jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2021/8/18 W131 2243756-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 18.08.2021

Entscheidungsdatum

18.08.2021

Norm

AVG §13 Abs3
BVergG 2018 §141 Abs1 Z2
BVergG 2018 §141 Abs1 Z7
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §333
BVergG 2018 §344 Abs1
BVergG 2018 §346
BVergG 2018 §347
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W131 2241615-2/79E
W131 2243744-1/8E
W131 2243745-1/8E
W131 2243746-1/8E
W131 2243747-1/8E
W131 2243748-1/8E
W131 2241627-2/75E
W131 2241628-2/76E
W131 2243750-1/9E
W131 2243751-1/9E
W131 2243752-1/9E
W131 2243753-1/9E

W131 2243754-1/9E
W131 2243755-1/9E
W131 2243756-1/9E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, durch die fachkundige Laienrichterin Dr´a Ilse POHL als Beisitzerin der Auftraggeberseite und durch den fachkundigen Laienrichter Mag Matthias WOHLGEMUTH als Beisitzer der Auftragnehmerseite in den Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung elektrischer Energie 2022-2024 (BBG-interne GZ: 2201.03485)“ der zentralen Beschaffungsstelle und vergebenden Bundesbeschaffung GmbH (= AG = BBG), die hier (auch) für etliche andere Auftraggeber tätig wird, aufgrund der Anträge der 1. XXXX (= ASt1) und 2. XXXX (= ASt 2), nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

I. beschlossen

A)

Der für die ASt1 zu W131 2243746-1 protokollierte Nachprüfungsantrag gegen die Auswahlentscheidung beim Los 10, weiters der für die ASt2 zu W131 2243754-1 protokollierte Nachprüfungsantrag gegen die Auswahlentscheidung beim Los 9 und schließlich der für die ASt2 zu W131 2243755-1 protokollierte Nachprüfungsantrag gegen die Auswahlentscheidung beim Los 10 werden jeweils insoweit zurückgewiesen, als sie gegen die ausgegliederten Unternehmen der Universitäten, sofern diese Universitäten gemäß Universitätsgesetz 2002 sind, gerichtet gewesen sind und von den beiden Antragstellerinnen trotz Verbesserungsauftrags nicht dem Firmennamen nach gemäß § 344 Abs 1 Z 2 BVergG benannt wurden.

B)

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

II. zu Recht erkannt:

A)

I. Den zu W131 2241615-2 und W131 2241628-2 protokollierten Anträgen auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung beim Los 1 im Vergabeverfahren Lieferung elektrischer Energie 2022-2024 BBG: GZ 2201.03485, gestellt von der XXXX und der XXXX , wird stattgegeben und wird diese Auswahlentscheidung beim Los 1 nichtig erklärt.

II. Den zu W131 2243744-1 und W131 2243750-1 protokollierten Anträgen auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung beim Los 3 im Vergabeverfahren Lieferung elektrischer Energie 2022-2024 BBG: GZ 2201.03485, gestellt von der XXXX und der XXXX , wird stattgegeben und wird diese Auswahlentscheidung beim Los 3 nichtig erklärt.

III. Den zu W131 2243745-1 und W131 2243752-1 protokollierten Anträgen auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung beim Los 5 im Vergabeverfahren Lieferung elektrischer Energie 2022-2024 BBG: GZ 2201.03485, gestellt von der XXXX und der XXXX , wird stattgegeben und wird diese Auswahlentscheidung beim Los 5 nichtig erklärt.

IV. Den zu W131 2243746-1 und W131 2243755-1 protokollierten Anträgen auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung beim Los 10 im Vergabeverfahren Lieferung elektrischer Energie 2022-2024 BBG: GZ 2201.03485, gestellt von der XXXX und der XXXX , wird, soweit diese Nachprüfungsanträge nicht vorstehend zurückgewiesen worden sind, stattgegeben und wird diese Auswahlentscheidung beim Los 10 insoweit nichtig erklärt.

V. Den zu W131 2243747-1 und W131 2243756-1 protokollierten Anträgen auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung beim Los 11 im Vergabeverfahren Lieferung elektrischer Energie 2022-2024 BBG: GZ 2201.03485, gestellt von der XXXX und der XXXX , wird stattgegeben und wird diese Auswahlentscheidung beim Los 11 nichtig erklärt.

