

# TE Bwvg Erkenntnis 2018/11/21 W138 2207649-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.11.2018

## Entscheidungsdatum

21.11.2018

## Norm

ABGB §883

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §342

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W138 2207649-1/19E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzender sowie Dr. Theodor TAURER als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite und DI Dr. Sabine RÖDLER als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvertrag für Systemteilnehmerprüfung" der Auftraggeberin XXXX, Mariahilfer Straße 84 / TOP 30, 1070 Wien, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/5, auf Grund des Antrages der XXXX, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte, Bartensteingasse 2, 1010 Wien vom 15.10.2018, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 15.11.2018 zu Recht erkannt:

A)

Dem Antrag, die Entscheidung der Auftraggeberin über die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme für nichtig zu erklären, wird stattgegeben.

Die Entscheidung der Auftraggeberin über die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme wird für nichtig erklärt.

B)

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

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

#### **I. Verfahrensgang:**

Der Nachprüfungsantrag der XXXX (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, langte am 15.10.2018 im BVwG ein. Dabei wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die XXXX (im Weiteren Auftraggeberin) am 05.10.2018 den Teilnahmeantrag der Antragstellerin ausgeschieden habe. Dies obwohl die Antragstellerin nach Aufforderung zur Mängelbehebung vom 21.09.2018 am 24.09.2018 und somit binnen offener Aufklärungsfrist die Originalausfertigung ihres Teilnahmeantrages bei der vergebenden Stelle abgegeben habe. Mit Schreiben vom 05.10.2018 habe die vergebende Stelle der Antragstellerin dennoch die Nichtzulassung zur

2. Stufe des Verfahrens bzw. das Ausscheiden ihres Teilnahmeantrags mitgeteilt.

Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag, der im Wege eines Verhandlungsverfahrens im EU-Oberschwellenbereich vergeben werden solle. Die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag sei entrichtet worden. Die Antragstellerin habe großes Interesse am Vertragsabschluss. Zudem entstünden der Antragstellerin durch den Verlust der Chance auf den gegenständlichen Auftrag, ein zusätzlicher Schaden. Das Ausscheiden erfolge aus nachfolgenden Gründen rechtswidrig:

Die Auftraggeberin begründe die Nichtzulassung damit, dass der Teilnahmeantrag "aufgrund der fehlenden rechtsgültigen Unterschrift den Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen" widerspreche. Diese Begründung sei unrichtig. Die Auftraggeberin vermische die Frage der rechtsgültigen Unterschrift gemäß Punkt 6.2 (4) der Teilnahmeunterlagen einerseits und die Frage der Nichterfüllung der Formvorschrift ("gebundene Originalausfertigung") gemäß Punkt 6.3

(2) lit. a) der Teilnahmeunterlagen und der Behebbarkeit dieses Mangels andererseits. Die Beantwortung der Frage, wann eine rechtsgültige Unterfertigung vorliege, richte sich mangels Regelung im BVergG 2006 nach dem Zivilrecht. Damit sei die Rechtsverbindlichkeit des Angebotes entscheidend, also die Frage, ob der Bieter an sein Angebot zivilrechtlich gebunden sei. Am Bindungswillen der Antragstellerin könne aber in dem hier vorliegenden Sachverhalt kein vernünftiger Zweifel bestehen. Dass dieser Teilnahmeantrag eine (erst bei näherer Prüfung erkennbare) Farbkopie der Originalausfertigung gewesen sei, ändere daran nichts. Auch aufgrund zweier konkreter Fragen der Antragstellerin und der durch die Antworten der vergebenden Stelle notwendig gewordenen Aufstockung des Versicherungsschutzes sei die Ernsthaftigkeit des Bindungswillens der Antragstellerin erkennbar gewesen. Die Bewerbungsgemeinschaft habe (irrtümlich) eine "100%-ige Farbkopie" des Original-Teilnahmeantrages sowie einen elektronischen Datenstick, auf welchem der Originalantrag in Dateiform abgespeichert war, innerhalb der Teilnahmefrist abgegeben und nach Aufforderung auch den Original-Teilnahmeantrag vorgelegt. Es könnten somit nachweislich, anders als bei der von der Auftraggeberin zitierte Entscheidung des Bundesvergabebeamten vom 17.3.2006, N/007-BVA/05/2006-54, keine Änderungen oder sonstige handschriftliche Ergänzungen des Teilnahmeantrages (nach Unterschriftenleistung) vorliegen (dies sei auch anhand der identen Schriftzüge auf der Farbkopie, dem elektronischen Originalantrag auf dem Datenstick und dem Originalantrag nachweislich gegeben). Beide Mitglieder der Bewerbungsgemeinschaften hätten sämtliche Bedingungen der Teilnahmeunterlagen gekannt und sich auch an diese nachvollziehbar gebunden. Die Antragstellerin habe den Datenstick sowie die (vom Original kaum unterscheidbare) Farbkopie des Teilnahmeantrages irrtümlich abgegeben, sie habe damit nicht eindeutig und ausdrücklich erklären wollen, dass sie die Bedingungen der Teilnahmeunterlagen nicht akzeptiere. Die Abgabe einer irrtümlich abgegebenen (vom Original kaum unterscheidbaren) Farbkopie des Teilnahmeantrages stelle einen behebbaren Mangel dar. Eine Behebung dieses Mangels - nämlich die am 24.09.2018 erfolgte Abgabe des Originals der Kopie - verbessere nicht die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin. Dieser Mangel sei mit Vorlage der Originalausfertigung am 24.09.2018 tatsächlich behoben worden. Die Unterschriften der Antragstellerin würden keineswegs fehlen. Sie seien vorhanden - wenn auch in kopierter Form.

