

TE Bvgw Erkenntnis 2021/8/30 W134 2244915-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 30.08.2021

Entscheidungsdatum

30.08.2021

Norm

BVergG 2018 §141 Abs1 Z7

BVergG 2018 §151

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §342

BVergG 2018 §347 Abs1

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

Spruch

W134 2244915-2/28E

W134 2244915-3/3E

W134 2244928-2/28E

W134 2244928-3/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

1)

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Jirina Rady als fachkundiger Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Sandra Genner als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Parlament, BBG-interne GZ 2591.03536“, der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch die Parlamentsdirektion, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1010 Wien,

aufgrund des Antrages der Erstantragstellerin XXXX , vertreten durch Schwartz, Huber-Medek, Pallitsch Rechtsanwälte

GmbH, Hohenstaufengasse 7, 1010 Wien, vom 29.07.2021 „das BVwG möge die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 23.07.2021 im Vergabeverfahren „BBG-GZ 2591.03536, Sicherheitsdienstleistungen Parlament“ für nichtig erklären“

und

aufgrund des Antrages der Zweitantragstellerin XXXX , vertreten durch Eckert, Nittmann Rechtsanwälte GmbH, Mariahilfer Straße 1b, 1060 Wien, vom 02.08.2021 „das Bundesverwaltungsgericht möge die der Antragstellerin mit Schreiben vom 23.07.2021 übermittelte Entscheidung über die beabsichtigte Auswahl- bzw. Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären“ und „das Bundesverwaltungsgericht möge die der Antragstellerin mit Schreiben vom 23.07.2021 übermittelte Entscheidung des Auftraggebers, nach Ablauf der Stillhaltefrist mit der XXXX den Rahmenvertrag abschließen zu wollen (Auswahlentscheidung) für nichtig erklären“

in den gemäß § 342 Abs 4 BVergG 2018 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Rechtssachen nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 17.08.2021 zu Recht erkannt:

A)

Den Anträgen wird stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 23.07.2021 wird für nichtig erklärt.

B)

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

2)

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Parlament, BBG-interne GZ 2591.03536“, der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch die Parlamentsdirektion, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der Erstantragstellerin XXXX , vertreten durch Schwartz, Huber-Medek, Pallitsch Rechtsanwälte GmbH, Hohenstaufengasse 7, 1010 Wien, vom 29.07.2021 gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren folgenden Beschluss:

A)

Die Auftraggeberin hat der XXXX die von dieser gemäß § 340 BVergG entrichteten Gebühren in Höhe von € 19.440,-- binnen 14 Tagen zu Handen ihrer Rechtsvertreterin zu ersetzen.

B)

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

3)

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Parlament, BBG-interne GZ 2591.03536“, der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch die Parlamentsdirektion, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der Zweitantragstellerin XXXX , vertreten durch Eckert, Nittmann Rechtsanwälte GmbH, Mariahilfer Straße 1b, 1060 Wien, vom 02.08.2021 gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren folgenden Beschluss:

A)

Die Auftraggeberin hat der XXXX die von dieser gemäß § 340 BVergG entrichteten Gebühren in Höhe von € 19.440,-- binnen 14 Tagen zu Handen ihrer Rechtsvertreterin zu ersetzen.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 29.07.2021 begehrte die Erstantragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.07.2021, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Mit Schreiben vom 02.08.2021 begehrte die Zweitinantragstellerin die mit Schreiben vom 23.07.2021 übermittelte Entscheidung über die beabsichtigte Auswahl- bzw. Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären; die der Antragstellerin mit Schreiben vom 23.07.2021 übermittelte Entscheidung des Auftraggebers, nach Ablauf der Stillhaltefrist mit der XXXX den Rahmenvertrag abschließen zu wollen (Auswahlentscheidung), für nichtig zu erklären, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Erst- und Zweitinantragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass von der Kommission ihre jeweiligen Angebote in einigen Subkriterien des Zuschlagskriteriums Qualität mit zu wenigen Qualitätspunkten bewertet worden wären.

Die beiden Antragstellerinnen hätten ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihnen ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit den beiden im Wesentlichen gleichlautenden Schreiben der Auftraggeberin jeweils vom 05.08.2021 gab diese bekannt, dass die Auftraggeberin die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Parlamentsdirektion sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich der in einem transparenten Verfahren gemäß § 151 BVergG 2018 in Anlehnung an ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß BVergG 2018, nach dem Bestangebotsprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 06.07.2020 und in der EU am 07.07.2020 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der XXXX sei am 23.07.2021 über die Vergabeplattform zur Verfügung gestellt worden.

