

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/11/22 W187 2224118-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.11.2019

## Entscheidungsdatum

22.11.2019

## Norm

BVergG 2006 §122  
BVergG 2006 §123  
BVergG 2006 §124  
BVergG 2006 §13 Abs1  
BVergG 2006 §13 Abs2  
BVergG 2006 §13 Abs3  
BVergG 2006 §13 Abs4  
BVergG 2006 §141 Abs1  
BVergG 2006 §141 Abs2  
BVergG 2006 §141 Abs5  
BVergG 2006 §141 Abs6  
BVergG 2006 §141 Abs7  
BVergG 2006 §16 Abs2  
BVergG 2006 §16 Abs3  
BVergG 2006 §16 Abs4  
BVergG 2006 §19 Abs1  
BVergG 2006 §20 Abs2  
BVergG 2006 §20 Abs3  
BVergG 2006 §25  
BVergG 2006 §79  
BVergG 2018 §12 Abs1  
BVergG 2018 §2 Z15  
BVergG 2018 §2 Z5  
BVergG 2018 §327  
BVergG 2018 §328 Abs1  
BVergG 2018 §333  
BVergG 2018 §334 Abs2  
BVergG 2018 §342 Abs1  
BVergG 2018 §342 Abs2

BVergG 2018 §344 Abs1  
BVergG 2018 §346  
BVergG 2018 §347 Abs1 Z2  
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2  
BVergG 2018 §6  
B-VG Art. 133 Abs4  
VwGVG §24 Abs1  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §28 Abs2

## **Spruch**

W187 2224118-2/36E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Mag. Wolfgang POINTNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA „[HR1] vertreten durch MMag. Dr. Claus CASATI, Rechtsanwalt, Mariahilferstraße 1b/17, 1060 Wien, betreffend das Vergabeverfahren „PVA - Leistungen der ambulanten Rehabilitation - Tranche I', Los 3 - Innsbruck" der Auftraggeberinnen 1. Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich Hillegeist Straße 1, 1021 Wien, 2. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Siegfried Marcus-Straße 5, 7000 Eisenstadt, 3. Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK), Engelbert-Weiß-Weg 10, 5021 Salzburg, 4. Steiermärkische Gebietskrankenkasse (StGKK), Josef-Pongratz-Platz 1, 8010 Graz, 5. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, 6. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien,

7. Versicherungsanstalt für Eisenbahn und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, alle vertreten durch die vergebende Stelle Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich Hillegeist Straße 1, 1021 Wien, vertreten durch die Heid und Partner Rechtsanwälte GmbH, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, vom 7. Oktober 2019 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 11. November 2019 zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA , das Bundesverwaltungsgericht möge, "die von der Pensionsversicherungsanstalt im eigenen Namen und/oder im Namen der BGKK, SGKK, StGKK, SVA, BVA und VAEB bekanntgegebene, hier angefochtene Zuschlagsentscheidung / Entscheidung über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung vom 27.09.2019 (Beilage .1) im Verfahren „Pensionsversicherungsanstalt - Ambulante Rehabilitation Tranche I' zu Los 3 (Innsbruck) für nichtig erklären", ab.

B)

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

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

#### **I. Verfahrensgang**

1. Mit Schriftsatz vom 7. Oktober 2019, beantragte die AAAA „[HR2] vertreten durch MMag. Dr. Claus CASATI, Rechtsanwalt, Mariahilferstraße 1b/17, 1060 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung / Entscheidung über den beabsichtigen Abschluss einer Rahmenvereinbarung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter A) wiedergegeben und den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren „Pensionsversicherungsanstalt - Ambulante Rehabilitation Tranche I' - Los 3 (Innsbruck)" der Auftraggeberinnen

1. Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich Hillegeist Straße 1, 1021 Wien, 2. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Siegfried Marcus-Straße 5, 7000 Eisenstadt, 3. Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK), Engelbert-Weiß-Weg 10, 5021 Salzburg, 4. Steiermärkische Gebietskrankenkasse (StGKK), Josef-Pongratz-Platz 1, 8010

Graz, 5. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, 6. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien,

7. Versicherungsanstalt für Eisenbahn und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, alle vertreten durch die vergebende Stelle Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich Hillegeist Straße 1, 1021 Wien, vertreten durch die Heid und Partner Rechtsanwälte GmbH, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien.

1.1 Nach der Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung und Angaben zur Rechtzeitigkeit erachtet sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf gesetzeskonforme Bekanntgabe bzw Mitteilung der Zuschlagsentscheidung / Entscheidung über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung, auf Zuschlagsentscheidung / Entscheidung über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung zugunsten ihres Angebots, auf Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit ihr betreffend das Los 3 (Innsbruck), auf freien und lauten Wettbewerb und Gleichbehandlung aller Bieter (§ 19 BVergG 2006), auf ausschreibungs- und gesetzeskonforme, sachverständige Angebotsprüfung (§§ 122 ff BVergG 2006), auf Durchführung einer gesetzes- und ausschreibungskonformen, transparenten und nachvollziehbaren Angebotsbewertung, auf Verhandlung und Aufklärung über ihr Angebot, auf Aufklärung allfälliger Unklarheiten / Unleserlichkeiten in ihrem Angebot, auf Ausscheiden des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerinnen und der übrigen, ihrem Angebot vorgereichten Angeboten und auf Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens verletzt. Nach Ausführungen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags und Darstellung des Sachverhalts bezeichnet sie die Kosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren und der Vertretung, das Erfüllungsinteresse, das Interesse an der Auslastung der eigenen Kapazitäten und Mitarbeiter und den drohenden Verlust eines Referenzprojekts als drohenden Schaden.

1.2 Als Gründe für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung gibt sie im Wesentlichen an, dass der Gestaltungsspielraum der Auftraggeber bei der Vergabe eines nichtprioritären Dienstleistungsauftrags insbesondere durch die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz, des freien und lauten Wettbewerbs sowie der Vergabe an geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen und der daraus durch die Rechtsprechung abgeleiteten weiteren Vorgaben wie insbesondere der Nachprüfbarkeit der diversen Vorgaben und der Auslegung der Ausschreibungsunterlagen nach dem objektiven Maßstab eines durchschnittlichen Sachverständigen. Bei der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung unterliege der Auftraggeber den selben Transparenzvorschriften wie bei der Vergabe von prioritären Dienstleistungen. Dem Schreiben vom 27. September 2019 fehle die Bewertung der erstgereichten Bieterin. Auch fehlten die Angaben zu der Bewertung in den Qualitätskriterien und Subkriterien und eine verbale Begründung für die Bewertung. Diese Bekanntgabe würde keine Geschäftsgeheimnisse oder andere schützenswerte Interessen verletzen. Daher sei die Zuschlagsentscheidung / Mitteilung über beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung für nichtig zu erklären.

1.3 In der Ausschreibung fehle eine Angabe der einzelnen Mitglieder der nur "erforderlichenfalls" zum Einsatz kommenden (Bewertungs)Kommission und die Art der konkreten Entscheidungsfindung. Es könne nicht festgestellt werden, welche konkreten Experten die Angebotsprüfung vorgenommen hätten und ob diese unbefangen und von den Bietern unabhängig entschieden hätten. Auch der angefochtenen Mitteilung über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung sei nicht zu entnehmen, wer die Entscheidung getroffen habe. Die Angebotsprüfung dürfe nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllten. Die Bewertung müsse für Dritte, insbesondere die Verwaltungsgerichte nachvollziehbar sein. Die Begründung insbesondere von Juryentscheidungen müsse wegen der Nachvollziehbarkeit auch verbal erfolgen. Die Bewertung des größten Teils der zu vergebenden Punkte sei zum Thema "medizinisch-therapeutische Aspekte" erfolgt. Es fehle die Information wie und von wem die Bewertung mit Qualitätspunkten erfolgt sei. Es entstehe der Eindruck, dass die Bewertung von keinen oder lediglich von juristischen Fachberatern der Auftraggeberin erfolgt sei.

