

# TE Bvwg Erkenntnis 2017/4/21 W187 2149628-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.04.2017

## Entscheidungsdatum

21.04.2017

## Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §123 Abs1

BVergG 2006 §141 Abs1

BVergG 2006 §141 Abs2

BVergG 2006 §141 Abs5

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §25

BVergG 2006 §27

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs3

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §6

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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**

W187 2149628-2/16E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Dr. Heinz STIEFELMEYER als fachkundigem Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Corinna GREGER als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA vertreten durch SCHRAMM ÖHLER Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Sicherheitsdienstleistungen für das Bürogebäude

Guglgasse 13, Referenznummer der Bekanntmachung: 2016/276" der Auftraggeberin STATISTIK ÖSTERREICH Bundesanstalt öffentlichen Rechts, Guglgasse 13, 1110 Wien, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, zu Recht erkannt:

A.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Anträge der AAAA , "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

- die Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 3 des Schreibens) ,Das Ersuchen in der Verhandlung vom 16.2.2017 sowie mit Schreiben vom 24.2.2017 um Ermöglichung einer Teststellung wird als verspätet zurückgewiesen.' für nichtig erklären;
- die Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 2 des Schreibens unten) ,Die Fristsetzung blieb unbekämpft und ist daher präkludiert. Es wurde auch keine Fristverlängerung beantragt. Diese Frist ist daher für Bieter wie Auftraggeberin bindend. Innerhalb dieser Frist hätte die AAAA Gelegenheit gehabt, den Wunsch einer Teststellung zu äußern, hat dies aber nicht getan.' für nichtig erklären;
- die Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 3 des Schreibens unten) ,Die erneute Einräumung einer Gelegenheit zur Verbesserung durch Einladung zu einer Teststellung würde ihr zudem einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, weil ihr dies ermöglichen würde, ihre Mitarbeiter nach dem Zeitpunkt der Angebotslegung noch zu einer Fortbildung zu schicken und Kenntnisse, die bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung vorliegen hätten müssen, später zu erwerben.' für nichtig erklären;
- die Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 4 des Schreibens) ,Die anderen nunmehr vorgelegten Zeugnisse datieren jeweils vom 14.11.2016, sodass ein Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe damit jedenfalls nicht erbracht werden konnte, weshalb eine Berücksichtigung jedenfalls nicht erfolgen kann.' für nichtig erklären."

ab.

B.

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

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

#### **I. Verfahrensgang**

1. Mit Schriftsatz vom 9. März 2017, beim Bundesverwaltungsgericht am 10. März 2017 eingelangt, beantragte die AAAA in der Folge Antragstellerin, die Nichtigklärung der Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 3 des Schreibens) "Das Ersuchen in der Verhandlung vom 16.2.2017 sowie mit Schreiben vom 24.2.2017 um Ermöglichung einer Teststellung wird als verspätet zurückgewiesen.", der Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 2 des Schreibens unten) "Die Fristsetzung blieb unbekämpft und ist daher präkludiert. Es wurde auch keine Fristverlängerung beantragt. Diese Frist ist daher für Bieter wie Auftraggeberin bindend. Innerhalb dieser Frist hätte AAAA Gelegenheit gehabt, den Wunsch einer Teststellung zu äußern, hat dies aber nicht getan.", der Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 3 des Schreibens unten) "Die erneute Einräumung einer Gelegenheit zur Verbesserung durch Einladung zu einer Teststellung würde ihr zudem einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, weil ihr dies ermöglichen würde, ihre Mitarbeiter nach dem Zeitpunkt der Angebotslegung noch zu einer Fortbildung zu schicken und Kenntnisse, die bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung vorliegen hätten müssen, später zu erwerben."

sowie der Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 4 des Schreibens) "Die anderen nunmehr vorgelegten Zeugnisse datieren jeweils vom 14.11.2016, sodass ein Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe damit jedenfalls nicht erbracht werden konnte, weshalb eine Berücksichtigung jedenfalls nicht erfolgen kann.", den Ersatz der Pauschalgebühr, die Ausnahme ihres Angebots von der Akteneinsicht durch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin und die Akteneinsicht sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Sicherheitsdienstleistungen für das Bürogebäude Guglgasse 13, Referenznummer der Bekanntmachung:

2016/276" der Auftraggeberin STATISTIK ÖSTERREICH, Guglgasse 13, 1110 Wien, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien.

1.1 Nach Darstellung des Sachverhalts und des Interesses am Vertragsabschluss macht die Antragstellerin als Schaden den Verlust der Chance, den Zuschlag zu erhalten, den Verlust der Chance, sich an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistung zu beteiligen, den Verlust des Deckungsbeitrags, der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen, die Kosten der Beratung durch Rechtsvertreter und der Verlust eines Referenzprojektes. Die Antragstellerin sieht sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen, insbesondere dem § 19 BVergG entsprechenden Vergabeverfahren, insbesondere in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, und darin implizierter Möglichkeit der Beteiligung und anschließender Zuschlagserteilung, auf Abgabe und Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebotes, auf gesetzmäßige Prüfung und Bewertung der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs sowie auf Zuschlagserteilung sowie auf Widerruf eines rechtswidrigen Vergabeverfahrens verletzt. Weiters macht die Antragstellerin Ausführungen zu den angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidungen, zur Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages, zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und der Bezahlung der Pauschalgebühr.

1.1 Nach Darstellung des Sachverhalts und des Interesses am Vertragsabschluss macht die Antragstellerin als Schaden den Verlust der Chance, den Zuschlag zu erhalten, den Verlust der Chance, sich an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistung zu beteiligen, den Verlust des Deckungsbeitrags, der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen, die Kosten der Beratung durch Rechtsvertreter und der Verlust eines Referenzprojektes. Die Antragstellerin sieht sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen, insbesondere dem Paragraph 19, BVergG entsprechenden Vergabeverfahren, insbesondere in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, und darin implizierter Möglichkeit der Beteiligung und anschließender Zuschlagserteilung, auf Abgabe und Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebotes, auf gesetzmäßige Prüfung und Bewertung der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs sowie auf Zuschlagserteilung sowie auf Widerruf eines rechtswidrigen Vergabeverfahrens verletzt. Weiters macht die Antragstellerin Ausführungen zu den angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidungen, zur Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages, zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und der Bezahlung der Pauschalgebühr.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit der der Zuschlagsentscheidungen führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Ausschreibungsunterlagen bestandfest seien und von einer engen Bindung an diese auszugehen sei. Die Ausschreibung ermögliche den Nachweis der Computerkenntnisse durch eine Teststellung. Mit der Festlegung vom 28. Februar 2017 weiche die Auftraggeberin davon ab. Die Antragstellerin habe eine Teststellung rechtzeitig in der mündlichen Verhandlung und mit Schreiben vom 24. Februar 2017 beantragt, da sich das Vergabeverfahren im Stadium der Angebotsprüfung befinde. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2016 habe die Auftraggeberin die Antragstellerin ua zur Nachreichung von Nachweisen der Computerkenntnisse des Leistungsteams aufgefordert.

1.3 Die Frist zur Beantragung einer Teststellung sei nicht abgelaufen. Die Antragstellerin sei diesem Ersuchen durch Vorlage der Anmeldebestätigungen für Computerkurse nachgekommen. Dass sie die Teststellung hätte beantragen müssen, sei ihr nicht ersichtlich gewesen. Sie hätte darauf vertrauen können, dass die Auftraggeberin eine solche durchführen würde. Die nunmehrige Behauptung einer Präklusion durch die Auftraggeberin sei nicht nachvollziehbar und unrichtig. Die Festlegung vom 28. Februar 2017 sei daher für nichtig zu erklären.

1.4 Die Abhaltung einer Teststellung würde nicht zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen. Würde keine Teststellung durchgeführt, würde die Antragstellerin diskriminiert werden, weil die Möglichkeit der Teststellung in der Ausschreibung festgehalten sei. Diese können nur nach Angebotsabgabe stattfinden.

1.5 Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 24. Februar 2017 Nachweise über Aufzugswärterprüfungen vom 14. November 2016 vorgelegt. Diese erkenne die Auftraggeberin nicht an. Da sich das Vergabeverfahren im Stadium der Angebotsprüfung befinde, müsse die Auftraggeberin diese anerkennen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe Nachweise in der mündlichen Verhandlung übergeben. Auch bei der Vorlage der Nachweise über die Aufzugswärterprüfung handle es sich um einen verbesserbaren Mangel. Die Auftraggeberin hätte daher die vorgelegten Nachweise über die Aufzugswärterprüfung anerkennen müssen.

2. Am 15. März 2017 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte, nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung und legte die Unterlagen des Vergabeaktes im Original vor.

2.1 Bei der Nichtigerklärung der ersten Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren habe sich das Bundesverwaltungsgericht mit einigen Rechtsfragen auseinandergesetzt, die auch im vorliegenden Nachprüfungsverfahren von Bedeutung seien. Bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen handle es sich um nichtprioritäre Dienstleistungen. Das anwendbare Recht ergebe sich daher ausschließlich aus § 141 Abs 1 und 2 BVergG.2.1 Bei der Nichtigerklärung der ersten Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren habe sich das Bundesverwaltungsgericht mit einigen Rechtsfragen auseinandergesetzt, die auch im vorliegenden Nachprüfungsverfahren von Bedeutung seien. Bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen handle es sich um nichtprioritäre Dienstleistungen. Das anwendbare Recht ergebe sich daher ausschließlich aus Paragraph 141, Absatz eins und 2 BVergG.

2.2 Es wäre insbesondere im Antwortschreiben vom 27. Oktober 2016 der Antragstellerin offen gestanden, zum Nachweis der Computerkenntnisse der Mitglieder des Leistungsteams eine Teststellung zu beantragen. Das nachzuweisende Niveau sei der ECDL-Führerschein oder gleichwertig. Die Art des Nachweises obliege der Antragstellerin. Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin im Schreiben vom 20. Oktober 2016 darauf hingewiesen und ihr eine Frist bis 27. Oktober 2016 gesetzt. Dieses Fristende sei bestandsfest geworden. Ein Bieter sei aus Gründen der Gleichbehandlung der Bieter nur einmal zur Mängelbehebung aufzufordern. Die Antragstellerin habe bereits Gelegenheit dazu gehabt. Als Möglichkeit des Nachweises sei der Antragstellerin auch eine Teststellung offen gestanden. Sie hätte sie bereits bis zum 27. Oktober 2016 beantragen können. Die Anträge vom 16. Februar 2017 und vom 24. Februar 2017 seien daher verspätet. Beim Nachweis der Computerkenntnisse handle es sich nicht um eine Mindestanforderung an die Eignung sondern um ein Zuschlagskriterium, das die Wettbewerbsstellung des Bieters direkt beeinflusse. Auch aus diesem Grund sei nunmehr eine Teststellung nicht möglich.

2.3 Die Auftraggeberin könne die vorgelegten Aufzugswärterprüfungen nicht berücksichtigen, weil diese das Datum 14. November 2016 trügen und somit nach der Angebotsabgabe erstellt worden seien. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes könnten diese nicht den Nachweis für den relevanten Zeitpunkt liefern. Für die genannten Herren habe die Antragstellerin in ihrem Angebot das Vorliegen der Aufzugswärterprüfung nicht behauptet. Die Vorlage käme daher einer unzulässigen Angebotsänderung gleich und wäre wegen der damit verbundenen Änderung der Wettbewerbsstellung unzulässig. Nach Ausführungen zur Akteneinsicht beantragt die Auftraggeberin, das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung sämtliche Anträge auf Nichtigerklärung sowie den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr zurück-, in eventu abweisen.

3. Mit Beschluss vom 16. März 2017, W187 2149628-1/3E, wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab.

4. Am 24. März 2017 nahm die Antragstellerin Stellung.

4.1 Darin bringt sie im Wesentlichen vor, dass es ihr als bisherige Leistungserbringerin zur Zufriedenheit der Auftraggeberin überhaupt nicht verständlich sei, weshalb sich die Auftraggeberin richtiggehend wehre, eine Teststellung mit der Antragstellerin durchzuführen.

4.2 Das Bundesverwaltungsgericht habe mit dem Erkenntnis vom 22. Februar 2017 nicht über die Möglichkeit der Abhaltung einer Teststellung entschieden. Die Beantragung und Abhaltung einer Teststellung sei in der derzeitigen Verfahrenssituation zulässig und möglich.

4.3 Die Frist zur Beantragung der Abhaltung einer Teststellung sei noch nicht abgelaufen. Das Schreiben vom 20. Oktober 2016 nehme nicht auf die Teststellung Bezug und stehe ihr daher nicht entgegen.

4.4 Das Schreiben vom 20. Oktober 2016 umfasse bei sonstiger Präklusion nicht das erkennbare Erfordernis der Beantragung einer Teststellung und sei daher nicht ausreichend genau. Aus Gründen der Gleichbehandlung sei der Antragstellerin die Gelegenheit zur Teststellung zu geben. Die Antragstellerin habe rechtzeitig eine Teststellung beantragt. Das Bundesverwaltungsgericht habe nicht entschieden, dass die Antragstellerin spätestens mit ihrem Schreiben vom 27. Oktober 2016 eine Teststellung hätte beantragen müssen. Es liege kein Mangel iSd § 126 BVergG vor. Die Teststellung sei Teil des Bewertungsverfahrens und unterliege als solchem nicht der Verbesserungssystematik. Selbst wenn man von einem Mangel ausgehe, handle es sich bei der Beantragung einer Teststellung erst die Vorlage eines Nachweises.4.4 Das Schreiben vom 20. Oktober 2016 umfasse bei sonstiger Präklusion nicht das erkennbare Erfordernis der Beantragung einer Teststellung und sei daher nicht ausreichend genau. Aus Gründen der Gleichbehandlung sei der Antragstellerin die Gelegenheit zur Teststellung zu geben. Die Antragstellerin habe

rechtzeitig eine Teststellung beantragt. Das Bundesverwaltungsgericht habe nicht entschieden, dass die Antragstellerin spätestens mit ihrem Schreiben vom 27. Oktober 2016 eine Teststellung hätte beantragen müssen. Es liege kein Mangel iSd Paragraph 126, BVergG vor. Die Teststellung sei Teil des Bewertungsverfahrens und unterliege als solchem nicht der Verbesserungssystematik. Selbst wenn man von einem Mangel ausgehe, handle es sich bei der Beantragung einer Teststellung erst die Vorlage eines Nachweises.