Mit Schriftsatz vom 19.10.2018 erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Mit Schriftsatz vom 24.10.2018 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung und führte im

Wesentlichen aus, dass in der Ausschreibung (Teil I.B.1 Formblatt 1 Pkt. 11) festgelegt worden sei, dass die Nichtvorlage der rechtsgültigen Unterschrift zur Nichtzulassung des Teilnahmeantrags führe. Dieser Mangel sei daher schon kraft Festlegungen dieser Formvorschrift in der Ausschreibung unbehebbar gewesen. Darüber hinaus werde in der Ausschreibung die Abgabe eines gebundenen Originals verlangt (Teil I A.1 Pkt. 6.2. Abs. 1). Die Festlegungen in der Ausschreibung könnten unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv nur so verstanden werden, dass der Teilnahmeantrag eigenhändig unterfertigt im Original abzugeben gewesen wäre und die Verletzung dieser Formvorschrift zur Nichtzulassung des Teilnahmeantrags führe. Es sei daher - soweit nichts Anderes in einer Ausschreibung festgelegt werde - üblich und daher von einem durchschnittlichen und fachkundigen Bieter davon auszugehen, dass Teilnahmeanträge/Angebote zwingend mit Originalunterschriften abzugeben seien. Werde daher - wie in der gegenständlichen Ausschreibung - ein rechtsgültig unterfertigter Teilnahmeantrag verlangt, dann sei dieser mit einer handschriftlichen Originalunterschrift abzugeben und nicht mit einer bloßen Abbildung einer Unterschrift. Da in der Ausschreibung explizit festgelegt worden sei, dass der Teilnahmeantrag bei sonstigem Ausscheiden rechtsgültig zu unterfertigen sei und der von der Antragstellerin abgegebene Teilnahmeantrag keine rechtsgültige Unterschrift im Original aufweise, war dieser nicht für die 2. Stufe zuzulassen. Sollte der Teilnahmeantrag auch bei Abgabe einer bloßen Kopie tatsächlich rechtsverbindlich sein - was aufgrund der Nichteinhaltung der festgelegten Unterschriftlichkeit bestritten werde - sei dies im konkreten Fall unerheblich, weil der Teilnahmeantrag mit der rechtsgültigen Unterschrift im Original bei sonstigem Ausscheiden abzugeben gewesen wäre. Der bloße zivilrechtliche Bindungswille sei in diesem Fall unbeachtlich. Gegenständlich habe die Antragstellerin lediglich einen Nachprüfungsantrag gegen die Nichtzulassung zur 2. Stufe eingebracht. Nachprüfungsanträgen komme gem. § 342 Abs. 3 BVergG 2018 keine aufschiebende Wirkung hinsichtlich der angefochtenen Entscheidung zu. Eine einstweilige Verfügung, mit der beispielsweise die Einladung zur Angebotsabgabe untersagt werde, sei nicht beantragt worden. Die Antragstellerin nehme daher in Kauf, dass das Verfahren vergaberechtskonform ohne sie weitergeführt werde und sie nicht mehr den Zuschlag erhalten könne. Der Antragstellerin sei daher die Antragslegitimation mangels rechtlichem Interesses am Vertragsabschluss abzusprechen und der Nachprüfungsantrag sei aus diesem Grund zurückzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 12.11.2018 erstatte die Antragstellerin ein ergänzendes Vorbringen. Die Antragstellerin führte dabei aus, dass nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die Festlegungen nur so verstanden habe werden können, dass der Teilnahmeantrag von einem rechtsgültigen Vertreter eigenhändig unterfertigt werden müsse und eine solche Nichtunterfertigung zur Nichtzulassung führe. Die Festlegungen seien für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter jedoch nicht so zu verstehen gewesen, dass die Vorlage der rechtsgültigen Unterfertigung in Kopie zur Nichtzulassung führe. Im gegenständlichen Fall sei der Parteiwille rechtswirksam mit der eigenhändigen Unterfertigung des Teilnahmeantrags durch die rechtsgültigen Vertreter erklärt worden und gehe daraus eindeutig hervor, dass der Bewerber sich rechtsverbindlich am Vergabeverfahren beteiligen möchte. Es könne jedenfalls nicht darauf ankommen, ob die rechtsgültige Unterfertigung im Original oder als Farbkopie vorliege, da der Formzweck damit jedenfalls erfüllt sei. Im Sinne des zivilrechtlichen Größenschlusses sei davon auszugehen, dass bei einem Teilnahmeantrag aufgrund der fehlenden Verbindlichkeit des Schriftformgebots ein viel weniger strenger Maßstab angelegt werden müsse, als an das Schriftformerfordernis bei einem verbindlichen Angebot. Das LVwG Oberösterreich habe bereits in einer Erkenntnis mit einer vergleichbaren Sachlage ausgesprochen, dass es sich bei Verletzung eines Formerfordernisses betreffend einer kopierten rechtsgültigen Unterfertigung eines Teilnahmeantrags um einen behebbaren Mangel handle und, sofern der Mangel rechtzeitig behoben werde und keine inhaltliche Änderung des Teilnahmeantrags erfolge, der Teilnahmeantrag des Bewerbers zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen sei. Zudem habe die Auftraggeberin in den Teilnahmeunterlagen nicht festgelegt, dass bei einem Nichtvorliegen der rechtsgültigen Unterfertigung "im Original" der Teilnahmeantrag nicht zugelassen werde. Eine solche Ausscheidenssanktion sei in den Teilnahmeantragsunterlagen nur für das gänzliche Fehlen der rechtsgültigen Unterfertigung festgelegt worden. Die Auftraggeberin gehe darüber hinaus in Ihrer "Aufforderung zur Mängelbehebung" vom 21.09.2018 selbst davon aus, dass es sich dabei um einen behebbaren Mangel handle. Es würde ad absurdum führen, wenn die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Mängelbehebung auffordern würde, um dann im zweiten Schritt den Teilnahmeantrag der Antragstellerin aufgrund der Unbehebbarkeit des Mangels nicht zur zweiten Stufe zuzulassen würde. Darüber hinaus habe die Antragstellerin auf Aufforderung der Auftraggeberin den Mangel fristgerecht behoben indem sie unverzüglich den Original-Teilnahmeantrag vorgelegt habe. Eine Ausscheidenssanktion, welche festlege, dass der Teilnahmeantrag ausgeschlossen werde, wenn er nicht an dieser vorgesehenen Stelle gefertigt wurde, sei daher für den, dem Verfahren