VI. Den zu W131 2241627-2 und W131 2243748-1 protokollierten Anträgen auf Nichtigerklärung der

Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung beim Los 16 im Vergabeverfahren Lieferung elektrischer Energie 2022-2024 BBG: GZ 2201.03485, gestellt von der XXXX und der XXXX , wird stattgegeben und wird diese Auswahlentscheidung beim Los 16 nichtig erklärt.

VII. Dem zu W131 2243751-1 protokollierten Antrag auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Vergabeverfahren Lieferung elektrischer Energie 2022-2024 BBG: GZ 2201.03485 beim Los 4, gestellt von der XXXX wird stattgegeben und diese Auswahlentscheidung beim Los 4 nichtig erklärt.

VIII. Dem zu W131 2243753-1 protokollierten Antrag auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Vergabeverfahren Lieferung elektrischer Energie 2022-2024 BBG: GZ 2201.03485 beim Los 8, gestellt von der XXXX wird stattgegeben und diese Auswahlentscheidung beim Los 8 nichtig erklärt.

IX. Dem zu W131 2243754-1 protokollierten Antrag auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Vergabeverfahren Lieferung elektrischer Energie 2022-2024 BBG: GZ 2201.03485 beim Los 9, gestellt von der XXXX wird, soweit er nicht vorstehend zurückgewiesen worden ist, stattgegeben und wird diese Auswahlentscheidung beim Los 9 insoweit nichtig erklärt.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Die BBG führt dz ein zweistufiges Vergabeverfahren zur Strombeschaffung lt Entscheidungskopf seit 2020 durch.

Dabei soll die Lieferung von elektrischer Energie über 17 losweise Rahmenvereinbarungen sichergestellt werden.

Teilnahmeantragsfrist war im Herbst 2020.

2. Die BBG hat dabei als zentrale Beschaffungsstelle und als vergebende Stelle in jeweils drei getrennten Kommunikationsschritten die Auswahlentscheidungen je für die Lose 1 bis 13, das Los 14 und die Lose 15 bis 17 an die ASt 1 und ASt2 mitgeteilt. Die ASt1 und ASt2 erfuhren mit diesen Auswahlentscheidungen je Los nicht, ob allenfalls noch weitere Bieter hinter der MB1 oder MB2 vor ihnen gereiht wären. Zu MB1 und MB2 siehe sogleich.

3. Die ASt1 hat die Auswahlentscheidungen bei den Losen 1, 3, 5, 10, 11 und 16 dieser Vergabe mit Nachprüfungsantrag bekämpft, welche zu Gunsten der XXXX (= MB1) ergangen sind.

4. Die ASt2 hat gleichfalls die Auswahlentscheidungen bei den Losen 1, 3, 5, 10, 11 und 16 dieser Vergabe mit Nachprüfungsantrag bekämpft, welche zu Gunsten der XXXX (= MB1) ergangen sind.

4.1. Die ASt2 hat zusätzlich die Auswahlentscheidungen bei den Losen 4, 8 und 9 dieser Vergabe mit Nachprüfungsantrag bekämpft, welche zu Gunsten der XXXX (= MB2) ergangen sind.

5. Die einzelnen Nachprüfungsverfahren dieses Nachprüfungskomplexes stellen sich damit aktuell wie folgt dar:

5.1. Die Nachprüfungsverfahren je Los über Antrag der ASt1 sind:

W131 2241615-2 (Los 1), 2243744-1 (Los 3), 2243745-1 (Los 5), 2243746-1 (Los 10), 2243747-1 (Los 11), 2243748-1 (Los 16)

5.2. Die Nachprüfungsverfahren je Los über Antrag der ASt2 sind:

W131 2241628-2 (Los 1), 2243750-1 (Los 3), 2243751-1 (Los4), 2243752-1 (Los 5), 2243753-1 (Los 8), 2243754-1 (Los 9), 2243755-1 Los 10), 2243756-1 (Los 11), W131 2241627-2 (Los 16)

5.3. Die ASt 1 und ASt2 entrichteten dabei unter Offenlegung ihrer gegenteiligen Gebührenauffassungen für ihre losweisen Nachprüfungsanträge nach Erörterungen im Verfahren jeweils Pauschalgebühren unter Berücksichtigung der Ermäßigung auf 80% der Nachprüfungsgebühr ab dem zweiten Nachprüfungsantrag in einem Vergabeverfahren

gemäß § 340 Abs 1 Z 5 BVergG 2018 iVm der Verordnung BGBl II 2018/212; und begehrten die Antragstellerinnen diesbezüglich auch Rückzahlungen von Pauschalgebühren.

