OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-840271/17/JS

Datum:
Linz, 22. November 2022

# I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Steinschnack über den Antrag der G P GmbH, vertreten durch x, x, vom 8.9.2022 auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin Stadtgemeinde x, vertreten durch x, x, vom 29.8.2022 über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens „Einführung, Betrieb und Wartung eines Parkraummanagementsystems (inkl. Errichtung Schranken-anlagen) und eines Parkleitsystems für Parkflächen der Stadtgemeinde x“ nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch mündliche Verkündung am 28.10.2022

zu Recht e r k a n n t :

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme vom 29.8.2022 wird abgewiesen.

II. Der Antrag, die Auftraggeberin zu verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen, wird abgewiesen.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu Punkt I.:

1. Wesentlicher Verfahrensgang:

1.1. Die Stadtgemeinde Bad Ischl führt seit Juli 2022 als Auftraggeberin ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe des Dienstleistungsauftrages „Einführung, Betrieb und Wartung eines Parkraummanagementsystems (inkl. Errichtung Schrankenanlagen) und eines Parkleitsystems für Parkflächen der Stadtgemeinde x“ nach dem Bestangebotsprinzips durch.

1.2. In der ersten Stufe wurde in den Unterlagen der ersten Verfahrensstufe von der Auftraggeberin u. a. bestandfest festgelegt (Hervorhebungen im Original):

1.2.1. Teilnahmeunterlagen:

„[...]

2.2 Verfügbarkeit der Teilnahmeunterlagen

Wie in der EU-weiten Bekanntmachung angeführt, sind die Teilnahmeunterlagen im elektronischen Beschaffungsportal bereitgestellt und nach Registrierung der Interessent:innen abrufbar.

[...]

Stellt der:die Interessent:in in den Unterlagen Widersprüche fest oder erscheinen ihm:ihr einzelne Punkte nicht zweifelsfrei, so hat er:sie sich durch Rückfragen Klarheit zu verschaffen. Fallen einem:einer Interessent:in Fehler oder (vermutete) Verstöße gegen Vergabebestimmungen auf oder hat dieser:diese Bedenken gegen die Art der Ausführung, hat er:sie diese umgehend, spätestens jedoch bis zehn Tage vor dem Ende der Teilnahmefrist, der Auftraggeberin (siehe Bekanntmachung – elektronische Beschaffungsplattform) mitzuteilen, damit die Ausschreibungsunterlagen – gegebenenfalls unter Verlängerung der Teilnahmefrist – berichtigt werden können. Der:Die Bewerber:in verpflichtet sich, dass er:sie Aufklärungs- und Warnpflichten gegenüber der Auftraggeberin gegebenenfalls wahrnimmt.

[...]

2.10 Art des Vergabeverfahrens

Das Verfahren für die Beschaffung der gegenständlichen Dienstleistungen wird im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung gemäß § 31 Abs 5 zum Abschluss eines befristeten Leistungsvertrages (maximal 10 Jahre) im Oberschwellenbereich durchgeführt.

[...]

Im Hinblick auf den Verfahrensablauf (siehe zusätzlich Punkt 2.23) der gegenständlichen ersten Verfahrensstufe werden Teilnahmeanträge von Bewerber:innen, bei welchen die Befugnis, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, oder bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes oder bei Nicht-Erfüllen eines Mindestkriteriums bzw. einer Mindestanforderung (sofern solche vorgesehen und als solche benannt sind), für das Auswahlverfahren nicht berücksichtigt. Von den geeigneten Bewerber:innen werden gemäß den in diesen Unterlagen aufgestellten Auswahlkriterien die

<u>besten 5 (fünf) Bewerber:innen</u>

durch Zusendung bzw. Bereitstellung der Ausschreibungsunterlagen zur Abgabe eines Angebots zum nachfolgenden Verfahren eingeladen.

[...]

2.16 Bewerbergemeinschaft

[...]

Der Teilnahmeantrag und das Formblatt 1B sind gemäß den Vorgaben der Teilnahmeunterlagen, insbesondere Punkt 6.1, und des Formblatts 1B zu unterfertigen bzw. einzureichen.

Das Formblatt 1B ist entweder durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe oder durch deren Bevollmächtigte zu unterfertigen (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich). Wird Formblatt 1B nicht durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe unterfertigt, ist eine durch die im Firmenbuch ausgewiesenen zur Vertretung befugten Organe ausgestellte Vollmacht (eine qualifizierte elektronische Signatur ist auch für die Datei der Vollmacht zwingend erforderlich) gemeinsam mit dem Teilnahmeantrag einzureichen. Liegt eine elektronisch qualifiziert signierte Vollmacht nicht vor (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich), so muss der Teilnahmeantrag ausgeschieden werden. Diese Vollmacht muss durch eine eigene PDF-Datei qualifiziert elektronisch signiert und verschlüsselt rechtzeitig auf das Beschaffungsportal hochgeladen werden.

Bei Übermittlung von Erklärungen, die die Bewerbergemeinschaft und allfällige Vollmachtserklärungen betreffen, sind diese mit einer qualifizierten elektronischen Signatur, einem qualifizierten elektronischen Siegel oder einer Amtssignatur gemäß § 19 Abs. 1 des E-Government-Gesetzes – E-GovG, BGBl. I Nr. 10/2004, zu versehen bzw. hat die Übermittlung so zu erfolgen, dass die Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit der Datensätze mit einer Qualität gewährleistet ist, die mit der Qualität einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw. eines qualifizierten elektronischen Siegels vergleichbar ist. Eine qualifizierte elektronische Signatur ist eine elektronische Signatur, die den Anforderungen von Art. 3 Z 12 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, ABl. Nr. L 257 vom 28.08.2014 S. 73, entspricht. Ein qualifiziertes elektronisches Siegel ist ein elektronisches Siegel, das den Anforderungen von Art. 3 Z 27 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 entspricht.

<u>Andernfalls wird der Teilnahmeantrag nicht im Verfahren berücksichtigt.</u>

Bewerber:innen werden explizit ersucht, bei Unklarheiten Anfragen zu stellen.

[...]

2.17 Subunternehmen

Das Formblatt 6 ist von jedem Subunternehmen gesondert auszufüllen und als PDF-Datei gesondert zu erstellen. Gemäß den Vorgaben der Teilnahmeunterlagen in Punkt 2.16 und 6.1 ist die jeweilige Ausfertigung des Formblatts 6 von dem:der jeweiligen Subunternehmer:in qualifiziert elektronisch signiert, mit einem qualifizierten elektronischen Siegel oder mit einer Amtssignatur versehen und verschlüsselt rechtzeitig auf das Beschaffungsportal hochzuladen bzw. hat die Übermittlung so zu erfolgen, dass die Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit der Datensätze mit einer Qualität gewährleistet ist, die mit der Qualität einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw. eines qualifizierten elektronischen Siegels vergleichbar ist.