4.5 Die Teststellung sei aus Gründen der Bietergleichbehandlung zulässig. Die Auftraggeberin erfahre erst durch die Angebote der Bieter, ob eine Teststellung erforderlich sei. Diese könne erst nach Angebotsabgabe erfolgen. Eine Wettbewerbsverzerrung sei dahingehend ausgeschlossen, als der Auftraggeberin die Computerkenntnisse von fünf Mitarbeitern aufgrund der bisherigen Leistungserbringung bekannt seien. Würde keine Teststellung durchgeführt, würde die Antragstellerin diskriminiert, weil die Teststellung in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen sei. Würde die Bewertung der Computerkenntnisse immer mit einer Wettbewerbsverzerrung einhergehen, sei auf Grundlage der vorliegenden Zuschlagskriterien keine vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung möglich.

4.6 Die Aufzugswärterprüfungen der namentlich genannten Mitglieder des Leistungsteams müssten ebenso wie die Strafregisterbescheinigungen der Prokuristen anerkannt werden. Überdies sei kein Zeitpunkt für das Vorliegen festgelegt, zu dem Nachweise spätestens vorgelegt werden könnten.

4.7 Die Antragstellerin hält ihre Anträge aufrecht und beantragt wegen der Klärung aller Sachverhaltselemente auf Tatsachenebene ohne eine mündliche Verhandlung zu entscheiden.

5. Am 20. April 2017 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Sie hatte im Wesentlichen folgenden Verlauf:

Dr. Matthias ÖHLER, Rechtsvertreter der Antragstellerin, gibt bekannt, dass die SCHRAMM ÖHLER Rechtsanwälte OG die Antragstellerin vertritt, und beruft sich gemäß § 9 RAO auf die erteilte Vollmacht. Dr. Matthias ÖHLER, Rechtsvertreter der Antragstellerin, gibt bekannt, dass die SCHRAMM ÖHLER Rechtsanwälte OG die Antragstellerin vertritt, und beruft sich gemäß Paragraph 9, RAO auf die erteilte Vollmacht.

Dr. Bernt ELSNER, Rechtsvertreter der Auftraggeberin, verweist auf die Stellungnahme vom 15. März 2017 und weist darauf hin, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Erkenntnis vom 22. Februar 2017 als Niveau der Computerkenntnisse den ECDL-Führerschein oder gleichwertig festgestellt hat. Es ist Sache des Bieters, entsprechende Nachweise vorzulegen. Weil es sich um ein Zuschlagskriterium handelt, werden bei Nichtvorlage von Nachweisen null Punkte vergeben und das Angebot nicht ausgeschieden. Mit der Aufforderung vom 20. Oktober 2016 hatte die Antragstellerin die Gelegenheit, entsprechende Nachweise vorzulegen oder eine Beantragung vorzulegen.

Dr. Matthias ÖHLER gibt an, dass im ursprünglichen Angebot für drei Mitglieder des Leistungsteams das Kästchen im Formblatt VII/Punkt X zum Nachweis der Absolvierung der Aufzugswärterprüfung leer gelassen wurde. Insofern ist das Formular unklar, weil nicht erkennbar ist, wie es auszufüllen ist. Eine Anleitung fehlt. Damit ist auch das Angebot unklar und die Auftraggeberin hätte nachfragen müssen. Dementsprechend hat die Antragstellerin die Zeugnisse vorgelegt. Diese sind bei der Angebotsbewertung zu berücksichtigen. Dr. Matthias ÖHLER gibt an, dass im ursprünglichen Angebot für drei Mitglieder des Leistungsteams das Kästchen im Formblatt VII/Punkt römisch zehn zum Nachweis der Absolvierung der Aufzugswärterprüfung leer gelassen wurde. Insofern ist das Formular unklar, weil nicht erkennbar ist, wie es auszufüllen ist. Eine Anleitung fehlt. Damit ist auch das Angebot unklar und die Auftraggeberin hätte nachfragen müssen. Dementsprechend hat die Antragstellerin die Zeugnisse vorgelegt. Diese sind bei der Angebotsbewertung zu berücksichtigen.

Dr. Bernt ELSNER gibt an, dass das Formblatt VII für einen objektiven Bieter hinreichend klar ist, da mit den Worten Angaben über den Mitarbeiter unter Punkt X "Zusatzausbildung Aufzugswart (bitte Nachweis vorlegen)" erkennbar ist, dass für solche Mitarbeiter die über eine entsprechende Zusatzausbildung verfügen, im jeweiligen Formblatt eine entsprechende Angabe zu tätigen ist. Es ergibt sich auch unter einer Zusammenschau mit Seite 12 der Ausschreibungsunterlage, worin geregelt ist, dass hinsichtlich Zusatzausbildung Aufzugswärterprüfung für jedes Mitglied des Leistungsteams, dass die Aufzugswärterprüfung absolviert hat, es Punkte gibt. Daher musste für den Bieter klar sein, dass er Angaben über die Absolvierung der Prüfung vorzunehmen hat. Dr. Bernt ELSNER gibt an, dass das Formblatt römisch sieben für einen objektiven Bieter hinreichend klar ist, da mit den Worten Angaben über den Mitarbeiter unter Punkt römisch zehn "Zusatzausbildung Aufzugswart (bitte Nachweis vorlegen)" erkennbar ist, dass

für solche Mitarbeiter die über eine entsprechende Zusatzausbildung verfügen, im jeweiligen Formblatt eine entsprechende Angabe zu tätigen ist. Es ergibt sich auch unter einer Zusammenschau mit Seite 12 der Ausschreibungsunterlage, worin geregelt ist, dass hinsichtlich Zusatzausbildung Aufzugswärterprüfung für jedes Mitglied des Leistungsteams, dass die Aufzugswärterprüfung absolviert hat, es Punkte gibt. Daher musste für den Bieter klar sein, dass er Angaben über die Absolvierung der Prüfung vorzunehmen hat.

Dr. Bernt ELSNER gibt an, dass die Ausschreibung selbst keinen konkreten Zeitpunkt für das Vorliegen der Befähigungen enthält. Dieser erschließt sich jedoch aus der Formulierung, dass das Mitglied des Leistungsteams z.B. Die Aufzugswärterprüfung absolviert hat. Es konnten Anfragen gestellt werden, es wurden aber keine gestellt.

Die Verfahrensparteien bringen nichts mehr vor.

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

#### 1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die STATISTIK ÖSTERREICH Bundesanstalt öffentlichen Rechts schreibt unter der Bezeichnung "Sicherheitsdienstleistungen für das Bürogebäude Guglgasse 13, Referenznummer der Bekanntmachung:

2016/276" einen Dienstleistungsauftrag über Reinigungsleistungen mit dem CPV-Code 79713000-5 – Bewachungsdienste in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt €

390.000 ohne USt. Die Auftraggeberin veröffentlichte den Auftrag ua im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 16. Juli 2016, 2016/S 136-244761, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 12. Juli 2016 zur Zahl L-600616-6615, beide abgesandt am 12. Juli 2016. Darin ist der Auftrag wie folgt beschrieben: "II.1.4) Kurze Beschreibung: Der AG beabsichtigt einen Dienstleistungsvertrag über Sicherheitsdienstleistungen für das Bürogebäude Guglgasse 13, 1110 Wien abzuschließen. Die Dienstleistungen umfassen insbesondere einen Objektschutz sowie 24/7-Portier- und Rezeptionsdienst. Darüber hinaus sind diverse Kontrolltätigkeiten durchzuführen sowie Sicherheitsanlagen zu bedienen und zu überwachen. Für die Erfüllung dieser Verpflichtungen werden 8 dauerhaft einzusetzende Mitarbeiter und zusätzlich 2 Mitarbeiter für Urlaubs- und Krankenstandszeiten benötigt." Das Vergabeverfahren ist wie folgt beschrieben: "IV.1.1) Verfahrensart Nichtoffenes Verfahren". (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Die "Bewerbungsunterlagen zum nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung der Statistik Österreich Bundesanstalt öffentlichen Rechts Ausschreibung „Sicherheitsdienstleistungen für das Bürogebäude Guglgasse 13, 1110 Wien“" lauten auszugsweise:

#### " 3. Vergabenorm/Vergabekontrollbehörde

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt. Es gelangen die Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 (BGBl I 17/2006 idgF) für öffentliche Auftraggeber für Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zur Anwendung. 27. Zuschlagskriterien und Angebotsbewertung Das gegenständliche Vergabeverfahren wird als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt. Es gelangen die Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006, idgF) für öffentliche Auftraggeber für Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zur Anwendung. 27. Zuschlagskriterien und Angebotsbewertung

#### 27.2 Bewertung der Angebote

Die Bewertung der Angebote für den Abschluss des Dienstleistungsvertrages erfolgt gemäß dem nachstehenden Bewertungsschema. Den einzelnen Zuschlagskriterien ist eine bestimmte Anzahl erreichbarer Punkte zugewiesen. Den Zuschlag erhält jener Bieter, der die höchste Gesamtpunkteanzahl erreicht.

#### 27.3 Zuschlagskriterien

Die Bewertung der Qualität des Angebotes erfolgt auf Basis der nachfolgend angeführten Zuschlagskriterien. Anzubieten ist ein namentlich benanntes Team („Leistungsteam“) von 10 Personen, aus dem jeweils 8 Personen bei sonstiger Pönaleverpflichtung (siehe Dienstleistungsvertrag) eingesetzt werden müssen.

Die Angaben über die einzelnen Teammitglieder sind für jedes Teammitglied gesondert jeweils in einem eigenen Ausdruck des Formblatts VII – Leistungsteam/Schlüsselpersonal (Anhang 5) festzuhalten. Die Angaben über die einzelnen Teammitglieder sind für jedes Teammitglied gesondert jeweils in einem eigenen Ausdruck des Formblatts römisch sieben – Leistungsteam/Schlüsselpersonal (Anhang 5) festzuhalten.

Zuschlagskriterien

Beschreibung

Punkte

Zusatzausbildungen Aufzugswärterprüfung (Formblatt VII/Punkt X) Zusatzausbildungen Aufzugswärterprüfung (Formblatt VII/Punkt römisch zehn)

Für jedes Mitglied des Leistungsteams, das die Aufzugswärterprüfung absolviert hat, gibt es 0,5 Bewertungspunkte.

4

Computerkenntnisse (Formblatt VII/Punkt XI) Computerkenntnisse (Formblatt VII/Punkt römisch elf)

Für jedes Mitglied des Leistungsteams, das über geeignete Computerkenntnisse (Kalendereintrag, Emailverkehr; Nachweis durch absolvierte EDV-Kurse oder ECDL-Führerschein oder Teststellung vor Ort) verfügt, gibt es 0,5 Bewertungspunkte.

4

Gesamt

Bewertungspunkte

100

Der Bieter ist

verpflichtet, im Auftragsfall die genannten Personen in ihrer angegebenen Verwendung im ausschreibungsgegenständlichen Projekt einzusetzen. Die ersten 8 Zuschlagskriterien werden grundsätzlich an Hand des schriftlichen Angebots objektiv bewertet, wobei Zusatzfragen im Rahmen der Präsentation insbesondere in Bezug auf die Sprachkompetenzen zur Absicherung des errechneten Ergebnisses möglich sind. Bezüglich des Qualitätskriteriums "Präsentation" wird jedes Mitglied der Bewertungskommission jedes anwesende Mitglied des Leistungsteams gemäß den festgelegten Kriterien mit 0 bis 3 Punkten bewerten. Die Bewertung wird umso besser ausfallen, je eher die gezeigten Fähigkeiten den Qualitätskriterien entsprechen. In interne Notizen jedes Kommissionsmitglieds zur Punktevergabe wird den Bietern keine Einsicht gewährt. Die Bewertung des Angebotes im Qualitätskriterium "Präsentation" erfolgt in der Art, dass das arithmetische Mittel der Bewertung der Kommissionmitglieder pro angebotenem Teammitglied gebildet wird.

Danach werden die Punkte aller Kriterien addiert und ergeben die Gesamtsumme der Bewertungspunkte. Insgesamt können 100 Bewertungspunkte erreicht werden.