6. Nach Erlassung von beantragten einstweiligen Verfügungen betreffend die losweisen Vergaben durch die erste Vertreterin des Leiters einer ursprünglich zuständigen Gerichtsabteilung hatte sich der Leiter der ursprünglich zuständigen Gerichtsabteilung im Laufe der Nachprüfungsverfahren für befangen zu erklären und wurden die Nachprüfungsverfahren danach an die Gerichtsabteilung W131 zugewiesen.

7. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt wurde neben Schriftsatzwechseln sowie Ermittlungen im Amtshilfeweg insb im Rahmen der mündlichen Verhandlung an drei Verhandlungsterminen abgeklärt.

8. Insb nahmen die ASt1 und die ASt2 nach einem Verbesserungsauftrag am 12.07.2021 genauere Bezeichnungen der Auftraggeberinnen iSv § 344 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 vor als in den ursprünglichen Nachprüfungseingaben, wiewohl diese Auftraggeberbezeichnungen im hier zurückweislich erledigten Restbereich mangels insoweit durchgeführter Antragsverbesserung nicht nachgereicht wurden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die Rahmenvereinbarungen wurden noch nicht abgeschlossen; der Zuschlag auf Basis der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarungen ist jeweils noch nicht erteilt. Der vorstehende Verfahrensgang wird festgestellt und ergibt sich aus den Gerichtsakten.

1.2. Die ASt1 und ASt2 haben die losweisen Auswahlentscheidungen seitens der BBG jeweils in drei Kommunikationsschritten mitgeteilt erhalten, ohne dass der ASt1 und ASt2 dabei mitgeteilt worden wäre, wie viele andere Bieter jeweils nach der MB1 bzw MB2 jeweils auch noch vor der ASt1 oder ASt2 gereiht wären.

So erhielten die ASt1 und die ASt2 in einem ersten Informationsschritt die Auswahlentscheidungen betreffend die Lose 1 bis 13 mitgeteilt, in einem zweiten Kommunikationsschritt betreffend das Los 14 und in einem dritten Kommunikationsschritt betreffend die Lose 15 bis 17.

Bei den hier strittigen Losen 1, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11 und 16 war bei der Erstangebotslegung und der Letztangebotslegung jeweils verpflichtend UZ 46 - Strom (iSd unten ersichtlichen Erörterungen iZm einem Markenlizenzsystem) anzubieten, beim Los 16 bei der Erstangebotslegung allerdings noch im Rahmen eines obligatorischen Variantenangebots mit einer Variante für UZ 46 - Strom.

1.3. In den Vergabeunterlagen sind die Auftraggeber, soweit hier interessierend, je Los wie folgt bezeichnet:

Lose 01/02: Auftraggeber die Republik Österreich (Bund), vertreten durch alle Bundesdienststellen mit den Zählpunkten, die in der untenstehenden Tabelle im entsprechenden Los dargestellt sind, soweit sie nicht den Losen 03-07 zugehörig sind, sowie die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. und die ARE Austrian Real Estate GmbH.

Lose 03/04: Auftraggeber ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundesministerium für Landesverteidigung, sowie die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. und die ARE Austrian Real Estate GmbH, jeweils mit den Zählpunkten, die in der untenstehenden Tabelle im entsprechenden Los dargestellt sind.

Lose 05/06: Auftraggeber ist die Republik Österreich (Bund) vertreten durch das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung, sowie die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. und die ARE Austrian Real Estate GmbH, jeweils mit den Zählpunkten, die in der untenstehenden Tabelle im entsprechenden Los dargestellt sind.

Los 07: [...]