1.4 Der angefochtenen Entscheidung seien die Rechtsträger nicht zu entnehmen, in deren Namen die angefochtene Entscheidung getroffen worden sei. Aus dieser Umstand mache die angefochtene Entscheidung rechtswidrig.

1.5 Die Vorgaben über die Punkteverteilung seien extrem kasuistisch und intransparent. Es sei kein Maßstab für die Punkteverteilung zu erkennen. Die erfolgte Bewertung sei nicht nachvollziehbar. Die Entscheidung sei ausschließlich auf der Grundlage schriftlicher Angaben erfolgt. Der Antragsteller sei vorgehalten worden, zu wenige Klarstellungen vorgenommen zu haben, obwohl sie diese durch den jahrelangen Betrieb von Rehabilitationsleistungen für die Auftraggeberin nachgewiesen habe. Es bestünden Widersprüche zwischen den Ausschreibungsunterlagen und der

Punktevergabe. Die Auftraggeberin habe den Grundsatz "Erweiterung vor Neuvergabe" bei der Punktevergabe in den Zuschlagskriterien "medizinisch-therapeutische Aspekte, organisatorische Aspekte und Räumlichkeiten" nicht berücksichtigt. In der Ausschreibung sei ausdrücklich eine kurze und übersichtliche Beantwortung des Fragenkatalogs "AMB" und eine Beschränkung der Konzepte auf höchstens zehn Seiten gefordert worden. Bei anderen Bietern hätten auch nur "kurze und beschränkte Antworten" akzeptiert werden dürfen. Die Bewertungskommission hätte den Umstand besser bewerten müssen, dass ein Bieter die Anforderungen schon jetzt und nicht erst in Zukunft durch ein "Versprechen pro futuro" erfülle. Die Erfüllung von Kriterien durch einen bereits laufenden Betrieb hätte mit dem Punktemaximum bewertet werden müssen. Alle Angaben des Bieters in sonstigen Beilagen hätten bei der Angebotsbewertung berücksichtigt werden müssen. Die Auftraggeberin habe das Angebot der Antragstellerin unrichtig geprüft. Die Auftraggeberin hätte die Antragstellerin auf den Umstand hinweisen müssen, dass ihr medizinisches Therapiekonzept "unkonkret, nicht nachvollziehbar und zT nicht leserlich" sei. Die Auftraggeberin hätte eine Verhandlungsrunde durchführen müssen. Das Gleichbehandlungsgebot hätte diesen Hinweis verlangt. Beim Notfallkonzept in der 2. Fassung des Angebots hätten die Auftraggeberinnen tatsächlich eine Aufklärung eingefordert, während sie das beim therapeutischen Konzept nicht getan habe. In dem Bescheid des Landes seien keine Therapieplätze enthalten. Die Auftraggeberinnen hätten die bereits vorhandenen Therapieplätze weniger gut bewertet als die erst versprochenen im Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung. Nicht lesbare Unterschriften ohne Beisetzung des Namens in Blockbuchstaben seien ein verbesserbarer Mangel und hätten nicht zu einem Punkteabzug führen dürfen. Die Auftraggeberinnen hätten nur die verkürzten Ausführungen zum Fragenkatalog und nicht die Ausführungen im jeweiligen Konzept bewertet. Die Bewertung im Kriterium "Therapeutisches Konzept und Entlassungsmanagement" sei nicht nachvollziehbar, weil weit mehr Übererfüllungskriterien vorlägen, als bewertet worden seien. Im Kriterium "Förderung der beruflichen Teilhabe" habe die Antragstellerin entgegen den Ausführungen im Prüfprotokoll konkrete Ausführungen zur Förderung der beruflichen Teilhabe gemacht. Die Bewertung sei daher nicht nachvollziehbar. Gleiches gelte für die Kriterien "Förderung der sozialen Teilhabe" und "Entlassungs- und Teilhabeberatung". Im Kriterium "Strukturqualität/Personal" sei wieder auf den Unterschied zwischen Fragebeantwortung und Konzept zu verweisen. Letzteres enthalte umfangreiche Ausführungen und Angaben zum einzusetzenden Personal, die eine niedrige Bewertung nicht rechtfertige. Im Kriterium "Leistungen für PatientInnen mit besonderen Bedürfnissen" sei die Bewertung insofern unrichtig, dass Hunde personenbezogen seien und von ambulanten Rehabilitationseinrichtungen nicht bereitgestellt würden. Die fehlenden Angaben zu den Kosten fänden sich in der Darstellung "Kostenlose Pflegeassistenz". Im Kriterium "frühestmöglicher Inbetriebnahmezeitpunkt" sei eine unrichtige Bewertung erfolgt, weil eine lokale Einrichtung wie die Antragstellerin viele Leistungen sofort oder kurzfristig bereitstellen könne, jedenfalls früher als eine erst zu errichtenden nicht lokale Einrichtung, die noch nicht über eine genehmigte Betriebsanlage verfüge. Im Kriterium "Raumkonzept" habe die Antragstellerin einen Raumplan und eine schriftliche Aufzählung und Beschreibung der Räume samt Funktion und Maßangaben vorgelegt. Ein Architektenplan sei nicht gefordert gewesen und wäre auch nicht hochzuladen gewesen. Die Bewertung sei willkürlich erfolgt und sei nicht nachvollziehbar. Bei richtiger Bewertung wäre das Angebot der Antragstellerin an erster Stelle zu reihen gewesen. Maßgeblich seien die Festlegungen AU2 "00" Punkt 3, die Bewertungs-Richtlinien. Grundlage der qualitativen Bewertung seien die Beurteilung des Fragenkatalogs "AMB", wobei alle Angaben spätestens zum frühestmöglichen Inbetriebnahmezeitpunkt vorliegen müssten. Es seien nur die in den Zuschlagskriterien festgelegten Aspekte der Angebotsbewertung zugrunde zu legen. In weiterer Folge nimmt die Antragstellerin erneut zu den Punktevergaben in den einzelnen Kriterien Stellung und stellt einen jeweiligen Punkteanspruch abweichend von der erfolgten Bewertung dar.

1.6 Der Auftraggeber müsse wegen des Grundsatzes der Gleichbehandlung ein den in § 25 BVergG 2006 genannten Verfahrenstypen gleichwertige Verfahren schaffen. Die Auftraggeberinnen hätten ein Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung ausgeschrieben und nicht ein anderes, den gesetzlich vorgegebenen Verfahrenstypen unbekanntes Vergabeverfahren. Das "2-stufige Zertifizierungsverfahren mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung" sei dem BVergG 2006 unbekannt. Obwohl die Auftraggeberinnen die in der Ausschreibung 1. Fassung vorgesehenen "(allfällige) Verhandlungsrunden" in der 2. Fassung gestrichen hätten, habe die Antragstellerin mit Verhandlungen rechnen können. Die Auftraggeberinnen wären zu Verhandlungen verpflichtet gewesen. Die Auftraggeberinnen hätten zwar einige schriftliche Aufklärungen vorgenommen, aber keine Verhandlungen oder persönlichen Aufklärungsgespräche durchgeführt. Entgegen ihrer eigenen Ankündigung hätten sie ein Verhandlungsverfahren ohne Verhandlungen durchgeführt. Eine Festlegung, keine Verhandlungen durchzuführen, sei nicht bestandsfest.

1.7 Betreiber, die nicht über eine Befugnis verfügten, seien auszuscheiden. Weder die erst- noch die zweitgereichte Bieterin verfüge über eine entsprechende Befugnis nach dem KaKuG noch über Eigentums- oder Verfügungsrecht an der für die Anstalt in Aussicht genommenen Betriebsanlage für Innsbruck. Die Auftraggeberinnen seien an die Ausscheidensgründe des § 129 BVergG 2006 gebunden. Die Angebote der erst- und der zweitgereichten Bieterin seien daher auszuscheiden.