27.4 Preisbewertung

"

(Bewerbungsunterlagen in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.3 Die Auftraggeberin versandte die Fragenbeantwortung vom 2. August 2016. (Fragebeantwortung vom 2. August 2016 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.4 Die Auftraggeberin öffnete am 23. August 2016 von 16.20 Uhr bis 17.20 Uhr sieben Teilnahmeanträge kommissionell. (Protokoll über die Öffnung der Teilnahmeanträge in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.5 Die Antragstellerin nannte in ihrem Teilnahmeantrag keine Subunternehmer und berief sich nicht auf die Kapazitäten Dritter. Sie legte dem Teilnahmeantrag eine Eigenerklärung bei, in der sie die Befugnisse des Sicherheitsdienstes, des Detektivs, der Uniformbewachung und der Funklizenzbewachung nannte. In Formblatt IV gab sie die Zertifizierungen nach ISO 50001 (Energiemanagement), EMAS (Umweltmanagement) und OSHAS 18001 (Arbeitsschutzmanagement) sowie die Beschäftigung von mehr als 75 Sicherheitsmitarbeitern an. Sie gab auf Formblatt V drei Referenzprojekte an, die von den jeweiligen Auftraggebern bestätigt sind, jedoch keine Angaben über den jeweiligen Zeitraum der Ausführung enthalten. Sie legte eine Auskunft und eine Führungsbestätigung des ANKÖ, einen Firmenbuchauszug, der zwei Geschäftsführer und zwei Prokuristen ausweist, Bescheide über die Erteilung von Gewerbeberechtigungen, eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der Wiener Gebietskrankenkasse, eine Bescheinigung des Finanzamtes, eine Amtsbestätigung, dass kein Insolvenzverfahren stattgefunden hat, Strafregisterbescheinigungen für beide Geschäftsführer, eine Auskunft des Kreditschutzverbandes von 1870, eine Versicherungsbestätigung, eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach ISO 9001:2008, eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach ISO 14001:2004, eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach OSHAS 18001:2007, eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach ISO 50001:2011 und eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach der VO (EG) 1221/2009 sowie für die deutsche Muttergesellschaft eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach DIN 11200:2008, eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach ISO 9001:2008 und eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach DIN EN 50518-1:2014-10 bei. (Teilnahmeantrag der Antragstellerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.5 Die Antragstellerin nannte in ihrem Teilnahmeantrag keine Subunternehmer und berief sich nicht auf die Kapazitäten Dritter. Sie legte dem Teilnahmeantrag eine Eigenerklärung bei, in der sie die Befugnisse des Sicherheitsdienstes, des Detektivs, der Uniformbewachung und der Funklizenzbewachung nannte. In Formblatt römisch vier gab sie die Zertifizierungen nach ISO 50001 (Energiemanagement), EMAS (Umweltmanagement) und OSHAS 18001 (Arbeitsschutzmanagement) sowie die Beschäftigung von mehr als 75 Sicherheitsmitarbeitern an. Sie gab auf Formblatt römisch fünf drei Referenzprojekte an, die von den jeweiligen Auftraggebern bestätigt sind, jedoch keine Angaben über den jeweiligen Zeitraum der Ausführung enthalten. Sie legte eine Auskunft und eine Führungsbestätigung des ANKÖ, einen Firmenbuchauszug, der zwei Geschäftsführer und zwei Prokuristen ausweist, Bescheide über die Erteilung von Gewerbeberechtigungen, eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der Wiener Gebietskrankenkasse, eine Bescheinigung des Finanzamtes, eine Amtsbestätigung, dass kein Insolvenzverfahren stattgefunden hat, Strafregisterbescheinigungen für beide Geschäftsführer, eine Auskunft des Kreditschutzverbandes von 1870, eine Versicherungsbestätigung, eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach ISO 9001:2008, eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach ISO 14001:2004, eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach OSHAS 18001:2007, eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach ISO 50001:2011 und eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach der VO (EG) 1221 aus 2009, sowie für die deutsche Muttergesellschaft eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach DIN 11200:2008, eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach ISO 9001:2008 und eine Bescheinigung über eine Zertifizierung nach DIN EN 50518-1:2014-10 bei. (Teilnahmeantrag der Antragstellerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.6 Die Auftraggeberin verfasste den Prüfbericht, in dem sie zur Antragstellerin nachzufordernde Unterlagen festhielt, sie jedoch zur Zulassung zur zweiten Stufe empfiehlt. Nach der Prüfung der Teilnahmeanträge lud die Auftraggeberin am 5. September 2016 die Antragstellerin neben vier weiteren Bietern zur Angebotsabgabe ein und verständigte die nicht zugelassenen Bieter. Gleichzeitig forderte sie ua die Antragstellerin zur Vorlage von Nachweisen auf. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.7 Die Ausschreibungsunterlage veröffentlichte die Auftraggeberin am 6. September 2016. Sie lautet auszugsweise wie folgt:

"AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGE

(Einladung der Angebotsabgabe)

zum

NICHT OFFENEN VERFAHREN

MIT VORHERIGER BEKANNTMACHUNG

der STATISTIK ÖSTERREICH

Bundesanstalt öffentlichen Rechts

Ausschreibung

„Sicherheitsdienstleistungen für das Bürogebäude Guglgasse 13, 1110 Wien“

## 2. Ansprechpartner

Mit der Abwicklung und Durchführung der gegenständlichen Ausschreibung ist die

CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH

z. Hd. RA MMag. Dr. Bernt Elsner

Gauermannngasse 2, 1010 Wien

Tel. +43 (1) 40443-1850

Fax: +43 (1) 40443-91850

E-Mail-Adresse: Stat-Austria-Sicherheitsdienstleistungen@cms-rrh.com

beauftragt. 3. Vergabenorm/Vergabekontrollbehörde

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt. Es gelangen die Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 (BGBl I 17/2006 idgF) für öffentliche Auftraggeber für Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zur Anwendung. 6. Gegenstand der Ausschreibung, OptionenDas gegenständliche Vergabeverfahren wird als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt. Es gelangen die Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006, idgF) für öffentliche Auftraggeber für Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zur Anwendung. 6. Gegenstand der Ausschreibung, Optionen

Der AG beabsichtigt den Abschluss eines Dienstleistungsvertrages über Sicherheitsdienstleistungen für das Bürogebäude Guglgasse 13, 1110 Wien. Die Dienstleistungen umfassen insbesondere einen Objektschutz sowie 24/7-Portier- und Rezeptionsdienst. Darüber hinaus sind diverse Kontrolltätigkeiten durchzuführen sowie Sicherheitsanlagen zu bedienen und zu überwachen. Für die Erfüllung dieser Verpflichtungen werden 8 dauerhaft einzusetzende Mitarbeiter und zusätzlich 2 Mitarbeiter für Urlaubs- und Krankenstandszeiten benötigt. Detailliert ergibt sich der Gegenstand der Ausschreibung aus dem Dienstleistungsvertrag, der mit der Einladung zur Angebotsabgabe (Ausschreibungsunterlage) an jene Bewerber übermittelt werden wird, die zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen wurden.

Der Dienstleistungsvertrag wird auf die Dauer von drei Jahren abgeschlossen. Seitens des AGs besteht die Möglichkeit zur Verlängerung um bis zu drei Jahre.

## 7. Ablauf des Vergabeverfahrens

Nach der Öffnung der Erstangebote werden diese einer formellen und inhaltlichen Überprüfung unterzogen. Ergeben sich bei dieser Prüfung Unklarheiten oder Mängel, werden die Bieter – soweit diese Mängel bzw. Unklarheiten behebbar sind bzw. aufgeklärt werden können – zur Verbesserung bzw. Aufklärung schriftlich aufgefordert. Der AG behält sich vor, im Zuge der formalen und inhaltlichen Angebotsprüfung Aufklärungsgespräche mit den Bietern zu führen.

Nach der inhaltlichen und formalen Überprüfung der Angebote werden alle Bieter, die ein Angebot gelegt haben, das den formalen und inhaltlichen Vorgaben entspricht, sei es auch erst nach einer allfälligen Verbesserung behebbarer Mängel, zur Angebotspräsentation eingeladen.

Anschließend werden die Angebote ausgewertet.

Das Ergebnis der Angebotsprüfung wird sodann sämtlichen verbliebenen Bietern im Wege der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß §§ 131f BVergG 2006 mitgeteilt werden. Nach Ablauf der Stillhaltefrist wird dem Bestbieter der Zuschlag erteilt.Das Ergebnis der Angebotsprüfung wird sodann sämtlichen verbliebenen Bietern im

Wege der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraphen 131 f, BVergG 2006 mitgeteilt werden. Nach Ablauf der Stillhaltefrist wird dem Bestbieter der Zuschlag erteilt.

## 24. Form und Inhalt eines gültigen Angebots

### 24.3 Inhalt

Dem Angebot sind jedenfalls nachstehende Unterlagen beizuschließen:

- \* Vollständig ausgefüllte und unterfertigte Ausschreibungsunterlage
- \* Beilagenliste
- \* Sämtliche in der Beilagenliste angeführten Beilagen, soweit sie nicht schon mit dem Teilnahmeantrag vorgelegt wurden und aktuell sind, insbesondere
  - Nachweise und Erklärungen zu den Eignungskriterien (allenfalls Eigenerklärung)
  - Formblätter für das Schlüsselpersonal
  - Formblatt für die Erklärung der Reaktionszeit
  - das ausgefüllte Preisblatt (siehe Punkt 28.2) und
  - der unterfertigte Dienstleistungsvertrag.

Den Bietern steht es frei, dem Angebot ein Anschreiben beizuschließen. Dies ist jedoch weder gewünscht noch notwendig und darf der Ausschreibungsunterlage nicht widersprechen.

## 27. Zuschlagskriterien und Angebotsbewertung

### 27.1 Allgemeines

Die Wahl des Angebotes für den Abschluss des Dienstleistungsvertrages erfolgt nach dem Bestangebotsprinzip (technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot).

### 27.2 Bewertung der Angebote

Die Bewertung der Angebote für den Abschluss des Dienstleistungsvertrages erfolgt gemäß dem nachstehenden Bewertungsschema. Den einzelnen Zuschlagskriterien ist eine bestimmte Anzahl erreichbarer Punkte zugewiesen. Den Zuschlag erhält jener Bieter, der die höchste Gesamtpunkteanzahl erreicht.

### 27.3 Zuschlagskriterien

Die Bewertung der Qualität des Angebotes erfolgt auf Basis der nachfolgend angeführten Zuschlagskriterien. Anzubieten ist ein namentlich benanntes Team („Leistungsteam“) von 10 Personen, aus dem jeweils 8 Personen bei sonstiger Pönaleverpflichtung (siehe Dienstleistungsvertrag) eingesetzt werden müssen.

Die Angaben über die einzelnen Teammitglieder sind für jedes Teammitglied gesondert jeweils in einem eigenen Ausdruck des Formblatts VII – Leistungsteam/Schlüsselpersonal (Anhang 5) festzuhalten. Die Angaben über die einzelnen Teammitglieder sind für jedes Teammitglied gesondert jeweils in einem eigenen Ausdruck des Formblatts römisch sieben – Leistungsteam/Schlüsselpersonal (Anhang 5) festzuhalten.

#### Zuschlagskriterien

##### Beschreibung

##### Punkte

Zusatzausbildungen Aufzugswärterprüfung (Formblatt VII/Punkt X) Zusatzausbildungen Aufzugswärterprüfung (Formblatt VII/Punkt römisch zehn)

Für jedes Mitglied des Leistungsteams, das die Aufzugswärterprüfung absolviert hat, gibt es 0,5 Bewertungspunkte.

Computerkenntnisse (Formblatt VII/Punkt XI) Computerkenntnisse (Formblatt VII/Punkt römisch elf)

Für jedes Mitglied des Leistungsteams, das über geeignete Computerkenntnisse (Kalendereintrag, Emailverkehr; Nachweis durch absolvierte EDV-Kurse oder ECDL-Führerschein oder Teststellung vor Ort) verfügt, gibt es 0,5 Bewertungspunkte.

Gesamt

Bewertungspunkte

100

Der Bieter ist

verpflichtet, im Auftragsfall die genannten Personen in ihrer angegebenen Verwendung im ausschreibungsgegenständlichen Projekt einzusetzen. Die ersten 8 Zuschlagskriterien werden grundsätzlich an Hand des schriftlichen Angebots objektiv bewertet, wobei Zusatzfragen im Rahmen der Präsentation insbesondere in Bezug auf die Sprachkompetenzen zur Absicherung des errechneten Ergebnisses möglich sind. Bezüglich des Qualitätskriteriums ‚Präsentation‘ wird jedes Mitglied der Bewertungskommission jedes anwesende Mitglied des Leistungsteams gemäß den festgelegten Kriterien mit 0 bis 3 Punkten bewerten. Die Bewertung wird umso besser ausfallen, je eher die gezeigten Fähigkeiten den Qualitätskriterien entsprechen. In interne Notizen jedes Kommissionsmitglieds zur Punktevergabe wird den Bietern keine Einsicht gewährt. Die Bewertung des Angebotes im Qualitätskriterium ‚Präsentation‘ erfolgt in der Art, dass das arithmetische Mittel der Bewertung der Kommissionsmitglieder pro angebotenem Teammitglied gebildet wird.

Danach werden die Punkte aller Kriterien addiert und ergeben die Gesamtsumme der Bewertungspunkte. Insgesamt können 100 Bewertungspunkte erreicht werden.

#### 27.4 Preisbewertung

Die Bewertung der Preise erfolgt aufgrund der Nettopreisangaben des Bieters in Punkt 28.2.

#### ANHANG 5

Formblatt VII – Leistungsteam/Schlüsselpersonal Formblatt römisch sieben – Leistungsteam/Schlüsselpersonal

Formblatt VII – Leistungsteam/Schlüsselpersonal Formblatt römisch sieben – Leistungsteam/Schlüsselpersonal

I. Der Unternehmer verfügt über den nachstehenden unselbständigen und in Vollzeit beschäftigten Dienstnehmer, der Deutsch in Wort und Schrift beherrscht und die Funktion der ausgeschriebenen Dienstleistung ausübt. römisch eins. Der Unternehmer verfügt über den nachstehenden unselbständigen und in Vollzeit beschäftigten Dienstnehmer, der Deutsch in Wort und Schrift beherrscht und die Funktion der ausgeschriebenen Dienstleistung ausübt.

X. Zusatzausbildung Aufzugswart (bitte Nachweis vorlegen) römisch zehn. Zusatzausbildung Aufzugswart (bitte Nachweis vorlegen)

XI. ECDL-Führerschein oder gleichwertig (bitte Nachweis vorlegen) römisch elf. ECDL-Führerschein oder gleichwertig (bitte Nachweis vorlegen)

Die Richtigkeit obiger Angaben (Punkt II.-XI.) wird ausdrücklich bestätigt. Die Richtigkeit obiger Angaben (Punkt römisch zwei.-XI.) wird ausdrücklich bestätigt.