Los 08: Auftraggeber sind die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA) sowie die Allgemeine Unfallversicherungs-Betriebsgesellschaft m.b.H.(AUVB) 23

Lose 09/10/12: Auftraggeber sind Universitäten, sofern sie Universitäten gemäß Universitätsgesetz 2002 sind einschließlich ihrer ausgegliederten Unternehmen, die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. und die ARE Austrian Real Estate GmbH sowie nachfolgende Einrichtungen:

- Austrian Institute of Technology GmbH

- Nuclear Engineering Seibersdorf GmbH

- Seibersdorf Labor GmbH

- Österreichische Akademie der Wissenschaften

- Errichtungsgemeinschaft IMBA GmbH – GMI GmbH

- Bundesrechenzentrum Gesellschaft mit beschränkter Haftung

jeweils mit den Zählpunkten, die in der untenstehenden Tabelle im entsprechenden Los dargestellt sind.

-Los 11: Auftraggeber sind alle Auftraggeber laut [der Ausschreibung] beiliegender Kundenliste mit den Zählpunkten, die in der untenstehenden Tabelle im entsprechenden Los dargestellt sind, soweit sie nicht den Losen 01-10, 12 sowie 14-17 zugehörig sind.

[...]

Lose 15-17: Auftraggeber sind die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft, ASFiNAG Alpenstraßen GmbH, die ASFiNAG Bau Management GmbH, die ASFiNAG Service GmbH sowie die ASFiNAG Maut Service GmbH.

Zusammenfassend haben Bieter und insb die ASt1 und ASt2 diese Auftraggeberfestlegungen nicht wegen partieller Intransparenz angefochten; und wurden die Definitionen der Auftraggeber in der Ausschreibung damit bestandsfest.

Jedenfalls aber haben es die ASt1 und ASt2 unterlassen, namentlich die ausgegliederten Unternehmen der Universitäten gemäß der Auftraggeberauflistung in den Losen 9, 10 und 12 der Ausschreibungsunterlagen als intransparent anzufechten.

Sie haben auch die ausgegliederten Unternehmen bei den Universitäten (gemäß Universitätsgesetz 2002) - im Bereich des zurückweislichen Ausspruchs - trotz eines diesbezüglichen Verbesserungsauftrags am 12.07.2021 nicht explizit abschließend benannt

1.4. Im gegenständlichen Vergabeverfahren existieren folgende bestandsfeste Festlegungen der Auftraggeberin:

1.4.1. Zu den Angebotsfristen:

Die Frist zur Legung des Erstangebots endete am 20.01.2021, jene für das Letztangebot am 16.03.2021.

1.4.2. Aus den Erstangebotsunterlagen (= AAB 1):

[...]

150 Variantenangebot (Los 16)

151 Im Erstangebot sind für das oben angeführte Los die im Preisblatt festgelegten zwei Varianten verpflichtend anzubieten (siehe Preisblatt):

- der Aufschlag, der zur Anwendung kommt, im Falle, dass der Auftraggeber Strom zu 100%

aus erneuerbaren Energieträgern abruft

- der Aufschlag, der zur Anwendung kommt, im Falle, dass der Auftraggeber Strom nach UZ 46 abruft

152 In den Ausschreibungsunterlagen des Letztangebotes wird sich der Auftraggeber für eine der beiden Variante entscheiden und hat der Bieter dann nur mehr für diese Variante ein Letztangebot zu legen.

[...]

177 Nach Prüfung der Angebote werden mit den nicht auszuscheidenden Bietern Verhandlungen in technischer, finanzieller und rechtlicher Hinsicht durchgeführt.

[...]

188 Die Rahmenvereinbarung je Los wird grundsätzlich mit jenem nicht auszuscheidenden Bieter nach Maßgabe des unten beschriebenen Systems geschlossen, dessen Angebot insgesamt die höchste Punktezahl erreicht hat und dessen zur Verfügung stehendes Volumen an UZ 46 Strom das maximale Gesamtvolumen (siehe Rahmenvereinbarung Punkt 4.2) für dieses Los mindestens abdecken kann.

[...]

193 Verfügt der Bieter in einem Los nicht über ausreichend Gesamtvolumen an UZ 46 Strom, wird das Angebot in diesem Los gem. §141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 ausgeschieden. Das Volumen für dieses Los wird nicht verbraucht und wird das nächste Los betrachtet.