Mit einstweiliger Verfügung des BVwG vom 09.08.2021, W134 2244915-1/3E

W134 2244928-1/2E, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen und den beabsichtigten Rahmenvertrag abzuschließen.

Mit Schreiben der Erstantragstellerin vom 12.08.2021 brachte diese vor, die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die Zweitinantragstellerin hätten das Umsetzungskonzept ihrem Letztangebot nicht beigelegt. Daher sei das Letztangebot von beiden unvollständig und gemäß § 141 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2018 zwingend auszuscheiden. Das Fehlen des Umsetzungskonzeptes sei nach der Aicher-Formel ein nicht behebbarer Mangel.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 16.08.2021 brachte diese vor, dass die eingereichten Letztangebote sowohl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch der Zweitinantragstellerin insofern unvollständig gewesen seien, als die geforderten Konzepte dem Letztangebot nicht beigeschlossen gewesen wären. Sowohl die präsumtive Zuschlagsempfängerin als auch die Zweitinantragstellerin hätten danach Konzepte nachgereicht, die gegenüber dem Erstangebot unverändert gewesen seien. Es würde sich daher um einen behebbaren Mangel handeln, da die beiden Bieter durch die Nachreichung weder einen Gestaltungsspielraum noch zusätzliche Zeit zur Ausarbeitung gehabt hätten.

Am 17.08.2021 fand darüber im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. Dabei gaben die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die Auftraggeberin gleichlautend unter anderem folgendes an: „Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat das Umsetzungskonzept ihrem Letztangebot nicht beigelegt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat das Umsetzungskonzept des Letztangebotes jedoch am 04.06.2021, um 21:48 Uhr nachgereicht. Die Abgabefrist für das Letztangebot endete am 04.06.2021 um 11:00 Uhr.“ Die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die Auftraggeberin betonten, dass das Umsetzungskonzept der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seit dem Erstangebot nicht verändert und somit mit dem Letztangebot nochmals dasselbe Umsetzungskonzept abgegeben worden sei.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 23.08.2021 brachte diese vor, dass das von der Erstantragstellerin vorgelegte Zertifikat EN 50518 betreffend ihre Notrufzentrale am 27.05.2021 abgelaufen sei, weshalb sie nicht über die nötige Eignung verfügen würde, weshalb ihr Angebot zwingend auszuscheiden sei. Der Erstantragstellerin fehle es daher an der Antragslegitimation, da ihr kein Schaden entstehen könne.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch die Parlamentsdirektion, hat im Rahmen eines transparenten Verfahrens gemäß § 151 BVergG 2018 in Anlehnung an ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich gemäß BVergG 2018 den Abschluss des Rahmenvertrages Sicherheitsdienstleistungen Parlament ausgeschrieben. Es handelt sich dabei um Dienstleistungen von Sicherheitsdiensten gemäß CPV-Code 79710000. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 06.07.2020 und in der EU am 07.07.2020 erfolgt. Die Angebote der beiden Antragstellerinnen wurden nicht ausgeschieden. (Schreiben der Auftraggeberin vom 05.08.2021).

Die Abgabefrist für das Letztangebot endete am 04.06.2021 um 11:00 Uhr. Weder die präsumtive Zuschlagsempfängerin noch die Zweitantragstellerin haben ihrem Letztangebot ein Umsetzungskonzept beigelegt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat das Umsetzungskonzept des Letztangebotes am 04.06.2021 um 21:48 Uhr nachgereicht. (Schreiben der Auftraggeberin vom 16.08.2021; gleichlautende Aussagen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und die Auftraggeberin in der mündliche Verhandlung vom 17.08.2021)

Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der XXXX wurde am 23.07.2021 bekannt gegeben. (Schreiben der Auftraggeberin vom 05.08.2021)

Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (AAB) lauten auszugsweise:

„7.3.6.1 Anforderungen ans Konzept

166 Der Bieter hat seinem Angebot ein Umsetzungskonzept beizulegen.

[...]

169 Das Konzept des Letztangebotes (nach den Verhandlungen kann das Konzept vom Bieter überarbeitet werden) wird Leistungsgegenstand, d.h. der Bieter ist verpflichtet, die Leistung

gem. den Regelungen des Rahmenvertrags samt Beilagen und seines Konzeptes zu erbringen.

[...]