Jedes Formblatt 6 ist entweder durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe oder durch deren Bevollmächtigte zu unterfertigen (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich). Wird Formblatt 6 nicht durch die gemäß Firmenbuch zur

Vertretung befugten Organe unterfertigt, ist eine durch die im Firmenbuch ausgewiesenen zur Vertretung befugten Organe ausgestellte Vollmacht (die qualifizierte elektronische Signatur ist für die Datei einer Vollmacht zwingend erforderlich) mit dem Teilnahmeantrag einzureichen. Liegt eine qualifiziert elektronisch signierte Vollmacht nicht vor, so darf diese Erklärung nicht berücksichtigt werden. Diese Vollmacht muss durch eine eigene PDF-Datei qualifiziert elektronisch signiert und verschlüsselt rechtzeitig auf das Beschaffungsportal hochgeladen werden.

[...]

2.18 Konzernunternehmen

Bedient sich der:die Bewerber:in eines verbundenen Unternehmens, um seine:ihre eigene mangelnde Leistungsfähigkeit bzw. Befugnis durch Verweis auf Nachweise konzernverbundener Unternehmen zu substituieren, so ist dem Teilnahmeantrag zwingend eine Patronatserklärung des verbundenen Unternehmens gemäß Formblatt 4 (siehe Datei „Teilnahmeantrag und Formblätter“) beizuschließen.

[...]

Das Formblatt 4 ist gesondert auszufüllen und als PDF-Datei gesondert zu erstellen und muss nach den Vorgaben der Teilnahmeunterlagen gemäß Punkt 6.1 qualifiziert elektronisch signiert und verschlüsselt rechtzeitig auf das Beschaffungsportal hochgeladen werden.

Das Formblatt 4 ist entweder durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe oder durch deren Bevollmächtigte zu unterfertigen (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich). Wird das Formblatt 4 nicht durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe unterfertigt (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich), ist eine durch die im Firmenbuch ausgewiesenen zur Vertretung befugten Organe ausgestellte Vollmacht (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich) mit dem Teilnahmeantrag einzureichen, aus der die erteilte Vollmacht zur Unterfertigung der Patronatserklärung zweifellos hervorgeht. Die Vollmacht muss dem Teilnahmeantrag beigelegt werden. Liegt eine solche Vollmacht nicht vor (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich), so muss der Teilnahmeantrag ausgeschieden werden. Diese Vollmacht muss durch eine eigene PDF-Datei elektronisch signiert und verschlüsselt rechtzeitig auf das Beschaffungsportal hochgeladen werden.

[...]

6 ANTRAGSFRIST UND EINREICHUNG

6.1 Antragsfrist

Die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge endet am 16.08.2022, 10.00 Uhr.

ACHTUNG: WICHTIGER HINWEIS!

Bei Übermittlung von Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen, Teilnahmeanträgen, Angeboten, Wettbewerbsarbeiten sowie Auftragsbestätigungen sind diese mit einer qualifizierten elektronischen Signatur, einem qualifizierten elektronischen Siegel oder einer Amtssignatur gemäß § 19 Abs. 1 des E Government-Gesetzes – E-GovG, BGBl. I Nr. 10/2004, zu versehen bzw. hat die Übermittlung so zu erfolgen, dass die Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit der Datensätze mit einer Qualität gewährleistet ist, die mit der Qualität einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw. eines qualifizierten elektronischen Siegels vergleichbar ist. Eine qualifizierte elektronische Signatur ist eine elektronische Signatur, die den Anforderungen von Art. 3 Z 12 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, ABl. Nr. L 257 vom 28.08.2014 S. 73, entspricht. Ein qualifiziertes elektronisches Siegel ist ein

elektronisches Siegel, das den Anforderungen von Art. 3 Z 27 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 entspricht. Für die Modalitäten in Bezug auf die ANKÖ Plattform darf auf den telefonischen Support von ANKÖ verwiesen werden.
Der Teilnahmeantrag muss bis zu diesem Zeitpunkt ausschließlich elektronisch eingereicht werden (eine Einreichung in Papierform, per E-Mail oder per Fax ist unzulässig und wird nicht berücksichtigt). Alle Bestandteile des Teilnahmeantrages sind auf dem elektronischen Beschaffungsportal der Auftraggeberin einzureichen. Das Risiko des rechtzeitigen Eingangs trägt der:die Bewerber:in. Der Teilnahmeantrag muss qualifiziert elektronisch signiert und verschlüsselt rechtzeitig auf das Beschaffungsportal hochgeladen werden (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich). Bestandteile des Teilnahmeantrages sind zu erstellen, einzuscannen und auf das Portal der Auftraggeberin hochzuladen.
Es ist zu beachten, dass Erklärungen, die die Bietergemeinschaft, den Einsatz von Subunternehmen, die Patronatserklärung und allfällige Vollmachtserklärungen betreffen, gesondert als jeweils eigene PDF-Datei erstellt werden müssen und jeweils elektronisch qualifiziert signiert werden müssen, anderenfalls der Teilnahmeantrag ausgeschieden werden muss (unbehebbarer Mangel). Eingescannte Unterlagen, die eine händische oder eingescannte Unterschrift aufweisen, sind nicht rechtsgültig.
Das Risiko des rechtzeitigen Eingangs trägt der:die Bewerber:in. Ein nicht so hochgeladener Teilnahmeantrag (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich), insbesondere ein als Fernschreiben, Telefax, per E-Mail oder im Wege anderer elektronischer Medien eingebrachter Teilnahmeantrag, wird nicht berücksichtigt.
Der Teilnahmeantrag ist entweder durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe oder durch deren Bevollmächtigte zu unterfertigen (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich). Wird der Teilnahmeantrag nicht durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe unterfertigt (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich), ist eine durch die im Firmenbuch ausgewiesenen zur Vertretung befugten Organe ausgestellte Vollmacht mit dem Teilnahmeantrag einzureichen (für die Datei der Vollmacht ist eine qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich). Die Vollmacht muss dem Teilnahmeantrag beigelegt werden, wobei diese Vollmacht (das bedeutet die Datei selbst) qualifiziert elektronisch signiert sein muss, andernfalls der Teilnahmeantrag im weiteren Verfahren nicht berücksichtigt wird und in diesem Sinne ausgeschieden werden muss (zwingend erforderlich). Liegt eine solche qualifiziert elektronisch signierte Vollmacht nicht vor, so muss der Teilnahmeantrag als nicht rechtsgültig ausgeschieden werden.
Eine solche qualifiziert elektronisch signierte Vollmacht muss durch eine eigene PDF-Datei elektronisch signiert und verschlüsselt rechtzeitig auf das Beschaffungsportal hochgeladen werden. Wenn die Teilnahmeunterlagen für einzelne Dateien eine qualifiziert elektronisch signierte Version verlangen (es gelten ergänzend verbindlich die Vorgaben der Formblätter), dann werden Teilnahmeanträge nicht berücksichtigt, wenn diese Dateien zwar eingereicht werden, aber keine qualifiziert elektronische Signatur vorweisen.
ACHTUNG: Eingescannte handschriftliche Signaturen sind im elektronischen Vergabeverfahren nicht ausreichend.
[...]
Besteht die Bewerbergemeinschaft aus mehreren Mitgliedern, sind die Mitglieder auf gesonderten Blättern anzugeben (siehe Formblatt 1B) und es sind diese gesonderten Blätter jeweils elektronisch qualifiziert zu signieren (siehe Formblatt 1B Hinweise Pkt 1. Unterfertigung – elektronisch signieren), anderenfalls der Teilnahmeantrag nicht