[...]

1.4.3. Aus der ersten Fragebeantwortung zu den Erstangebotsunterlagen:

1) Frage an die BBG:

In Bezug auf Subunternehmer stellen sich folgende Fragen:

1.) [...]

2.) Bis wann muss die „UZ 46 Zertifizierung" spätestens abgeschlossen sein und wann und wie ist die Zertifizierung nachzuweisen?

3.) [...]?

Antwort der BBG:
[...]

Ad 2.)

In den Losen 01 bis 11 und allenfalls im Los 16 hat der zukünftige Auftragnehmer elektrische Energie zu liefern, die zu 100% aus erneuerbaren Energieträgern erzeugt wurde, wobei die Stromaufbringung nach den Bestimmungen des österreichischen Umweltzeichens UZ 46 („Grüner Strom") zu erfolgen hat. Somit muss der zukünftige Auftragnehmer spätestens zum Lieferbeginn am 01.01.2022 über die entsprechende Zertifizierung verfügen und hat ausschließlich solchen Strom zu liefern. Bestellungen sowie Preisfixierungen von UZ 46 Strom müssen jedoch bereits ab Mai 2021 möglich sein. Eine gesonderte Nachweisführung ist nicht erforderlich (vgl. die Punkte 7.1.3 und 7.3.3 der Rahmenvereinbarung).

[...]

1.4.4. Aus den Letztangebotsunterlagen (AAB 2):

[...]

194 Abhängig davon, für welche Variante sich der Auftraggeber in Los 16 für das Letztangebot entscheidet (UZ 46 Strom oder Strom zu 100% aus erneuerbaren Energieträgern), wird die Bewertung betreffend Los 16 nach den Punkten 7.6.1 bzw. 7.6.2 durchgeführt.

195 Hinweis zum Letztangebot: Der Auftraggeber hat sich für den Bezug von Strom nach UZ 46 für das Los 16 entschieden und daher ist dies im Preisblatt entsprechend anzubieten.

7.6.1 Bewertungssystem für die Lose 01 bis 11 und allenfalls Los 16

[...]

201 Verfügt der Bieter in einem Los nicht über ausreichend Gesamtvolumen an UZ 46 Strom, wird das Angebot in diesem Los gem. § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 ausgeschieden. Das Volumen für dieses Los wird nicht verbraucht und wird das nächste Los betrachtet.

1.5. Die Ausschreibungsbestimmungen betreffend UZ - 46 - Strom sind vor folgendem außervergaberechtlichem Hintergrund zu sehen, der zB im Verfahrensakt W131 2241615-2 in der Amtshilfeauskunft des BMK, OZ 51, dokumentiert ist und am 22.06.2021 mit den Verfahrensparteien im ersten Verhandlungstermin am 22.06.2021 entsprechend erörtert wurde:

1.5.1. Das Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (= BMK) hat zwecks Verwendbarkeit der Verbandsmarke Österreichisches Umweltzeichen die Richtlinie UZ 46 Grüner Strom (mit-) herausgegeben.

In dieser Richtlinie UZ 46 finden sich ua folgende Textpassagen:

[...]

Einleitung

Die Liberalisierung des Strommarktes ermöglicht Endverbrauchern die Wahl, sich für eine Stromversorgung zu entscheiden, die durch ihre energetische Zusammensetzung eine Verminderung der Umweltbelastung bei der Erzeugung aufweist.

Mit dieser Richtlinie werden jene Tarifmodelle bzw. Stromprodukte von Ökostromhändlern ausgezeichnet, die zur Gänze aus erneuerbaren Energieträgern stammen und somit einen wesentlichen Beitrag zu einer nachhaltigen Energieversorgung leisten.

Grüner Strom, das ist Strom mit dem Umweltzeichen, zeichnet sich durch klare definitorische Bestimmungen und transparente Kriterien aus.

[...]