7.3.6.2 Angebotsbestandteile

173 Das Angebot hat zu bestehen aus

- ? dem Angebotshauptteil
- ? gegebenenfalls der Besonderen Erklärung für Bietergemeinschaften (siehe Punkte 4.1)
- ? gegebenenfalls der Subunternehmerliste (siehe Punkte 6.2 und 4.2)
- ? dem vollständig ausgefüllten Angebotsblatt
- ? dem Konzept

[...]

175 Das Angebot ist gemäß diesen Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zu erstellen. Das Angebot muss alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Angaben und Bestandteile enthalten.

[...]

191 Wurden Letztangebote gelegt, sind keine weiteren Verhandlungen möglich. Nach Prüfung und Bewertung der Letztangebote wird das Vergabeverfahren abgeschlossen.“

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht. Weiters sind die Feststellungen unstrittig.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen, welche mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest wurden und an welche daher alle am Vergabeverfahren Beteiligten gebunden sind, sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen

durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029; VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; VwGH 15. 03. 2017, Ra 2014/04/0052). Im Zweifel sind Festlegungen der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/00 17).

Wurden Daten im Nachprüfungsverfahren vertraulich behandelt, hat die Abwägung des Zugangsrechtes der Antragstellerin zu allen beim Bundesverwaltungsgericht eingereichten dieses Vergabeverfahren betreffenden Informationen und somit dem Recht auf ein faires Verfahren gegen das Recht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse ein Überwiegen des Rechts der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse ergeben, da ansonsten die Stellung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Wettbewerb unverhältnismäßig beeinträchtigt würde.

3.a) Zu Spruchpunkt 1) A) (Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung):

Die Erstantragstellerin brachte - soweit entscheidungswesentlich - vor, die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte das Umsetzungskonzept ihrem Letztangebot nicht beigelegt. Daher sei dieses Letztangebot unvollständig und gemäß § 141 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2018 zwingend auszuscheiden. Das Fehlen des Umsetzungskonzeptes sei nach der Aicher-Formel ein nicht behebbarer Mangel.

Die Auftraggeberin brachte dazu vor, dass die eingereichten Letztangebote sowohl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch der Zweitantragstellerin insofern unvollständig gewesen seien, als die geforderten Konzepte dem Letztangebot nicht beigeschlossen gewesen wären. Sowohl die präsumtive Zuschlagsempfängerin als auch die Zweitantragstellerin hätten danach Konzepte nachgereicht, die gegenüber dem Erstangebot unverändert gewesen seien. Es würde sich daher um einen behebbaren Mangel handeln, da die beiden Bieter durch die Nachrechnung weder einen Gestaltungsspielraum noch zusätzliche Zeit zur Ausarbeitung gehabt hätten.

Bei den gegenständlich zu beschaffenden Leistungen handelt es sich um Dienstleistungen von Sicherheitsdiensten gemäß CPV-Code 79710000 und somit um besondere Dienstleistungsaufträge gemäß Anhang XVI BVergG 2018. Gemäß § 151 Abs. 1 BVergG 2018 gelten dafür somit ausschließlich die dort genannten Bestimmungen. Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies insbesondere, dass § 141 BVergG 2018 - anders als die Erstantragstellerin vermeint - nicht gilt, sehr wohl jedoch § 20 Abs. 1 BVergG 2018.

§ 20 Abs. 1 BVergG 2018 lautet:

§ 20. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 04.07.2016, Ra 2016/04/0015, unter anderem wie folgt ausgeführt:

„15 Nach der hg. Rechtsprechung zu behebbaren bzw. unbehebbaren Mängeln ist zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand fehlt (diesfalls liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall ist der Mangel behebbar; vgl. den hg. Beschluss vom 11. November 2015, Ra 2015/04/0077, mwN).

16 Wird das ursprüngliche Angebot, das nicht der Ausschreibung entsprach, erst aufgrund der im Rahmen des Aufklärungsgespräches angebotenen Leistung ausschreibungskonform, so wird dadurch das Angebot inhaltlich verändert und damit die Wettbewerbsstellung des Bieters (zu Lasten der Mitbieter) unzulässig verbessert (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. Dezember 2012, 2009/04/0120, mwN).

17 Der Verwaltungsgerichtshof hat unter Rückgriff auf seine Rechtsprechung, wonach Festlegungen in der Ausschreibung im Zweifel gesetzeskonform zu lesen sind, festgehalten, dass eine Festlegung der Ausschreibung in Übereinstimmung mit § 127 BVergG 2006 und der hiezu ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auszulegen ist.

