin bestätigt, nicht ausschließlich die Dokumentation technischer Systemparameter enthält, hätte es jedenfalls entsprechend den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen auch nicht ausschließlich in englischer Sprache vorgelegt werden dürfen, sondern hätte zumindest deutschsprachige Teile enthalten müssen. Dieser Mangel des Angebotes der Antragstellerin ist auch nicht einer Verbesserung zugänglich, da die Antragstellerin ansonsten gegenüber anderen Bietern einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil hätte, würde man ihr erlauben, diese zwingend in deutscher Sprache vorzulegenden Informationen vorerst in englischer Sprache und unübersetzt vorzulegen (VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087). Das Angebot der Antragstellerin wurde daher auch aus diesem Grund zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden. Gemäß Punkt 2.5 AAB ist das Angebot sowie jedes weitere Schriftstück (Angebot, Unterlagen,

Korrespondenz usw.) in deutscher Sprache zu erstellen. Gemäß Antwort 26 der 4. Anfragebeantwortung und Antwort 51 der 5. Anfragebeantwortung kann die "Dokumentation technischer Systemparameter" eines Handbuches jedoch auch in englischer Sprache erfolgen. Das von der Antragstellerin ihrem Angebot beigelegte ausschließlich in englischer Sprache verfasste Handbuch "Mobile Content Management Guide, Configure secure distribution and mobile access to your corporate content with AirWatch 7.0" enthält, wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung selbst zugestanden hat, nicht ausschließlich die Dokumentation technischer Systemparameter. So enthalten unstrittig folgende Seiten des Handbuches keine "Dokumentation technischer Systemparameter": Seite 4 enthält einen Überblick ("Mobile Content Management Overview") und Seite 50 (Managing Personal Content für Android). Da das gegenständliche Handbuch, wie auch von der Antragstellerin bestätigt, nicht ausschließlich die Dokumentation technischer Systemparameter enthält, hätte es jedenfalls entsprechend den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen auch nicht ausschließlich in englischer Sprache vorgelegt werden dürfen, sondern hätte zumindest deutschsprachige Teile enthalten müssen. Dieser Mangel des Angebotes der Antragstellerin ist auch nicht einer Verbesserung zugänglich, da die Antragstellerin ansonsten gegenüber anderen Bietern einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil hätte, würde man ihr erlauben, diese zwingend in deutscher Sprache vorzulegenden Informationen vorerst in englischer Sprache und unübersetzt vorzulegen (VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087). Das Angebot der Antragstellerin wurde daher auch aus diesem Grund zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden.

Im Übrigen wird darauf verwiesen, dass das Angebot der Antragstellerin auch weitere Handbücher enthält, welche ausschließlich in englischer Sprache abgefasst sind, wobei diesbezüglich zumindest zweifelhaft ist, ob diese ausschließlich die Dokumentation technischer Systemparameter enthalten.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die Regelung über die Sprache in Punkt 2.5 und 2.6 nur für zwingende Angebotsbestandteile gelte, ist ihr entgegenzuhalten, dass diese Interpretation der Ausschreibungsunterlagen diesen nicht entnommen werden kann.

4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) II.): 4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) römisch zwei.):

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller 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 Antragsteller 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 Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch die Auftraggeberin.

B) 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 (vgl. VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024, VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Rechtslage ist eindeutig, weshalb keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (VwGH 28.5.2014, Ro 2014/07/0053). 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 (vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024, VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Rechtslage ist eindeutig, weshalb keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (VwGH 28.5.2014, Ro 2014/07/0053).

Schlagworte

Angebotsmangel, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgründe, Ausscheidung, Behebbarkeit von Mängeln, Eignung, Eignungsnachweis, Frist, Lieferauftrag, Mängelbehebung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, objektiver Erklärungswert, Pauschalgebührenersatz, Referenzprojekt, Subunternehmer, Unbehebbarkeit, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Verbesserungsauftrag, verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, Wettbewerbsrelevanz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W134.2012864.2.00

Zuletzt aktualisiert am

25.11.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at