1.8 Wenn die Festlegungen in der Ausschreibung über die Angebotsbewertung so mangelhaft seien, dass eine gesetzeskonforme und transparente Angebotsprüfung unmöglich sei, müssten die Auftraggeberinnen die Ausschreibung zu widerrufen.

2. Am 9. Oktober 2019 sprach sich die Auftraggeberin nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus und ersuchte um Fristerstreckung für die Stellungnahme zum gesamten Antragsvorbringen bis 16. Oktober 2019.

3. Am 9. Oktober 2019 räumte die Auftraggeberin dem Bundesverwaltungsgericht einen Zugang zum elektronischen Vergabeakt ein.

4. Am 10. Oktober 2019 erteilten die Auftraggeberinnen allgemeine Auskünfte und nahmen zum Antrag auf Akteneinsicht Stellung.

5. Am 10. Oktober 2019 legten die Auftraggeberinnen die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

6. Am 14. Oktober 2019 untersagte das Bundesverwaltungsgericht den Auftraggeberinnen zur Zahl W187 2224118-1/4E für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Abschluss der Rahmenvereinbarung.

7. Mit Schriftsatz vom 16. Oktober 2019 nahmen die Auftraggeberinnen Stellung. Darin führen sie nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass keine der von der Antragstellerin genannten Vergabeverstöße vorlägen. Bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen gelte ein verdünntes Vergaberegime. Die Ausschreibungsunterlagen seien bestandsfest.

7.1 Die Auftraggeberinnen seien nicht an bestimmte Verfahrenstypen gebunden. Schranken bildeten ausschließlich die (unionsrechtlichen) Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot. Das gewählte zweistufige Zertifizierungsverfahren entspreche diesen Anforderungen. Überdies sei die Ausschreibung bestandsfest und die Einwendungen der Antragstellerin deshalb präkludiert. Die höchstgerichtliche Rechtsprechung unterscheide auch nicht zwischen fundamentalen Vergaberechtsverstößen, sogenannten Wurzelmängeln, und weniger schweren Vergaberechtsverstößen.

7.2 Es sei nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde, anstelle der Bewertungskommission der Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin neu oder inhaltlich zu bewerten. Das Bundesverwaltungsgericht dürfe nur dann eine Bewertung der Kommission aufheben, wenn diese den von der Ausschreibung eingeräumten Ermessensspielraum überschreite oder eine "denkunmögliche" oder "den Vorgaben der Ausschreibung widersprechende Bewertung" erfolgt sei. Die Auftraggeberin habe das Ermessen im Rahmen der Ausschreibung ausgeübt.

7.3 Bei der gegenständlichen Bekanntgabe handle es sich nicht um eine Zuschlagsentscheidung gemäß § 79 BVergG 2006. Die Bestimmungen über die Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung seien "nur sinngemäß anwendbar". Es bestehe keine Verpflichtung, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots "umfassend" darzustellen. Entscheidend sei, ob der Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierterer Begründungselemente "unschwer" einen begründeten Nachprüfungsantrag gegen diese Entscheidung einzubringen. Nicht jedes vom Bieter vermisste Begründungselement führe zur objektiven Rechtswidrigkeit der Entscheidung. Dass die umfassend zu Verfügung gestellten Informationen den Anforderungen genügten, zeige der begründete Nachprüfungsantrag. Die Zuschlagskriterien seien "subjektiv" durch die Bewertungskommission bewertet worden. Auch seien Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu beachten. Die Begründungstiefe genüge, weil die Antragstellerin in der Lage gewesen sei, einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen.

7.4 Es gebe keine Rechtsgrundlage, die die Auftraggeberinnen zur Bekanntgabe der einzelnen Mitglieder der Bewertungskommission und ihrer sachlichen und fachlichen Eignung verpflichte. Der Entscheidungsprozess der Bewertungskommission sei in der Ausschreibung ausführlich dargelegt.

7.5 In der Ausschreibung sei festgelegt, wer Auftraggeber und wer vergebende Stelle sei. Daraus folge, dass die vergebende Stelle alle in der Ausschreibung genannten Auftraggeber bis zum tatsächlichen Abschluss der Rahmenvereinbarung vertrete.

7.6 Die Unterteilung der Zuschlagskriterien in "Themen, "Kriterien" und "Subkriterien" und ihre Gewichtung seien in der Ausschreibung eindeutig ebenso wie die zu ihrer Bewertung herangezogenen Aspekte festgelegt. Damit könne ein Bieter auch objektiv erkennen, worauf es dem Auftraggeber ankomme. Die Auftraggeberinnen hätten klargestellt, dass es sich bei den Aspekten um keine Sub-Sub-Kriterien handle. Die Zuschlagskriterien seien daher entsprechend konkretisiert.

7.7 Die Ausschreibung lege dar, dass die Angebote durch die vergebende Stelle und durch fachliche und juristische Fachberater vorgeprüft worden seien. Diese Vorprüfung sei vertieft durch den Chefarzt und die juristische Abteilungsleiterin der vergebenden Stelle vertieft kontrolliert und inhaltlich abgestimmt worden. An der Sitzung der Bewertungskommission hätten neben den vier stimmberechtigten Mitgliedern auch zehn weitere Teilnehmer teilgenommen, die die stimmberechtigten Mitglieder fachlich und sachlich bei der Entscheidungsfindung unterstützt hätten.

7.8 Der Grundsatz "Erweiterung vor Neuvergabe" sei lediglich beim Kriterium "Erweiterung einer bestehenden Einrichtung" und nicht bei anderen Kriterien und Subkriterien zu berücksichtigen. Die Antragstellerin habe im Kriterium "Erweiterung einer bestehenden Einrichtung" ohnehin die volle Punktzahl erreicht und sei daher nicht beschwert.

7.9 Die Qualität der im Fragenkatalog gegebenen Antworten hänge nicht vom Umfang der Antworten ab. Der Umstand, dass der Antragstellerin nicht gelungen sei, im Rahmen des von den Auftraggeberinnen geforderten kurzen Ausmaßes jene Informationen zu liefern, die zu einer höheren Bewertung geführt hätten, bedeute nicht, dass dies unmöglich sei. Die Auftraggeberinnen hätten keine unterschiedlichen Bewertungsmaßstäbe herangezogen. Den Auftraggeberinnen sei es verwehrt gewesen, allfällige Informationen, die nicht im Fragenkatalog "AMB" enthalten gewesen seien, zur Bewertung heranzuziehen. Daher dürften die Auftraggeberinnen auch Informationen, die sie zwar hätten, die sich jedoch nicht im Fragenkatalog "AMB" befänden, nicht in die Bewertung einfließen lassen. Dies beträfe auch sonstige Angebotsinhalte, die nicht in den Fragenkatalog "AMB" eingearbeitet seien. Die Entscheidung über die Kriterien bei der Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots bleibe der Auftraggeberin überlassen und könne nicht von der Antragstellerin erzwungen werden.

7.10 Der Antragstellerin sei keine Möglichkeit einzuräumen gewesen, ihr vorgelegtes medizinisch therapeutisches Konzept zu verbessern und Mängel aufzuklären, weil die Antragstellerin in der Ausschreibung darauf hingewiesen worden sei, im Rahmen ihres verbindlichen Letztangebots die vollständige Einhaltung der Ausschreibungsunterlagen sowie die Vollständigkeit der Angaben zu den wertungsrelevanten Kriterien zu berücksichtigen, es nicht Aufgabe der Auftraggeberin sei, die Antragstellerin bei der Angebotserstellung dahingehend anzuleiten, dass ihr Angebot mit der höchstmöglichen Punktzahl bewertet werden könne, und eine Verbesserung eines Mangels nur dann möglich sei, wenn die Verbesserung nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung führe. Gerade dies beabsichtige die Antragstellerin. Das Einräumen einer Verbesserungsmöglichkeit hätte zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung geführt.