Nach dieser Rechtsprechung sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann.

Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde.

Der Verwaltungsgerichtshof verwies in diesem Zusammenhang auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94, Kommission gegen Königreich Belgien ("Wallonische Omnibusse"), Slg. 1996, I-2071, in dem der EuGH betont, dass das Verfahren zum Vergleich der Angebote in jedem Abschnitt sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren muss, damit alle Bieter bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen (Randnr. 54; vgl. in diesem Sinne aus der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des EuGH etwa das Urteil vom 16. Dezember 2008 in der Rechtssache C-213/07, Michaniki AE, Randnrs. 44 und 45). Berücksichtigt der Auftraggeber eine Änderung der ursprünglichen Angebote eines einzelnen Bieters, so werde dieser - so der EuGH weiter - gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletze und der Transparenz des Verfahrens abträglich sei (Randnr. 56; vgl. zu allem das hg. Erkenntnis vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087).

18 Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass Ausschreibungsbestimmungen im Zweifel in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des BVergG 2006 (hier insbesondere der §§ 19 und § 127) so zu lesen sind, dass sie keine Möglichkeit zur nachträglichen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters bieten.“

Die zitierte Rechtsprechung des VwGH ist auf die gegenständliche Sache übertragbar. Entsprechend den oben zitierten AAB hatte jeder Bieter seinem Angebot ein Umsetzungskonzept beizulegen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat gegen diese Verpflichtung verstößen, indem sie ihrem Letztangebot kein Umsetzungskonzept beilegte und dieses erst mehr als 10 Stunden nach Ende der Abgabefrist für das Letztangebot nachreichte. Zu prüfen ist daher, welche Konsequenz ein solcher Mangel des Angebots zur Folge hat, insbesondere ob es sich um einen behebbaren oder um einen unbehebbaren Mangel handelt.

Entsprechend der oben zitierten Rechtsprechung des VwGH handelt es sich bei diesem Mangel um einen unbehebbaren Mangel, da im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (also die geforderte Tatsache, dass dem Angebot ein Umsetzungskonzept beiliegt) fehlt (vgl. VwGH 04.07.2016, Ra 2016/04/0015, Rz 15).

Wird das ursprüngliche Letztangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, das mangels beiliegendem Umsetzungskonzept nicht der Ausschreibung entsprach, erst aufgrund der späteren Nachreichung des Umsetzungskonzeptes ausschreibungskonform, was gegenständlich der Fall ist, so wird dadurch das Angebot inhaltlich verändert und damit die Wettbewerbsstellung des Bieters (zu Lasten der Mitbietere) unzulässig verbessert. Dies würde gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstößen (vgl. VwGH 04.07.2016, Ra 2016/04/0015, Rz 16).

Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde, wobei dies auch dann vorliegt, wenn durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt würde (VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186). Würde man im gegenständlichen Fall der präsumtiven Bestbieterin - wie dies die Auftraggeberin argumentiert - die Möglichkeit zur Nachreichung des Umsetzungskonzeptes mehr als 10 Stunden nach Ende der Angebotsfrist gewähren, würde ihr ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung ihres Angebotes eingeräumt werden, was ihre Wettbewerbsstellung gegenüber ihren Mitbietern materiell verbessern würde, weshalb dies wegen eines Verstosses gegen den Wettbewerbsgrundsatz unzulässig ist. An diesem Ergebnis ändert auch das Vorbringen der Auftraggeberin, das Umsetzungskonzept der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei gegenüber dem Erstangebot unverändert nachgereicht worden, nichts. Selbst wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihr Umsetzungskonzept gegenüber dem Erstangebot unverändert nachgereicht hätte, hatte sie zur Ausarbeitung ihres Angebotes (und damit auch zur Entscheidung, ihr Umsetzungskonzept unverändert zu belassen) im Vergleich zu ihren Mitbietern einen größeren Zeitraum zur Verfügung, unabhängig davon ob sie diesen Zeitraum zur Vornahme von Änderungen ausgenutzt hat oder nicht.

Berücksichtigt der Auftraggeber eine Änderung der ursprünglichen Angebote eines einzelnen Bieters, so wird dieser gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz des Verfahrens verletzt (vgl. VwGH 04.07.2016, Ra 2016/04/0015, Rz 17). Auch aus diesem Grund ist es rechtswidrig, wenn die Auftraggeberin eine Nachreichung des Umsetzungskonzeptes zum Angebot der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin mehr als 10 Stunden nach Ende der Abgabefrist für das Letztangebot akzeptiert, denn dadurch würden nicht alle Bieter bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen (vgl. EuGH 25.04.1996, C-87/94, Wallonische Busse, Rz 54).

