

TE Bvwg Erkenntnis 2021/5/27 W279 2239783-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.05.2021

Entscheidungsdatum

27.05.2021

Norm

BVergG 2018 §12 Abs1

BVergG 2018 §141 Abs1 Z7

BVergG 2018 §2 Z15

BVergG 2018 §2 Z5

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §334 Abs2

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §344

BVergG 2018 §346

BVergG 2018 §347

BVergG 2018 §347 Abs1 Z1

BVergG 2018 §347 Abs1 Z2

BVergG 2018 §4 Abs1 Z2

BVergG 2018 §6

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2018 § 12 heute

2. BVergG 2018 § 12 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 141 heute

2. BVergG 2018 § 141 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 2 heute

2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 20 heute
2. BVergG 2018 § 20 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 20 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 327 heute
2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 328 heute
2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 328 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 334 heute
2. BVergG 2018 § 334 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 342 heute
2. BVergG 2018 § 342 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 344 heute
2. BVergG 2018 § 344 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 344 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 346 heute
2. BVergG 2018 § 346 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 346 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 347 heute
2. BVergG 2018 § 347 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 347 heute
2. BVergG 2018 § 347 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 347 heute
2. BVergG 2018 § 347 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 4 heute
2. BVergG 2018 § 4 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 4 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 6 heute
2. BVergG 2018 § 6 gültig ab 21.08.2018
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. VwGVG § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W279 2239783-2/33E, W279 2239783-2/33E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Peter KOREN als Vorsitzender sowie Dr. Michael FRUHMANN als fachkundigen Laienrichter auf Auftraggeberseite und Ing. Mag. Sandra GENNER als fachkundige Laienrichterin auf Auftragnehmerseite über den Antrag der Antragstellerin XXXX GmbH, vertreten durch Ankershofen Goëss Hinteregger Rechtsanwälte OG, Plankengasse 7, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Ankauf Prozessorkippmastseilgeräte 2021-2024" der Auftraggeberin Österreichische Bundesforste AG, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Peter KOREN als Vorsitzender sowie Dr. Michael FRUHMANN als fachkundigen Laienrichter auf Auftraggeberseite und Ing. Mag. Sandra GENNER als fachkundige Laienrichterin auf Auftragnehmerseite über den Antrag der Antragstellerin römisch 40 GmbH, vertreten durch Ankershofen Goëss Hinteregger Rechtsanwälte OG, Plankengasse 7, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Ankauf Prozessorkippmastseilgeräte 2021-2024" der Auftraggeberin Österreichische Bundesforste AG, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Dem Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge „die am 12.02.2021 elektronisch bekanntgegebene Entscheidung, nach Ablauf der Stillhaltefrist die Rahmenvereinbarung mit der XXXX GmbH, abschließen zu wollen (Auswahlentscheidung), für nichtig erklären“ wird stattgegeben. Dem Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge „die am 12.02.2021 elektronisch bekanntgegebene Entscheidung, nach Ablauf der Stillhaltefrist die Rahmenvereinbarung mit der römisch 40 GmbH, abschließen zu wollen (Auswahlentscheidung), für nichtig erklären“ wird stattgegeben.

B)

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

,

Text

Entscheidungsgründe:, Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 22.02.2021, beim BVwG eingebracht am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigklärung der am 12.02.2021 von der Auftraggeberin bekannt gegebenen Auswahlentscheidung (die den Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit der XXXX GmbH – folgend auch als präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin bezeichnet - avisiert), die Verständigung der Auftraggeberin vom Eingang eines Nachprüfungsantrages, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses der Antragstellerin, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Mit Schreiben vom 22.02.2021, beim BVwG

eingbracht am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der am 12.02.2021 von der Auftraggeberin bekannt gegebenen Auswahlentscheidung (die den Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit der römisch 40 GmbH – folgend auch als präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin bezeichnet - avisiert), die Verständigung der Auftraggeberin vom Eingang eines Nachprüfungsantrages, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses der Antragstellerin, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend wurde von der Antragstellerin Folgendes ausgeführt:

Die Auftraggeberin führe ein Vergabeverfahren betreffend den Abschluss einer Rahmenvereinbarung zum Ankauf von bis zu 5 Prozessorkippmastseilgeräten durch. Es handle sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung auf die Dauer von 4 Jahren, wobei die Maschinen in den Jahren 2022 bis 2024 geliefert werden sollen. Den Zuschlag erhalte derjenige Bieter, dessen Angebot die Mindestkriterien erfüllt und gemäß den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien die höchste Punktezahl erhält. Die Antragstellerin habe fristgerecht am 30.01.2021 ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und am 11.02.2021 sei ihr per E-Mail bekanntgegeben worden, dass der Abschluss der Rahmenvereinbarung avisiert wäre. Aus diesem E-Mail sei nicht hervorgegangen, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden sollte, weshalb die Antragstellerin an die Auftraggeberin telefonisch herangetreten wäre und aus dem nächsten E-Mail der Auftraggeberin die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin ersichtlich wurde. Diese habe 95 und die Antragstellerin 86,52 Punkte erzielt.