7.11 Das Begleitschreiben der Antragstellerin sein nicht bewertungsrelevant und nicht bewertet worden.

7.12 Eine Bewertung von Angaben der Antragstellerin, die nicht im Fragenkatalog "AMB" oder den Beilagen dazu enthalten gewesen sei, sei nicht möglich gewesen. Diese Festlegung sei bestandsfest. Eine Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten wäre vergaberechtswidrig gewesen und hätte einen klaren Verstoß gegen das Gebot der Bietergleichbehandlung dargestellt.

7.13 Dem Großteil des Vorbringens der Antragstellerin zur Bewertung in den näher genannten Subkriterien sei entgegenzuhalten, dass im Zuge der Beurteilung der qualitativen Zuschlagskriterien nur das schriftlich im Fragebogen "AMB" festgehaltene Konzept beurteilt werden habe können und nicht, wie von der Antragstellerin gefordert, das "Gelebte". Es seien auch nicht alle Umstände des Betriebs der Antragstellerin den Auftraggeberinnen bekannt. Der Verweis der Antragstellerin im medizinisch therapeutischen Konzept auf die gelebte Praxis ohne nähere Darstellung derselben könne nicht bewertet werden, weil Grundlage der Bewertung das schriftliche Konzept sei. Im Subkriterium "Prozessqualität" hätten die Auftraggeberinnen die Bezeichnung "sowohl-als-auch-Medizin" in der Begründung der

Bewertung dieses Subkriteriums als teilweise nicht nachvollziehbar bezeichnet. Das zeige, dass die Auftraggeberinnen das Angebot entsprechend den bestandsfesten Zuschlagskriterien und dem ihnen zustehenden Ermesse richtig und vergaberechtskonform beurteilt hätten.

7.15 Die Auftraggeberinnen seien nicht verpflichtet, ein den Verfahren des § 25 BVergG 2006 entsprechendes Verfahren zu wählen. Es würde die Ausnahme des § 141 Abs 1 BVergG 2006 sinnlos machen. Die Auftraggeberinnen seien verpflichtet, gegenüber den Bietern einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit zu gewährleisten. Das Vergabeverfahren werde nicht durch die Bekanntmachung, sondern durch die anzuwendenden Teilnahme- bzw Ausschreibungsunterlagen. Gegenständlich hätten die Auftraggeberinnen ein zweistufiges Zertifizierungsverfahren und kein Verhandlungsverfahren gewählt. Diese Festlegung sei bestandsfest geworden. Der Ablauf dieses Verfahrens sei ebenfalls bestandsfest festgelegt. Verhandlungen mit den Bietern seien deshalb weder geboten noch zulässig gewesen. Es habe daher eine bekämpfbare Entscheidung über die Festlegung der Streichung der Verhandlungen gegeben. Die Aufklärungsbedürftigkeit eines Angebots begründe auch keine Verpflichtung zu Verhandlungen.

7.16 Nach den Festlegungen der Ausschreibung hätten die Bieter bloß einen Antrag auf Vorabfeststellung des Bedarfs vorzulegen gehabt. Ein positiv beurteilter Antrag auf Vorabfeststellung sei nicht erforderlich gewesen. Die beiden in Aussicht genommenen Partnerinnen der Rahmenvereinbarung hätten die Nachweise über die Nutzungsrechte für den Standort Innsbruck vorgelegt. Sie seien daher nicht auszuschneiden.

7.17 § 141 Abs 6 BVergG 2006 sehe keinen zwingenden Widerrufsgrund vor. Die von der Antragstellerin genannten Gründe für einen Widerruf lägen auch nicht vor. Sämtliche Zuschlagskriterien seien transparent und übersichtlich festgelegt, die Bewertungsmaßstäbe und Anforderungen an die abzugebenden Konzepte seien unmissverständlich dargestellt und die Mitglieder der Bewertungskommission mit dem erforderlichen Fach- und Sachverstand ausgestattet.

7.18 Die Auftraggeberinnen betragen, das Bundesverwaltungsgericht möge alle Anträge des Nachprüfungsantrags abweisen, den Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zurückweisen, in eventu abweisen, sowie die grau hinterlegten Passagen des Schriftsatzes von einer allfälligen Akteneinsicht durch die Antragstellerin oder eine allfällige mitbeteiligte Partei ausnehmen.

8. Am 16. Oktober 2019 erhob die BBBB „[HR3] vertreten durch Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, in der Folge BBBB“, begründete Einwendungen. Darin führt sie nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass sie als in Aussicht genommener Partner der Rahmenvereinbarung durch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sei. Auf das Vergabeverfahren sei das BVergG 2006 anzuwenden. Es handle sich um eine nichtprioritäre Dienstleistung, weshalb das BVergG 2006 nur eingeschränkt zur Anwendung komme. Bei der Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungen sei der Auftraggeber nicht gehalten, vorweg Zuschlagskriterien bekannt zu geben. Auch der Gleichbehandlungs- und der Transparenzgrundsatz verlangten das nicht. Die Auftraggeberinnen hätten daher diesem Grundsatz mehr als entsprochen. Es stehe dem Auftraggeber frei, kommissionell zu bewertende Kriterien vorzusehen, wobei ihm ein weitgehendes Ermessen zukomme. Die Bestbieterermittlung lasse auf eine entsprechende fachliche Expertise der Bewertungskommission schließen. Die materielle Richtigkeit einer durch eine Fachkommission vorgenommenen Bewertung sei nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens. Lediglich die Überschreitung des Rahmens sei Gegenstand der Nachprüfung. Es bestehe Spielraum für subjektive Elemente. Eine Überschreitung des Ermessens der Bewertungskommission sei nicht zu erkennen. Die Auftraggeberinnen hätte die nötige Begründungstiefe für die Bewertung eingehalten. Maßgeblich sei, ob der Bieter auch ohne zusätzliche Informationen gegen die Entscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen. Bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen bestehe kein Typenzwang und keine Verpflichtung zu Verhandlungen. Die BBBB habe den geforderten Verfügbarkeitsnachweis nach dem KAKuG und TirKAG ausschreibungskonform erbracht. Die BBBB beantragt, den Nachprüfungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen und ihr Akteneinsicht in den Vergabeakt und den Nachprüfungsakt zu gewähren.

9. Am 17. Oktober 2019 erhob die CCCC „[HR4] vertreten durch Dr. Roland Katary, Rechtsanwalt, Neubaugasse 64-66/1/12, 1070 Wien, begründete Einwendungen. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass als Partnerin der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommen worden sei und daher durch den Nachprüfungsantrag in ihren rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt sei. Die Antragstellerin kenne die sanitätsrechtlichen Grundlagen offenbar nicht.

Die entsprechende Befugnis werden nach dem TirKAG und nicht nach dem KAKuG ausgestellt. Die CCCC habe den geforderten sanitätsbehördlichen Antrag gestellt und das Eigentum oder sonstige Benutzungsrechte an der Anlage nachgewiesen. Daher sei ihr Angebot nicht auszuschneiden. Die CCCC betragt, das Bundesverwaltungsgericht wolle den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurück-, in eventu abweisen, ihr unbeschränkte Parteistellung einräumen, sowie ihr alle bisherigen und weiteren Schriftsätze zustellen, ihr Akteneinsicht in den Vergabeakt und den Nachprüfungsakt gewähren, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen und weder der Antragstellerin noch anderen Parteien Akteneinsicht in ihr Angebot gewähren.

10. Am 28. Oktober 2019 legten die Auftraggeberinnen über Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts geschwärzte Fassungen der Prüfberichte der beiden in Aussicht genommenen Partnerinnen der Rahmenvereinbarung vor und übermittelten sie gleichzeitig der Antragstellerin.