\_\_\_\_\_ Unterschrift des Mitarbeiters

## Dienstleistungsvertrag

über

Sicherheitsdienstleistungen für das Bürogebäude Guglgasse 13, 1110

Wien

### 4. Besondere Vertragsbestimmungen

#### 4.1 Pflichten des AN

##### 4.1.1 Allgemeine Pflichten

Der AN ist verpflichtet, ausschließlich das im Anhang 5-- Formblatt VII angegebene Leistungsteam beim AG einzusetzen. Sollte einer dieser Mitarbeiter die Beschäftigung beim AN beenden, so ist der AN verpflichtet, einen ebenso oder höher qualifizierten Mitarbeiter einzusetzen (insbesondere hinsichtlich der Erfahrung in datensensiblen Bereichen). Der AG behält sich ausdrücklich das Recht vor, Arbeitskräfte abzulehnen, wenn diese den festgesetzten Vorgaben nicht genügen. Wird ein Mitarbeiter abgelehnt, ist der AN verpflichtet, innerhalb der Reaktionszeit (Punkt 4.1.3) Ersatz zur Verfügung zu stellen. Der AN ist verpflichtet, ausschließlich das im Anhang 5-- Formblatt römisch sieben angegebene Leistungsteam beim AG einzusetzen. Sollte einer dieser Mitarbeiter die Beschäftigung beim AN beenden, so ist der AN verpflichtet, einen ebenso oder höher qualifizierten Mitarbeiter einzusetzen (insbesondere hinsichtlich der Erfahrung in datensensiblen Bereichen). Der AG behält sich ausdrücklich das Recht vor, Arbeitskräfte abzulehnen, wenn diese den festgesetzten Vorgaben nicht genügen. Wird ein Mitarbeiter abgelehnt, ist der AN verpflichtet, innerhalb der Reaktionszeit (Punkt 4.1.3) Ersatz zur Verfügung zu stellen.

"

(Ausschreibungsunterlage samt Anhängen und Leistungsvertrag in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.8 Am 21. September 2016 versandte die Auftraggeberin eine Fragenbeantwortung. (Fragebeantwortung vom 21. September 2016 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.9 Die kommissionelle Angebotsöffnung fand am 6. Oktober 2016 von 11.10 Uhr bis 11.30 Uhr statt. Dabei waren Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und einer weiteren Bieterin, nicht jedoch der Antragstellerin anwesend. Die Angebotspreise ohne USt der drei abgegebenen Angebote waren folgende:

\* AAAA € 360.000,00

\* BBBB € 360.000,00

\* CCCC € 366.658,00

(Protokoll über die Angebotsöffnung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.10 Die Antragstellerin legte dem Angebot einen Firmenbuchauszug und ein Führungszertifikat des ANKÖ bei. Sie nennt keine Subunternehmer und beruft sich nicht auf Drittunternehmer. Für alle elf angebotenen Mitarbeiter des Leistungsteams/Schlüsselpersonals ist je ein Formblatt VII ausgefüllt. Bei fünf Mitarbeitern bestätigt sie in Punkt VII.X eine Zusatzausbildung als Aufzugswart. Bei elf Mitarbeitern bestätigt sie in Punkt VII.XI einen ECDL-Führerschein oder gleichwertiges. Auf jedem Formblatt hat der jeweilige Mitarbeiter die Richtigkeit der Angaben bestätigt. Die jeweiligen Nachweise ua zum Aufzugswart liegen dem Angebot in Kopie bei. Die Nachweise für ua Computerkenntnisse fehlen. (Angebot der Antragstellerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.10 Die Antragstellerin legte dem Angebot einen Firmenbuchauszug und ein Führungszertifikat des ANKÖ bei. Sie nennt keine Subunternehmer und beruft sich nicht auf Drittunternehmer. Für alle elf angebotenen Mitarbeiter des Leistungsteams/Schlüsselpersonals ist je ein Formblatt römisch sieben ausgefüllt. Bei fünf Mitarbeitern bestätigt sie in Punkt römisch sieben.X eine Zusatzausbildung als Aufzugswart. Bei elf Mitarbeitern bestätigt sie in Punkt römisch sieben.XI einen ECDL-

Führerschein oder gleichwertiges. Auf jedem Formblatt hat der jeweilige Mitarbeiter die Richtigkeit der Angaben bestätigt. Die jeweiligen Nachweise ua zum Aufzugswart liegen dem Angebot in Kopie bei. Die Nachweise für ua Computerkenntnisse fehlen. (Angebot der Antragstellerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.11 Mit Schreiben vom 12. Oktober 2016 lud die Auftraggeberin die Bieter zu einer Bieterpräsentation ein. Dieses Schreiben lautet wie folgt:

" Ich darf Sie im Auftrag der Statistik Österreich Bundesanstalt öffentlichen Rechts zur Bieterpräsentation einladen.

Bezüglich der Bewertungskriterien wird auf Seite 12 der Einladung zu Angebotsabgabe (Ausschreibungsunterlage) verwiesen. Der Präsentationstermin dient dazu, die Mitglieder der Bewertungskommission in die Lage zu versetzen, das Zuschlagskriterium Präsentation entsprechend zu bewerten. Beim Zuschlagskriterium Präsentation werden 8 Personen bewertet (bis zu 3 Bewertungspunkte pro Teammitglied, insgesamt maximal 24 Bewertungspunkte).

Die Bewertungskommission lernt auch gerne die weiteren Mitglieder des Leistungsteams kennen. Wenn ein Bieter mehr als 8 Personen zur Präsentation bringt, hat er zu bestimmen, welche 8 Personen primär eingesetzt werden sollen. Diese werden dann bewertet.

Wir ersuchen, uns bis spätestens 24 Stunden vor der Präsentation die Namen jener Personen mitzuteilen, die zur Präsentation erscheinen werden.

"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.12 Am 18. Oktober 2016 fand die Bieterpräsentationen der Antragstellerin statt. Von den im Angebot genannten Mitgliedern des Leistungsteams erschien eines nicht, das auch eine Zusatzqualifikation als Aufzugswart aufweist. Jedes Mitglied der Bewertungskommission füllte für jedes Mitglied des Leistungsteams jedes Bieters je ein Bewertungsblatt aus. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.13 Mit Schreiben vom 20. Oktober 2016 forderte die Auftraggeberin ua die Antragstellerin zur Nachreichung von Unterlagen auf. Dieses Schreiben lautet auszugsweise:

" II. Darüber hinaus enthält das Angebot nicht die folgenden bewertungsrelevanten Informationen bzw Nachweise: römisch zwei. Darüber hinaus enthält das Angebot nicht die folgenden bewertungsrelevanten Informationen bzw Nachweise:

1. In den vorgelegten Formblättern VII – Leistungsteam/Schlüsselpersonal, Punkt XI., ist hinsichtlich aller nominierter Mitarbeiter vermerkt, dass diese über einen ECDL-Führerschein (oder gleichwertig) verfügen. Dem Angebot sind jedoch keine entsprechenden Nachweise beigelegt. 1. In den vorgelegten Formblättern römisch sieben – Leistungsteam/Schlüsselpersonal, Punkt römisch elf., ist hinsichtlich aller nominierter Mitarbeiter vermerkt, dass diese über einen ECDL-Führerschein (oder gleichwertig) verfügen. Dem Angebot sind jedoch keine entsprechenden Nachweise beigelegt.

2. Wir ersuchen um entsprechende Nachreichung geeigneter Nachweise bzw. der fehlenden Angaben.

III. Als Fristende für die Mängelbehebung bzw die Nachreichung der Unterlagen wird der 27.10.2016 (einlangend) festgesetzt. Innerhalb dieser Frist steht es Ihnen frei, auch eine Stellungnahme abzugeben. Diese Stellungnahme ersetzt nicht die fristgerechte und vollständige Mängelbehebung. römisch drei. Als Fristende für die Mängelbehebung bzw die Nachreichung der Unterlagen wird der 27.10.2016 (einlangend) festgesetzt. Innerhalb dieser Frist steht es Ihnen frei, auch eine Stellungnahme abzugeben. Diese Stellungnahme ersetzt nicht die fristgerechte und vollständige Mängelbehebung.

"

(Schreiben der Auftraggeberin vom 20. Oktober 2016 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.14 Diesem Ersuchen kam die Antragstellerin mit E-Mail vom 27. Oktober 2016 nach und übermittelte den unterschriebenen Dienstleistungsvertrag, elf Formblätter VII und eine Anmeldebestätigung für Computerkurse "Computeranwendungskurs" über fundiertes EDV-Grundwissen bei DDDD vom 25. Oktober 2016 für acht Mitglieder des Leistungsteams. (E-Mail der Antragstellerin vom 27. Oktober 2016 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens) 1.14

Diesem Ersuchen kam die Antragstellerin mit E-Mail vom 27. Oktober 2016 nach und übermittelte den unterschriebenen Dienstleistungsvertrag, elf Formblätter römisch sieben und eine Anmeldebestätigung für Computerkurse "Computeranwenderkurs" über fundiertes EDV-Grundwissen bei DDDD vom 25. Oktober 2016 für acht Mitglieder des Leistungsteams. (E-Mail der Antragstellerin vom 27. Oktober 2016 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.15 Danach erfolgten die Angebotsbewertung und die interne Beschlussfassung der Auftraggeberin. In der Niederschrift über die Angebotsprüfung vom 14. November 2016 ist zum Angebot der Antragstellerin festgehalten:

" Anmerkungen

Es wurden Unterlagen zu 11 Personen vorgelegt. In die Bewertung wurden jene acht Personen einbezogen, die im Leistungsteam benannt und bei der Präsentation anwesend waren (siehe Bewertungsmatrix).

Trotz Ja'-Angabe im Angebot wurden keine Nachweise über ECDL-Kenntnisse vorgelegt. Nachgereicht wurde lediglich eine Bestätigung der DDDD über die Buchung des Kurses 'Computeranwenderkurs' (Fundiertes EDV-Grundwissen) für die Herren

Die Bestätigung datiert vom 15.10.2016; die Kurse finden im November 2016 statt. Da die EDV-Ausbildungen im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht vorlagen, fließen sie in die Angebotsbewertung nicht ein.

Mängel keine

"

(Niederschrift über die Angebotsprüfung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.16 Am 5. Jänner 2017 gab die Auftraggeberin ua der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der BBBB bekannt. (Zuschlagsentscheidung vom 5. Jänner 2017 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.17 Am 11. Jänner 2017 ersuchte die Antragstellerin die Auftraggeberin, ihr das Protokoll der Angebotsöffnung und die Niederschrift über die Angebotsprüfung und die Bekanntgabe der Angebotspreise zu übermitteln. Mit E-Mail vom 12. Jänner 2016 übermittelte die Auftraggeberin der Antragstellerin die erbetenen Informationen in einer Fassung, die die von anderen Bietern übermittelten Informationen schützt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.18 Mit Erkenntnis vom 22. Februar 2017, W187 2144680-2/30E, erklärte das Bundesverwaltungsgericht die Zuschlagsentscheidung vom 5. Jänner 2017 für nichtig. In der mündlichen Verhandlung in diesem Verfahren am 16. Februar 2017 beantragte die Antragstellerin die Durchführung einer Teststellung zum Nachweis der Computerkenntnisse der Mitglieder des Leistungsteams. (Verfahrensakt des Bundesverwaltungsgerichts zu W187 2144680-2)

1.19 Am 24. Februar 2017 sandte die Antragstellerin folgendes E-Mail an die Auftraggeberin:

"Sehr geehrter Herr Dr. Elsner,

bezugnehmend auf die Entscheidung des Nachprüfungsantrags betr. Dem Vergabeverfahren ,Sicherheitsdienstleistungen für das Bürogebäude Guglgasse 13' übermitteln wir Ihnen nochmals die Zeugnisse für den Aufzugs/Hebeanlagenwärter unserer Mitarbeiter und die Zertifikate der Computeranwenderkurse unserer Mitarbeiter mit den Testauswertungen sowie, sollte dies nicht ausreichen, einen Antrag auf Teststellung der Computerkenntnisse.

Mit freundlichen Grüßen

"

Diesem Mail war folgendes Schreiben vom 24. Februar 2017 angeschlossen:

"Sehr geehrter Herr Dr. Elsner,

bezugnehmend auf die gegenständliche Ausschreibung stellen wird den Antrag zur Teststellung unserer Mitarbeiter im Bereich der Computerkenntnisse, sollten diese Kursbestätigungen nicht ausreichen.

Mit freundlichen Grüßen

AAAA"

Diesem Mail lagen Bestätigungen vom 19. Dezember 2016 bei, dass acht Mitarbeiter des Leistungsteams einen

Computeranwenderkurs vom 10. November 2016 bis 19. Dezember 2016 im Ausmaß von 32 Trainingseinheiten mit unterschiedlichem Erfolg abgeschlossen haben. Auf diesen Bestätigen finden sich das Logo des durchführenden Instituts und der Antragstellerin. Weiters lagen die zugehörigen Testprotokolle bei.

Für einen weiteren Mitarbeiter legte die Antragstellerin eine Bestätigung des AMS vom 25. November 2016 über den Besuch des Computerkurses IT2 – EDV für das Büro inkl. ECDL von 14. April 2004 bis 18. Juni 2004 bei.

Für fünf Mitarbeiter legte die Antragstellerin Zeugnisse für Aufzugs-/Hebeanlagenwärter ausgestellt von TÜV Austria. Diese stammen vom 14. November 2016 (vier Zeugnisse) und vom 30. September 2010 (ein Zeugnis). Ein Zeugnis betrifft einen Mitarbeiter, der nicht bei der Präsentation anwesend war. Ein Zeugnis betrifft einen Mitarbeiter, für den die Antragstellerin mit dem Angebot ein anderes Zeugnis vorgelegt hat.