zugrunde gelegten Sachverhalt jedenfalls nicht zulässig, da der Teilnahmeantrag ja an der vorgegebenen Stelle rechtsgültig unterfertigt worden sei. Für die Festlegung, dass der Teilnahmeantrag nur im Original vorgelegt werden dürfe, sei allerdings keine Ausscheidenssanktion in den Teilnahmeantragsunterlagen festgelegt worden. Im Zweifel sei die Bestimmung vergaberechtkonform zu interpretieren. Im gegenständlichen Fall habe die Antragstellerin lediglich den Original-Teilnahmeantrag nachgereicht, welcher im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorgelegen sei und habe daher ihren Teilnahmeantrag inhaltlich nicht nachträglich geändert, sondern lediglich den Teilnahmeantrag, der ursprünglich nicht vorgelegt worden sei, nachgereicht. Aus diesem Grund könne nicht von einer inhaltlichen nachträglichen Änderung des Teilnahmeantrags gesprochen werden, welche die Wettbewerbsstellung des Bewerbers gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessern würde und sohin - im Sinne der Rechtsprechung des EuGH und VwGH - die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz verletzen würde. Die irrtümliche Abgabe einer (vom Original kaum unterscheidbaren identen) Farbkopie des Teilnahmeantrags stelle einen behebbaren Mangel dar. Dieser Mangel sei fristgerecht durch Vorlage des Original-Teilnahmeantrags durch die Antragstellerin behoben worden. Eine Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe sei daher rechtswidrig.

Mit ergänzender Stellungnahme vom 14.11.2018 führte die Auftraggeberin aus, dass es sich bei der Festlegung einer rechtsgültigen Unterschrift nicht um einen "Sonderwunsch" der Auftraggeberin handle, sondern um die bestandfeste Forderung der rechtsgültigen Unterfertigung, die die Auftraggeberin aus sachlichen Gründen getroffen habe. Aus den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs seien sowohl die Auftraggeberin als auch alle Bewerber im gegenständlichen Vergabeverfahren an die bestandfesten Regelungen in den Ausschreibungsunterlagen gleichermaßen gebunden. Die Auftraggeberin dürfe daher nicht nachträglich von getroffenen Festlegungen abweichen und auch die Bewerber und das BVwG seien an diese gebunden. Wie bereits in der Stellungnahme vom 24.10.2018 ausgeführt, sei das in den Teilnahmebestimmungen festgelegte Formgebot "rechtsgültige Unterfertigung" des Teilnahmeantrags gerade im Bereich des Vergaberechts als eigenhändige Unterschrift im Original zu interpretieren. Eine abgegebene Kopie des Teilnahmeantrags bzw. Unterfertigung in Kopie erfülle diese Anforderung nicht. Eine Kopie sei auch zivilrechtlich nicht als schriftlich iSd Schriftformgebots zu interpretieren. Zudem sei im Teilnahmeantrag (Formblatt 1) ausdrücklich festgelegt worden, dass das Fehlen der rechtsgültigen Unterschriften zum Ausscheiden des Teilnahmeantrags führe (Ausscheidenssanktion). Das Fehlen der rechtsgültigen Originalunterschriften sei daher schon Kraft Festlegung in den Teilnahmeunterlagen ein unbehebbarer Mangel gewesen. Da eine Kopie mit darauf befindlichen kopierten Unterschriften keine rechtsgültige Unterschrift im Sinne der Festlegung der Ausschreibungsunterlagen darstelle (und somit zur Gänze fehle), sei der Teilnahmeantrag der Antragstellerin bereits wegen fehlender rechtsgültiger Unterfertigung zwingend auszuschneiden bzw. zur zweiten Stufe nicht zuzulassen gewesen. Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin sei der in Kopie vorgelegte Teilnahmeantrag auch zivilrechtlich als nicht verbindlich zu qualifizieren. Da es sich bei dem Formgebot "rechtsgültige Unterfertigung von Teilnahmeanträgen" nicht um eine gesetzliche, sondern um eine von der Auftraggeberin festgelegte (gewillkürte) Formvorschrift handle, sei bei deren Interpretation § 884 ABGB anzuwenden. Gemäß dieser gesetzlichen Zweifelsregelung sei die Einhaltung des Formgebots im Zweifel Wirksamkeitsvoraussetzung. Vor Erfüllung dieser Formvorschrift könne daher nach der Rsp. bei Verträgen weder der eine noch der andere Teil vor Erfüllung des Formerfordernisses Vertragserfüllung verlangen. Dies bedeute, dass der Teilnahmeantrag erst bei Erfüllung der in den Teilnahmeunterlagen festgelegten Formvorschriften (rechtsgültige Fertigung im Original) eine zivilrechtliche Bindungswirkung entfalte. In der Ausschreibung sei sogar explizit festgehalten worden, dass die Nichterfüllung des Formgebots (das Fehlen der rechtsgültigen Unterschriften) zum Ausscheiden des Teilnahmeantrags führe. Damit sei explizit zum Ausdruck gebracht worden, dass ein Teilnahmeantrag, der diese Formvorschrift nicht erfülle, nicht gültig sei. Es sei daher von der Antragstellerin innerhalb der Teilnahmefrist kein rechtsgültig unterfertigter und damit kein rechtverbindlicher Teilnahmeantrag abgegeben worden und der Teilnahmeantrag der Antragstellerin sei auch aus diesem Grund auszuschneiden/nicht zuzulassen.