Die Ausschreibungsbestimmungen lassen bezüglich der Verpflichtung zur Vorlage des Umsetzungskonzeptes mit dem Angebot ohne Möglichkeit einer späteren Nachreichung von mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen keinerlei Zweifel aufkommen. Aber selbst wenn man Zweifel an dieser Auslegung hätte, ergibt sich aus der Rechtsprechung des VwGH, dass Ausschreibungsbestimmungen im Zweifel in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des BVergG so zu lesen sind, dass sie keine Möglichkeit zur nachträglichen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters bieten (vgl. VwGH 04.07.2016, Ra 2016/04/0015, Rz 18).

Die Zuschlagsentscheidung vom 23.07.2021 ist somit rechtswidrig, weil damit entgegen § 20 Abs 1 BVergG 2018 die unionsrechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes verletzt wurden. Da die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichen Einfluss ist, war die Zuschlagsentscheidung gemäß § 347 Abs. 1 BVergG 2018 für nichtig zu erklären.

3.b) Zur Antragslegitimation:

Die Auftraggeberin brachte vor, dass das von der Erstantragstellerin vorgelegte Zertifikat EN 50518 betreffend ihre Notrufzentrale am 27.05.2021 abgelaufen sei, weshalb sie nicht über die nötige Eignung verfügen würde, weshalb ihr Angebot zwingend auszuscheiden sei. Der Erstantragstellerin fehle es daher an der Antragslegitimation, da ihr kein Schaden entstehen könne.

Die Auftraggeberin brachte weiteers vor, es fehle der Zweitantragstellerin an der Antragslegitimation, da ihr Angebot lediglich an vierter Stelle gereiht sei, weshalb ihr im gegenständlichen Vergabeverfahren kein Schaden entstehen könne.

Des weiteren ergab das Nachprüfungsverfahren, dass auch die Zweitantragstellerin, so wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin, ihr Umsetzungskonzept nicht mit dem Letztangebot abgab, sondern erst nach Ende der Abgabefrist für das Letztangebot nachreichte.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 05.09.2019 in der Rechtssache C-333/18, Lombardi, Folgendes judiziert:

„27 Einem Bieter, der, wie im vorliegenden Fall, an dritter Stelle gereiht wurde und der die Klage erhoben hat, ist nämlich ein berechtigtes Interesse daran zuzuerkennen, dass das Angebot des Zuschlagsempfängers und des an zweiter Stelle gereihten Bieters ausgeschlossen wird, da sich nicht ausschließen lässt, dass der öffentliche Auftraggeber, selbst wenn das Angebot des Klägers für nicht ordnungsgemäß erklärt wird, feststellen muss, dass es unmöglich ist, ein anderes ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen, und in der Folge ein neues Verfahren durchführt.

28 Insbesondere dann, wenn die Klage des nicht berücksichtigten Bieters für begründet erachtet wird, könnte der öffentliche Auftraggeber die Entscheidung treffen, das Verfahren zu annullieren und ein neues Vergabeverfahren einzuleiten, weil die verbleibenden ordnungsgemäßigen Angebote seinen Erwartungen nicht hinreichend gerecht werden.

29 Unter diesen Umständen kann die Zulässigkeit der Klage nicht von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht werden, dass alle Angebote, die schlechter gereiht wurden als die des Bieters, der die Klage erhoben hat, ebenfalls unrechtmäßig sind, da andernfalls die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 89/665 beeinträchtigt würde. Die Zulässigkeit der Klage kann auch nicht davon abhängig gemacht werden, dass dieser Bieter nachweist, dass der öffentliche Auftraggeber gehalten wäre, das Vergabeverfahren zu wiederholen. Es reicht insoweit aus, dass diese Möglichkeit besteht.“

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 21.12.2016 in der Rechtssache C-355/15, VAMED, Folgendes judiziert:

„34 Überdies ist festzustellen, dass die Richtlinie 89/665, wie sich aus ihrem Art. 1 Abs. 3 und ihrem Art. 2a ergibt, die Existenz wirksamer Nachprüfungsverfahren gegen rechtswidrige Entscheidungen im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags gewährleistet, indem jedem ausgeschlossenen Bieter die Möglichkeit eröffnet wird, nicht nur die Ausschlusentscheidung anzufechten, sondern auch, solange über diese Anfechtung noch nicht entschieden wurde, spätere Entscheidungen, durch die ihm im Fall der Nichtigerklärung seines Ausschlusses ein Schaden entstehen würde.