(Schreiben der Antragstellerin vom 24. Februar 2017 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.20 Die Auftraggeberin übermittelte die Festlegung vom 27. Februar 2017 mit E-Mail vom 27. Februar 2017. Es lautet wie folgt:

" Mit Erkenntnis des BVwG vom 22.2.2017, W187 2144680-2/30E, wurde die Zuschlagsentscheidung im o.a. Vergabeverfahren vom 5.1.2017 für nichtig erklärt. Das Vergabeverfahren wird daher unter Bindung an die Rechtsansicht des BVwG fortgesetzt. Das Vergabeverfahren befindet sich nunmehr wieder im Stadium vor Zuschlagsentscheidung.

Die Bieterin AAAA hat in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 16.2.2017 sowie mit Schreiben vom 24.2.2017 eine Teststellung zur Überprüfung der Computerkenntnisse ihres Leistungsteams beantragt sowie Bestätigungen über die Absolvierung von Computeranwenderkursen und Aufzugswärterprüfungen nachgereicht.

#### 1. Zu den Computerkenntnissen

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Erkenntnis vom 22.2.2017 (Seite 55) festgehalten, dass die Computerkenntnisse im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet werden und die Bieter im Formblatt VII anzugeben und durch absolvierte Computerkurse, einen ECDL-Führerschein oder eine Teststellung vor Ort nachzuweisen hatten, ob die Mitglieder ihres Leistungsteams über die für den Erhalt von Qualitätspunkten geforderten Computerkenntnisse verfügen. Das Niveau der Computerkenntnisse, für das pro Mitglied des Leistungsteams Qualitätspunkte vergeben werden, wurde in der Ausschreibung (Seite 12 sowie Seite 29/Formblatt VII, Punkt XI) bestandsfest mit ‚ECDL-Führerschein oder gleichwertig‘ festgelegt. 1.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Erkenntnis vom 22.2.2017 (Seite 55) festgehalten, dass die Computerkenntnisse im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet werden und die Bieter im Formblatt römisch sieben anzugeben und durch absolvierte Computerkurse, einen ECDL-Führerschein oder eine Teststellung vor Ort nachzuweisen hatten, ob die Mitglieder ihres Leistungsteams über die für den Erhalt von Qualitätspunkten geforderten Computerkenntnisse verfügen. Das Niveau der Computerkenntnisse, für das pro Mitglied des Leistungsteams Qualitätspunkte vergeben werden, wurde in der Ausschreibung (Seite 12 sowie Seite 29/Formblatt römisch sieben, Punkt römisch elf) bestandsfest mit ‚ECDL-Führerschein oder gleichwertig‘ festgelegt.

Konkret formulierte das BVwG (Seite 55, Punkt 3.3.8.1):

„Nachzuweisen waren die Computerkenntnisse entsprechend Punkt 27.3 der Ausschreibungsunterlage durch absolvierte Computerkurse, einen ECDL-Führerschein oder eine Teststellung vor Ort, nach Anhang VII Punkt XI durch ‚ECDL-Führerschein oder gleichwertig‘. In den Zuschlagskriterien sind zwar nur "Kalendereintrag, Emailverkehr" als Tätigkeiten am Computer angegeben, die nachweisenden Kenntnisse sind jedoch durch den ECDL-Führerschein festgelegt. Dieser weist in seiner Grundstufe weit höhere Kenntnisse nach, als bloß Kalendereinträge machen und Emailverkehr führen nach, stellt aber das nachzuweisende Mindestniveau dar.“ Nachzuweisen waren die Computerkenntnisse entsprechend Punkt 27.3 der Ausschreibungsunterlage durch absolvierte Computerkurse, einen ECDL-Führerschein oder eine Teststellung vor Ort, nach Anhang römisch sieben Punkt römisch elf durch ‚ECDL-Führerschein oder gleichwertig‘. In den Zuschlagskriterien sind zwar nur "Kalendereintrag, Emailverkehr" als Tätigkeiten am Computer angegeben, die nachweisenden Kenntnisse sind jedoch durch den ECDL-Führerschein festgelegt. Dieser weist in seiner Grundstufe weit höhere Kenntnisse nach, als bloß Kalendereinträge machen und Emailverkehr führen nach, stellt aber das nachzuweisende Mindestniveau dar.“

Das BVwG stellt fest, dass die AAAA unstrittig weder mit ihrem Angebot noch mit ihrem Aufklärungsschreiben vom 27. Oktober 2016 Nachweise über die Computerkenntnisse der Mitglieder des Leistungsteams vorgelegt hat. Die

vorgelegte Anmeldung zu einem Computerkurs war einem Nachweis von Kenntnissen nicht gleichgehalten, weil eine Anmeldung noch keinen Nachweis über die Absolvierung eines Kurses leiste und der Kurs weiter geringere Kenntnisse vermittele, als es das geforderte Niveau des ECDL-Führerscheins oder gleichwertig verlange. Die allfällige Teilnahme an einem Computerkurs ersetzt auch nicht die ‚Teststellung vor Ort‘.

Auch wenn es Aufgabe der Auftraggeberin sei, fehlende Nachweise einzufordern, beziehe sich das in erster Linie auf (schriftliche) Nachweise. Eine Teststellung hätte hingegen die AAAA einfordern müssen, wozu sie im Antwortschreiben vom 27.10.2016 Gelegenheit gehabt habe. Beim Nachweis der Computerkenntnisse handle es sich nicht um eine Mindestanforderung an die Eignung, sondern um ein Zuschlagskriterium, das die Wettbewerbsstellung des jeweiligen Bieters direkt beeinflusst. Auch aus diesem Grund war es Sache des Bieters, die jeweiligen Computerkenntnisse von sich aus nachzuweisen oder sich um den Nachweis zu kümmern. Der Antrag der AAAA in der mündlichen Verhandlung auf Durchführung einer Teststellung sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem die Angebotsprüfung bereits abgeschlossen sein sollte. Die Bewertung des Angebots der AAAA war in Anbetracht dessen nicht zu beanstanden.

1.2 Tatsächlich hat die Auftraggeberin die die AAAA im Schreiben vom 20.10.2016 darauf hingewiesen, dass das Angebot bewertungsrelevante Informationen bzw. Nachweise hinsichtlich des ECDL-Führerscheins (oder gleichwertig) nicht enthalten hat bzw. entsprechende Nachweise dem Angebot nicht beigelegt waren. Weiter hieß es wörtlich: ‚Wir ersuchen um entsprechende Nachreichung geeigneter Nachweise bzw. der fehlenden Angaben.‘

Für die Mängelbehebung wurde auch mit folgenden Worten eine Frist gesetzt:

‚Als Fristende für die Mängelbehebung bzw die Nachreichung der Unterlagen wird der 27.10.2016 (einlangend) festgesetzt.‘

Diese Fristsetzung blieb unbekämpft und ist daher präkludiert. Es wurde auch keine Fristverlängerung beantragt. Diese Frist ist daher für Bieter wie Auftraggeberin bindend. Innerhalb dieser Frist hätte AAAA Gelegenheit gehabt, den Wunsch einer Teststellung zu äußern, hat dies aber nicht getan.

Das BVwG hat dazu ausgesprochen, dass die Antragstellerin eine Teststellung einfordern hätte müssen, dass sie dazu mit dem Antwortschreiben vom 27. Oktober 2016 Gelegenheit gehabt hätte und dass sie jedoch, statt eine Teststellung zu verlangen, Anmeldungen von Mitarbeitern zu einem Computerkurs vorgelegt hat.

Das BVwG sprach auch aus, dass die innerhalb der Frist vorgelegten Anmeldungen zu einem Computerkurs Nachweisen von Kenntnissen nicht gleichzuhalten sind.

In Bindung an die Rechtsansicht des BVwG und zur Sicherstellung der Gleichbehandlung aller Bieter wird sohin keine weitere Frist zur Vorlage von ECDL-Führerscheinen oder gleichwertigen Nachweisen für das Vorliegen von Computerkenntnissen auf dem Niveau eines ECDL-Führerscheins gewährt.

Festlegung: Das Ersuchen in der Verhandlung vom 16.2.2017 sowie mit Schreiben vom 24.2.2017 um Ermöglichung einer Teststellung wird als verspätet zurückgewiesen.

Diese Festlegung wird wie folgt begründet:

Ausgehend vom Erkenntnis des BVwG vom 22.2.2017 steht fest, (i) dass dem Angebot der AAAA die erforderlichen Nachweise über Computerkenntnisse nicht beilagen und darin auch eine Teststellung nicht beantragt wurde; (ii) dass AAAA auf diesen Umstand mit Schreiben vom 20.10.2016 ausdrücklich hingewiesen und zur Verbesserung aufgefordert wurde; und (iii) dass die AAAA auch in ihrem Aufklärungsschreiben vom 27.10.2016 weder (relevante) Nachweise vorgelegt hat, noch eine Teststellung beantragt hat, obwohl sie dazu Gelegenheit gehabt hätte.

Im Mängelbehebungsauftrag vom 20.10.2017 wurde der AAAA eine Frist für die Mängelbehebung bzw die Nachreichung der Unterlagen gesetzt, die am 27.10.2016 endete. An diese Frist ist nicht nur die AAAA, sondern auch die Auftraggeberin gebunden.

Der Antrag der AAAA auf Durchführung einer Teststellung erfolgte in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 16.2.2017 und wurde mit Schreiben vom 24.2.2017 wiederholt; die Anträge erfolgten somit nicht innerhalb der Verbesserungsfrist und sind daher verspätet.

Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Bieter nur einmal zu Mängelbehebung aufzufordern; die Einräumung einer weiteren Verbesserungsmöglichkeit widerspräche dem Gleichbehandlungsgebot (BVwG 26.5.2014, W123 2007137-1

uva). Auftraggebern ist es aus demselben Grund auch verwehrt, einseitige Nachfristen zur Mängelbehebung einzuräumen (Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 1605).

Der AAAA wurde bereits einmal die Gelegenheit zur Verbesserung im Hinblick auf die fehlenden Nachweise zu den behaupteten Computerkenntnissen – und somit die Möglichkeit, eine Teststellung zu beantragen – eingeräumt.

Die erneute Einräumung einer Gelegenheit zur Verbesserung durch Einladung zu einer Teststellung würde ihr zudem einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, weil ihr dies ermöglichen würde, ihre Mitarbeiter nach dem Zeitpunkt der Angebotslegung noch zu einer Fortbildung zu schicken und Kenntnisse, die bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung vorliegen hätten müssen, später zu erwerben.

Zu Recht hat das BVwG in seinem Erkenntnis vom 22.2.2017 darauf hingewiesen, dass ‚es sich beim Nachweis der Computerkenntnisse nicht um eine Mindestanforderung an die Eignung, sondern um ein Zuschlagskriterium [handelt], das die Wettbewerbsstellung des jeweiligen Bieters direkt beeinflusst.‘ Die beantragte Teststellung kann daher im jetzigen Stadium des Vergabeverfahrens auch aus Gründen der Bietergleichbehandlung nicht ermöglicht werden. Diese Wettbewerbsverzerrung würde auch durch die bloß faktische Gewährung einer Teststellung – auch ohne erneutes Aufforderungsschreiben seitens der Auftraggeberin – verwirklicht und hat folglich zu unterbleiben.

1.3 Die mit Email vom 24.2.2017 und später postalisch übermittelten Bestätigungen über die Teilnahme von Mitarbeitern der AAAA an Computeranwenderkursen datieren vom 19.12.2016 und betreffen Kurse, die zwischen dem 10.11.2016 und dem 19.12.2016 absolviert wurden. Diese Unterlagen können bei der Angebotsbewertung nicht berücksichtigt werden, da die entsprechenden Computerkenntnisse spätestens im Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist vorliegen mussten, um im Rahmen der Bewertung berücksichtigt werden zu können. Andernfalls würde der AAAA ein Wettbewerbsvorteil gegenüber den übrigen Bietern eingeräumt (vgl. VwGH 3.9.2008, 2007/04/0017).  
1.3 Die mit Email vom 24.2.2017 und später postalisch übermittelten Bestätigungen über die Teilnahme von Mitarbeitern der AAAA an Computeranwenderkursen datieren vom 19.12.2016 und betreffen Kurse, die zwischen dem 10.11.2016 und dem 19.12.2016 absolviert wurden. Diese Unterlagen können bei der Angebotsbewertung nicht berücksichtigt werden, da die entsprechenden Computerkenntnisse spätestens im Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist vorliegen mussten, um im Rahmen der Bewertung berücksichtigt werden zu können. Andernfalls würde der AAAA ein Wettbewerbsvorteil gegenüber den übrigen Bietern eingeräumt vergleiche VwGH 3.9.2008, 2007/04/0017).

Darüber hinaus handelt es sich bei den vorgelegten Nachweisen nicht um Nachweise von Computerkenntnissen, die dem in der Ausschreibungsunterlage festgelegten und präkludierten Niveau eines ECDL-Führerscheins entsprechen. Auf das präkludierte Niveau von Computerkenntnissen für die Erlangung der diesbezüglichen Qualitätspunkte wurde auch im Erkenntnis des BVwG vom 22.2.2017, W187 2144680-2/30E, hingewiesen.

## 2. Zu den Aufzugswärter-Zeugnissen

Mit Email-Schreiben vom 24.2.2017 hat die AAAA Zeugnisse ‚für den Aufzugs-/Hebeanlagenwärter‘ für die Herren vom 14.11.2016, vom 30.9.2010, vom 14.11.2016, vom 14.11.2016 und vom 14.11.2016 nachgereicht.

Diese Nachreichung kann aus den folgenden Gründen keine Änderung der Bewertung begründen:

Für Herrn war bereits mit dem Angebot ein Zeugnis für den Fahrtreppen-/Hebeanlagenwärter vom 30.9.2010 vorgelegt worden. Dieser Nachweis war schon in der bisherigen Angebotsprüfung gewertet worden. Die Vorlage dieses weiteren Zeugnisses kann daher keine Änderung der Bewertung begründen.