1 Produktgruppendefinition

Grüner Strom: ist Strom aus den erneuerbaren Energieträgern Biomasse (fest, flüssig und gasförmig), Geothermie, Sonne, Wasser und Wind, der die Anforderungen dieser Richtlinie erfüllt. Wird Grüner Strom im b2b-Bereich an einen Händler verkauft, der kein Ökostromhändler gem. Definition dieser Richtlinie ist, darf dieser Strom nicht mehr als Grüner Strom beim Verkauf an Endverbraucher bezeichnet werden.

Definitionen:

- Ökostrom: ist Strom gemäß den im Ökostromgesetz [1] angeführten erneuerbaren Primärenergieträgen.

- Ökostromhändler: Umweltzeichen-Lizenznehmer können nur jene Stromhändler werden, die weder mit Atomstrom noch Strom aus fossilen Quellen handeln und auch keinen Strom unbekannter Herkunft mit getrennt erworbenen Herkunftsnachweisen liefern bzw. verkaufen.

- Endverbraucher: ein Verbraucher, der Elektrizität für den Eigenverbrauch kauft.

- Produkt: Tarifmodell des Stromhändlers für Endverbraucher, das sich durch einen Namen und einen Preis definiert.

[...]

1.5.2. Vor dem Hintergrund der gerade genannten Richtlinie schließt der Bund, vertreten dz durch die zuständige Bundesministerin, Markenlizenzverträge mit entsprechend qualifizierten Stromhändlern ab, nachdem der Bund insoweit zuvor eine Verbandsmarke "Umweltzeichen) nach dem Markenschutzgesetz registrieren hat lassen und in der Satzung dieser Verbandsmarke (- eine solche Satzung ist gemäß § 63 Abs 1 idgF Markenschutzgesetz vorgesehen -) in § 2 folgende im Internet publizierte Bestimmung enthalten ist:

Die Republik Österreich vergibt das von F***H*** entworfene Umweltzeichen, das als Verbandsmarke gemäß § 63 des Markenschutzgesetzes registriert ist, mit einem der Anlage 1 entsprechenden Nutzungsvertrag, sofern ein Produkt oder eine Dienstleistung, ein Tourismus oder Kulturbetrieb, eine Schule oder eine Bildungseinrichtung die Voraussetzungen erfüllt, die in dieser Satzung und in den entsprechend dieser Satzung erarbeiteten und veröffentlichten Richtlinien (Vergabekriterien) festgesetzt werden.

Diese (Nutzungs-) Verträge für die Verbandsmarke lauten in den hier interessierenden Teilen wie nachstehend ersichtlich, wobei derartige Verträge insb auch von den hier nicht namentlich genannten Subunternehmerinnen der MB1 und MB2 im Jahr 2021 während dieses Vergabeverfahrens abgeschlossen wurden:

[...]

Vertrag über die Vergabe des Österreichischen Umweltzeichens für

Produkte

I. Vertragspartner

Der Vertrag über die entgeltliche Nutzung der Verbandsmarke Österreichisches Umweltzeichen wird zwischen der Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (in Folge Zeichengeber) und der Firma XXX, Adresse YYY, als Zeichennutzer abgeschlossen.

II. Gegenstand des Vertrages

Der Vertrag regelt die Nutzung der von der Republik Österreich unter der Nummer ZZZ registrierten Verbandsmarke Österreichisches Umweltzeichen.

Der Zeichennutzer ist berechtigt, auf Grund seines Antrages und nach Bezahlung der unter Abschnitt IV festgelegten Gebühren für die nachstehend angeführten Produkte bzw. Dienstleistungen zum Beweis der Übereinstimmung mit der Richtlinie UZ 46 "Grüner Strom" das Österreichische Umweltzeichen in Verbindung mit der Registriernummer XYZ zu verwenden:

[...]

III. Rechte und Pflichten des Zeichennutzers

1. Der Zeichennutzer verpflichtet sich zur Einhaltung der Kriterien der unter II. angeführten Richtlinie und hat das Recht, das Österreichische Umweltzeichen in Verbindung mit unter Abschnitt II angeführten Produkten bzw. Dienstleistungen in der Werbung und Öffentlichkeitsarbeit zu nutzen

2. Der Zeichengeber verpflichtet sich, die Zeichennutzer durch geeignete Öffentlichkeitsarbeit zu unterstützen. Der Zeichennutzer verpflichtet sich, die dazu notwendigen Daten (Logo, Text, Kontaktdaten) elektronisch und unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.