Am 15.11.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. In Zuge der mündlichen Verhandlung haben die Parteien, soweit entscheidungswesentlich wie folgt ausgesagt:

[...]

"ASTV: Verweist auf das bisherige Vorbringen und auf einen Aufsatz in der Zeitschrift ZVB Heft 2/2017, Seite 81 worin sich Opperl mit dem bereits zitierten Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes OÖ auseinandersetzt und zu dem Schluss kommt, dass in der zu beurteilenden Situation von einem verbesserbaren Mangel auszugehen ist.

VR: Den Parteien wird das Original des Teilnahmeantrages und die vor Ablauf der Teilnahmefrist beim AG abgegebene Kopie ausgehändigt, damit überprüft wird, ob zwischen dem Original und der Kopie Unterschiede bestehen, oder diese ident sind.

AGV: Nach gemeinsamer Durchsicht mit der ASt wird erklärt, dass es sich bei der vor Ablauf der Teilnahmefrist abgegebenen Kopie des Teilnahmeantrages um eine idente, unveränderte Ausfertigung des Originals handelt.

VR: Wird bezweifelt, dass die Unterfertiger des Teilnahmeantrages für die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft zeichnungsberechtigt sind?

AGV: Nein, das wurde überprüft.

VR: Warum hat der AG in der Ausschreibung gefordert, dass die Teilnahmeanträge rechtsgültig unterfertigt im Original abgegeben werden müssen?

AGV: Es wird auf den Schriftsatz vom 14.11.2018 verwiesen und ausgeführt, dass es üblich ist, zu fordern, dass Teilnahmeanträge rechtsgültig gefertigt sind. Dies soll eine Verbindlichkeit verdeutlichen. Überdies werden im Teilnahmeantrag Erklärungen insbesondere über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen abgegeben und diese sollen ebenfalls Verbindlichkeit haben. Die Unterfertigung muss deshalb in Original erfolgen, damit die Verbindlichkeit nachgewiesen ist, andernfalls würde ein Interpretationsspielraum bestehen ob auch nur die Abgabe der Kopie bzw. eines Begleitschreibens, welches an anderer Stelle gefertigt ist Rechtsverbindlichkeit erlangen würde. Die Festlegung dient der Rechtsicherheit. Ein allfälliger Mangel im Teilnahmeantrag würde nicht heilen und könnte bei einer allfälligen Zuschlagsentscheidung für den ASt zu einer Nichtigkeit herangezogen werden. In der Ausschreibung wird auch klar differenziert wann ausnahmsweise die Vorlage einer Kopie einer Unterlage als ausreichend angesehen wird. Diesbezüglich verweise ich auf Punkt 8 Teil I.A Verfahrensregelungen.

ASt: Gibt es Zweifel daran, dass sich die ASt nicht ernsthaft beim Vergabeverfahren bewirbt bzw. teilnehmen will?

AG: Wir haben die AGV als vergebende Stelle namhaft gemacht. Diese Fragen sollen von der vergebenden Stelle beantwortet werden. Ich selbst habe mir darüber keine Gedanken gemacht, da die Prüfung der Teilnahmeanträge von der vergebenden Stelle vorgenommen wurde.

AGV: Die Prüfung des Teilnahmeantrages hat sich darauf beschränkt, die Einhaltung der Formalerfordernisse zu überprüfen. Nicht näher beleuchtet wurde, ob auch durch die Abgabe einer Kopie mit kopierten Unterschriften die Bindung des ASt an den Teilnahmeantrag von diesen beabsichtigt war. Aus formaler Sicht war keine Bindungswirkung gegeben, da das zwingende Formalerfordernis nicht eingehalten wurde.

VR: Nachdem der Mängelbehebungsauftrag erteilt wurde und von der ASt innerhalb der gesetzten Frist das Original des Teilnahmeantrages der AG zur Verfügung gestellt wurde, haben Sie weiterhin nur die Einhaltung der Formalerfordernisse überprüft, oder sich auch damit beschäftigt, ob damit der bereits vor Ablauf der Teilnahmefrist vorhandene Bindungswille der ASt nachgewiesen wurde?

AGV: Im Wesentlichen haben wir uns auf die Einhaltung der Formalerfordernisse konzentriert und sind zu dem Schluss gekommen, dass deren Einhaltung eine Wirksamkeitsvoraussetzung ist, die verspätet eingetreten ist und damit zur Nichtzulassung zur Teilnahme geführt hat. Auch nachdem das Original des Teilnahmeantrages zur Prüfung zur Verfügung stand geht die AG davon aus, dass erst zu diesem Zeitpunkt und damit verspätet, eine Bindung eingetreten ist.

AStV: Aus unserer Sicht erscheint es lebensfremd, wenn jemand einen Teilnahmeantrag in Kopie einreicht, welcher als Kopie sämtliche Forderungen der Teilnahmeunterlagen erfüllt und sich nicht an den Teilnahmeantrag gebunden sehen würde.

VR: Warum haben Sie einen solchen zwingenden Ausscheidungsgrund, wie im Formblatt 1, nicht auch für den Fall vorgesehen, dass an Stelle eines Originals eine Kopie abgegeben wird?

AGV: Der Ausscheidungsgrund bezieht sich darauf, dass die Unterschrift nicht im Original geleistet ist und damit automatisch auch auf den Umstand, dass der Teilnahmeantrag nicht im Original abgegeben ist.

VR: Nachgefragt wird, ob die Situation anders zu beurteilen wäre, wenn zwar das Original einer Unterschrift vorhanden wäre, der restliche Teil des Teilnahmeantrages aber kopiert wäre?

AGV: Dies ist ein anderer Sachverhalt. Diesen Sachverhalt müsste man gesondert prüfen, aber man könnte eher an eine Verbesserbarkeit des Mangels denken.