Die anderen nunmehr vorgelegten Zeugnisse datieren jeweils vom 14.11.2016, sodass ein Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe damit jedenfalls nicht erbracht werden konnte, weshalb eine Berücksichtigung jedenfalls nicht erfolgen kann (VwGH 3.9.2008, 2007/04/0017).

Im Übrigen hat die AAAA hinsichtlich der Herren, und in ihrem Angebot das Vorliegen der Aufzugswärterprüfung nicht behauptet. Eine Angebotsänderung nach Angebotsöffnung ist nicht möglich. Auch aus diesem Grund kommt eine Berücksichtigung nicht in Betracht. Bei diesem Ergebnis kann dahinstehen, ob es sich bei den Herren und um ein- und dieselbe Person handelt.

Für Herrn war bereits mit dem Angebot ein Zeugnis für den Aufzugswärter vom 29.9.2006 vorgelegt wurden, das allerdings schon bislang nicht bewertet werden konnte, weil zur Präsentation nicht erschienen ist und daher nicht Teil des (bewertungsrelevanten) erstbenannten Leistungsteams war. Bewertet wurde das Leistungsteam bestehend aus

den Herren , , , , , und . Das Zeugnis betreffend Herrn ist daher auch aus diesem Grund unbeachtlich.

Hingewiesen wird darauf, dass das BVwG im Hinblick auf das Qualitätskriterium ‚Zusatzausbildung Aufzugswärterprüfung‘ festgehalten hat, dass die Bewertung der Auftraggeber nicht zu beanstanden ist."

(E-Mail der Auftraggeberin vom 27. Februar 2017 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.21 Die Auftraggeberin hat das Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.22 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

2.463. (Verfahrensakt)

## 2. Beweiswürdigung

2.1 Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann.

2.2 Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

2.3 Am Verfahren zur Zahl W187 2144680-2 waren beide Verfahrensparteien beteiligt, sodass ihnen das zitierte Erkenntnis bekannt ist.

## 3. Rechtliche Beurteilung

### 3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz – BVwGG, BGBl I 2013/10 idF BGBl I 2017/24, lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz – BVwGG, BGBl römisch eins 2013/10 in der Fassung BGBl römisch eins 2017/24, lauten:

"Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist." Paragraph 6, Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist."

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2017/24, lauten: 3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl römisch eins 2017/24, lauten:

"Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes. Paragraph eins, Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Paragraph 28, (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn (2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) "

Inkrafttreten

§ 58. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft. Paragraph 58, (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft.

(2) Entgegenstehende Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht sind, bleiben unberührt.

(3) ..."

3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß § 58 Abs 2 VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl I 2006/17 idF BGBl II 2016/250, lauten: 3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch zwei 2016/250, lauten:

"Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 19, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge

§ 141. (1) Für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs. 1 und 6, 6, 9, 10, 12 Abs. 1 und 3, 13, 16, 20 Abs. 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 87a, 98, 99a und 140 Abs. 9 sowie der 4. bis 6. Teil dieses Bundesgesetzes. Paragraph 141, (1) Für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des Paragraph 2, Ziffer 16,, die Paragraphen 3, Absatz eins und 6, 6, 9, 10, 12 Absatz eins und 3, 13, 16, 20 Absatz 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 87 a, 98, 99 a und 140 Absatz 9, sowie der 4. bis 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

(2) Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den §§ 30 Abs. 2 bzw. 38 Abs. 2 Z 3 bis 5 genannten Voraussetzungen vorliegt. (2) Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den Paragraphen 30, Absatz 2, bzw. 38 Absatz 2, Ziffer 3 bis 5 genannten Voraussetzungen vorliegt.

(3) (4) Sofern eine Bekanntmachung zur Gewährleistung eines angemessenen Grades von Öffentlichkeit geboten ist, sind Bekanntmachungen in dem gemäß § 52 Abs. 1 für den jeweiligen Vollziehungsbereich festgelegten Publikationsmedium zu veröffentlichen. Im Oberschwellenbereich sind vergebene nicht prioritäre

Dienstleistungsaufträge gemäß § 54 bekannt zu geben.(3) (4) Sofern eine Bekanntmachung zur Gewährleistung eines angemessenen Grades von Öffentlichkeit geboten ist, sind Bekanntmachungen in dem gemäß Paragraph 52, Absatz eins, für den jeweiligen Vollziehungsbereich festgelegten Publikationsmedium zu veröffentlichen. Im Oberschwellenbereich sind vergebene nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge gemäß Paragraph 54, bekannt zu geben.

(5) Als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers.

(6) Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Abs. 7, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung besteht nicht, wenn(6) Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Absatz 7,, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung besteht nicht, wenn

1. der Zuschlag dem einzigen bzw. dem einzigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter erteilt werden soll, oder  
2. wenn auf Grund der in § 30 Abs. 2 Z 3 genannten Voraussetzungen von einer Bekanntmachung des Verfahren Abstand genommen wurde.2. wenn auf Grund der in Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 3, genannten Voraussetzungen von einer Bekanntmachung des Verfahren Abstand genommen wurde.

(7) Der Auftraggeber darf den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Sie beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage.

(8) Der Auftraggeber kann ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Der Auftraggeber hat die Widerrufsentscheidung, soweit dies möglich ist, den im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer unverzüglich und nachweislich mitzuteilen oder im Internet bekannt zu machen. Der Auftraggeber darf den Widerruf bei sonstiger Unwirksamkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erklären. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung der Widerrufsentscheidung oder mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung. Bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung beträgt die Stillhaltefrist zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. Bei der Durchführung von Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage. Im Übrigen gilt § 140 Abs. 6. Im Unterschwellenbereich kann der Auftraggeber von der Mitteilung bzw. Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung absehen und den Widerruf unmittelbar und ohne Abwarten einer Stillhaltefrist erklären. In diesem Fall hat der Auftraggeber die im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer, soweit dies möglich ist, unverzüglich und nachweislich von der Widerrufserklärung zu verständigen oder diese im Internet bekannt zu machen.(8) Der Auftraggeber kann ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Der Auftraggeber hat die Widerrufsentscheidung, soweit dies möglich ist, den im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer unverzüglich und nachweislich mitzuteilen oder im Internet bekannt zu machen. Der Auftraggeber darf den Widerruf bei sonstiger Unwirksamkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erklären. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung der Widerrufsentscheidung oder mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung. Bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung beträgt die Stillhaltefrist zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. Bei der Durchführung von Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage. Im

Übrigen gilt Paragraph 140, Absatz 6, Im Unterschwellenbereich kann der Auftraggeber von der Mitteilung bzw. Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung absehen und den Widerruf unmittelbar und ohne Abwarten einer Stillhaltefrist erklären. In diesem Fall hat der Auftraggeber die im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer, soweit dies möglich ist, unverzüglich und nachweislich von der Widerrufserklärung zu verständigen oder diese im Internet bekannt zu machen.

#### Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 291. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Paragraph 291, Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

#### Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 292. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs. 3 oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Paragraph 292, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten.

(2) Der Senat besteht aus einem Mitglied als Vorsitzenden und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem der Auftragnehmer angehören.

#### Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 311. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden. Paragraph 311, Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

#### Zuständigkeit

§ 312. (1) (2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig. Paragraph 312, (1) (2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. 2. zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

#### (3) Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Paragraph 320, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

## (2) 3.2 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

### 3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die STATISTIK ÖSTERREICH Bundesanstalt öffentlichen Rechts. Sie ist öffentliche Auftraggeberin (st Rspr zB BVwG 31. 1. 2014, W139 2000171-1/34E; BVA 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag nach § 6 BVergG iVm Kategorie 23 in Anh IV BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. 3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die STATISTIK ÖSTERREICH Bundesanstalt öffentlichen Rechts. Sie ist öffentliche Auftraggeberin (st Rspr zB BVwG 31. 1. 2014, W139 2000171-1/34E; BVA 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag nach Paragraph 6, BVergG in Verbindung mit Kategorie 23 in Anh römisch vier BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben. 3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben.

3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. 3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

### 3.2.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

3.2.2.1 Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich. 3.2.2.1 Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht offensichtlich.

3.2.2.2 In dem gegenständlichen Vergabeverfahren werden nicht prioritäre Dienstleistungen vergeben. Die Einordnung als nichtprioritäre Dienstleistung ist zwingendes Recht und bestimmt das anwendbare Recht (idS zB EuGH 17. 3. 2011, C-95/10, Strong Segurança, Rn 34 f; 11. 12. 2014, C-113/13, ASL n. 5 "Spezzino", Rn 41; 22. 10. 2015, C-552/13, Grupo Hospitalario Quirón, Rn 25; 28. 1. 2016, C-20/14, Casta, Rn 38). Das anwendbare Recht ergibt sich daher aus § 141 Abs 1 und 2 BVergG, sodass § 25 BVergG, der das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung als zulässige Form des Vergabeverfahrens festlegt, § 27 BVergG, der die Wahl des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung regelt, und die übrigen Bestimmungen des BVergG über die Durchführung des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung auf die gegenständliche Vergabe nicht anwendbar sind. Für diese legt § 141 Abs 5 BVergG fest, dass jede Entscheidung des Auftraggebers eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt. Bei dieser Regelung handelt es sich um eine Regelung des Nachprüfungsverfahrens, die den Zugang zur Nachprüfung und auch den Fristenlauf regelt. Gesondert anfechtbare Entscheidungen sind Voraussetzung für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und damit des Zugangs zur Vergabekontrolle. Es handelt sich daher bei der Festlegung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen um öffentliches Recht, das einer Parteiendisposition nicht zugänglich ist.

Verwaltungsgerichte können – ebenso wenig wie bis zum 31. Dezember 2013 Unabhängige Verwaltungssenate, Vergabekontrollsenate oder das Bundesvergabeamt – durch Vereinbarung von Privaten zuständig gemacht werden. Vielmehr ist die Zuständigkeit gesetzlich festgelegt. Damit geht die Argumentation der Antragstellerin ins Leere, dass durch die Wahl eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und die Verweise auf eine Reihe von genau bezeichneten Bestimmungen des BVergG das BVergG zur Gänze anwendbar wird. Es besteht angesichts der Fachkunde der Antragstellerin und der wiederkehrenden Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen keine Gefahr der Täuschung oder Irreführung. Die Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung, die genau bezeichnete Bestimmungen des BVergG als anwendbar erklären, vermögen nicht das BVergG als solches in Kraft zu setzen, da der Anwendungsbereich gesetzlicher Bestimmungen nur dann einer Disposition durch Private unterliegt, wo ein Gesetz selbst dies einräumt. Das BVergG enthält keine derartigen Bestimmungen sondern legt in § 141 Abs 1 und 2 BVergG das auf die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen anwendbare Recht und Mindestanforderungen an das Vergabeverfahren als zwingendes Recht fest, sodass auch durch eine Festlegung in einer Ausschreibung das BVergG als solches nicht anwendbar wird. Für diese Auslegung spricht auch § 321 Abs 3 BVergG, der einen derartigen Fall, nämlich die fehlerhafte Bezeichnung des zuständigen Verwaltungsgerichts für die Nachprüfung ausdrücklich behandelt und damit an die – privatrechtliche – Festlegung der Auftraggeberin Konsequenzen für das – öffentlichrechtliche – Verfahrensrecht, hier die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags, knüpft. Vielmehr handelt es sich bei solchen Festlegungen in einer Ausschreibung um eine Selbstbindung des privatrechtlich agierenden Auftraggebers, die wie jede sonstige Festlegung des Auftraggebers an den zwingend geltenden Bestimmungen des BVergG zu messen ist. Der Verweis auf eine Bestimmung ist daher so zu verstehen, dass der Auftraggeber eine bekannte bestehende Regelung für anwendbar erklärt und damit alle Bewerber und Bieter ebenso wie sich selbst entsprechend den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz dieser Regelung unterwirft, damit allerdings kein Gesetz anwendbar macht, sondern bloß auf eine eigene Formulierung des Regelungsinhaltes verzichtet und im Ergebnis lediglich den Gesetzestext als privatrechtliche Regelung im Rahmen seiner Aufgabe zur Festlegung des Vergabeverfahrens übernimmt.