berücksichtigt wird. Sofern alle Mitglieder der Bewerbergemeinschaft den Teilnahmeantrag qualifiziert signiert eingereicht haben, dürfen sie das Formblatt 1B ausfüllen, ohne dieses gesondert elektronisch qualifiziert zu signieren.

6.2 Mängel bei der Einreichung

Die Grundlage für die Beurteilung von allfälligen Mängeln in den Teilnahmeanträgen bilden die Ausschreibungsunterlagen unter Berücksichtigung aller Berichtigungen, die bis zum Ablauf der Teilnahmefrist stattgefunden haben.

[...]

6.3 Inhalt des Teilnahmeantrags

Inhalt eines Teilnahmeantrages sind jedenfalls nachstehende, der Auftraggeberin verpflichtend vorzulegende Unterlagen:

• der Teilnahmeantrag (siehe dazu auch Formblatt 1A – Datei „Teilnahmeantrag und Formblätter“)

• sämtliche Formblätter (samt allfälliger Nachweise und Beilagen) als offene Datei (Word-Datei) und als pdf Datei

Verbindlich sind stets die PDF-Dateien (dies gilt sowohl für die Teilnahmeunterlagen als auch für die Einreichung).

Für den Teilnahmeantrag sind Formblätter, sofern solche dem:der Bewerber:in von Seiten des Auftraggebers zur Verfügung gestellt werden, zu verwenden. Erforderliche Angaben, die von Seiten des Auftraggebers nicht in Form eines Formblattes dargestellt werden, sind von dem:der Bewerber:in zu gestalten und einzubringen.”

1.2.2. Teilnahmeantrag samt Formblätter:

„[...]

FORMBLATT 1A – TEILNAHMEANTRAG

[...]

Ist der Teilnahmeantrag elektronisch qualifiziert signiert? (Damit ist die Einreichung über das Beschaffungsportal gemeint und nicht das Formblatt 1A)

Beachten Sie die Vorgaben aus dem allgemeinen Teil der Teilnahmeunterlagen insb. gemäß Pkt 6.1. der Teilnahmeunterlagen. Die Nicht-Einhaltung der Vorgaben führt zum Ausschluss des Teilnahmeantrages vom weiteren Verfahren.

[...]

Ist eine Vollmacht für die Einreichung des Teilnahmeantrages erforderlich? Dies ist zwingend notwendig, wenn der Unterzeichner des Teilnahmeantrages nicht allein vertretungsberechtigt ist.

Beachten Sie die Vorgaben – insbesondere auch für Vollmachten jeder Art - aus dem allgemeinen Teil der Teilnahmeunterlagen insb. gemäß Pkt 6.1. der Teilnahmeunterlagen. Die Nicht-Einhaltung der Vorgaben führt zum Ausschluss des Teilnahmeantrages vom weiteren Verfahren.

[...]

Ist die Vollmacht elektronisch qualifiziert signiert?

Beachten Sie die Vorgaben – insbesondere auch für Vollmachten jeder Art - aus dem allgemeinen Teil der Teilnahmeunterlagen insb. gemäß Pkt 6.1. der Teilnahmeunterlagen. Die Nicht-Einhaltung der Vorgaben führt zum Ausschluss des Teilnahmeantrages vom weiteren Verfahren.

[...]

Sind Erklärungen, die gemäß Formblatt 1B oder 4 oder 6 eine qualifizierte Signatur benötigen im Rahmen der gegenständlichen Teilnahme an der Ausschreibung erforderlich?

Beachten Sie die Vorgaben aus dem allgemeinen Teil der Teilnahmeunterlagen insb. gemäß Pkt 6.1. der Teilnahmeunterlagen und aus dem jeweiligen Formblatt. Die Nicht-Einhaltung dieser Vorgaben führt zum Ausschluss des Teilnahmeantrages vom weiteren Verfahren.

[...]

Der gegenständliche Teilnahmeantrag wurde nach Kenntnisnahme und unter Zugrundelegung der Teilnahmeunterlagen und der vom Auftraggeber im elektronischen Beschaffungsportal bereitgestellten Unterlagen verfasst.

Wir

➢ bestätigen durch den Teilnahmeantrag, der elektronisch qualifiziert signiert hochgeladen wird, alle vorangegangenen Bestimmungen zur Kenntnis genommen zu haben,

➢ bestätigen, dass uns bewusst ist, dass wir vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, wenn wir den inhaltlichen und formalen Anforderungen nicht entsprechen,

➢ bestätigen, dass alle Unterlagen (Teilnahmeunterlagen, Tabellen und Formblätter) diesbezüglich die Rechtsfolgen festlegen, und

➢ beantragen die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren.

[...]

FORMBLATT 1B – ERKLÄRUNG DER BEWERBERGEMEINSCHAFT (AUSZUFÜLLEN BEIM VORLIEGEN EINER BEWERBERRGEMEINSCHAFT)

[...]

Anmerkung der Auftraggeberin: Diese Erklärung entspricht einer Bevollmächtigung des federführenden Unternehmens durch die anderen Mitglieder der Bewerbergemeinschaft. Die Bewerbergemeinschaft hat daher zwei Möglichkeiten.

a. Entweder wird der Teilnahmeantrag bereits mit der Einreichung (Beschaffungsportal) von allen Mitgliedern der Bewerbergemeinschaft digital qualifiziert signiert oder

b. das federführende Unternehmen leistet bei der Einreichung des Teilnahmeantrages (Beschaffungsportal) die digitale qualifizierte Signatur. In diesem Fall muss aber jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft das Formblatt 1B (als eigene PDF-Datei) ausgefüllt digital qualifiziert signieren.