Die Antragstellerin machte die Verletzung in ihrem Recht auf

- rechtskonforme Entscheidung über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß § 154 BVergG; rechtskonforme Entscheidung über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 154, BVergG;
 - Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin als eigentliche Bestbieterin;
 - rechtskonforme Festlegungen der Auftraggeberin;
 - Gleichbehandlung und Transparenz im Vergabeverfahren und Sicherstellung eines fairen Bieterwettbewerbs;
 - Durchführung einer BVergG-konformen, transparenten und objektiv nachvollziehbaren Prüfung und Bewertung der Angebote und einer transparenten und begründeten Auswahlentscheidung (inkl. ausreichender Dokumentation);
 - Unterbleiben einer Auswahlentscheidung zugunsten eines – wegen Nichterfüllung der Mindestkriterien – auszuscheidenden Angebotes der XXXX GmbH; • Unterbleiben einer Auswahlentscheidung zugunsten eines – wegen Nichterfüllung der Mindestkriterien – auszuscheidenden Angebotes der römisch 40 GmbH;
 - Unterbleiben einer Auswahlentscheidung zugunsten eines – wegen Nichterfüllung der technischen Leistungsfähigkeit – auszuscheidenden Angebotes der XXXX GmbH; • Unterbleiben einer Auswahlentscheidung zugunsten eines – wegen Nichterfüllung der technischen Leistungsfähigkeit – auszuscheidenden Angebotes der römisch 40 GmbH;
 - Ausscheidens des nicht ausschreibungskonformen Angebots der XXXX GmbH;
 - abschließende Prüfung der Angebote vor Bekanntgabe der Auswahlentscheidung in vollständiger und vergaberechtskonformer Weise, insbesondere Prüfung der von der XXXX GmbH vollständig vorzulegenden Eignungsnachweise sowie Durchführung einer gebotenen Plausibilitätsprüfung hinsichtlich noch nicht entwickelter und nicht getesteter Maschinen; • Ausscheidens des nicht ausschreibungskonformen Angebots der römisch 40 GmbH;,,
 - abschließende Prüfung der Angebote vor Bekanntgabe der Auswahlentscheidung in vollständiger und vergaberechtskonformer Weise, insbesondere Prüfung der von der römisch 40 GmbH vollständig vorzulegenden Eignungsnachweise sowie Durchführung einer gebotenen Plausibilitätsprüfung hinsichtlich noch nicht entwickelter und nicht getesteter Maschinen;
 - gesetzeskonforme Durchführung und Beendigung des Vergabeverfahrens
- geltend.

Da bei vergaberechtskonformer Bewertung des Angebotes der Antragstellerin und des Angebotes der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin die Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin abgeschlossen werden müsste, drohe der Antragstellerin als Schaden, dass sie durch die behauptete Vergaberechtsverletzung keine Rahmenvereinbarung und in der Folge keinen Lieferauftrag erhalten und keinen entsprechenden Gewinn aus den

Lieferaufträgen lukrieren könnte.

Ferner beabsichtige die Antragstellerin, sich auch in Zukunft an Ausschreibungen zu beteiligen. Durch den Nicht-Erhalt eines Referenzprojektes drohe der Antragstellerin daher ein zusätzlicher Schaden zu entstehen, weil sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit Referenzprojekte regelmäßig vorweisen können müsse. Gerade dieser Schaden sei nur durch die Nichtigerklärung der rechtswidrigen Auswahlentscheidung zu verhindern.

Als zusätzlicher Schaden drohe der Antragstellerin, dass die XXXX GmbH einen entsprechenden Referenzauftrag erwirbt und in Zukunft mit einem Hinweis auf einen zu Unrecht erhaltenen Referenzauftrag mit der Antragstellerin bei vergleichbaren Ausschreibungen in Wettbewerb tritt. Als zusätzlicher Schaden drohe der Antragstellerin, dass die römisch 40 GmbH einen entsprechenden Referenzauftrag erwirbt und in Zukunft mit einem Hinweis auf einen zu Unrecht erhaltenen Referenzauftrag mit der Antragstellerin bei vergleichbaren Ausschreibungen in Wettbewerb tritt.

Weiters drohe der Antragstellerin ein Schaden durch die Kosten der Vertretung am Nachprüfungsverfahren (Anwaltskosten und Pauschalgebühr), die im Falle der Nichtstattgebung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages und der unverwendeten Fortsetzung des Vergabeverfahrens frustriert wären.

Da einem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukommt, hätte die Auftraggeberin grundsätzlich weiterhin die Möglichkeit, das Vergabeverfahren fortzusetzen und unter Nicht-Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin die Rahmenvereinbarung mit der XXXX GmbH abzuschließen. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen, da eine bloße Feststellung einer fehlerhaften Auswahlentscheidung (ex post) und eine allenfalls zustehende Schadenersatzforderung die Chancen nicht aufzuwiegen vermögen, die Rahmenvereinbarung mit der Auftraggeberin abzuschließen und in der Folge die Lieferaufträge zu erhalten. Da einem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukommt, hätte die Auftraggeberin grundsätzlich weiterhin die Möglichkeit, das Vergabeverfahren fortzusetzen und unter Nicht-Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin die Rahmenvereinbarung mit der römisch 40 GmbH abzuschließen. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen, da eine bloße Feststellung einer fehlerhaften Auswahlentscheidung (ex post) und eine allenfalls zustehende Schadenersatzforderung die Chancen nicht aufzuwiegen vermögen, die Rahmenvereinbarung mit der Auftraggeberin abzuschließen und in der Folge die Lieferaufträge zu erhalten.