3.2.2.2 In dem gegenständlichen Vergabeverfahren werden nicht prioritäre Dienstleistungen vergeben. Die Einordnung als nichtprioritäre Dienstleistung ist zwingendes Recht und bestimmt das anwendbare Recht (idS zB EuGH 17. 3. 2011, C-95/10, *Strong Segurança*, Rn 34 f; 11. 12. 2014, C-113/13, *ASL n. 5 "Spezzino"*, Rn 41; 22. 10. 2015, C-552/13, *Grupo Hospitalario Quirón*, Rn 25; 28. 1. 2016, C-20/14, *Casta*, Rn 38). Das anwendbare Recht ergibt sich daher aus Paragraph 141, Absatz eins und 2 BVergG, sodass Paragraph 25, BVergG, der das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung als zulässige Form des Vergabeverfahrens festlegt, Paragraph 27, BVergG, der die Wahl des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung regelt, und die übrigen Bestimmungen des BVergG über die Durchführung des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung auf die gegenständliche Vergabe nicht anwendbar sind. Für diese legt Paragraph 141, Absatz 5, BVergG fest, dass jede Entscheidung des Auftraggebers eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt. Bei dieser Regelung handelt es sich um eine Regelung des Nachprüfungsverfahrens, die den Zugang zur Nachprüfung und auch den Fristenlauf regelt. Gesondert anfechtbare Entscheidungen sind Voraussetzung für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und damit des Zugangs zur Vergabekontrolle. Es handelt sich daher bei der Festlegung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen um öffentliches Recht, das einer Parteiendisposition nicht zugänglich ist. Verwaltungsgerichte können – ebenso wenig wie bis zum 31. Dezember 2013 Unabhängige Verwaltungssenate, Vergabekontrollsenate oder das Bundesvergabeamt – durch Vereinbarung von Privaten zuständig gemacht werden. Vielmehr ist die Zuständigkeit gesetzlich festgelegt. Damit geht die Argumentation der Antragstellerin ins Leere, dass durch die Wahl eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und die Verweise auf eine Reihe von genau bezeichneten Bestimmungen des BVergG das BVergG zur Gänze anwendbar wird. Es besteht angesichts der Fachkunde der Antragstellerin und der wiederkehrenden Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen keine Gefahr der Täuschung oder Irreführung. Die Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung, die genau bezeichnete Bestimmungen des BVergG als anwendbar erklären, vermögen nicht das BVergG als solches in Kraft zu setzen, da der Anwendungsbereich gesetzlicher Bestimmungen nur dann einer Disposition durch Private unterliegt, wo ein Gesetz selbst dies einräumt. Das BVergG enthält keine derartigen Bestimmungen sondern legt in Paragraph 141, Absatz eins und 2 BVergG das auf die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen anwendbare Recht und Mindestanforderungen an das Vergabeverfahren als zwingendes Recht fest, sodass auch durch eine Festlegung in einer Ausschreibung das BVergG als solches nicht anwendbar wird. Für diese Auslegung spricht auch Paragraph 321, Absatz 3, BVergG, der einen derartigen Fall, nämlich die fehlerhafte Bezeichnung des zuständigen Verwaltungsgerichts für die Nachprüfung

ausdrücklich behandelt und damit an die – privatrechtliche – Festlegung der Auftraggeberin Konsequenzen für das – öffentlichrechtliche – Verfahrensrecht, hier die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags, knüpft. Vielmehr handelt es sich bei solchen Festlegungen in einer Ausschreibung um eine Selbstbindung des privatrechtlich agierenden Auftraggebers, die wie jede sonstige Festlegung des Auftraggebers an den zwingend geltenden Bestimmungen des BVergG zu messen ist. Der Verweis auf eine Bestimmung ist daher so zu verstehen, dass der Auftraggeber eine bekannte bestehende Regelung für anwendbar erklärt und damit alle Bewerber und Bieter ebenso wie sich selbst entsprechend den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz dieser Regelung unterwirft, damit allerdings kein Gesetz anwendbar macht, sondern bloß auf eine eigene Formulierung des Regelungsinhaltes verzichtet und im Ergebnis lediglich den Gesetzestext als privatrechtliche Regelung im Rahmen seiner Aufgabe zur Festlegung des Vergabeverfahrens übernimmt.

3.2.2.3 Für den vorliegenden Nachprüfungsantrag ergibt sich daraus, dass zwar gemäß § 141 Abs 5 BVergG jede Entscheidung des Auftraggebers – und damit auch die von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidungen – gesondert anfechtbar ist. Den Antrag auf Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidungen brachte die Antragstellerin innerhalb der Frist des § 321 Abs 1 BVergG ein. Er ist daher fristgerecht. Im Übrigen enthält der Nachprüfungsantrag alle in § 322 Abs 1 BVergG geforderten Inhalte. 3.2.2.3 Für den vorliegenden Nachprüfungsantrag ergibt sich daraus, dass zwar gemäß Paragraph 141, Absatz 5, BVergG jede Entscheidung des Auftraggebers – und damit auch die von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidungen – gesondert anfechtbar ist. Den Antrag auf Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidungen brachte die Antragstellerin innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG ein. Er ist daher fristgerecht. Im Übrigen enthält der Nachprüfungsantrag alle in Paragraph 322, Absatz eins, BVergG geforderten Inhalte.

3.2.2.4 Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag zur Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidungen zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. 3.2.2.4 Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag zur Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidungen zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

### 3.3 Zu Spruchpunkt A. – Inhaltliche Beurteilung des Antrags auf Nichtigklärung

#### 3.3.1 Vorbemerkungen

3.3.1.1 Die Antragstellerin beantragt die Nichtigklärung der Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 3 des Schreibens) "Das Ersuchen in der Verhandlung vom 16.2.2017 sowie mit Schreiben vom 24.2.2017 um Ermöglichung einer Teststellung wird als verspätet zurückgewiesen.", der Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 2 des Schreibens unten) "Die Fristsetzung blieb unbekämpft und ist daher präkludiert. Es wurde auch keine Fristverlängerung beantragt. Diese Frist ist daher für Bieter wie Auftraggeberin bindend. Innerhalb dieser Frist hätte AAAA Gelegenheit gehabt, den Wunsch einer Teststellung zu äußern, hat dies aber nicht getan.", der Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 3 des Schreibens unten) "Die erneute Einräumung einer Gelegenheit zur Verbesserung durch Einladung zu einer Teststellung würde ihr zudem einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, weil ihr dies ermöglichen würde, ihre Mitarbeiter nach dem Zeitpunkt der Angebotslegung noch zu einer Fortbildung zu schicken und Kenntnisse, die bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung vorliegen hätten müssen, später zu erwerben." sowie der Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 4 des Schreibens) "Die anderen nunmehr vorgelegten Zeugnisse datieren jeweils vom 14.11.2016, sodass ein Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe damit jedenfalls nicht erbracht werden konnte, weshalb eine Berücksichtigung jedenfalls nicht erfolgen kann.", weil sie – zusammengefasst – behauptet, dass die Frist zur Beantragung der Teststellung noch nicht abgelaufen sei, die Ausschreibung eine Teststellung vorsehe, die Auftraggeberin die Antragstellerin zu einer Teststellung hätte einladen müssen, sie rechtzeitig die Durchführung einer Teststellung beantragt habe und sie Zeugnisse über die Absolvierung der Aufzugswärterprüfungen rechtzeitig vorgelegt habe. Die Auftraggeberin wendet im Wesentlichen ein, dass die Antragstellerin die Art des Nachweises der Computerkenntnisse selbst wählen könne, sie eine Teststellung in ihrem Schreiben vom 27. Oktober 2016 hätte beantragen können, die nunmehrigen Anträge seien verspätet und die Zeugnisse über Aufzugswärterprüfungen stammten von einem Zeitpunkt lange nach der Angebotsöffnung und seien daher nicht zu berücksichtigen.

3.3.1.2 Das gegenständliche Vergabeverfahren ist daher ein entsprechend § 141 BVergG von der Auftraggeberin frei festgelegtes Verfahren zur Vergabe eines nicht prioritären „Dienstleistungsauftrags“. Dass sie sich der Form des nicht

offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bedient hat, ist eine freiwillige Festlegung, die den Regelungen des BVergG über dieses Verfahren nur insofern entspricht, als die Auftraggeberin ausdrücklich darauf verweist oder sie ausdrücklich für anwendbar erklärt. Somit ist das Vergabeverfahren von der Auftraggeberin selbständig festgelegt, auch wenn sie sich dabei einer im BVergG definiert Form bedient. Die Einhaltung der Regelungen des Vergabeverfahrens ist daher ausschließlich anhand der Ausschreibung zu prüfen, was sich aus § 141 Abs 2 BVergG und der unmittelbaren Anwendbarkeit des AEUV anzuwendenden Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und – daraus abgeleitet – der Transparenz ergibt (zur Anwendbarkeit der Grundsätze des AEUV bei der Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungen zB EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 26; VwGH 9. 4. 2013, 2011/04/0173).

3.3.1.2 Das gegenständliche Vergabeverfahren ist daher ein entsprechend Paragraph 141, BVergG von der Auftraggeberin frei festgelegtes Verfahren zur Vergabe eines nicht prioritären ,Dienstleistungsauftrags. Dass sie sich der Form des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bedient hat, ist eine freiwillige Festlegung, die den Regelungen des BVergG über dieses Verfahren nur insofern entspricht, als die Auftraggeberin ausdrücklich darauf verweist oder sie ausdrücklich für anwendbar erklärt. Somit ist das Vergabeverfahren von der Auftraggeberin selbständig festgelegt, auch wenn sie sich dabei einer im BVergG definiert Form bedient. Die Einhaltung der Regelungen des Vergabeverfahrens ist daher ausschließlich anhand der Ausschreibung zu prüfen, was sich aus Paragraph 141, Absatz 2, BVergG und der unmittelbaren Anwendbarkeit des AEUV anzuwendenden Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und – daraus abgeleitet – der Transparenz ergibt (zur Anwendbarkeit der Grundsätze des AEUV bei der Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungen zB EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 26; VwGH 9. 4. 2013, 2011/04/0173).

3.3.1.3 Vorerst ist festzuhalten, dass es sich – wie unter 3.2 ausgeführt – um die Vergabe eines nicht prioritären Dienstleistungsauftrags handelt, sich das anzuwendende Recht aus § 141 BVergG ergibt und damit die Frist zur Anfechtung aller Entscheidungen außer der angefochtenen bereits abgelaufen ist. Diese sind bestandsfest (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029) und der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidungen zugrunde zu legen. Das betrifft insbesondere die Teilnahmeunterlagen, die Ausschreibung und die Festlegungen im Rahmen der Einladung zur Bieterpräsentation. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Das Bundesverwaltungsgericht kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Entscheidungen der Auftraggeberin nicht mehr aufgreifen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Gegenstand des Verfahrens können daher nur mehr die angefochtenen Entscheidungen sein.

3.3.1.3 Vorerst ist festzuhalten, dass es sich – wie unter 3.2 ausgeführt – um die Vergabe eines nicht prioritären Dienstleistungsauftrags handelt, sich das anzuwendende Recht aus Paragraph 141, BVergG ergibt und damit die Frist zur Anfechtung aller Entscheidungen außer der angefochtenen bereits abgelaufen ist. Diese sind bestandsfest (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029) und der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidungen zugrunde zu legen. Das betrifft insbesondere die Teilnahmeunterlagen, die Ausschreibung und die Festlegungen im Rahmen der Einladung zur Bieterpräsentation. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Das Bundesverwaltungsgericht kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Entscheidungen der Auftraggeberin nicht mehr aufgreifen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Gegenstand des Verfahrens können daher nur mehr die angefochtenen Entscheidungen sein.

3.3.1.4 Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (st Rspr, zB VwGH 18. 3. 2015, Ra 2015/04/0017). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (st Rspr zB VwGH 9. 9. 2015, Ra 2014/04/0036). Gleiches gilt für alle anderen Festlegungen der Auftraggeberin sowie die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024; 27. 10. 2014, 2012/04/0066). Ihre Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark – Brücke über den "Storebælt" Rn 39, Slg 1993, I-3353; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 39 mwN; VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Ausschreibung ist der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zB VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (VwGH 20. 5. 2010, 2007/04/0072; BVwG 16. 4. 2014, W187 2003334-1/25E), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark – Brücke über den "Storebælt", Rn 37, Slg 1993, I-3353; BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

3.3.1.5 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß § 123 Abs 1 BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (zB EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 42 mwN; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 36 mwN; BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E). Das über die Ausschreibung 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 Ausschreibung und aller anderen Erklärungen zu ermitteln.

3.3.1.5 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß Paragraph 123, Absatz eins, BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (zB EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 42 mwN; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 36 mwN; BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E). Das über die Ausschreibung 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 Ausschreibung und aller anderen Erklärungen zu ermitteln.

3.3.1.6 Die von der Antragstellerin eingeforderte Teststellung und die Anerkennung der Nachweise beziehen sich auf Zuschlagskriterien und damit die Bewertung und Reihung ihres Angebots. Daher ist eine Änderung der Angaben für die einzelnen Mitarbeiter nach der Angebotsöffnung ausgeschlossen, weil eine Änderung der bewertungsrelevanten Angaben – unabhängig von ihrem Nachweis – nach diesem Zeitpunkt wegen der Änderung der Reihung gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz verstoßen würde (EuGH 25. 4. 1996, C-87/94, Kommission/Belgien – Wallonische Autobusse, Slg 1996, I-2043, Rn 56; 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 31; VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0015). Zulässig ist nur das Nachreichen von Nachweisen, die bereits im Angebot gemachte Angaben belegen und damit keine Auswirkungen auf die Wettbewerbsstellung haben. So weit sie daher als Nachweis für bereits im Angebot in den Formblättern VII angegebene Kenntnisse dienen, ist die Nachreichung der Nachweise zulässig. So weit sie über die Angaben in den mit dem Angebot abgegebenen Formblättern VII hinausgehen und im Ergebnis dazu führen würden, dass das Angebot der Antragstellerin mit mehr Bewertungspunkten als nach den Angaben im Angebot bewertet würde, sie sie schon aus diesem Grund unzulässig (BVwG 5. 6. 2015, W187 2106525-2/20E).

3.3.1.6 Die von der Antragstellerin eingeforderte Teststellung und die Anerkennung der Nachweise beziehen sich auf Zuschlagskriterien und damit die Bewertung und Reihung ihres Angebots. Daher ist eine Änderung der Angaben für die einzelnen Mitarbeiter nach der Angebotsöffnung ausgeschlossen, weil eine Änderung der bewertungsrelevanten Angaben – unabhängig von ihrem Nachweis – nach diesem Zeitpunkt wegen der Änderung der Reihung gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz verstoßen würde (EuGH 25. 4. 1996, C-87/94, Kommission/Belgien – Wallonische Autobusse, Slg 1996, I-2043, Rn 56; 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 31; VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0015). Zulässig ist nur das Nachreichen von Nachweisen, die bereits im Angebot gemachte Angaben belegen und damit keine Auswirkungen auf die Wettbewerbsstellung haben. So weit sie daher als Nachweis für bereits im Angebot in den Formblättern römisch sieben angegebene Kenntnisse dienen, ist die Nachreichung der Nachweise zulässig. So weit sie über die Angaben in den mit dem Angebot abgegebenen Formblättern römisch sieben hinausgehen und im Ergebnis dazu führen würden, dass das Angebot der Antragstellerin mit mehr Bewertungspunkten als nach den Angaben im Angebot bewertet würde, sie sie schon aus diesem Grund unzulässig (BVwG 5. 6. 2015, W187 2106525-2/20E).