[...]

UNTERFERTIGUNG – Hinweise für Bewerbergemeinschaften

1. Unterfertigung (elektronisch qualifiziert signieren)

Die Unterfertigung ist bei einem elektronischen Vergabeverfahren nur dann gültig, wenn sie den Vorgaben der Teilnahmeunterlagen gemäß Pkt. 6. entspricht. Rechtsfolge beim nicht entsprechen: Ausschluss aus dem weiteren Verfahren.

Diesbezüglich werden die Bewerber:innen ersucht, bei Unklarheiten Anfragen zu stellen, da anderenfalls der Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt wird.

Das Formblatt 1B ist von jedem Mitglied der Bewerbergemeinschaft gesondert auszufüllen und als PDF-Datei gesondert zu erstellen, wenn nicht alle Mitglieder der Bewerbergemeinschaft den Teilnahmeantrag qualifiziert signiert haben.

In diesem Fall gilt das federführende Unternehmen nur dann als bevollmächtigt, wenn das Formblatt 1B von jedem Mitglied der Bewerbergemeinschaft qualifiziert elektronisch signiert und rechtzeitig auf das Beschaffungsportal hochgeladen wird. Andernfalls wird der Antrag nicht im Verfahren berücksichtigt.

Das Formblatt 1B ist entweder durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe oder durch deren Bevollmächtigte zu unterfertigen (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich).
Wird das Formblatt 1B nicht durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe unterfertigt, ist eine durch die im Firmenbuch ausgewiesenen zur Vertretung befugten Organe ausgestellte Vollmacht mit dem Teilnahmeantrag einzureichen, aus der die erteilte Vollmacht zur Antragstellung zweifellos hervorgeht. Die Vollmacht muss dem Teilnahmeantrag beigelegt werden und qualifiziert elektronisch signiert sein. Liegt eine qualifiziert elektronisch signierte Vollmacht nicht vor, so darf der Teilnahmeantrag im Verfahren nicht weiter berücksichtigt werden.

2. Anzahl der Mitglieder

Besteht die Bewerbergemeinschaft aus mehr als 2 Mitgliedern, sind die weiteren Mitglieder auf gesonderten Blättern anzugeben und die gesonderten Blätter sind jeweils zu signieren (siehe UNTERFERTIGUNG - Hinweise für Bewerbergemeinschaften Pkt. 1. Unterfertigung – elektronisch qualifiziert signieren), sofern nicht jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft den Teilnahmeantrag mit Einreichung (Beschaffungsportal) qualifiziert elektronisch signiert hat.

[...]

FORMBLATT 4 – PATRONATSERKLÄRUNG

[...]

Sofern erforderlich, bitte auszufüllen und entsprechend dem Hinweis qualifiziert elektronisch signieren.

[...]

1. Unterfertigung (elektronisch qualifiziert signieren)

Das Formblatt 4 ist – sofern dieses für den:die Bewerber:in erforderlich ist, wenn der:die Bewerber:in „JA“ ankreuzt - gesondert auszufüllen und als PDF-Datei gesondert zu erstellen und muss nach den Vorgaben der Teilnahmeunterlagen gemäß Pkt. 6. qualifiziert elektronisch signiert rechtzeitig auf das Beschaffungsportal hochgeladen werden.
Es handelt sich um die Erklärung einer Dritten oder eines Dritten, daher hat jene Person hier das Formblatt elektronisch qualifiziert zu signieren, die die Erklärung abgibt. Jedes Formblatt 4 ist entweder durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe oder durch deren Bevollmächtigte zu unterfertigen (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich). Wird das Formblatt 4 nicht durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe unterfertigt (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich), ist eine durch die im Firmenbuch ausgewiesenen zur Vertretung befugten Organe ausgestellte Vollmacht mit dem Teilnahmeantrag einzureichen, aus der die erteilte Vollmacht für diese Erklärung zweifellos hervorgeht. Die Vollmacht muss dem Teilnahmeantrag beigelegt werden. Liegt eine qualifiziert elektronisch signierte Vollmacht nicht vor (für diese PDF-Datei, die die Vollmacht beinhaltet ist eine elektronische Signatur zwingend erforderlich), so darf die Patronatserklärung im Verfahren nicht weiter berücksichtigt werden.

[...]

FORMBLATT 6 – SUBUNTERNEHMERERKLÄRUNG

[...]

Diesfalls ist das Formblatt 6 ist von jedem:jeder Bewerber:in und Subunternehmer:in gesondert auszufüllen und als PDF-Datei gesondert zu erstellen und muss nach den Vorgaben der Teilnahmeunterlagen gemäß Pkt. 6. jeweils von dem:der Bewerberin bzw. dem Subunternehmen zwingend qualifiziert elektronisch signiert und verschlüsselt

rechtzeitig auf das Beschaffungsportal hochgeladen werden (Näheres s. Hinweise für Bewerber:innen und Subunternehmer:innen – Punkt 1. Unterfertigung).
[...]
Hinweise für Bewerber:innen und Subunternehmer:innen
1. Unterfertigung (elektronisch qualifiziert signieren)
Das Formblatt 6 ist von jedem:jeder Bewerber:in und Subunternehmer:in gesondert auszufüllen und als PDF-Datei gesondert zu erstellen die oder den es betrifft und muss nach den Vorgaben der Teilnahmeunterlagen gemäß Pkt. 6. qualifiziert elektronisch signiert und verschlüsselt rechtzeitig auf das Beschaffungsportal hochgeladen werden.
Jedes Formblatt 6 ist entweder durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe oder durch deren Bevollmächtigte zu unterfertigen (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich).
Wird Formblatt 6 nicht durch die gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe unterfertigt, ist eine durch die im Firmenbuch ausgewiesenen zur Vertretung befugten Organe ausgestellte Vollmacht (qualifizierte elektronische Signatur zwingend erforderlich) mit dem Teilnahmeantrag einzureichen, aus der die erteilte Vollmacht zweifellos hervorgeht. Die Vollmacht muss dem Teilnahmeantrag beigelegt werden. Liegt eine solche Vollmacht nicht vor, so darf diese Erklärung nicht berücksichtigt werden, die davon betroffen ist. Diese Vollmacht muss durch eine eigene PDF-Datei qualifiziert elektronisch signiert und verschlüsselt rechtzeitig auf das Beschaffungsportal hochgeladen werden.
2. Mehrere Subunternehmer:innen
Bei mehreren Subunternehmen sind die weiteren Subunternehmer:innen auf gesonderten Blättern anzugeben und diese gesonderten Blätter sind jeweils zu signieren (siehe Hinweise für Bewerber:innen und Subunternehmer:innen Pkt. 1. Unterfertigung – elektronisch qualifiziert signieren)“