Am 22.02.2021 erging mit W279 2239783-2/2Z eine Verständigung der Auftraggeberin nach §350 Abs. 5 BVergG, eine Verständigung der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin sowie eine Bekanntmachung auf der Internetpräsenz des erkennenden Gerichtes. Am 22.02.2021 erging mit W279 2239783-2/2Z eine Verständigung der Auftraggeberin nach §350 Absatz 5, BVergG, eine Verständigung der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin sowie eine Bekanntmachung auf der Internetpräsenz des erkennenden Gerichtes.

Mit Schreiben vom 25.02.2021 nahm die Auftraggeberin als Antragsgegnerin u.a. zum Antrag auf einstweilige Verfügung Stellung und führt aus, dass das besondere Interesse der Antragsgegnerin an der Fortführung des Verfahrens darin bestehe, dass ein dringender Beschaffungsbedarf bestehe, da die gegenständliche Beschaffung zur Erfüllung der gesetzlich bestimmten Aufgaben der Auftraggeber benötigt werde. Die Antragsgegnerin könne nicht beurteilen, ob Interessen sonstiger Bieter durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung beeinträchtigt werden und beantragt die Zurück- in eventu Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Am 25.02.2021 wurde dem BVwG ein Online-Zugang zum elektronischen Vergabeakt übermittelt.

Mit Schreiben vom 26.02.2021 beantragte die Auftraggeberin die Zurück-, in eventu Abweisung sämtlicher Anträge auf Nichtigerklärung sowie des Antrages auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schreiben vom 02.03.2021 erhob die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin hinreichend begründete Einwendungen und wahrte ihre Parteistellung im Nachprüfungsverfahren.

Die Antragstellerin entrichtete EUR 9.720 an Pauschalgebühren.

Am 04.03.2021 untersagte das Bundesverwaltungsgericht mit GZ W279 2239783-1/2E der Auftraggeberin mit einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Abschluss der Rahmenvereinbarung.

Am 05.03.2021 ergingen die Ladungen für die anberaumte mündliche Verhandlung.

Mit replizierender Stellungnahme vom 18.03.2021 legte die Antragstellerin Unterlagen zur ÖNORM L5219 sowie Produkten der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin vor.

Am 26.03.2021 führte das BVwG eine mündliche Verhandlung durch.

Am 30.03.2021 übermittelte die Antragstellerin technische Ausführungen, nach der das von der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin angebotene Produkt „XXXX“ die Kriterien der Ausschreibung nicht erfüllen könne. Zu diesen technischen Ausführungen replizierte die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin am 01.04.2021, dass die Antragstellerin weiterhin Daten von älteren nicht angebotenen Modellen zu Grunde gelegt habe. Die Auftraggeberin betonte in ihrer Stellungnahme vom 01.04.2021, dass wie in der mündlichen Verhandlung mehrfach zu Protokoll gegeben, ein Maschinentest bei der mitbeteiligten Partei unterbleiben konnte, da Einsatzerfahrung in Hinblick auf die angebotenen Komponenten bestehe. Am 30.03.2021 übermittelte die Antragstellerin technische Ausführungen, nach der das von der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin angebotene Produkt „römisch 40“ die Kriterien der Ausschreibung nicht erfüllen könne. Zu diesen technischen Ausführungen replizierte die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin am 01.04.2021, dass die Antragstellerin weiterhin Daten von älteren nicht angebotenen Modellen zu Grunde gelegt habe. Die Auftraggeberin betonte in ihrer Stellungnahme vom 01.04.2021, dass wie in der mündlichen Verhandlung mehrfach zu Protokoll gegeben, ein Maschinentest bei der mitbeteiligten Partei unterbleiben konnte, da Einsatzerfahrung in Hinblick auf die angebotenen Komponenten bestehe.

Am 26.05.2021 erfolgte die Beschlussfassung im Senat über den Antrag der Antragstellerin.

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

1. Feststellungen

1.1. Zur Ausschreibung

Die Auftraggeberin hat im Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über den Ankauf von bis zu 5 Stück Prozessorkippmaststeilgeräten eine Angebotsfrist zum 01.02.2021 gesetzt.

Die Ausschreibungsunterlagen lauten auszugsweise:

„

1 BEDINGUNGEN FÜR ANGEOTSLEGUNG UND AUFTRAGSERTEILUNG

1.1. Allgemeine Ausschreibungsbedingungen

... 14. Für die Wahl des Angebotes sind folgende Gesichtspunkte (Bestbieterkriterien)

maßgeblich

Vom Bieter sind Produktangaben im Datenblatt auszufüllen bzw. dem Angebot beizulegen. Vorbehaltlich der zu erfüllenden MUSS-Anforderungen (siehe Kennzeichnung), die erfüllt werden müssen, werden die diesbezüglichen Angaben für die technische Bewertung herangezogen. Insbesondere werden die speziellen Erfordernisse des Kunden berücksichtigt.

Sollte keine Einsatzerfahrung mit dem angebotenen Produkt vorhanden sein, hat der Bieter innerhalb von 14 Tagen ab Anfrage einen Maschinentest zu ermöglichen.

...

Preis (75%) ...