11. Mit Schriftsatz vom 31. Oktober 2019 erstattete die Antragstellerin eine Replik. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass die Zuschlagsentscheidung / Mitteilung über beabsichtigen Abschluss der Rahmenvereinbarung vom 27. September 2019 nicht alle gesetzlich geforderten Informationen gemäß § 141 Abs 6 BVergG 2006 enthalte. Es müsse auch überprüfbar sein, ob auch die Bewertung des erstgereihten Angebots rechtmäßig sei. Der Antragstellerin sei lediglich die Gesamtpunktezahl des erstgereihten Angebots mitgeteilt worden. Damit könne sie die Bewertung der erstgereihten Bieterin nicht bekämpfen. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse würden nicht verletzt.

11.1 Die Auftraggeberinnen hätten bloß die Bewertung der zweitgereihten Bieterin bekannt gegeben. Die verbale Begründung fehle. Daraus ließen sich die gesetzlich geforderten Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots nicht entnehmen. Beim Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sei eine Interessenabwägung vorzunehmen. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse würden auch von den in Aussicht genommenen Partnerinnen der Rahmenvereinbarung nicht vorgebracht. Die Antragstellerin sei in ihrem Vorbringen im Nachprüfungsantrag eingeschränkt worden, da sie die allfällige unrichtige Bewertung der Angebote der erst- und zweitgereihten Bieter nicht bekämpfen habe können, die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung bei der Bewertung ihres Angebotes nicht prüfen könne und die Nachprüfung in puncto "denkmögliche" oder "den Vorgaben der Ausschreibung widersprechende Bewertung" verunmöglicht worden sei. Die Auftraggeberinnen hätten die gebotene Begründung der Zuschlagsentscheidung unterlassen.

11.2 Das Vorbringen, dass der für die Bewertung nötige Sachverstand nicht vorgelegen sei, werde angesichts der Ausführungen der Auftraggeberinnen zurückgezogen. Die Bewertungskommission habe nicht selbst alle bewertungsrelevanten Unterlagen gelesen und die diesbezügliche Bewertung vorgenommen. Die Sitzung der Bewertungskommission habe lediglich eine halbe Stunde gedauert. Die Bewertung habe bloß in einer Punktevergabe bestanden, die Begründung in einem Verweis auf den Vorprüfbericht. Die kommissionelle Bewertung habe bloße eine Formalität dargestellt. Eine Einsichtnahme in die Angebote habe offensichtlich nicht stattgefunden. Es werde nicht eine Bewertung durch die Vergabekontrollbehörde anstelle der Bewertungskommission angeregt, sondern die Unterlassung der Bewertung durch die Bewertungskommission aufgezeigt.

11.3 Die Auftraggeberinnen gestünden zu, dass nur die Fragenkataloge "AMB" und nicht der gesamte Angebotsinhalt bewertet worden seien. Auch die Konzepte seien nicht berücksichtigt worden. Bei richtiger Auslegung der Ausschreibung sei der gesamte Angebotsinhalt zu bewerten. Die Ausschreibung verlange neben dem Fragenkatalog "AMB" eine Reihe weiterer Unterlagen, insbesondere Beilagen zum Fragenkatalog. Punkt 3.2.2 der Ausschreibung verlange die Berücksichtigung des Bieters mit der Erbringung von Rehabilitationsleistungen. Punkt 3.2.1.2 verweise ausdrücklich auf das Inbetriebnahmekonzept. Die Antragstellerin habe davon ausgehen können, dass die zum Fragenkatalog "AMB" als Beilage vorzulegenden Konzepte ausführlich auszuarbeiten und der Fragenkatalog selbst nur stichwortartig zu beantworten sei. Die Kommission habe sich mit den Konzepten nicht näher auseinandergesetzt. Das Vorbringen sei nicht präkludiert, weil der Antragstellerin erst durch die Mitteilung der angefochtenen Entscheidung sowie durch das Vorbringen der Auftraggeberinnen im Zuge des Nachprüfungsverfahrens klar sei, welche Bedeutung den Festlegungen der Ausschreibung von der vergebenden Stelle zugemessen werde. Eine Präklusion des Vorbringens könne nur dann eintreten, wenn der Antragsteller die zur Prüfung notwendigen Informationen vom Auftraggeber erhalten habe. Die medizinischen Konzepte der Antragstellerin seien im Zuge der Bewertung nicht oder nicht im nötigen Ausmaß berücksichtigt worden. Nur anhand des Fragenkatalogs "AMB" sei eine objektiv nachvollziehbare und plausible Bestbieterermittlung nicht möglich.



11.4 Das Begleitschreiben und die Verpflichtungserklärungen scheinen Eingang in die Bewertung gefunden habe, wie sich aus der vorgeworfenen Unleserlichkeit ergebe.

11.5 Der Grundsatz "Erweiterung vor Neuvergabe" sei nicht auf die Verkehrsanbindung und Erreichbarkeit beschränkt.

11.6 Im Sinne der Gleichbehandlung wären die Auftraggeberinnen verpflichtet gewesen, die Konzepte bei der Bewertung zu berücksichtigen.

11.7 Bei objektiver Auslegung der Subkriterien sei davon auszugehen gewesen, dass tatsächlich Vorhandenes oder Gelebtes, das selbstverständlich in den angebotenen Konzepten, den Beilagen zum Fragenkatalog "AMB", besser bewertet werde, als nur bloße Konzepte oder gar bloße Antworten im Fragenkatalog "AMB".

11.8 Auch die Beilagen zum Fragenkatalog "AMB" seien nach Punkt 3.2 der Ausschreibung zu bewerten gewesen.

11.9 Allfällige Unklarheiten im Angebot der Antragstellerin seien aufzuklären gewesen, ohne dass die Auftraggeberinnen damit einen Wettbewerber begünstigt hätte.

11.10 Auch das Begleitschreiben und die Angaben zu den Kapazitäten seien Teile des Angebots. Auch sie seien bewertungsrelevant und von den Auftraggeberinnen negativ kommentiert worden.

11.11 Die Ansicht, dass Angaben an geeigneten Stellen im Fragenkatalog "AMB" einzuarbeiten gewesen wären, widerspreche den Festlegungen der Ausschreibung. Eine Einwendung dagegen sei nicht präkludiert. Die vorgenommenen Schwärzungen verhinderten einen effektiven Rechtsschutz. Wäre den Auftraggeberinnen nicht bekannt, dass die Antragstellerin eine allen Anforderungen der Ausschreibung entsprechende Entlassungs- und Teilhabeberatung in der täglichen ambulatorischen Praxis anwende, hätte sie nachfragen müssen. Zum Subkriterium "Prozessqualität" sei anzuführen, dass die "Angaben zur Gruppengröße (Reduktion der Teilnehmeranzahlen) in den verschiedenen Bereichen [...] und eventuell zusätzliche Therapieminuten" bei der bestehenden Therapieeinrichtung ohnehin selbstverständlich, den Auftraggeberinnen auch bestens seien und als klar vorausgesetzt werden könnten. Bei Unklarheiten hätten die Auftraggeberinnen nachfragen müssen. Aufgrund der Schwärzungen sei nicht nachvollziehbar, wofür die besser gereihten Bieter Punkte erhalten hätten. Es sei der Antragstellerin nicht nachvollziehbar, warum sie in den genannten Punkten nicht die volle Punkteanzahl erhalten habe.