1.3. Zu dem am 16.8.2022 von der Antragstellerin fristgerecht abgegebenen elektronischen Teilnahmeantrag ersuchte die Auftraggeberin mit Schreiben vom 19.8.2022 u. a. um Aufklärung, ob es (zusammengefasst) richtig sei, dass die mit dem Teilnahmeantrag elektronisch eingereichte PDF-Datei „181213_Handlungsvollmacht F digital signiert.pdf“, die eine eingescannte (von den beiden Geschäftsführern der Antragstellerin händisch unterfertigte) Vollmacht zum Inhalt hat, lediglich vom Handlungsbevollmächtigten qualifiziert elektronisch signiert worden sei.

1.4. Mit Antwortschreiben vom 25.8.2022 teilte die Antragstellerin u. a. mit, dass (zusammengefasst) dem Teilnahmeantrag eine durch die im Firmenbuch ausgewiesenen zur Vertretung befugten Organe unterfertigte Vollmacht vom 13.12.2018 mit Wirkung zum 1.1.2019, welche durch den allein Handlungsbevollmächtigten qualifiziert elektronisch signiert wurde, beiliege und erfülle diese somit die Anforderungen der qualifizierten elektronischen Signatur. Da die Auftraggeberin offensichtlich – über die ursprünglichen Anforderungen einer qualifizierten elektronischen Signatur durch den Bevollmächtigten hinaus – auch um eine qualifizierte elektronisch signierte Handlungsvollmacht der gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organe ersuchen würde, habe die Antragstellerin diese durch die beiden handelsrechtlichen Geschäftsführer der Antragstellerin qualifiziert elektronisch signierte Handlungsvollmacht den Aufklärungsunterlagen mit beigelegt.

1.5. Die Auftraggeberin teilte der Antragstellerin in der Folge mit Schreiben vom 29.8.2022 (soweit entscheidungswesentlich) mit, dass die Vollmacht nach den Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen und im Formblatt 1A fristgerecht von den gemäß Firmenbuch zur Vertretung befugten Organen qualifiziert elektronisch signiert werden hätte müssen. Eingescannte handschriftliche Signaturen seien im elektronischen Vergabeverfahren nicht ausreichend. Die Einreichung der Antragstellerin könne im Verfahren nicht berücksichtigt werden und müsse die Antragstellerin von der Teilnahme am weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.

1.6. Dagegen richtete sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag vom 8.9.2022, mit welchem die Antragstellerin u. a. die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin „Mitteilung über die Nichtberücksichtigung des Teilnahmeantrags“ (Nicht-Zulassung zur Teilnahme) vom 29.8.2022 und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren begehrte. Die Antragstellerin begründete die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung im Nachprüfungsantrag und im verwaltungsgerichtlichen Nachprüfungsverfahren (zusammengefasst) damit, dass der Teilnahmeantrag ausschreibungskonform über die ANKÖ-Beschaffungsplattform abgegeben und zudem, genau wie die beigelegte firmenmäßig unterfertigte Vollmacht, qualifiziert elektronisch signiert worden sei:

- Nach den Bestimmungen des ABGB gelte für den Abschluss eines Bevollmächtigungsvertrages Formfreiheit. Eine Schriftlichkeit (und damit Unterfertigung) sei für einen rechtsgültigen Bevollmächtigungsvertrag gar nicht nötig. Dem Erfordernis der Schriftlichkeit sei nach der aktuelllen Rechtsprechung des OGH bereits dann genüge getan, sofern die Vollmachtsurkunde eine eigenhändige Unterschrift des Erklärenden trage. Die Forderung der Auftraggeberin nach einer firmenmäßigen Fertigung sei nach dem Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter nur insoweit zulässig, als eine andere Bescheinigung der Rechtsverbindlichkeit des Angebots als gleichwertig akzeptiert werde.
- Eine “herkömmliche” handschriftliche Unterfertigung gehe im Sinn der ihr zurechenbaren Beweiskraft weit über eine qualifizierte elektronische Signatur hinaus. Eine solche Signatur habe aber im Vergaberecht den einzig technischen Vorteil einer zeitlichen Nachvollziehbarkeit mittels eines Zeitstempels, um etwaige Manipulationsmöglichkeiten auszuschließen. Es bestünden daher weder technische noch rechtliche Anforderungen an einen bestimmten Ausstellerkreis.
- Die vorgelegte Vollmacht habe vollständig die in der gegenständlichen Ausschreibung bestandfest festgelegten Formalanforderungen erfüllt, da die Vollmacht rechtsgültig firmenmäßig unterfertigt wurde und die PDF-Datei durch den Handlungsbevollmächtigten qualifiziert elekronisch signiert worden sei. Hätte die Auftraggeberin gewollt, dass auch die PDF-Datei durch die im Firmenbuch ausgewiesenen vertretungsbefugten Organe qualifiziert elektronisch signiert werde, so hätte sie dies in den Teilnahmeunterlagen zwingend eindeutig und klar festlegen müssen.

- Jeder Bewerber könne nach Punkt 6.1. der Teilnahmeunterlagen nicht nur eine qualifizierte elektronische Signatur verwenden, sondern habe stattdessen auch noch die Möglichkeit, eine alternative Übermittlungsform zu wählen, solange diese die Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit der Datensätze mit einer Qualität gewährleistet, die mit der Qualtität einer qualifizierten elektronischen Signatur vergleichbar ist. Die Antragstellerin habe alle Bestandteile des Teilnahmeantrages (so auch die Handlungsvollmacht) durch die Plattform ANKÖ digital miteinander verkettet und zudem digital verschlüsselt an die Auftraggeberin übermittelt. Der Teilnahmeantrag sei technisch korrekt und somit sicher im Sinn des § 48 Abs. 12 Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) abgegeben worden und sei der Teilnahmeantrag bzw. die Vollmacht mit der Qualität der Übermittlung einer elektronischen Signatur vergleichbar. Es sei davon auszugehen, dass im Zuge der Teilnahmeantragsprüfung keine Prüfung der Vergleichbarkeit vorgenommen worden sei.
- Ein nicht firmenmäßig gefertigtes, aber rechtsverbindliches Angebot sei verbesserungsfähig. Die Auftraggeberin hätte gemäß § 138 BVergG 2018 zwingend im Rahmen einer Nachforderung kundtun müssen, dass sie weiterhin Zweifel an der Echtheit der Unterschriften habe. Die Antragstellerin habe sogar mit dem Aufklärungsschreiben die Vollmacht nochmals nachgereicht und sei mittels fortgeschrittener elektronischen Signatur der Geschäftsführer der Antragstellerin der Inhalt und die Echtheit der Unterschriften der Vollmachtgeber bestätigt worden. Es könnten daher weder hinsichtlich der Echtheit der Unterschriften noch hinsichtlich des Bevollmächtigungsumfangs weiterhin Zweifel bei der Auftraggeberin bestehen.
- Gemäß § 48 Abs. 12 BVergG 2018 bestehe keine gesetzliche Pflicht zur elektronischen Signatur einer Vollmacht. Die Auftraggeberin hätte in den Teilnahmeunterlagen klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringen müssen, hätte sie gewollt, dass die Begriffe “qualifiziert elektronisch signiert” mit “firmenmäßig unterfertigt” gleichzusetzen sei.