35 Unter diesen Umständen kann Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 nicht dahin ausgelegt werden, dass er bei einem Bieter, der wie die Bietergemeinschaft als ein endgültig ausgeschlossener Bieter im Sinne von Art. 2a Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie anzusehen ist, der Versagung des Zugangs zum Nachprüfungsverfahren gegen die Zuschlagsentscheidung entgegensteht.“

Nach dem EuGH Urteil VAMED kann einem Bieter, der durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde bzw dessen Angebot ausgeschieden wurde, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung für den betreffenden öffentlichen Auftrag und des Vertragsschlusses verwehrt werden, auch wenn nur er und der Zuschlagsempfänger Angebote abgegeben haben und der ausgeschlossene Bieter vorbringt, dass auch das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ausgeschlossen werden müssen (vgl. VwGH 01.02.2017, Ro 2014/04/0069, Rz 27).

Dagegen kann entsprechend dem EuGH Urteil Lombardi einem Bieter, der noch nicht durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen bzw dessen Angebot ausgeschieden wurde, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung für den betreffenden öffentlichen Auftrag und des Vertragsschlusses nicht verwehrt werden, wenn auch nur die Möglichkeit besteht, dass der Auftraggeber das Vergabeverfahren widerruft (weil es unmöglich ist, ein anderes ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen) und ein neues Vergabeverfahren durchführt. Ein Nachweis des Bieters, dass der öffentliche Auftraggeber gehalten wäre das Vergabeverfahren zu wiederholen ist nicht nötig.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass bei einem Bieter, dessen Angebot ausgeschieden wurde oder vorgebracht wird, dass sein Angebot auszuscheiden wäre, solange über das Ausscheiden des Angebotes des Bieters (vom BVwG) noch nicht rechtskräftig entschieden wurde, es für dessen Antragslegitimation ausreicht, wenn die bloße Möglichkeit besteht (für die der Bieter nicht beweispflichtig ist), dass das Vergabeverfahren widerrufen und ein neues Vergabeverfahren durchgeführt wird, weil die verbleibenden ordnungsgemäßigen Angebote den Erwartungen des Auftraggebers nicht hinreichend gerecht werden.

Die Angebote der Erst- und Zweitantragstellerin wurden nicht ausgeschieden. Es besteht die Möglichkeit, dass das Vergabeverfahren von der Auftraggeberin widerrufen und ein neues Vergabeverfahren durchgeführt wird, weil die verbleibenden ordnungsgemäßigen Angebote ihren Erwartungen nicht hinreichend gerecht werden. Die Antragslegitimation der beiden Antragstellerinnen ist somit gegeben.

3.c) Zu den Spruchpunkten 2.) A) und 3.) A) Gebührenersatz:

Da die Antragstellerinnen obsiegt haben, hat die Auftraggeberin ihnen jeweils gemäß § 341 BVergG 2018 die gemäß § 340 BVergG 2018 entrichteten Gebühren (Anfechtung eines Dienstleistungsauftrages mit einem geschätzten Auftragswert von über € 4.420.000,--: Nachprüfungsantrag: € 12.960,--, einstweilige Verfügung: € 6.480,--, gesamt € 19.440,--) zu ersetzen.

B) Revision (Spruchpunkte 1) B) 2) B) und 3) B):

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

Nach Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vgl. VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120).

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig Angebotsabänderung Angebotsbewertung Antragslegitimation Auslegung der Ausschreibung Ausscheiden von Angeboten Ausschreibung Behebbarkeit von Mängeln bestandfeste Ausschreibung

Bewertung Bietergleichbehandlung Dienstleistungsauftrag Fristablauf Fristüberschreitung Fristversäumung Grundsatz der Gleichbehandlung Grundsatz der Transparenz mündliche Verhandlung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren Nachreichung von Unterlagen Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung objektiver Erklärungswert Punktevergabe Rahmenvertrag Schaden Subkriterien Transparenz Unbehebbarkeit unvollständiges Angebot Verbesserung der Wettbewerbsstellung Vergabeverfahren Widerruf des Vergabeverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W134.2244915.2.00

Im RIS seit

18.01.2022

Zuletzt aktualisiert am

18.01.2022

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at