Erfüllung des Anforderungsprofils (9%) ... Vergleich der Herstellerangaben unter Berücksichtigung praktischer Erfahrungen. Bestbieter: 9 Punkte; 2-Bieter: 5 Punkte; 3-Bieter: 1 Punkt; Angaben werden auf Plausibilität geprüft. Sollten keine Erfahrungswerte vorliegen ist ein Maschinentest zu ermöglichen. Nach dem ersten Betriebsjahr erfolgt ein Vergleich mit den tatsächlichen Ist-Werten, Bei Abweichungen >10% von den Bieterangaben behält sich der AG Pönalforderungen bzw. einen Einbehalt des Haftungsrücklasses vor. ...

Technische Bewertung Komponenten (11 %)

Bewertung Komponenten:

Zur Bewertung herangezogene Punkte/ Verweis auf Leistungsbeschreibung Punkte:

2.1.1.3 Trägergerät

2.1.1.4 Seilkrananlage

2.1.1.5 Laufwagen/-Steuerung

2.1.1.6 Ladekran

2.1.1.7 Harvesterkopf mit Greiferfunktion

Vergleich der Herstellerangaben.

Bestbieter: 11 Punkte; 2-Bieter: 6 Punkte; 3-Bieter: 1 Punkt

Angaben werden auf Plausibilität geprüft. Sollten keine Erfahrungswerte vorliegen ist ein Maschinen-test zu ermöglichen. Ggf. werden die angegebenen Werte pönalisiert. ...

Sonstiges und Dienstleistungen (5 %)

Gesamtvergleich der angegebenen Daten – jeder Bieter hat die Möglichkeit zu den angeführten Punkten schriftlich Stellung zu nehmen und dies dem Angebot beizulegen. Die zur Verfügung stehenden Daten werden für die Bewertung herangezogen.

Bestbieter: 5 Punkte; 2-Bieter: 3 Punkte; 3-Bieter: 1 Punkt

2 LEISTUNGSBESCHREIBUNG

2.1 Lieferumfang

Für die Österreichische Bundesforste AG, Forsttechnik sind gem. nachfolgender Leistungs-beschreibung bis zu 5 Stück fabrikneue Prozessorkippmastseilgeräte für die Bergauf- und Bergabseilung mit einer Mindestzugkraft von 4 Tonnen zu liefern.

....

2.1.1.2 Gesamtgerät

Alle verbauten Komponenten sind neu - MUSS

“

Die Ausschreibungsunterlagen sind bestandsfest geworden.

Nach den Bewertungskriterien kann nur ein Angebot im Teilbereich „Erfüllung des Anforderungsprofils“, und zwar jenes das in diesem Teilbereich als Bestbieter zu qualifizierenden Bieters die volle Punktezahl von 9 Punkten erhalten.

Das ausgeschriebene Gesamtgerät „Prozessorkippmastseilgerät“ besteht aus mehreren Bestandteilen (LKW-Trägergerät, Seilkrananlage, Ankerseilwinde, Montageseilwinde, Tragseilwinde, Zugseilwinde/Retourseilwinde, Laufwagen/-Steuerung, Ladekran, Harvesterkopf mit Greiferfunktion,...). Diese Bestandteile sind durch technische Gegebenheiten begrenzt miteinander kombinierbar. (Niederschrift der mündlichen Verhandlung, Seite 5).

1.2. Zu den Angeboten

Die Angebote der Antragstellerin und der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin waren rechtzeitig.

Mit E-Mail vom 02.02.2021 ersuchte die Auftraggeberin unter Berufung auf Punkt 14 der Ausschreibungsunterlagen die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin einen Maschinentest betreffend das angebotene Gesamtgerät durchzuführen:

„...bezugnehmend auf die Ausschreibung „Abschluss einer Rahmenvereinbarung Ankauf Prozessorkippmastseilgeräte“ und Ihr in diesem Zusammenhang gelegtes Angebot ersuche ich laut Ausschreibungsunterlagen Abschnitt I, Punkt 14 um Ermöglichung eines Maschinentests innerhalb der nächsten 14 Tage in der angebotenen Version und Ausstattung. ...“ „...bezugnehmend auf die Ausschreibung „Abschluss einer Rahmenvereinbarung Ankauf Prozessorkippmastseilgeräte“ und Ihr in diesem Zusammenhang gelegtes Angebot ersuche ich laut Ausschreibungsunterlagen Abschnitt römisch eins, Punkt 14 um Ermöglichung eines Maschinentests innerhalb der nächsten 14 Tage in der angebotenen Version und Ausstattung. ...“

Mit E-Mail vom 03.02.2021 antwortete die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin: „bezüglich Ihrer Anfrage

hinsichtlich Maschinentest ist dies mit der Einschränkung möglich, dass eine vorhandene Maschine (XXXX) nicht mit den für die Bundesforste geforderten technischen Anforderungen ausgestattet ist. Mit E-Mail vom 03.02.2021 antwortete die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin: „bezüglich Ihrer Anfrage hinsichtlich Maschinentest ist dies mit der Einschränkung möglich, dass eine vorhandene Maschine (römisch 40) nicht mit den für die Bundesforste geforderten technischen Anforderungen ausgestattet ist.

Diese Maschine erfüllt die geforderte Seillänge (800m) bzw. die Geschwindigkeit (9m/sec) und die Zugkräfte an den Außenlagen nicht, da dies für unsere Kunden bislang nicht gefordert wurde.