VR: Gibt es einen Hinweis darauf, dass der ASt durch die Mängelbehebung seine Wettbewerbsstellung verbessert hätte?

AGV: Der allfällige Wettbewerbsvorteil könnte darin liegen, dass das Original eingescannt worden wäre und nur ein Ausdruck abgegeben wird, weil das unterfertigte Original örtlich weiter von der Abgabestelle vorhanden ist.

VR: Wo wurde das Original zusammengestellt und unterfertigt und wie ist es dazu gekommen, dass rein die Kopie abgegeben wurde?

ASt: Die Unterschriften sind in der Kanzlei in 1130 Wien, am 30.08.2018 erfolgt. Dies ist auch auf Formblatt 1 vermerkt. Nachdem das Formblatt 1 unterfertigt wurde, habe ich den fertigen Teilnahmeantrag in das Sekretariat gegeben, mit dem Hinweis einen Scan und eine Farbkopie anzufertigen. Die Sekretärin hat mir das Original, die Kopie und den Stick mit dem Scan gegeben. Irrtümlich habe ich in das Kuvert die Kopie und den Stick gegeben und das Original bei mir abgelegt.

AGV: Auf den Einwand der mangelnden Antragslegitimation wird aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des BVwG verzichtet."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Auf Grund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 15.11.2018 wird der folgende entscheidungswesentliche Sachverhalt festgestellt:

Die XXXX hat einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwelkenbereich, der im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll, ausgeschrieben. Die Auftragsbekanntmachung erfolgte sowohl in Österreich, als auch im Amtsblatt der EU.

Das gegenständliche Verfahren befindet sich in der ersten Verfahrensstufe. Die abgegebenen Teilnahmeanträge wurden geprüft. Eine Einladung zur Angebotsabgabe ist noch nicht erfolgt.

Die Nicht-Zulassung des Teilnahmeantrages wurde der Antragstellerin am 5.10.2018 per E-Mail übermittelt.

Punkt 6.2 (1) der Teilnahmeunterlagen Teil I.A sieht vor: "Gewünscht sind farbige Originalausdrucke der Teilnahmeantragsunterlagen."

Punkt 6.2 (4) der Teilnahmeunterlagen Teil I.A sieht vor: "Der Bewerber hat den Teilnahmeantrag rechtsgültig auf dem Formblatt 1, unter leserlicher Beifügung des Namens des Unterfertigers, zu unterfertigen. Diese Unterfertigung gilt analog § 78 Abs. 7 BVergG für sämtliche Bestandteile des Teilnahmeantrags. Sofern sich die Vertretungsbefugnis nicht aus dem Firmenbuch ergibt, ist die Bevollmächtigung entsprechend nachzuweisen (Anlage 1). Mit der rechtsgültigen Unterfertigung anerkennt der Bewerber sämtliche Bestimmungen dieser Teilnahmeantragsunterlagen."

Punkt 6.3 (2) der Teilnahmeunterlagen Teil I.A sieht vor: "Der Bewerber hat seinen Teilnahmeantrag in

a. einer gebundenen Originalausfertigung und

b. als pdf-Dokument des abgegebenen Originals auf elektronischem Datenträger

in einem verschlossenen Kuvert mit der Aufschrift

TEILNAHMEANTRAG NICHT ÖFFNEN!

"Rahmenvertrag für Systemteilnehmerprüfungen"

innerhalb der genannten Abgabezeiten an die am Deckblatt bezeichnete Stelle zu senden oder persönlich dort abzugeben."

Punkt 6.3 (4) der Teilnahmeunterlagen Teil I.A sieht vor: "Die Einreichung eines Teilnahmeantrags ist weder per E-Mail noch per Fax zulässig."

Punkt 7 (5) der Teilnahmeunterlagen Teil I.A sieht vor: "Überdies werden Teilnahmeanträge und Angebote auch dann nicht weiter berücksichtigt/ausgeschieden, wenn sie gegen eine Ausschreibungsbestimmung verstoßen, die ausdrücklich unter Ausscheidenssanktion gestellt ist."

Punkt 11 der Teilnahmeunterlagen Teil I.B sieht vor: "[...] Wir unterbreiten hiermit unseren Teilnahmeantrag im gegenständlichen Vergabeverfahren und geben alle darin geforderten Erklärungen ab.

Datum:

Rechtsgültige Unterfertigung des Bewerbers, unter leserlicher Beifügung des Namens des Unterfertigers in Blockbuchstaben

Im Fall von Arbeits- oder Bergewergemeinschaften rechtsgültige Unterfertigung sämtlicher Mitglieder der Arbeits- oder Bergewergemeinschaft, unter leserlicher Beifügung der Namen in Blockbuchstaben

Das Fehlen dieser Unterschrift(en) stellt einen unbehebaren Mangel dar und führt zum Ausscheiden des Teilnahmeantrags!"

Die Antragstellerin hat am 31.08.2018 vor Ablauf der Frist für die Teilnahme eine Farbkopie ihres Teilnahmeantrages bei der Auftraggeberin abgegeben. Die Kopie des abgegeben Teilnahmeantrages stimmt zu 100% mit dem Original des Teilnahmeantrages überein. Das Original des Teilnahmeantrages wurde am 30.08.2018 in 1130 Wien von den zeichnungsberechtigten Geschäftsführern der Bergewergemeinschaft rechtsgültig gefertigt und die Farbkopie des Teilnahmeantrages und der Datenstick mit der pdf-Datei des Teilnahmeantrages angefertigt. Durch ein Versehen der Antragstellerin wurde nicht das Original des Teilnahmeantrages in das Kuvert für die Abgabe gegeben, sondern die 100% mit dem Original übereinstimmende Kopie.

Mit Schreiben vom 21.09.2018 wurde die Antragstellerin zur Mängelbehebung aufgefordert. Innerhalb der gesetzten Frist für die Mängelbehebung hat die Antragstellerin das Original des Teilnahmeantrages am 24.09.2018 bei der Auftraggeberin abgegeben.