1.7. Dem gleichzeitig eingebrachten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gab das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit hg. Erkenntnis vom 14.9.2022 zu GZ: LVwG-840272/5/JS/Rd statt.

2. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Mit der von den beiden Geschäftsführern der Antragstellerin handschriftlich unterfertigten Handlungsvollmacht vom 13.12.2018 wurde deren Leiter des operativen Garagenbetriebs (mit Wirkung ab dem 1.1.2019) zum Handlungsbevollmächtigten im Rahmen seiner Aufgabenstellung innerhalb des Unternehmens ernannt.

2.2. Die Antragstellerin gab am 16.8.2022 ihren Teilnahmeantrag elektronisch über die ANKÖ Plattform ab. Mit dem Teilnahmeantrag wurde u. a. auch die

Handlungsvollmacht elektronisch als PDF-Datei eingereicht. Diese PDF-Datei war vom Handlungsbevollmächtigten qualifiziert elektronisch signiert. Mit Aufklärungsschreiben vom 25.8.2022 wurde die Handlungsvollmacht erneut elektronisch als PDF-Datei abgegeben, wobei diese PDF-Datei (neben einer weiteren qualifizierten elektronischen Signatur des Handlungsbevollmächtigten) nunmehr auch mit fortgeschrittenen elektronischen Signaturen der beiden Geschäftsführer der Antragstellerin vom 22.8.2022 versehen war.

2.3. Nach den bestandfesten Teilnahmeunterlagen muss eine Vollmachtserklärung (als Bestandteil des Teilnahmeantrags) als eine eigene PDF-Datei erstellt und - qualifiziert elektronisch signiert - auf dem Beschaffungsportal der Auftraggeberin eingereicht werden. Andernfalls weist der Teilnahmeantrag einen unbehebbaren Mangel auf.

2.4. Es wurde im Vergabeverfahren bislang weder ein Zuschlag erteilt noch wurde es von der Auftraggeberin widerrufen.

3. Beweiswürdigung:

3.1. Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den von der Auftraggeberin übermittelten Vergabeakt und das öffentliche Firmenbuch. Diese Urkunden wurden mit den Parteien in der öffentlichen mündlichen Verhandlung sachlich und rechtlich ausführlich erörtert.

3.2. Zu den Feststellungen im Einzelnen:

3.2.1. Die (insoweit unstrittigen) Feststellungen zu den Punkten 2.1., 2.2. und 2.4. des Erkenntnisses gründen zwanglos auf den erwähnten Urkunden im Vergabeakt, den damit korrespondierenden Angaben der Parteien sowie den Ausführungen des Handlungsbevollmächtigten in der öffentlichen mündlichen Verhandlung. So wurde in der öffentlichen mündlichen Verhandlung von der Antragstellerin auch klargestellt, dass die mit dem Aufklärungsschreiben nachgereichte Handlungsvollmacht als PDF-Datei mit (lediglich) fortgeschrittenen elektronischen Signaturen ihrer beiden Geschäftsführer versehen war.

3.2.2. Zu den Feststellungen zu Punkt 2.3. des Erkenntnisses:

Unstrittig wurden die Unterlagen der ersten Verfahrensstufe von keinem Bewerber angefochten, sodass sie als bestandfest gelten. Weiters stimmten die Parteien auch darin überein, dass die als PDF-Datei eingereichte Handlungsvollmacht vom 13.12.2018 (als Bestandteil des Teilnahmeantrags vom 16.8.2022) mit einer qualifizierten elektronischen Signatur des Handlungsbevollmächtigten versehen war. Strittig war zwischen den Parteien hingegen rechtlich, ob diese PDF-Datei nach den Teilnahmeunterlagen mit qualifizierten elektronischen Signaturen der beiden handelsrechtlichen Geschäftsführer der Antragstellerin als Vollmachtgeberin zu versehen gewesen wäre (vgl. dazu Punkt 4.6.3. des Erkenntnisses).

Fest steht für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nach der ausdrücklichen Festlegung der Auftraggeberin zur Antragseinreichung in Punkt 6.1. der bestandfesten Teilnahmeunterlagen (arg. „Es ist zu beachten, dass

Erklärungen, die die Bietergemeinschaft, den Einsatz von Subunternehmen, die Patronatserklärung und allfällige Vollmachtserklärungen betreffen, gesondert als jeweils eigene PDF-Datei erstellt werden müssen und jeweils elektronisch qualifiziert signiert werden müssen, anderenfalls der Teilnahmeantrag ausgeschieden werden muss [unbehebbarer Mangel].“), dass der Teilnahmeantrag eines Bewerbers dann einen unbehebbaren Mangel aufweist, wenn die als PDF-Datei eingereichte Vollmacht (als Bestandteil des Teilnahmeantrags) keine qualifizierte elektronische Signatur aufweist.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beurteilt den festgestellten Sachverhalt rechtlich wie folgt:

4.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen von Auftraggebern in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Die Auftraggeberin ist als oberösterreichische Stadtgemeinde öffentliche Auftraggeberin iSd Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. a B-VG und unterliegt das gegenständliche Nachprüfungsverfahren damit unstrittig den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

4.2. Gemäß Art. 14b Abs. 3 B-VG iVm § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Gewährung von Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber bzw. Auftraggeberinnen im Sinn des § 1 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006. Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 15 lit. a BVergG 2018) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

4.3. Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig. Nach den Ausschreibungsbestimmungen erfolgt die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Wie festgestellt, wurde im Vergabeverfahren bislang noch kein Zuschlag erteilt und es wurde auch nicht widerrufen.