Um diese Anforderungen zu erfüllen, muss der XXXX in einer neuen Version (XXXX) mit Komponenten vom bestehenden XXXX ausgestattet werden.“Um diese Anforderungen zu erfüllen, muss der römisch 40 in einer neuen Version (römisch 40) mit Komponenten vom bestehenden römisch 40 ausgestattet werden.“

Am 04.02. erkundigte sich die Auftraggeberin per Mail bei der Antragsstellerin sowie bei einem weiteren Bieter wortgleich „ ...Eine weitere Frage betrifft die angebotenen Seilkrantypen. Handelt es sich hierbei um noch zu entwickelnde Typen, oder sind diese in den aktuell verfügbaren Versionen in der Lage, die geforderten und angebotenen Werte und Leistungskennzahlen zu erfüllen? ...“ Am 08.02.2021 antwortete die Antragstellerin „...Beim angebotenen Laufwagen XXXX handelt es sich um die aktuell verfügbare Serienversion, der die geforderten und angebotenen Leistungskennzahlen voll erfüllt. ...“ Am 04.02. erkundigte sich die Auftraggeberin per Mail bei der Antragsstellerin sowie bei einem weiteren Bieter wortgleich „ ...Eine weitere Frage betrifft die angebotenen Seilkrantypen. Handelt es sich hierbei um noch zu entwickelnde Typen, oder sind diese in den aktuell verfügbaren Versionen in der Lage, die geforderten und angebotenen Werte und Leistungskennzahlen zu erfüllen? ...“ Am 08.02.2021 antwortete die Antragstellerin „...Beim angebotenen Laufwagen römisch 40 handelt es sich um die aktuell verfügbare Serienversion, der die geforderten und angebotenen Leistungskennzahlen voll erfüllt. ...“

Am 09.02.2021 wurde eine Maschinenvorführung/Werksbesichtigung bei der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin durchgeführt. Hierbei wurde ein XXXX und ein Laufwagen XXXX besichtigt. Wie in der mündlichen Verhandlung erläutert, wurde dabei der Laufwagen laut Angebot und die Maschine der Vorgeneration vorgeführt. Am 09.02.2021 wurde eine Maschinenvorführung/Werksbesichtigung bei der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin durchgeführt. Hierbei wurde ein römisch 40 und ein Laufwagen römisch 40 besichtigt. Wie in der mündlichen Verhandlung erläutert, wurde dabei der Laufwagen laut Angebot und die Maschine der Vorgeneration vorgeführt.

Die Übermittlung der Auswahlentscheidung erfolgte am 12.02.2021 über die Vergabepattform und per E-Mail.

Der von der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin angebotene XXXX existiert frühestens seit Oktober 2020. (Niederschrift der mündlichen Verhandlung, Seite 11) Der von der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin angebotene römisch 40 existiert frühestens seit Oktober 2020. (Niederschrift der mündlichen Verhandlung, Seite 11)

Sowohl das Angebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin als auch jenes der Antragstellerin wurden im Bewertungskriterium „Erfüllung des Anforderungsprofils“ mit der höchstmöglichen Punktezahl 9 bewertet.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der mündlichen Verhandlung.

Die Echtheit und Richtigkeit der herangezogenen Unterlagen hat keine der Verfahrensparteien bestritten. Diese Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche in den Unterlagen traten nicht auf.

Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin sowie der technischen Übereinstimmung zwischen dem von der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin Angebotenem und dem in der Ausschreibung technisch Verlangten, zieht der erkennende Senat die Darstellung der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin und der Auftraggeberin nicht in Zweifel.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A) Stattgabe des Antrages auf Nichtigklärung

3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und zur Zulässigkeit des Antrages

3.1.1. Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. 3.1.1. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 328 Abs 1 Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018) BGBl I 2018/65 idgF, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327 BVergG 2018, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Nachprüfungsantrag zu entscheiden. Somit liegt Senatszuständigkeit vor. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl römisch eins 2018/65 idgF, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 327, BVergG 2018, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Nachprüfungsantrag zu entscheiden. Somit liegt Senatszuständigkeit vor.

3.1.2. Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 sind die Österreichische Bundesforste AG). Sie sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 6 BVergG 2018 um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 in der Fassung der Kundmachung des Bundesministers für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz betreffend die von der Europäischen Kommission festgesetzten Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren ab 1. Jänner 2020 (BGBl II. Nr. 358/2019), sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Da das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag (in Form des Abschlusses der Rahmenvereinbarung) noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gemäß § 334 Abs 2 BVergG 2018 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers zuständig. 3.1.2. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 5, BVergG 2018 sind die Österreichische Bundesforste AG). Sie sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 6, BVergG 2018 um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2018 in der Fassung der Kundmachung des Bundesministers für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz betreffend die von der Europäischen Kommission festgesetzten Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren ab 1. Jänner 2020 Bundesgesetzblatt römisch zwei. Nr. 358 aus 2019,), sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Da das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag (in Form des Abschlusses der Rahmenvereinbarung) noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gemäß Paragraph 334, Absatz 2, BVergG 2018 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers zuständig.