Mit Schreiben vom 05.10.2018 wurde die Antragstellerin über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme verständigt.

Fristgerecht wurde der gegenständliche Nachprüfungsantrag gestellt und die Pauschalgebühren bezahlt.

In der mündlichen Verhandlung hat die Auftraggeberin den Einwand der mangelnden Antragslegitimation der Antragstellerin zurückgenommen.

## 2. Beweiswürdigung:

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

## 3. Rechtliche Beurteilung:

### 2.1. Anzuwendendes Recht

Am 21.08.2018 ist das Bundesvergabegesetz 2018, BGBl I, Nr. 65/2018, in Kraft getreten. Dessen § 376 lautet auszugsweise:

§ 376. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit Ausnahme der Einträge im Inhaltsverzeichnis zu den §§ 62, 66, 232, 237, 367 und 368 und der §§ 54 Abs. 2, 62 samt Überschrift, 66 samt Überschrift, 223 Abs. 2, 232 samt Überschrift, 237 samt Überschrift, 367 samt Überschrift, 368 samt Überschrift und des 2. Abschnittes von Anhang VIII samt Überschrift mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft. Zugleich tritt das Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, außer Kraft.

(2) ...

(3) ...

(4) Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 65/2018 neu gefassten Bestimmungen gilt Folgendes: Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Abs. 1 und 2 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach

der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Abs. 1 und 2 beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren sind vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt gemäß Abs. 1 und 2 bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage.

(5) ...

In den Erläuternden Bemerkungen (EBRV 69 BlgNR XXVI. GP) wird hierzu ausgeführt: Wenn ein Vergabeverfahren zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits eingeleitet war, ist es nach den materiell rechtlichen Vorschriften des BVergG 2006 zu Ende zu führen; wenn im Zusammenhang mit einem solchen Vergabeverfahren nach dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes ein Rechtsschutzverfahren anhängig gemacht wird, dann sind für das Rechtsschutzverfahren die Regelungen des 4. Teiles dieses Bundesgesetzes anzuwenden. (Prüfungsmaßstab für die Beurteilung, ob eine Rechtswidrigkeit vorliegt oder nicht, bleiben allerdings die Bestimmungen des BVergG 2006.) Ist ein Rechtsschutzverfahren hingegen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits anhängig, ist dieses Rechtsschutzverfahren gemäß Abs. 4 nach den Bestimmungen des BVergG 2006 fortzuführen.

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde am 03.08. 2018, somit vor In-Kraft-Treten des BVergG 2018 eingeleitet. Das Nachprüfungsverfahren wurde nach In-Kraft-Treten des BVergG 2018 beim Bundesverwaltungsgericht anhängig gemacht. Daraus folgt, dass materiell rechtlich die Bestimmungen des BVergG 2006 und formell rechtlich die Bestimmungen des BVergG 2018 zur Anwendung kommen.

## 2.2. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm. § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2018 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages 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 § 328 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.

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 kund-gemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält.

Nach § 333 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.

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG 2006 ist die XXXX. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG 2006. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 334 Abs. 2 BVergG 2018 iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag



noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 334 Abs. 2 BVerfG 2018 zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Von einem in § 350 Abs. 1 BVerfG 2018 genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 342 Abs. 1 BVerfG 2018 ist nicht auszugehen.

Unter der Annahme der Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidung am 05.10.2018 wurde der Nachprüfungsantrag gemäß § 342 Abs. 1 BVerfG 2018, innerhalb der gemäß § 343 Abs. 1 BVerfG 2018 maßgeblichen Frist eingebracht, sodass dieser als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs. 1 BVerfG zukommen. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVerfG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 344 Abs. 1 BVerfG 2018 vorliegen.

Die Antragstellerin bezahlte die erforderlichen Pauschalgebühren. Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages gemäß § 344 Abs. 2 BVerfG 2018 ist nicht hervorgekommen.

Inhaltliche Beurteilung:

Die Antragstellerin begehrt die Nichtigkeitsklärung der Bild kann nicht dargestellt werden

Nicht-Zulassung Bild kann nicht dargestellt werden

zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Teilnahmeunterlagen nicht rechtzeitig angefochten wurden und daher bestandsfest sind. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065).

Die Teilnahmeunterlagen und die Ausschreibung sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024). Ihre Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 39; VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Festlegungen der Teilnahmeunterlagen und die Ausschreibung sind der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zB VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Teilnahmeunterlagen und die Ausschreibung auszugehen (BVA 30. 4. 2009, N/0021-BVA/10/2009-28; 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 37; BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Die Beurteilung der Teilnahmeanträge erfolgt in erster Linie anhand der bestandsfesten Teilnahmeunterlagen (BVwG 11. 2. 2014, W187 2000002-1/23E). Sie legen die Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit, die nötigen Nachweise und das Verfahren fest. Dabei ist zwischen dem Vorliegen, der Erfüllung, der Eignungskriterien für Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit als Mindestanforderungen an Bewerber oder Bieter und den Mitteln zum Nachweis ihrer Erfüllung zu unterscheiden (BVA 16. 11. 2009, N/0106-BVA/05/2009-22).

Das Verfahren zur Prüfung der Teilnahmeanträge entsprechend der Ausgestaltung durch die Auftraggeberin stellt ein im Wesentlichen schriftliches Verfahren dar, das die Prüfung der Teilnahmeanträge ausschließlich auf Grundlage der vorgelegten Teilnahmeanträge und sonstigen Unterlagen vorsieht. Maßgeblich ist dabei der objektive Erklärungswert des Teilnahmeantrags als Interpretationsmaßstab heranzuziehen. Dabei ist der Teilnahmeantrag in seiner Gesamtheit zu beurteilen (VwGH 16. 2. 2005, 2004/04/0030). Damit kommt dem, was der Bewerber hätte sagen wollen, keine Bedeutung zu, wenn es sich nicht aus dem Teilnahmeantrag erkennen lässt.