4.4. Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin inhaltlich die Nicht-Zulassung zur Teilnahme vom 29.8.2022 und damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin iSd des § 2 Z 15 lit. a sublit. dd BVergG 2018. Gemäß § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert

anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn

1. sie (oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung) den Antragsteller in dem von ihm geltend gemachten Recht verletzt, und,

2. diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

4.5. Zur Bestandskraft der Unterlagen der ersten Verfahrensstufe:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Ausschreibungsbestimmung mangels rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibung bestandfest geworden. Sie ist - unabhängig davon, ob sie bei rechtzeitiger Anfechtung für nichtig zu erklären gewesen wäre - der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (vgl. VwGH 18.1.2021, Ra 2019/04/0083).

4.6. Zur Frage der Mangelhaftigkeit der eingereichten Handlungsvollmacht vom 13.12.2018:

4.6.1. Wie dargetan ist zwischen den Parteien entscheidungswesentlich strittig, ob die als PDF-Datei eingereichte Handlungsvollmacht vom 13.12.2018 (als Bestandteil des Teilnahmeantrags vom 16.8.2022) qualifizierte elektronische Signaturen der handelsrechtlichen Geschäftsführer der Antragstellerin als Vollmachtgeberin aufweisen hätte müssen (so die Rechtsauffassung der Auftraggeberin), oder ob es – im Sinn des Antragsvorbringens - ausschreibungskonform ist, dass diese PDF-Datei ausschließlich durch den Handlungsbevollmächtigten selbst qualifiziert elektronisch signiert wurde.

4.6.2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bewerber bzw. Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung dabei gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (vgl. VwGH 23.6.2022, Ra 2019/04/0076). Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es hingegen nicht an. Die Bedeutung einer Ausschreibungsbestimmung für einen durchschnittlich fachkundigen Bewerber bzw. Bieter ist dabei anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs bzw. unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen, allenfalls durch Beiziehung eines Sachverständigen, zu ermitteln (vgl. VwGH 18.3.2015, Ra 2015/04/0017).

4.6.3. Nach dem objektiven Erklärungswert der gesamten Unterlagen der ersten Verfahrensstufe ist Punkt 6.1 der Teilnahmeunterlagen für einen durchschnittlichen fachkundigen Bewerber bei Anwendung der üblichen Sorgfalt dahingehend auszulegen, dass eine (dem Teilnahmeantrag beizulegende) Vollmacht als PDF-Datei zu erstellen und zwingend durch den Vollmachtgeber qualifiziert elektronisch zu signieren ist:

4.6.3.1. Dafür spricht zunächst, dass eine Vollmacht unstrittig eine einseitige Willenserklärung des Vollmachtgebers darstellt (vgl. *Strasser* in *Rummel*, ABGB[3], § 1002 ABGB Rz 3 [Stand 1.1.2000, rdb.at]). Eine Vollmachtsurkunde trägt

demnach ausschließlich die Unterschrift des Vollmachtgebers. Da nach den bestandfesten Teilnahmeunterlagen eine Vollmacht elektronisch in Form einer PDF-Datei beizulegen und die PDF-Datei qualifiziert elektronisch zu signieren war (vgl. Pkt. 2.16, 2.17, 2.18 und 6.1. der Teilnahmeunterlagen sowie die Formblätter 1B, 4 und 6), musste der Antragstellerin klar sein, dass die von ihr zum Vollmachtnachweis hochgeladene PDF-Datei von den beiden Geschäftsführern der Antragstellerin als Vollmachtgeberin qualifiziert elektronisch zu signieren ist. Dies umso mehr, als Punkt 6.1. dieser Teilnahmeunterlagen weiters ausdrücklich darauf hinweist, dass nicht elektronische Unterschriften auf eingescannten Unterlagen – so bei der gegenständlichen Handlungsvollmacht – im elektronischen Vergabeverfahren nicht ausreichen und die Unterlagen als rechtsungültig gewertet werden.

4.6.3.2. Für diese Auslegung sprechen auch die weiteren Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen, die gemeinsam haben, dass eine als PDF-Datei einzureichende Erklärung stets vom jeweils Erklärenden zwingend qualifiziert elektronisch zu signieren ist: Dies gilt etwa für die Erklärung jedes Mitgliedes der Bewerbergemeinschaft (vgl. Punkt 6.1. und Formblatt 1B; sofern nicht der Teilnahmeantrag bereits selbst mitsigniert wurde), jedes Subunternehmers (vgl. Punkt 2.17 der Teilnahmeunterlagen und Formblatt 6) und auch jedes verbundenen Unternehmens (vgl. Punkt 2.18 der Teilnahmeunterlagen und Formblatt 4, das ausdrücklich darauf hinweist, dass die Patronatserklärung vom Erklärenden selbst qualifiziert elektronisch zu signieren ist).

4.6.3.3. Für diese Auslegung spricht weiters, dass – wie die Antragstellerin selbst ausführt – einer fortgeschrittenen und damit auch der geforderten qualifizierten elektronischen Signatur nach Art. 26 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (eIDAS-VO) auch die Funktion zukommt, einen Unterzeichner eindeutig zu identifizieren. Durch die geforderte qualifizierte elektronische Signatur ist die Auftraggeberin – entgegen dem Antragsvorbringen - damit in der Lage, durch eine mit einfachen Mitteln durchzuführende elektronische Signaturprüfung die Echtheit der (hier) Bevollmächtigung - in der Qualität von handschriftlichen (vgl. Art. 25 Abs. 2 eIDAS-VO) bzw. eigenhändigen Unterschriften (vgl. § 4 Abs. 1 Signatur- und Vertrauensdienstegesetz - SVG) der handelsrechtlichen Geschäftsführer der Antragstellerin - feststellen zu können, ohne dafür, wie von der Antragstellerin argumentiert, ein grafologisches Gutachten einholen zu müssen (vgl. dazu *Brenn* in *Zankl*, Rechtshandbuch der Digitalisierung Kap 8 Rz 8.3 und 8.35 [Stand 1.7.2021, rdb.at], wonach mit der Gültigkeit der qualifizierten elektronischen Signatur neben der Integrität [keine Veränderung des signierten Dokuments] gleichzeitig auch die Authentizität, also die Zuordnung zum Signator als Urheber der elektronisch signierten Daten, nachgewiesen wird).