3.1.3. Die Auftraggeberin führt ein offenes Verfahren auf elektronischem Weg. Das Vergabeverfahren befindet sich im Stadium nach Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung. Die Entscheidung vom 12.02.2021, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit a sublit jj BVergG 2018. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung vom 12.02.2021 wurde am 22.02.2021, somit innerhalb der Frist des § 343 Abs. 1 BVergG 2018 (10 Tage) eingebracht. Die Antragstellerin entrichtete die Pauschalgebühren in der erforderlichen Höhe (§ 340 Abs. 1 Z 1 und 3 BVergG 2018 iVm §§ 1, 2 Abs 1 BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018, BGBl II Nr 212/2018 – Lieferaufträge im Oberschwellenbereich, Überschreitung des relevanten Schwellenwertes durch den geschätzten Auftragswert um mehr als das 10fache). Ein Grund für eine Unzulässigkeit gemäß § 344 Abs. 2 BVergG 2018 liegt somit

nicht vor. Der Antrag enthält alle in § 344 Abs. 1 BVergG 2018 geforderten Inhalte. 3.1.3. Die Auftraggeberin führt ein offenes Verfahren auf elektronischem Weg. Das Vergabeverfahren befindet sich im Stadium nach Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung. Die Entscheidung vom 12.02.2021, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, j, j, BVergG 2018. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung vom 12.02.2021 wurde am 22.02.2021, somit innerhalb der Frist des Paragraph 343, Absatz eins, BVergG 2018 (10 Tage) eingebracht. Die Antragstellerin entrichtete die Pauschalgebühren in der erforderlichen Höhe (Paragraph 340, Absatz eins, Ziffer eins und 3 BVergG 2018 in Verbindung mit Paragraphen eins, 2, Absatz eins, BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 212 aus 2018, – Lieferaufträge im Oberschwellenbereich, Überschreitung des relevanten Schwellenwertes durch den geschätzten Auftragswert um mehr als das 10fache). Ein Grund für eine Unzulässigkeit gemäß Paragraph 344, Absatz 2, BVergG 2018 liegt somit nicht vor. Der Antrag enthält alle in Paragraph 344, Absatz eins, BVergG 2018 geforderten Inhalte.

Die Antragsvoraussetzungen gemäß § 342 Abs. 1 BVergG 2018 liegen bei der Antragstellerin bezüglich des Antrages auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung vor. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Abschluss der Rahmenvereinbarung im Nachprüfungsantrag plausibel behauptet. Die Antragstellerin brachte vor, dass die ausgeschriebenen Leistungen auch deshalb in ihrem Interesse liegen, weil sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit vielfach Referenzprojekte nachweisen muss. Das diesbezügliche Vorbringen wurde nicht bestritten. Die Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 342, Absatz eins, BVergG 2018 liegen bei der Antragstellerin bezüglich des Antrages auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung vor. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Abschluss der Rahmenvereinbarung im Nachprüfungsantrag plausibel behauptet. Die Antragstellerin brachte vor, dass die ausgeschriebenen Leistungen auch deshalb in ihrem Interesse liegen, weil sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit vielfach Referenzprojekte nachweisen muss. Das diesbezügliche Vorbringen wurde nicht bestritten.

3.1.4. Der Antrag wurde im Ergebnis rechtzeitig eingebracht, ordnungsgemäß vergebührt, enthält alle notwendigen Inhalte und ist damit zulässig.

3.2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

3.2.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2018 lauten:

„Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 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 lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 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 lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

...

Vorgehen bei der Prüfung

§ 135. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Paragraph 135, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen:

1. ob den in § 20 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde, 1. ob den in Paragraph 20, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. nach Maßgabe der §§ 80 bis 87 die Eignung des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer hinsichtlich des diese betreffenden Auftrags teiles; 2. nach Maßgabe der Paragraphen 80

bis 87 die Eignung des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer hinsichtlich des diese betreffenden Auftragsteiles;

3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

4. die Angemessenheit der Preise;

5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

...

Ausscheiden von Angeboten

§ 141. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 141, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, oder

...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 347. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn Paragraph 347, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und

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

(2) Als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen kommt insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung in Betracht.

(3) Erklärt das Bundesverwaltungsgericht eine gesondert anfechtbare Entscheidung für nichtig, ist der Auftraggeber verpflichtet, in dem betreffenden Vergabeverfahren mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Bundesverwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

„

3.2.2. Vorauszuschicken ist, dass die Beurteilung der Angebote in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen erfolgt (zB EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 42 mwN; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 36 mwN; 11. 5. 2017, C-131/16, Archus und Gama, Rn 33; VwGH 18. 9. 2019, Ra 2018/04/0007; 15. 3. 2017, Ra 2014/04/0052; BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E). Die Ausschreibung wurde im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden und alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Die von einem öffentlichen Auftraggeber festgelegten Kriterien sind von ihm selbst strikt einzuhalten (EuGH 14.12.2016, C-171/15 Connexxion Taxi Services, Rn 38). Zudem verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass die an einer öffentlichen Ausschreibung interessierten Wirtschaftsteilnehmer bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben müssen, dass sie genau erkennen können, welche Bedingungen sie in dem Verfahren zu beachten haben, und dass sie die Gewissheit haben können, dass für alle Wettbewerber die gleichen Bedingungen gelten (EuGH 14.12.2016, C-171/15 Connexxion Taxi Services, Rn 39, EuGH 02.06.2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn. 36).

Die Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen hat nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu erfolgen. Im Zweifel sind Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck kommt es nicht an. Maßgeblich ist der objektive Erklärungswert (VwGH 01.02.2017, Ro 2016/04/0054). Das über die Ausschreibungsunterlagen Gesagte gilt ebenso für alle anderen Festlegungen des Auftraggebers im Zuge des Vergabeverfahrens (BVwG 1. 8. 2014, W187 2008946-1/23E). Damit ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen und aller anderen Erklärungen zu ermitteln.