Der gegenständlich zu beurteilende Sachverhalt unterscheidet sich von jenem, welcher der Entscheidung des LVwG Oberösterreich vom 28.07.2016, LVwG-840113/5/KI/BHu, zugrunde lag darin, dass die Auftraggeberin bestandsfest in den Teilnahmeantragsunterlagen, Teil

I. B., Formblatt 1, vertraglich einen zwingenden Ausscheidensgrund wie folgt, festgelegte: "Das Fehlen dieser

Unterschrift(en) stellt einen unbehebbarer Mangel dar und führt zum Ausscheiden des Teilnehmers!"

Unter Ausklammerung des vorher zitierten vertraglichen Ausscheidensgrundes in Formblatt 1 der Teilnahmeantragsunterlagen schließt sich der erkennende Senat der rechtlichen Beurteilung des vorzitierten Erkenntnisses des LVwG Oberösterreich inhaltlich an.

Auf Basis des festgestellten Sachverhaltes wurde von der Antragstellerin unstrittig ein den Teilnahmeunterlagen widersprechender Teilnahmeantrag, nämlich ein Teilnahmeantrag in Kopie mit kopierten Unterschriften innerhalb der Teilnahmefrist eingebracht. Dieser Umstand stellt insoweit jedenfalls einen Mangel dar, als die Auftraggeberin in den Teilnahmeantragsunterlagen insbesondere die Abgabe einer gebundenen Originalausfertigung des Teilnahmeantrages fordert. Gegenständlich wurde jedoch nicht das Original des Teilnahmeantrages, sondern eine mit dem Original zu 100% übereinstimmende Farbkopie inklusive farbkopierter Unterschriften auf dem Formblatt 1 der Teilnahmeantragsunterlagen abgegeben. Die §§ 883 ff ABGB, als auch die §§ 106 ff BVergG 2006, regeln Erklärungen zum Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages. Wesentlich dabei sind der Inhalt und die Bindungswirkung der jeweiligen Erklärungen. Im Gegensatz dazu stellt ein Teilnahmeantrag weder eine inhaltliche Vertragserklärung, noch eine bindende Erklärung zum Vertragsabschluss, sondern vielmehr nur eine Interessensbekundung am ausgeschriebenen Vergabeverfahren teilnehmen zu wollen, dar.

Eine Verpflichtung zum Vertragsabschluss ist damit jedenfalls nicht verbunden. Nach den Bestimmungen des BVergG 2006, als auch nach den gegenständlichen Teilnahmeantragsunterlagen steht es dem Bewerber frei, nach Zulassung zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens sich dafür zu entscheiden, am weiteren Vergabeverfahren nicht teilzunehmen, also kein Angebot abzugeben oder eben ein solches einzureichen. Der erkennende Senat ist daher der Ansicht, dass im Gegensatz zu gesetzlichen oder vereinbarten Formerfordernissen bei der Angebotsabgabe, bei Formerfordernissen betreffend Teilnahmeanträgen nicht ein solch strenger Auslegungsmaßstab anzulegen ist und in der gegenständlichen, festgestellten Konstellation von einem behebbaren Mangel ausgegangen werden kann. Im konkreten Fall sind im Teilnahmeantrag auf Formblatt 1 der Teilnahmeantragsunterlagen Unterschriften der zeichnungsberechtigten Personen der Bewerbungsgemeinschaft in Farbkopie vorhanden. Die erforderlichen Unterschriften fehlen somit nicht, sondern liegt ein Mangel des Teilnahmeantrages vor, da die Unterschriften lediglich in Kopie, aber nicht im Original vorliegen. Dieser Mangel wurde von der Auftraggeberin erkannt und die Antragstellerin zur Mängelbehebung aufgefordert. Innerhalb der gesetzten Frist für die Mängelbehebung hat die Antragstellerin das Original des Teilnahmeantrages bei der Auftraggeberin überreicht. Eine inhaltliche Änderung des Teilnahmeantrages war mit der Behebung des Mangels nicht verbunden. In diesem Zusammenhang ist auf die ständige Rechtsprechung des VwGH (vgl. VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186) zu verweisen, gemäß welcher bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbarer Mängeln darauf abzustellen ist, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde.

Demnach ist ein Mangel unbehebbar und eine Mängelbehebung nicht zulässig, wenn es durch die Mängelbehebung zu einer Angebotsänderung kommen würde, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand, wie zum Beispiel die Eignung, selbst fehlt und nicht bloß der Nachweis der Eignung, wenn der Bewerber mehr Zeit für die Ausarbeitung seines Angebotes, im gegenständlichen Fall des Teilnahmeantrages, hätte bzw. wenn sich der Bewerber durch die Mangelhaftigkeit einen relevanten Aufwand ersparen würde.

Gemäß den getroffenen Feststellungen liegen diese Umstände im gegenständlichen zu beurteilenden Fall jedoch nicht vor. Die vor Ablauf der Teilnahmefrist bei der Auftraggeberin abgegebene Kopie des Teilnahmeantrages stimmt zu 100% mit dem Original überein. Der Teilnahmeantrag selbst wurde vor der Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge rechtsgültig im Original gefertigt. Die Antragstellerin hatte nicht mehr Zeit für die Ausarbeitung des Teilnahmeantrages, da das Original des Teilnahmeantrages bereits am 30.08.2018 in 1130 Wien, von der Antragstellerin fertiggestellt, unterschrieben und farbkopiert wurde. Es konnte auch nicht festgestellt werden, dass sich die Antragstellerin durch die Mangelhaftigkeit einen relevanten Aufwand erspart hat, zumal die Kopie des Teilnahmeantrages vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist bei der Auftraggeberin abgegeben wurde.