11.12 Die Angebote der in Aussicht genommenen Partner der Rahmenvereinbarung seien auszuscheiden, da sie mangels Eignung und Verfügungsmöglichkeit über die Betriebsanlage auszuscheiden seien. Bei gesetzeskonformer Auslegung sei ein Angebot trotz Antragstellung auch auszuscheiden, wenn der Antrag nicht positiv beurteilbar sei. Zur Indikation PUL sei in der Region Innsbruck kein Bedarf gegeben. Zur Begründung des mangelnden Bedarfs sei auf den Österreichischen Strukturplan Gesundheit 2017, ÖSG, des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz zu verweisen. Dieser ergebe, dass im Bundesland Tirol lediglich sechs ambulante Therapieplätze für die Indikation PUL vorgesehen seien. Die Antragstellerin habe bereits jetzt 13 ambulante Therapieplätze für diese Indikation und decke somit alle vorgesehenen Therapieplätze ab. Aufgrund mangelnden Bedarfs wäre der Antrag abzuweisen und die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung mangels Eignung auszuscheiden. Auch gebe es Kapazitätsprobleme wegen der Beteiligung an mehreren Losen, weshalb die in Aussicht genommenen Partner der Rahmenvereinbarung auszuscheiden gewesen wären.

11.13 Der Bewertung sei keine nachvollziehbare Punktevergabe zu entnehmen. Die Punkteunterschiede ließen sich anhand der der Antragstellerin zur Verfügung stehenden Informationen nicht nachvollziehen. Aufgrund der Schwärzungen der Angebotsprüfungsprotokolle ließen sie sich auch weiter nicht nachvollziehen. Daher sei die Bewertung rechtswidrig.

11.14 Die Auftraggeberinnen seien bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen nicht an die gesetzlichen Verfahrenstypen gebunden. In der europaweiten Bekanntmachung hätten die Auftraggeberinnen das Verfahren als Verhandlungsverfahren bezeichnet. Aus diesem Grund und weil die Auftraggeberinnen Verhandlungen nicht ausdrücklich ausgeschlossen hätten, hätten sie Verhandlungsgespräche mit den Bietern durchführen müssen.

11.15 Wenn die Festlegungen der Ausschreibung derart mangelhaft seien, dass die objektive Ermittlung eines Bestbieters nicht möglich sei, seien die Auftraggeberinnen zum Widerruf des Vergabeverfahrens verpflichtet.

11.16 Die Antragstellerin ersucht um Übermittlung der ungeschwärzten Angebotsprüfungsprotokolle der in Aussicht genommenen Partner der Rahmenvereinbarung und hält ihre Anträge aufrecht.

12. Am 6. November 2019 räumten die Auftraggeberinnen den fachkundigen Laienrichtern des Bundesverwaltungsgerichts einen Zugang zum elektronischen Vergabeakt ein.

13. Am 6. November 2019 teilte die CCCC dem Bundesverwaltungsgericht mit, welche Personen von ihrer Seite bei der Verhandlung anwesend sein würden.

14. Am 7. November 2019 erstatteten die Auftraggeberinnen eine Replik. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass die Bewertung der Angebote jedenfalls vergaberechtskonform erfolgt sei. Es obliege der Vergabekontrolle nicht, anstelle der Bewertungskommission die Angebote neu oder inhaltlich zu bewerten. Das Bundesverwaltungsgericht sei auf eine Plausibilitätskontrolle beschränkt. Das Bundesverwaltungsgericht dürfe die Bewertung der Kommission nur dann aufheben, wenn diese den von der Ausschreibung eingeräumten Ermessensspielraum überschreite oder eine "denkumögliche" oder "den Vorgaben der Ausschreibung widersprechende Bewertung" vorgenommen habe. Diese habe die Antragstellerin nicht aufgezeigt.

14.1 Die bestandsfesten Festlegungen der Ausschreibung für die Bewertung durch die Kommission hätten die Auftraggeberinnen strikt eingehalten. Nach der kommissionellen Öffnung seien die Angebote durch zwei Ärztinnen vorgeprüft und diese Prüfung von dem Chefarzt inhaltlich kontrolliert und abgestimmt worden. Die rechtliche und organisatorische Vorprüfung habe die Abteilungsleiterin der Rechtsabteilung vorgenommen. Zum Zweck der inhaltlichen Abstimmung hätten regelmäßig interdisziplinäre Sitzungen, insgesamt sechs Sitzung, stattgefunden. Weiters hätten drei Vorbereitungs- und Besprechungstermine für die rechtliche und formale Vorbereitung der Sitzung der Bewertungskommission stattgefunden. In diesen Terminen sei insbesondere auch die umfassende Präsentation des Vorprüfungsergebnisses im Sinne einer über dreihundertseitigen Berichterstattung besprochen und erörtert worden. Es habe vorbereitende Termine mit stimmberechtigten Mitgliedern der Bewertungskommission gegeben. Eine Woche vor der Sitzung der Bewertungskommission hätten die stimmberechtigten Mitglieder der Bewertungskommission einen Link zu den Unterlagen der Vorprüfung zur Einsichtnahme und Vorbereitung übermittelt bekommen. Vor der Sitzung habe eine zweistündige Unterrichtung der Mitglieder der Bewertungskommission stattgefunden. Es seien die Vorprüfberichte und die Originalangebote elektronisch und auf Papier vorgelegen. Damit sei die Sitzung nicht auf 30 Minuten beschränkt gewesen.

14.2 Die Beilagen zum Fragenkatalog "AMB" seien als Teil des Fragenkatalogs betrachtet und bewertet worden.

14.3 Das Prinzip "Erweiterung vor Neuvergabe" sei im Kriterium "Erweiterung einer bestehenden Einrichtung" berücksichtigt worden. Da das Angebot der Antragstellerin in diesem Kriterium mit dem Punktemaximum bewertet worden sei, sei sie nicht beschwert.

14.4 Nach Punkt 2.3.2 der Ausschreibung habe ein Bieter zum Nachweis der Eignung bloß einen Antrag auf Vorabfeststellung des Bedarfs vorzulegen gehabt. Es sei nicht erforderlich gewesen, einen positiv beurteilbaren oder beurteilten Antrag vorzulegen. Bestandsfeste Ausschreibungsunterlagen seien auch nachträglich nicht restriktiver auszulegen. Allfällige Einwände der Antragstellerin seien als präkludiert zurückzuweisen. Die Auftraggeberinnen halten ihr Anträge aus der Stellungnahme vom 16. Oktober 2019 aufrecht.

15. Am 11. November 2019 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Sie hatte folgenden Verlauf:

Dr. Claus CASATI: Ich entschuldige DDDD . Punkt 2 der Replik der Auftraggeberin wiedergegebene Bewertungsprozedere entsprach nicht den Vorschriften gem. der Bewerbungsunterlagen (insbesondere Seite 31). Hervorzuheben gilt, dass die Bewertungskommission nicht innerhalb 30 Minuten das gesamte Vorprüfergebnis im Überblick und darüber hinaus im Detail prüfen und gemeinsam diskutieren konnte. Unmöglich ist es auch, dass alle Mitglieder der Bewertungskommission die Vorprüfung bereits am 14.8.2019 bekommen konnte. Dem Angebotsprotokoll ist zu entnehmen, dass dieses am 20.8.2019 unterfertigt wurde. Der auf Seite 5 der Replik dargelegte Vorabstimmungsprozess mit den einzelnen Kommissionmitgliedern widerspricht der Ausschreibungsunterlage, insbesondere der vorgegebenen gemeinsamen Bewertung. Dem Juryprotokoll ist nicht zu entnehmen, dass die Entscheidung zur Bewertung einstimmig erfolgte.

Dr. Stephan HEID: Die Bewertungskommission hat von 11:00 Uhr bis nach 18:00 Uhr betreffenden aller 5 ausschreibungsgegenständlichen Lose getagt. Gestartet wurde mit einer zweistündigen allgemeinen Einleitung. Danach wurden in folgender Reihenfolge die einzelnen

Lose bewertet: Los 4, Los 2, Los 1, Los 3 und Los 7. Daraus ist ersichtlich, dass das streitgegenständliche Los 3 zu einem Zeitpunkt erörtert wurde, zu dem die Bewertungskommission bereits über sechs Stunden Angebotswertungen durchgeführt hat (insbesondere gab es auch losübergreifende Bewertungen) und somit für das hier gegenständliche, relativ kleine Los 3, insgesamt eine halbe Stunde benötigt hat.