3.3.1.7 Schließlich ordnet die Auftraggeberin in der Aufschreibung an, dass die Bestimmungen des BVergG für den Oberschwellenbereich gelten. Daraus könnte man schließen, dass davon auch die Bestimmungen über das Verbot der Angebotsänderung Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe und die Verbesserung von Angeboten sowie der Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung im nicht offenen Verfahren umfasst sein könnten. Allerdings gelten Bestimmungen des BVergG als selbständige Festlegungen des Auftraggebers nur dann wenn sie erkennbar verwiesen sind. Daher sind sie nicht unmittelbar anwendbar.

### 3.3.2 Zum Zeitpunkt für das Vorliegen der Nachweise

3.3.2.1 Die Antragstellerin bringt vor, dass die Auftraggeberin auch nach dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung entstandene Nachweise berücksichtigen muss.

3.3.2.2 Über den Zeitpunkt für die Vorlage der Nachweise bei der Vergabe von nichtprioritären Dienstleistungen enthält das BVergG keine Regelungen und es besteht dazu – soweit ersichtlich – dazu auch keine Rechtsprechung. Die Auftraggeberin hat festgelegt, dass Nachweise für jene Angaben, die im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet werden, bereits mit dem Angebot vorzulegen sind. Sie allerdings für den Fall des Unterlassens der Vorlage keine Ausscheidenssanktion daran geknüpft. Die Gleichbehandlung aller Bieter verlangt, dass Bieter zum Zeitpunkt der Erstellung und der Abgabe der Angebote sowie der Prüfung und Bewertung der Angebote gleich behandelt werden

müssen (EuGH 5. 4. 2017, C-298/15, Borta, Rn 69). Der Grundsatz der Gleichbehandlung und der daraus abgeleitete Grundsatz der Transparenz dienen der Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in den Mitgliedsstaaten (EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 28). Daher müssen für alle Wettbewerber die gleichen Bedingungen gelten (EuGH 12. 3. 2015, C-538/13, eVigilio, Rn 33; 14. 12. 2016, C-171/15, Connexion Taxi Services, Rn 39). Bedingungen, die geeignet sind, Bieter von der Teilnahme am Vergabeverfahren abzuhalten, weil sie die geforderten Nachweise nicht schon zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt erbringen können, sind daher unzulässig und die eindeutige Ausschreibung darf zu einem späteren Zeitpunkt nicht anders ausgelegt werden (idS zB EuGH 5. 4. 2017, C-298/15, Borta, Rn 74). Aus dieser Anforderung ergibt sich – ungeachtet der Wahl eines selbst festgelegten nicht offenen Verfahrens nach Muster des BVergG –, dass der Bieter die Nachweise mit dem Angebot vorlegen muss. Daher müssen sie grundsätzlich zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bereits existieren. Anders verhält es sich nur bei der strittigen Teststellung. Diese kann ein Bieter naturgemäß frühestens zusammen mit der Abgabe seines Angebots beantragen.

3.3.2.3 Darüber hinaus hat die Auftraggeberin darauf verwiesen, dass die Zuschlagskriterien darauf abstellen, dass der betreffende Mitarbeiter den entsprechenden Kurs absolviert hat. Da die Angabe mit Abgabe des Angebots zu machen ist, folgt daraus, dass das entsprechende Zeugnis oder der entsprechende Nachweis im Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist bereits vorliegen muss. Folgt man dieser Überlegung, ist die von der Antragstellerin beabsichtigte Nachweisführung mit Zeugnissen oder Bestätigungen über absolvierte Kurse, die erst zu einem Zeitpunkt nach Ende der Angebotsfrist entstanden sind, unzulässig.

### 3.3.3 Zum Qualitätskriterium "Computerkenntnisse"

3.3.3.1 Die Antragstellerin rügt, dass sie im Qualitätskriterium "Computerkenntnisse" keine Punkte erhalten hat, obwohl sie für alle acht Mitarbeiter des Leistungsteams das Vorliegen der bewerteten Computerkenntnisse angegeben hat. Die Zuschlagskriterien bewerten Computerkenntnisse eines Mitarbeiters des Leistungsteams mit 0,5 Punkten.

3.3.3.2 Die Ausschreibung verlangt im Formblatt VII/Punkt XI Nachweise für die Computerkenntnisse der Mitglieder des Leistungsteams. Diese hat die Antragstellerin mit ihrem Angebot nicht vorgelegt. Die Auftraggeberin hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 20. Oktober 2016 aufgefordert, Nachweise für die in den Formblättern VII/Punkt XI angegebenen Computerkenntnisse vorzulegen. Damit ist sie ihrer Verpflichtung zur Aufforderung zur Verbesserung nachgekommen. Als möglichen Nachweis sieht die Ausschreibung selbst in den Zuschlagskriterien einen absolvierten Computerkurs, einen ECDL-Führerschein oder eine Teststellung an. Anzumerken ist, dass im Formblatt VII/Punkt XI der Passus "bitte Nachweis vorlegen" eingetragen ist, weshalb die Antragstellerin bereits mit ihrem Angebot die entsprechenden Nachweise hätte vorlegen müssen. Die Antragstellerin hat daraufhin in ihrem Schreiben vom 27. Oktober 2016 Anmeldebestätigungen ihrer Mitarbeiter zu Computerkursen vorgelegt, die diese in der Zwischenzeit absolviert haben. Diese Nachweise müssen – wie in Punkt 3.3.3.2 Die Ausschreibung verlangt im Formblatt VII/Punkt römisch elf Nachweise für die Computerkenntnisse der Mitglieder des Leistungsteams. Diese hat die Antragstellerin mit ihrem Angebot nicht vorgelegt. Die Auftraggeberin hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 20. Oktober 2016 aufgefordert, Nachweise für die in den Formblättern VII/Punkt römisch elf angegebenen Computerkenntnisse vorzulegen. Damit ist sie ihrer Verpflichtung zur Aufforderung zur Verbesserung nachgekommen. Als möglichen Nachweis sieht die Ausschreibung selbst in den Zuschlagskriterien einen absolvierten Computerkurs, einen ECDL-Führerschein oder eine Teststellung an. Anzumerken ist, dass im Formblatt VII/Punkt römisch elf der Passus "bitte Nachweis vorlegen" eingetragen ist, weshalb die Antragstellerin bereits mit ihrem Angebot die entsprechenden Nachweise hätte vorlegen müssen. Die Antragstellerin hat daraufhin in ihrem Schreiben vom 27. Oktober 2016 Anmeldebestätigungen ihrer Mitarbeiter zu Computerkursen vorgelegt, die diese in der Zwischenzeit absolviert haben. Diese Nachweise müssen – wie in Punkt

3.3.8.1 des Erkenntnisses BVwG 22. 2. 2017, W187 2144680-2/30E festgehalten – als alternative Nachweise das gleiche Niveau wie ein ECDL-Führerschein aufweisen (VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0085).

3.3.3.3 Die Angaben, die ausschließlich der Bewertung des Angebots dienen, haben den Zweck, einem Bieter eine bessere Wettbewerbsposition zu verschaffen. Wenn nun die Ausschreibung verschiedene Möglichkeiten zum Nachweis dieser Wettbewerbsposition vorsieht, hat der Bieter das Recht und gleichzeitig die Pflicht, die eine oder andere Art des Nachweises zu wählen. Der Auftraggeber muss nur den Bieter auffordern, diesen Nachweis vorzulegen, um nach einer Vorlage die Tauglichkeit des Nachweises zu überprüfen und die allenfalls nachgewiesene Angabe in die

Angebotsbewertung einzubeziehen. Der Auftraggeber muss alle Bieter gleich behandeln (VwGH 23. 11. 2016, Ra 2016/04/0021). Eine weitere Aufforderung zur Verbesserung oder Vervollständigung des Angebots ist aus Gründen der Gleichbehandlung der Bieter ausgeschlossen (zB EuGH 29. 3. 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko ua, Rn 41). Da es sich um Nachweise im Rahmen der Angebotsbewertung handelt, kommt das Ausscheiden bei Nichtvorlage nicht in Frage. Es kommt nur eine Bewertung mit null Punkten im entsprechenden Kriterium in Frage.

### 3.3.4 Zur Beantragung und Durchführung der Teststellung

3.3.4.1 Die Antragstellerin hat auf die Aufforderung, die Computerkenntnisse der Mitarbeiter des Leistungsteams nachzuweisen, am 27. Oktober 2016 Anmeldungen zu einem Computerkurs vorgelegt, den die betreffenden Mitarbeiter in der Zwischenzeit auch absolviert haben. Sie hat weder in ihrem Angebot noch zu diesem Zeitpunkt eine Teststellung beantragt. Sie hat die Teststellung erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht am 16. Februar 2017 und nach der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung schriftlich am 24. Februar 2017 schriftlich beantragt.

3.3.4.2 Wie oben ausgeführt, hätte die Antragstellerin die Nachweise bereits bei der Angebotslegung verfügbar haben müssen, weil sie sie mit dem Angebot hätte vorlegen müssen. Die Auftraggeberin ist angesichts der Wahlmöglichkeiten des Bieters für den Nachweis der Computerkenntnisse nicht verpflichtet, den Bieter von sich aus zu einer Teststellung einzuladen, wenn der Bieter keinen schriftlichen Nachweis dafür vorlegt. Vielmehr ist es Sache des Bieters, im Rahmen seiner Wahl der Mittel zum Nachweis die Teststellung zu beantragen. Vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 5. Jänner 2017 hat die Antragstellerin dies jedoch unterlassen und ist offensichtlich erst später darauf aufmerksam geworden.

3.3.4.3 Wenn nun davon auszugehen ist, dass die Nachweise bereits bei Angebotsabgabe vorliegen hätten müssen, kann nur ein zusammen mit der Abgabe des Angebots gestellter Antrag auf Durchführung der Teststellung den Nachweis ersetzen. Damit hätte die Antragstellerin diesen Antrag spätestens mit der Aufforderung zur Nachreichung von Nachweisen stellen können. Die nunmehrigen Anträge sind damit verspätet und würden im Sinne der obigen Ausführungen gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung verstoßen, weil andere Bieter ebenso die Möglichkeit haben müssten, ihren Nachweis auf diese Art zu führen.

### 3.3.5 Zur Vorlage der Zeugnisse über die "Zusatzausbildung Aufzugswärterprüfung"

3.3.5.1 Die Antragstellerin bringt vor, dass sie für weitere Mitglieder des Leistungsteams Zeugnisse über die Absolvierung der Aufzugswärterprüfung vorgelegt hat und diese im Rahmen der Angebotsbewertung zu berücksichtigen seien.

3.3.5.2 Die Auftraggeberin führt das gegenständliche Vergabeverfahren als frei festgelegtes Verfahren nach dem Muster eines nicht offenen Verfahrens. Daraus ergibt sich zumindest, dass die Angebote so gestaltet sein müssen, dass eine Zuschlagserteilung auf Grundlage der abgegebenen Angebote möglich ist. Verhandlungen über den Inhalt der Angebote sind nicht vorgesehen. Die Nachreichung von Unterlagen zum Nachweis der Angaben im Angebot ist jedoch nach den Festlegungen der Ausschreibung möglich. Die Präsentation ist nicht als Verhandlung über das Angebot, sondern als Mittel der Angebotsprüfung und -bewertung vorgesehen und bietet daher keinen Raum für Angebotsänderungen.

3.3.5.3 Der Nachweis einer "Zusatzausbildung Aufzugswärterprüfung" wird mit Bewertungspunkten im Rahmen der Angebotsbewertung bewertet. Daher ist eine Änderung der Angaben für die einzelnen Mitarbeiter nach der Angebotsöffnung unzulässig, weil eine Änderung der bewertungsrelevanten Angaben – unabhängig von ihrem Nachweis – nach diesem Zeitpunkt – wie unter 3.3.1.7 ausgeführt – ausgeschlossen ist (EuGH 29. 3. 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko ua, Rn 36). Die Anerkennung würde gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter verstoßen, weil alle anderen Bieter ebenso die Möglichkeit haben müssten, ihre Angebote zu verbessern. Überdies würde es den Grundsatz des fairen Wettbewerbs verletzen, weil diese Vorgangsweise nicht allen Bietern die gleichen Bedingungen zur Teilnahme am Wettbewerb um den Auftrag bieten würde.

### 3.3.6 Zusammenfassung

3.3.6.1 Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, liegen die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten nicht vor.

3.3.6.2 Damit ist der Nachprüfungsantrag abzuweisen.

### 3.4 Zu Spruchpunkt B) – Unzulässigkeit der Revision

3.4.1 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. 3.4.1 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.

3.4.2 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. Dabei verweist das Bundesverwaltungsgericht auf die unter 3.2 und 3.3 dieses Erkenntnisses zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofs. 3.4.2 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. Dabei verweist das Bundesverwaltungsgericht auf die unter 3.2 und 3.3 dieses Erkenntnisses zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofs.

#### **Schlagworte**

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsabgabe, Angebotsänderung, Angebotsbewertung, Angebotsöffnung, Ausbildung, Ausschreibung, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Bestandsfestigkeit, Bewertung, Bietergleichbehandlung, Bindungswirkung, Dienstleistungsauftrag, Eignung, fairer Wettbewerb, Fristablauf, Fristsetzung, Gleichheitsgrundsatz, Grundsatz der Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz, Mängelbehebung, Mangelhaftigkeit, Mindestanforderung, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachreichung von Unterlagen, Nachweismangel, Nichtigerklärung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Prüfung, Punktevergabe, Rechtzeitigkeit, Schaden, Transparenz, Unbehebbarkeit, Verbesserung, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Verbesserung des Angebots, verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, Verhandlung, verspäteter Antrag, Verspätung, Vorlagefrist, Vorlagepflicht, Wettbewerbsrelevanz, Zeitpunkt, Zusatzausbildung, Zuständigkeit

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

ECLI:AT:BVWG:2017:W187.2149628.2.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

29.05.2017

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