Die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen erscheinen dem erkennenden Senat in mehreren Punkten widersprüchlich. Die Ausschreibungsunterlagen lassen offen, ob Prototypen angeboten werden können, ob praktische Erfahrungen mit dem Gesamtgerät oder mit einzelnen Teilen zwingend erforderlich sind, oder ob diese praktische Erfahrungen durch einen Test substituiert werden können. Nach Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes können auch Ausschreibungsunterlagen, die die Grundprinzipien des Vergaberechts verletzen, bestandsfest werden. (VwGH Ra 2019/04/0083 vom 18.01.2021) Widersprüche in Ausschreibungsunterlagen stehen somit der Bestandfestigkeit nicht entgegen. In casu sind die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen daher auszulegen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen (vgl. VwGH 22.03.2019, Ra 2018/04/0176, 1.10.2018, Ra 2018/04/0137; 1.2.2017, Ro 2016/04/0054 bis 0055). Unklarheiten gehen zu Lasten des Erklärenden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen vergleiche VwGH 22.03.2019, Ra 2018/04/0176, 1.10.2018, Ra 2018/04/0137; 1.2.2017, Ro 2016/04/0054 bis 0055). Unklarheiten gehen zu Lasten des Erklärenden.

3.2.3. In den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen wurden die Bestbieterkriterien sowie die für die Ermittlung der Punkte ausschlaggebenden Kriterien normiert. Sollte es keine praktischen Erfahrungen geben, hat gemäß Punkt 14 der Ausschreibungsunterlagen „der Bieter innerhalb von 14 Tagen ab Anfrage einen Maschinentest zu ermöglichen“ bzw. „ist“ gemäß den Konkretisierungen des Zuschlagskriteriums ‚Erfüllung des Anforderungsprofils‘ „ein Maschinentest zu ermöglichen“, somit zwingend vorzunehmen. Beim Kriterium „Erfüllung des Anforderungsprofils“, das mit 9% bewertet ist, wird die praktische Erfahrung mitberücksichtigt. Unklar bleibt zunächst, ob ein „Test“ im Rahmen der Punktevergabe die geforderte „praktische Erfahrung“ substituieren und somit zur maximalen Punkteanzahl führen kann. Beide Bieter haben im Ergebnis jedenfalls die volle Punktezahl von 9 erhalten. Aus dem Vergabeakt geht nicht hervor, ob die volle Punkteanzahl in diesem Bereich für das von der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin angebotene Gesamtprodukt auf praktischer Erfahrung oder auf dem Test beruht. Auf dem Test kann nach Auffassung des Senates die volle Punkteanzahl nicht beruhen, da bei der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin eine andere Maschine und nicht die angebotene Maschine getestet wurde. (Siehe Mail und Aussage in der mündlichen Verhandlung)

3.2.4. Weiters ist in diesem Kriterium eine gestaffelte Punktevergabe normiert (Bestbieter: 9 Punkte; 2-Bieter: 5 Punkte; 3-Bieter: 1 Punkt). Diese Formulierung impliziert, dass lediglich ein Angebot die volle Punktezahl von 9 erhalten kann. Eine Regelung über 2 ex-aequo-Bestangebote wurde in den Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt. Da sowohl das Angebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin (mit oben geschildertem Test) als auch das der Antragstellerin (ohne Test) mit der Höchstpunktezahl 9 bewertet wurden und nach Auslegung des Senates nur einem Bieter die Höchstpunktezahl zugesprochen werden kann, ist auch aus diesem Grunde die Vorgangsweise der Auftraggeberin mit Rechtswidrigkeit belastet.

3.2.5 In der Leistungsbeschreibung wird unter Punkt 2.1. von „fabrikneuen Prozessorkippmastseilgeräten“ und unter Punkt 2.1.1.2. Gesamtgerät von „neuen“ Komponenten gesprochen. Während „neu“ mit der Klassifikation „ohne Betriebsstunden“ gleichzusetzen ist, indiziert die Bezeichnung „fabriksneu“ eine Massenfertigung oder jedenfalls eine

bereits erfolgte Fertigung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung. Das Wort „fabriksneu“ legt auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nahe, dass Prototypen nicht angeboten werden können. Der erkennende Senat verkennt hierbei nicht, dass es sich bei Prozessorkippmastseilgeräten um einen relativ kleinen Markt – die Stückzahlen bewegen sich bei circa 80 Stück weltweit per anno – handelt. Auch wenn es sich beim Gesamtprodukt um die baukastenartige Zusammenfügung von mehreren Bestandteilen (LKW-Trägergerät, Seilkrananlage, Ankerseilwinde, Montageseilwinde, Tragseilwinde, Zugseilwinde/Retourseilwinde, Laufwagen/-Steuerung, Ladekran, Harvesterkopf mit Greiferfunktion,...) handelt, ist die Kombination der Hauptbestandteile nicht unbegrenzt möglich. In Anbetracht der Vielzahl der Bestandteile, mit gleichzeitig einer Vielzahl an SOLL- und MUSS-Anforderungen an die einzelnen Bestandteile ist in Zusammenschau mit den jährlich abgesetzten Stückzahlen davon auszugehen, dass nur wenige Produzenten das ausgeschriebene Produkt genau in der ausgeschriebenen Form bereits produziert oder gar lagernd haben. In einer solchen Ausgangslage ist es für den Auftraggeber sowie für die Bieter unerlässlich zu wissen, ob Prototypen angeboten werden können, ob praktische Erfahrungen mit dem Gesamtgerät oder mit einzelnen Teilen bereits vorhanden sein müssen, und ob diese durch praktische Tests in natura oder durch Computersimulationen ersetzt werden können. Diese wesentlichen Festlegungen sind in den Ausschreibungsunterlagen unterblieben. Die mangelnde Klarheit der Erklärung geht zu Lasten des Erklärenden, das heißt der die Ausschreibung zu verantwortenden Auftraggeberin und es ist daher der Auslegung der Antragstellerin, wonach nach den Ausschreibungsbedingungen insbesondere keine Prototypen angeboten werden können, zu folgen.