EEEE : Wir haben am 14.8.2019 den Mitgliedern der Kommission mitgeteilt, auf welchen Ordner sie Zugriff haben auf die zur Verfügung gestellten Angebotsprüfdokumente. Diese waren zum damaligen Zeitpunkt noch nicht von mir unterfertigt, sind aber bis zur Sitzung der Kommission am 21.8.2019 nicht mehr verändert worden. Die Unterschrift durch mich erfolgte erst am 20.08.2019 nach der Rückkehr aus meinem Urlaub. Am 14.8.2019 war ich auf Urlaub. Mein Stellvertreter hätte zwar die Befugnis gehabt diese Protokolle zu unterfertigen. Da er aber inhaltlich nicht in dieses Verfahren involviert war, erfolgte die Unterfertigung durch mich nach meiner Rückkehr.

Dr. Stephan HEID: Der Vorabstimmungsprozess, der auf Seite 5 des Schriftsatzes der Auftraggeberin am 7.11.2019 geschildert wurde, entspricht den Vorgaben in Punkt 3.2.1 der Ausschreibungsunterlage zweiter Fassung, da es sich hierbei lediglich um ein informatives Briefing von Kommissionmitgliedern gehandelt hat. In der darauffolgenden Bewertungskommission wurde die "gemeinsame Diskussion" - wie in Punkt 3.2.1 festgeschrieben - praktiziert. Auf Seite 4 des Protokolls der Bewertungskommission wurde ausdrücklich auf das Einstimmigkeitsprinzip gem. den Ausschreibungsunterlagen zweiter Fassung verwiesen und dies auch so gehandhabt. Insbesondere ergibt sich aus dem Protokoll kein gesondertes Wertungsergebnis gem. einer 3/4-Mehrheit, was nur dann erforderlich gewesen wäre, wenn Einstimmigkeit nicht erzielt hätte werden können.

Vorsitzender Richter: Warum wurden die bei der Bewertung zu berücksichtigenden Aspekte weitestgehend bloß beispielhaft und nicht abschließend genannt?

Dr. Stephan HEID: Auf Ebene der Subkriterien hat die Auftraggeberin beispielhaft Aspekte zur Erläuterung des Subkriteriums genannt. Würde man diese Aspekte abschließend nennen, was von der Rechtsprechung nicht gefordert ist, würde man diese Subkriterien ad Infinitum ausdehnen. Die Auftraggeber haben es auch nicht für zweckmäßig erachtet, alle Aspekte in der Ausschreibung zu nennen, da Konzepte verlangt wurden, die kreative Ansätze enthalten sollen und damit auf dritter Subebene davon ausgegangen wurde, dass die Ermessensfreiheit der Auftraggeberin auch durch die Nennung beispielhafter Aspekte gesetzeskonform konkretisiert wurde.

Vorsitzender Richter: Woraus ergibt sich, dass die Bewertungskommission subjektive Aspekte berücksichtigen durfte?

Dr. Stephan HEID: In Punkt 3.2.1 der Ausschreibungsunterlage der zweiten Fassung ist geregelt, dass die Bewertungskommission das "gesamte Vorprüfungsergebnis im Überblick und darüber hinaus ausgewählte - besonders bewertungs- bzw. ergebnisrelevante - Details der Vorprüfung" überprüft bzw. bewertet. Bei den angesprochenen "gesamten Vorprüfungsergebnissen" handelt es sich insbesondere auch um die Ergebnisse solcher Zuschlagskriterien, die nicht mathematisch, sondern nur mit einem Werturteil bemessen wurden. Auch aus dem letzten Absatz auf Seite 30 der Ausschreibungsunterlage zweiter Fassung ergibt sich aus der Beurteilung des Erfüllungsgrades des einzelnen Subkriteriums, dass die Bewertungskommission eine subjektive Bewertung vornimmt.

Vorsitzender Richter: Wer hat die Vorprüfung der Angebote gemacht?

EEEE : Das waren FFFF und GGGG die das auch laufend mit HHHH abgestimmt haben. Für die organisatorischen und rechtlichen Themenstellungen waren IIII , JJJJ , KKKK , LLLL und MMMM die das auch wiederum mit mir abgestimmt haben. Darüber hinaus haben wir uns regelmäßig interdisziplinär zusammengesetzt und die Vorprüfung besprochen. Der Vorprüfbericht wurde zusammen mit den Unterlagen den stimmberechtigten Mitgliedern der Bewertungskommission eine Woche vor der Sitzung zur Verfügung gestellt.

Dr. Claus CASATI: Am 14.8.2019 kann der Kommission nur ein Entwurf des Vorprüfberichts vorgelegt worden sein, da die unterfertigte Fassung erst am 20.8.2019 vorgelegen ist. In Hinblick darauf, dass dann die Bewertungskommission am folgenden Tag sich für das Los 3 nur eine halbe Stunde Zeit genommen hat, um 40 Subkriterien zu vier Bietern gemeinsam zu diskutieren und zu prüfen, stellt sich die Frage, wer geprüft hat, ob der Entwurf des Vorprüfberichts stand 14.8.2019 der ausgefertigten Fassung vom 20.8.2019 geprüft hat.

Dr. Stephan HEID: Der Vorprüfbericht vom 14.8.2019 ist kein Entwurf, sondern das Enddokument, das bloß noch nicht unterfertigt war. Beide Dokumente sind - mit Ausnahme der Unterschrift - zu 100% deckungsgleich.

Vorsitzender Richter: Auf dem Dienstlaptop von EEEE wird Einsicht auf Dokumente auf dem virtuellen

Abteilungslaufwerk der Abteilung HGVK-Hauptstelle genommen. Darauf scheinen ein Word-Dokument und ein offensichtlich daraus erzeugtes PDF-Dokument auf, die beide sowohl als Erstelldatum als auch als Datum der letzten Änderung den 9.8.2019 ausweisen. Diese Dokumente sind der Vorprüfbericht, wie er nach den Angaben von EEEE der Bewertungskommission übermittelt und von ihr am 20.8.2019 unterschrieben wurde.

Dr. Stephan HEID: Am 21.8.2019 lagen diese Unterlagen bei der Bewertungskommission im Original auf.

Vorsitzender Richter: Haben die Kommissionsmitglieder nach dem 14.8.2019 Zugriff auf den elektronischen Vergabeakt gehabt?

Dr. Stephan HEID: Nein, dies war auch nicht erforderlich, da man bewusst die Funktionen einer Bewertungskommission von denen eines Vorprüfungsteams getrennt hat.

Vorsitzender Richter: Haben die Kommissionsmitglieder auf eine andere Art und Weise Zugriff zumindest auf den Fragenkatalog "AMB" und die Beilagen dazu gehabt?

Dr. Stephan HEID: Das wurde schon in den Schriftsätzen gesagt, ja, die Bewertungskommission hat Zugriff auf die Unterlagen. Sie hatten auch den Zugang zu den Fragenkatalogen und den Beilagen.

Dr. Claus CASATI: Weiß man, ob die Mitglieder diese Unterlagen auch abgerufen haben?

EEEE : Technisch kann ich es nicht darlegen. Ich weiß, dass die Mitglieder es sich vor Beginn der Sitzung abgeholt haben.

Dr. Stephan HEID: Die Mitglieder waren vorab informiert. Es gab auch Briefings mit zwei Mitgliedern der Bewertungskommission.

Als Zeugin vernommen wird EEEE , Abteilungsleiterin der vergebenden Stelle, amtsbekannt:

Vorsitzender Richter ermahnt die Zeugin die Wahrheit anzugeben und verweist auf die für Zeugen geltenden Entschlagsrechte, wie sie am Beginn der Verhandlungsschrift angeführt sind.