3. Der Zeichengeber verpflichtet sich, den Zeichennutzer über laufende (Kommunikations-) Aktivitäten zu informieren.

4. Der Zeichennutzer unterlässt es, alle umweltbezogenen Angaben wie zB die Verwendung der Begriffe „umweltfreundlich“, „natürlich“, „biologisch“, oder die Verwendung von Zeichen und Symbolen, in einer zur Irreführung geeigneten Art zu verwenden.

5. Der Zeichennutzer unterlässt jede Werbung oder sonstige Verwendung des Umweltzeichens für andere Produkte/Betriebe/Unternehmen/Dienstleistungen, für die das Umweltzeichen nicht vergeben wurde. Der Zeichennutzer unterlässt auch jede Verwendung des Umweltzeichens, die zur Irreführung geeignet ist.

6. Der Zeichennutzer verpflichtet sich, die in der unter II. angeführten Richtlinie vorgesehenen Kontrollen durchführen zu lassen und die Kontrolleinrichtung bei der Durchführung entsprechend zu unterstützen. Der Zeichengeber hat das Recht, im Rahmen einer stichprobenartigen Kontrolle zu überprüfen, ob alle in der anzuwendenden Richtlinie festgelegten Anforderungen erfüllt sind. Der Zeichennutzer ist dabei zur Unterstützung der Kontrolle verpflichtet.

7. Wird während der Vertragsdauer die unter II. angeführte Richtlinie geändert, ist der Zeichennutzer verpflichtet, innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten der geänderten Richtlinie ein Gutachten über die geänderten Parameter, Anforderungen und Kriterien vorzulegen. Bei Änderungen des Produkts / der Dienstleistung, die Inhalte der Richtlinie berühren, ist der Zeichennutzer verpflichtet, innerhalb eines Jahres ein Gutachten über die geänderten Parameter vorzulegen.

8. Sollte sich der begründete Verdacht einer Abweichung des Unternehmens von der unter II. angeführten Richtlinie ergeben, ist nach Aufforderung durch den Zeichengeber vom Zeichennutzer über diese(n) Sachverhalt(e) eine detaillierte Erklärung abzugeben bzw. eine erneute Überprüfung im Rahmen des bestehenden Prüfungssystems durchführen zu lassen. Die dafür erwachsenden Kosten übernimmt der Zeichennutzer im Falle der Nichtübereinstimmung mit der Richtlinie. Im Falle der Übereinstimmung (Verdacht wurde entkräftet) trägt der Zeichengeber die durch die Überprüfung erwachsenen Kosten.

9. Der Zeichennutzer verpflichtet sich, dem Zeichengeber Umstände, die zu einer Untersagung der Zeichennutzung oder einem Entzug des Zeichens führen können, unverzüglich anzuzeigen.

10. Der Zeichennutzer verpflichtet sich, allfällige Änderungen des Produktnamens oder der Bezeichnung der Dienstleistung dem Zeichengeber unverzüglich mitzuteilen. Bleibt das Produkt bzw. die Dienstleistung ansonsten unverändert, ist der Zeichennutzer berechtigt, das Österreichische Umweltzeichen auch für das neu benannte Produkt bzw. die neu benannte Dienstleistung zu nutzen.

11. Der Zeichennutzer stimmt zu, dass alle im Zusammenhang mit der Zeichenvergabe bekannt gegebene Daten elektronisch verarbeitet (gespeichert) und vom Zeichengeber an den beauftragten Konzessionär weitergegeben werden.

Der Zeichennutzer erklärt auch sein Einverständnis, dass der Zeichengeber bei der/den für den Zeichennutzer

zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde(n) schriftlich Auskünfte über die für die Zeichenvergabe relevanten Umstände (insbesondere Betriebsanlagengenehmigung, behördliche Umweltschutzauflagen, Immissions- und Emissionswerte, Anrainerbeschwerden) einholt.

12. Der Zeichengeber kann dem Zeichennutzer die Verwendung des Zeichens auf bestimmte oder unbestimmte Zeit schriftlich untersagen, wenn der Zeichennutzer Bestimmungen des gegenständlichen Vertrages verletzt und auch nach schriftlicher Anforderung unter Terminsetzung den vertragsgemäßen Zustand nicht herstellt.