Zusammenfassend kommt der erkennende Senat zu dem Schluss, dass unter Ausklammerung der vertraglichen Vereinbarung im Formblatt 1 "Das Fehlen dieser Unterschrift(en) stellt einen unbehebbarer Mangel dar und führt zum Ausscheiden des Teilnehmers!" die Abgabe einer 100% mit dem Original des Teilnahmeantrages

übereinstimmenden Kopie vor Ablauf der Teilnahmefrist einen behebbaren Mangel darstellt. Der vorgenannte Mangel wurde innerhalb der von der Auftraggeberin gesetzten Mängelbehebungsfrist von der Antragstellerin durch die Abgabe des Originals des Teilnahmeantrages behoben.

Nunmehr ist auf den vertraglichen Ausscheidensgrund im Formblatt 1 der Teilnahmeantragsunterlagen einzugehen. In diesem Zusammenhang ist nochmals festzustellen, dass lediglich das Fehlen der Unterschriften als unbehebbarer Mangel in den Teilnahmeantragsunterlagen festgelegt wurde.

Ein vertraglicher und zwingender Ausscheidensgrund wurde für den Fall der unterlassenen Abgabe einer gebundenen Originalausfertigung, wie in Punkt 6.3. des Teiles I.A. der Teilnahmeantragsunterlagen gefordert, nicht normiert. Die im gegenständlichen Fall entscheidende Wortfolge der Festlegung im Formblatt 1 der Teilnahmeantragsunterlage: "Das Fehlen dieser Unterschrift(en) stellt einen behebbaren Mangel dar und führt zum Ausscheiden des Teilnahmeantrages!", ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (vgl. VwGH, 01.07.2010, 2006/04/0139). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen, hier des BVergG 2006, zu lesen (vgl. VwGH, 01.07.2010, 2007/04/0136). Der erkennende Senat kommt zu dem Schluss, dass nach dem objektiven Erklärungswert der vorgenannten Wortfolge im Formblatt 1 der Teilnahmeantragsunterlagen diese auf die gegenständlich zu beurteilende Konstellation nicht anzuwenden ist.

Nach Ansicht des erkennenden Senates bezieht sich die Wortfolge des vertraglichen Ausscheidensgrundes auf den Fall, dass ein abgegebenes Original des Teilnahmeantrages nicht unterfertigt wurde.

Gegenständlich wurde jedoch das Original des Teilnahmeantrags rechtsgültig unterfertigt und lediglich aus einem Versehen die mit dem Original zu 100% übereinstimmende Kopie des Teilnahmeantrages bei der Antragstellerin abgegeben. Im gegenständlichen Fall hat es keine materielle nachträgliche Änderung des Teilnahmeantrages gegeben. Vielmehr blieb der Teilnahmeantrag materiell, seinem Inhalt nach, unverändert (vgl. VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087). Da nach Ansicht des Senates der in Formblatt 1 der Teilnahmeantragsunterlagen bestandfest normierte Ausscheidensgrund in der gegenständlichen Konstellation nicht zur Anwendung gelangen kann, ist von der Verbesserbarkeit des festgestellten Mangels auszugehen. Nachdem der Mangel innerhalb der von der Auftraggeberin gesetzten Frist behoben wurde, war die Nichtzulassung zur Teilnahme der Antragstellerin für nichtig zu erklären.

Abschließend ist noch festzuhalten, dass der Senat in der gegenständlichen Konstellation keinen Zweifel daran hegt, dass sich der Bewerber von Anfang an an seinen Teilnahmeantrag gebunden gefühlt hat und diese auch objektiv nachvollziehbar nach außen in Erscheinung getreten ist. So hat der OGH zu 9 Ob 41/12p, entschieden, dass die Frage, ob zum Beispiel ein Telefax für die Erfüllung der Schriftform genügt, nach dem Formzweck zu beurteilen ist und demnach zum Beispiel bei Bürgschaften von der Erfüllung der Schriftform auszugehen ist, wenn die Originalurkunde selbst vom Bürgen eigenhändig unterschrieben wurde.

Nicht anders zu beurteilen ist der Umstand, wenn gescannte bzw. kopierte Dokumente übermittelt wurden.

Der gegenständlich mit den Teilnahmeantragsunterlagen intendierte Zweck der Unterschriftlichkeit, nämlich der Verdeutlichung des Bindungswillens der Bewerber an den Teilnahmeantrag, ist in der gegenständlichen Konstellation der Abgabe einer Kopie des rechtsgültig gefertigten Originals des Teilnahmeantrages erfüllt (vgl. Dullinger in Rummel/Lukas, ABGB4 §886, Rz 4). Die Auslegungsregel des § 884 ABGB wird überdies durch den Nachweis eines gegenteiligen Parteiwillens, zum Beispiel des vorliegenden Bindungswillens nach allgemeinen Regeln entkräftet (vgl. 6 Ob 191/65). Nur ein ausdrücklicher Vorbehalt vor Vollzug der Schriftform nicht gebunden sein zu wollen, könnte die Voraussetzungen des § 884 ABGB erfüllen und den Bindungswillen ausschließen. Bloße Formvereinbarungen sind kein solcher Vorbehalt (3 Ob 300/97g).

Wie vorher ausgeführt besteht für den erkennenden Senat kein Zweifel am Bindungswillen der Antragstellerin an den Teilnahmeantrag.

Es war daher spruchgemäß zu erkennen.

Über den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren wird gesondert abgesprochen werden.

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.

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

#### **Schlagworte**

Angebotsänderung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Behebbarkeit von Mängeln, Bindungswille, Mängelbehebung, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, Nichtigklärung, Nichtigklärung Auftraggeberentscheidung, Teilnahmeantrag, Unbehebbarkeit, Unterfertigung, Unterschrift, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Vergabeverfahren, Zulassung

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W138.2207649.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

29.01.2019

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

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)