3.2.6. Während in der Leistungsbeschreibung mehrere dutzend technischer Details als MUSS und SOLL Kriterien klassifiziert wurden, ist nicht ersichtlich ob die praktische Erfahrung mit dem Gesamtgerät oder mit einzelnen Hauptbestandteilen lediglich gewünscht oder als unabdingbar gesehen werden. Ferner ist auch nicht festgelegt, inwieweit ein Maschinentest die praktische Erfahrung substituieren kann.

Außer Zweifel steht, dass die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin laut Mail vom 03.02.2021 das angebotene Gesamtgerät – entgegen der ausdrücklichen und bestandfesten Verpflichtung in der Ausschreibungsunterlage - jedenfalls nicht vorführen konnte. Dass die Zuschlagsentscheidung dennoch auf die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin fiel, belastet die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit und war diese nach §347 Abs. 1 zu kassieren. Außer Zweifel steht, dass die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin laut Mail vom 03.02.2021 das angebotene Gesamtgerät – entgegen der ausdrücklichen und bestandfesten Verpflichtung in der Ausschreibungsunterlage - jedenfalls nicht vorführen konnte. Dass die Zuschlagsentscheidung dennoch auf die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin fiel, belastet die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit und war diese nach §347 Absatz eins, zu kassieren.

3.2.7. Auf Verlangen der Auftraggeberin, ist ein Maschinentest innert 14 Tagen zu ermöglichen. Die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin konnte, wie sie selbst im Antwortmail schreibt, diesen Test nicht ermöglichen.

Da zudem nicht der angebotene XXXX , sondern eine andere Maschine dem Test unterworfen wurde, liegt ferner eine mangelhafte Angebotsbewertung und somit Verletzung von § 135 Abs. 1 BVergG vor. Da zudem nicht der angebotene römisch 40 , sondern eine andere Maschine dem Test unterworfen wurde, liegt ferner eine mangelhafte Angebotsbewertung und somit Verletzung von Paragraph 135, Absatz eins, BVergG vor.

Die Auswahlentscheidung vom 12.02.2021 erging zu Gunsten der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin, deren Angebot jedoch von der Auftraggeberin bei richtiger Auslegung der bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen und unter Berücksichtigung der Erklärung der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin vom 03.02.2021 auszuschneiden gewesen wäre. Die Rechtswidrigkeit hält sich im Rahmen der geltend gemachten Rechte, in denen die Antragstellerin im Nachprüfungsantrag verletzt zu sein behauptet (§ 347 Abs 1 Z 1 iVm § 344 Abs 1 Z 5 BVergG 2018). Die Auswahlentscheidung vom 12.02.2021 erging zu Gunsten der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin, deren Angebot jedoch von der Auftraggeberin bei richtiger Auslegung der bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen und unter Berücksichtigung der Erklärung der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin vom 03.02.2021 auszuschneiden gewesen wäre. Die Rechtswidrigkeit hält sich im Rahmen der geltend gemachten Rechte, in denen die Antragstellerin im Nachprüfungsantrag verletzt zu sein behauptet (Paragraph 347, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 344, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2018).

Da das Ausscheiden der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin zu einem anderen Ausgang des Vergabeverfahrens geführt hätte, war die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens auch von

wesentlichem Einfluss im Sinne des § 347 Abs 1 Z 2 BVergG 2018. Da das Ausscheiden der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin zu einem anderen Ausgang des Vergabeverfahrens geführt hätte, war die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens auch von wesentlichem Einfluss im Sinne des Paragraph 347, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018.

Die Auswahlentscheidung ist aus diesen Gründen gemäß § 347 Abs. 1 BVergG 2018 für nichtig zu erklären. Die Auswahlentscheidung ist aus diesen Gründen gemäß Paragraph 347, Absatz eins, BVergG 2018 für nichtig zu erklären.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr wird gesondert entschieden werden.

B) Revision:

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

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

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig Auslegung der Ausschreibung Ausscheiden eines Angebotes
Ausscheidensentscheidung Ausschreibung Auswahlentscheidung bestandfeste Ausschreibung Bewertung
Bietergleichbehandlung Grundsatz der Gleichbehandlung Grundsatz der Transparenz Lieferauftrag mündliche
Verhandlung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren Nichtigerklärung objektiver Erklärungswert Punktevergabe
Rahmenvereinbarung Referenzprojekt Schaden Stillhaltefrist Transparenz Verfahrensausgang Vergabeverfahren
wesentlicher Einfluss Zuschlagskriterien

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W279.2239783.2.00

Im RIS seit

08.09.2021

Zuletzt aktualisiert am

08.09.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at