Vorsitzender Richter: Wurde den Mitglieder der Bewertungskommission die Vorprüfberichte, Fragenkataloge und Beilagen dazu eine Woche vor der Sitzung der Bewertungskommission zur Verfügung gestellt?

EEEE : Es wurde am Laufwerk K:, wo alle Mitarbeiter der PVA Zugriff haben, ein eigener Ordner eingerichtet und am 14.8.2019 wurde den Kommissionsmitgliedern bzw. auch anderen Mitglieder der Anstaltsleitung alle Vorprüfberichte der am 21.8.2019 der Kommission zu bewertenden Angeboten, zur Verfügung gestellt.

Vorsitzender Richter: Wurde den Mitgliedern der Bewertungskommission auch die Fragenkataloge und Beilagen dazu zur Verfügung gestellt?

EEEE : Das kann ich jetzt nicht sagen. Ich weiß nicht mehr, ob sie direkt oder eingearbeitet in den Vorprüfbericht zur Verfügung gestellt wurden.

Vorsitzender Richter: Haben die Mitglieder der Bewertungskommission die Vorprüfberichte und allfällige andere Dokumente vor der Sitzung der Bewertungskommission gelesen?

EEEE : Das kann ich nur daraus schließen, dass die Mitglieder der Kommission vorbereitet zur Sitzung kamen und Wissen über den Inhalt der Dokumente hatten. Daraus muss ich schließen, dass sie Einsicht genommen haben.

Dr. Claus CASATI: Wenn ich jetzt unser Angebotsprüfungsprotokoll vorlege, meinen Sie mit eingearbeitet, so wie es im Angebotsprüfprotokoll zur AAAA erfolgte?

EEEE : Ja, das meinte ich, da ja der Fragenkatalog bzw. die Konzepte teilweise auch wortwörtlich in die Vorprüfberichte hineinkopiert wurden.

Die Verfahrensparteien haben keine weiteren Fragen an die Zeugin; die Einvernahme der Zeugin wird beendet.

Vorsitzender Richter: Wurde die Bewertung für jedes Angebot einzeln oder im Vergleich der Angebote vorgenommen?

EEEE : Zunächst wurde jedes Angebot für sich genommen geprüft und bewertet, allerdings erfolgte ständig eine Zusammenschau auch zwischen den verschiedenen Angeboten bzw. diesen zu Grunde liegenden Konzepten, sodass hier die Wertungen auch entsprechend die Angebote abbilden.

Dr. Claus CASATI: Bezieht sich diese Vorgangsweise auf die Vorprüfung oder die Bewertung durch die

Bewertungskommission?

Dr. Stephan HEID: Auf beides.

Vorsitzender Richter: Wurden nur die Antworten im Fragenkatalog "AMB" oder auch die Konzepte oder auch vielleicht andere Unterlagen zur Bewertung der Angebote herangezogen?

Dr. Stephan HEID: Ausschreibungskonform wurden ausschließlich die Antworten zu den Fragenkatalogen, samt deren Beilagen, das heißt, die abgegebenen Konzepte, bewertet.

Dr. Claus CASATI: Unsere Konzepte wurden bei der Bewertung der einzelnen Subkriterien nicht im ausreichenden Maße berücksichtigt.

Erörtert wird die Bewertung im Kriterium "frühestmöglicher Inbetriebnahmezeitpunkt". Festgehalten wird, dass die relevanten Fragen der Ausschreibung und der Inhalt des Angebots abschließend vom Senat beurteilt werden werden. Weiters wird die Bewertung im Kriterium "Raumkonzept" erörtert und die entsprechende Bewertung im Angebotsprüfungsprotokoll.

Erörtert wird das Subkriterium "Förderung der beruflichen Teilhabe" und das Subkriterium "Förderung der sozialen Teilhabe". Festgehalten wird, dass Ausführungen in beiden Subkriterien sehr allgemein gehalten sind.

Dr. Roland KATARY: Ich verweise zum tatsächlich nicht vorliegenden Ausscheidensgrund bezüglich der zweitmitbeteiligten Partei auf die Regelung in der Ausschreibung, dass die Anzahl der angebotenen Indikationen ein Zuschlagskriterium darstellt bei dem die volle Punkteanzahl nur beim Angebot aller Indikationen erlangt werden kann. Diese Festlegung wäre sinnlos, wenn für die Indikation PUL gar kein Angebot möglich wäre, da kein Bedarf bestünde. Das belegt, dass das Vergabeverfahren nicht mit dem tatsächlich bestehenden Istbedarf verknüpft worden ist. Es sind daher ausschließlich die allesamt bestandfest gewordenen und eindeutigen Festlegungen der Ausschreibung relevant. Die darin definierten Anforderungen werden von der zweitmitbeteiligten Partei eindeutig und nachvollziehbar erfüllt.

Dr. Claus CASATI: In Hinblick auf das Subkriterium "Kombination von Indikationen" ist das Kriterium "frühestmöglicher Inbetriebnahmezeitpunkt" losgelöst von der Indikation zu beurteilen, wenn sechs Indikationen sofort machbar sind, ist eine entsprechende Bewertung mit 10 Punkten zu erteilen.

Die Parteien bringen nichts mehr vor.

Der vorsitzende Richter erklärt gemäß § 39 Abs 3 AVG iVm § 333 BVergG das Ermittlungsverfahren wegen Entscheidungsreife für geschlossen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Pensionsversicherungsanstalt (PVA), die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), die Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK), die Steiermärkische Gebietskrankenkasse (StGKK), die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA) und die Versicherungsanstalt für Eisenbahn und Bergbau (VAEB). vertreten durch die vergebende Stelle Pensionsversicherungsanstalt (PVA) schreiben unter der Bezeichnung "Pensionsversicherungsanstalt - Ambulante Rehabilitation Tranche I" Rahmenvereinbarungen über Dienstleistungsaufträge mit den CPV-Codes 85100000-0 - Dienstleistungen des Gesundheitswesens als Hauptgegenstand und den ergänzenden Gegenständen mit den CPV-Codes 75300000-9 - Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung, 85310000-5 - Dienstleistungen des Sozialwesens und 85100000-0 - Dienstleistungen des Gesundheitswesens im Oberschwellenbereich in einem "2-stufigen Zertifizierungsverfahren mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung" nach dem Bestangebotsprinzip aus. Die Rahmenvereinbarung ist in zehn Lose unterteilt. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtauftrags beträgt € 41,55 Mio, der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses 3 - Innsbruck €

4,11 Mio. Die Rahmenvereinbarung soll im verfahrensgegenständliche Los mit zwei Unternehmen abgeschlossen werden. Die Auftraggeberin veröffentlichte die Ausschreibung im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 10. Juli 2018 zur Zahl 2018/S 130-297494 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 9. Juli 2018 zur Zahl L-652614-845, alle abgesandt am 6. Juli 2018. Das Ende der Teilnahmefrist war für alle Lose der 31. August 2018. Die Öffnung der Teilnahmeanträge erfolgte am selben Tag. Die Auftraggeberinnen luden vier Bewerber zur Angebotsabgabe für das

gegenständliche Los ein. Die Frist zur Abgabe der Erstangebote endete am 4. März 2018, 12.00 Uhr. Vier Bieter gaben Erstangebote ab. Die Frist zur Abgabe der Zweitangebote endete ua für das gegenständliche Los am 24. Juni 2019, 12.00 Uhr. Es wurden vier Angebote abgegeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Die Ausschreibung lautet auszugsweise wie folgt:

"DECKBLATT

Verhandlungsverfahren: Pensionsversicherungsanstalt - Ambulante Rehabilitation Tranche I (2. Stufe) - Los 03 - Innsbruck - LETZTE

RUNDE, Proj.Nr.: 2018/46

...

Ausschreibungsunterla

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

© 2026 JUSLINE

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

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