4.6.3.4. Aufgrund der bestandfesten zwingenden Formvorschriften für eine einzureichende Vollmachtserklärung (PDF-Datei mit qualifizierter elektronischer Signatur) gehen das Argument der Antragstellerin, für den

Bevollmächtigungsvertrag herrsche Formfreiheit, ihr Hinweis auf die zivilgerichtliche Judikatur und der Verweis auf § 48 Abs. 12 BVergG 2018 schon aus diesem Grund ins Leere geht (vgl. dazu auch die Gesetzesmaterialien zum Vergaberechtsreformgesetz 2018, RV 69 BlgNR 26. GP 82, wonach es dem öffentlichen Auftraggeber freigestellt wird, welches Sicherheitsniveau er für notwendig hält, sofern § 48 Abs. 12 BVergG 2018 nicht ohnedies eine qualifizierte elektronische Signatur vorsieht). Im Hinblick auf die Bestandsfestigkeit der Formvorschriften erübrigt sich auch ein Eingehen auf das von der Antragstellerin monierte Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter. Davon abgesehen wurde von der Antragstellerin auch nicht dargetan, dass es ihren beiden Geschäftsführern nicht möglich gewesen wäre, die als PDF-Datei eingereichte Handlungsvollmacht qualifiziert elektronisch zu signieren.

4.6.3.5. Auch das weitere Argument der Antragstellerin, jeder Bewerber könne nach Punkt 6.1. der Teilnahmeunterlagen nicht nur eine qualifizierte elektronische Signatur verwenden, sondern habe stattdessen auch noch die Möglichkeit, eine alternative Übermittlungsform zu wählen, solange diese die Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit der Datensätze mit einer Qualität gewährleistet, die mit der Qualtität einer qualifizierten elektronischen Signatur vergleichbar ist, greift nicht: Diese Festlegung entspricht insoweit der Bestimmung des § 48 Abs. 12 BVergG 2018 zur elektronischen Kommunikation, die – ausweislich der Gesetzmaterialien (vgl. RV 69 BlgNR 26. GP 82) – eine qualifizierte Kommunikation auch für elektronische Angebotsbestandteile in nicht signierfähigen Dokumentenformaten festlegen möchte. Die gegenständliche Handlungsvollmacht war jedoch nach den bestandfesten Formvorschriften ohnedies als PDF-Datei – und damit in signierfähiger Form (vgl. *Brenn*, aaO, Rz 8.20) – vorzulegen. Der bloße Umstand, dass die Antragstellerin alle Bestandteile ihres Teilnahmeantrages (so auch die Handlungsvollmacht) durch die Plattform ANKÖ digital miteinander verkettet und zudem digital verschlüsselt an die Auftraggeberin übermittelte, ändert nichts daran, dass weder der Teilnahmeantrag noch dessen Bestandteile, insbesondere die als PDF-Datei eingereichte Handlungsvollmacht, mit qualifizierten elektronischen Signaturen der beiden Geschäftsführer der Antragstellerin als Vollmachtgeberin versehen waren. Damit mangelte es der gewählten Übermittlungsform insbesondere an der – einer qualifiziert elektronischen Signatur immanenten – Identifizierungsfunktion, dass also die Vollmachtserklärung den beiden handelsrechtlichen Geschäftsführern der Antragstellerin eindeutig zugeordnet werden kann.

4.7. Zur Frage der Unbehebbarkeit der Mangelhaftigkeit der Handlungsvollmacht:

Auch wenn eine fehlende Vollmachtsurkunde als ein grundsätzlich behebbarer Mangel angesehen werden könnte (vgl. VwGH 15.12.2006, 2005/04/0091), legte die Auftraggeberin in Punkt 6.1. der Teilnahmeunterlagen – wie dargetan – bestandfest ausdrücklich fest, dass ein Teilnahmeantrag u. a. dann einen unbehebbaren Mangel aufweist und ausgeschieden wird, wenn die als PDF-Datei hochgeladene Vollmachterklärung keine qualifizierte elektronische Signatur

aufweist. Da die Handlungsvollmacht vom 13.12.2018 nicht mit der notwendigen qualifizierten elektronischen Signatur der beiden Geschäftsführer (vgl. Punkt 4.6.3. des Erkenntnisses) versehen war, wies der Teilnahmeantrag vom 16.8.2022 nach den bestandfesten Teilnahmeunterlagen damit einen unbehebbaren Mangel auf, der nicht sanierbar war (vgl. VwGH 29.4.2021, Ra 2021/04/0102). Die Ausführungen der Antragstellerin zum Aufklärungsverfahren nach § 138 BVergG 2018 gehen daher schon aus diesem Grund ins Leere. Unabhängig davon wurde von der Antragstellerin auch im Rahmen der Beantwortung des Aufklärungsersuchens der Auftraggeberin keine von den beiden Geschäftsführern der Antragstellerin qualifiziert elektronisch signierte Handlungsvollmacht als PDF-Datei nachgereicht, obwohl das Ersuchen der Auftraggeberin nach einer derartigen Vollmacht auch für die Antragstellerin offensichtlich war. Es wäre nach Punkt 2.2. der Teilnahmeunterlagen im Übrigen auch Sache der Antragstellerin gewesen, sich durch Rückfrage bei der Auftraggeberin Klarheit zu verschaffen, wären einzelne Punkte der Teilnahmeunterlagen, etwa über den Signator, für sie zweifelhaft gewesen.

4.8. Da der Teilnahmeantrag der Antragstellerin im Ergebnis einen – nach den bestandfesten Teilnahmeunterlagen – unbehebbaren Mangel aufweist, wurde die Antragstellerin schon aus diesem Grund zu Recht im Sinn des Punktes 2.10 der Teilnahmeunterlagen nicht für das weitere Verfahren der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen.

4.9. Auf den von der Auftraggeberin nach ihrer Mitteilung vom 29.8.2022 über die Nichtberücksichtigung des Teilnahmeantrages der Antragstellerin in Abrede gestellten (ausreichenden) Umfang der Handlungsvollmacht vom 13.12.2018 ist daher nicht mehr weiter einzugehen.

Zu Punkt II.:

5. Nach der Bestimmung des § 23 Oö. VergRSG 2006 hat ein Antragsteller nur dann Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch einen Auftraggeber, wenn er vor dem Landesverwaltungsgericht zumindest teilweise obsiegt. Da der gegenständliche Nachprüfungsantrag zur Gänze abgewiesen wurde, kommt der Antragstellerin damit auch kein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag (Abs. 1 leg. cit.) bzw. den Provisorialantrag (Abs. 2 Z 1 leg. cit.) zu.

Zu Punkt III.:

6. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung (siehe die zitierte Judikatur des VwGH). Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als

uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Frage der Auslegung der Teilnahmeunterlagen hat nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung. Die in vertretbarer Weise vorgenommene einzelfallbezogene Auslegung von Ausschreibungsunterlagen ist auch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als nicht reversibel anzusehen (vgl. VwGH 7.2.2022, Ra 2018/04/0140).

## R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

## H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder

aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Steinschnack