13. Verletzungen des gegenständlichen Vertrages, die zur (vorübergehenden) Untersagung der Zeichennutzung führen, sind insbesondere:

- das Produkt, die Dienstleistung, der Betrieb oder die Schule entsprechen nicht mehr der unter II angeführten Richtlinie,

- die für die Zeichenvergabe eingereichten Unterlagen waren unrichtig oder gefälscht,

- das Umweltzeichen wurde missbräuchlich (z. B. in der Werbung) auch für

andere Unternehmen, Betriebe, Produkte/Dienstleistungen verwendet,

- die Nutzungsgebühr wurde nicht (vollständig) entrichtet,

- die Durchführung von Kontrollen wurde behindert, verhindert oder verzögert.

[...]

1.5.3. Im Vorfeld des Abschlusses der Markenlizenzverträge finden produktspezifische Prüfungen nach vorangehender Beantragung beim XXXX im Rahmen einer von diesem Verein entrierten Gutachtenserstellung statt.

1.5.4. Gegenständlich hat die im Vergabeverfahren benannte Subunternehmerin der MB1 einen im April 2021 vom Vertreter der Ministerin gezeichneten Markenlizenzvertrag, wie oben auszugsweise dargestellt, am 18.05.2021 gegengezeichnet. Zuvor hat die Ministerin ohne nähere Datumsangabe dieser Subunternehmerin der MB1 mit einer Urkunde im April 2021 das Recht verliehen, für rund vier Jahre ein bestimmtes Stromprodukt mit der Verbandsmarke Österreichisches Umweltzeichen zu kennzeichnen. Siehe dazu die Vertrags- und Verleihungsurkunden, wie mit der OZ 51 vorgelegt.

1.5.5. Gegenständlich hat die im Vergabeverfahren benannte Subunternehmerin der MB2 einen im Februar 2021 vom Vertreter der Ministerin gezeichneten Markenlizenzvertrag im Februar 2021 gegengezeichnet. Zuvor hat die Ministerin ohne nähere Datumsangabe dieser Subunternehmerin der MB2 im Februar 2021 mit einer Urkunde das Recht verliehen, für vier Jahre bestimmte Stromprodukte mit Verbandsmarke Österreichisches Umweltzeichen zu kennzeichnen. Siehe dazu die Vertrags- und Verleihungsurkunden, wie mit der OZ 51 vorgelegt.

1.5.6. Es sind in den Nachprüfungsverfahren keine Unterlagen oder sonstige Beweise hervorgekommen, wonach die Subunternehmerin der MB1 vor April bzw Mai 2021 das Recht gehabt hätte, Stromprodukte mit der Verbandsmarke Umweltzeichen zu kennzeichnen.

Es sind in den Nachprüfungsverfahren keine Unterlagen oder sonstige Beweise hervorgekommen, wonach die im Vergabeverfahren benannte Subunternehmerin der MB2 vor Februar 2021 das Recht gehabt hätte, ihre jeweiligen Stromprodukte mit der Verbandsmarke Umweltzeichen zu kennzeichnen.

1.5.7. Wie im Nachprüfungsgeschehen unstrittig zu Lasten der AG sowie zu Lasten der MB1 und auch zu Lasten der MB2 vorgebracht, verfügen die MB1 und MB2 über keine eigenen Markenlizenzrechte zur Verwendung der Verbandsmarke Österreichisches Umweltzeichen zur Kennzeichnung ihrer Stromprodukte.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und Sachverhalt ergeben sich aus der Aktenlage der Gerichtsakten und aus den vorgelegten Vergabeunterlagen sowie insb aus den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gegenständlich ist wegen der unstrittigen Vergabeverfahrenseinleitung nach dem 21.08.2018 das BVergG 2018 gemäß BGBl I 2018/65 einschlägig, § 376 Abs 4 BVergG 2018 (im Folgenden: BVergG).

Soweit ausdrücklich nichts anderes angegeben, beziehen sich daher Zitate des BVergG auf das BVergG 2018.

Unstrittig kommen dabei Vergabebestimmungen des 2. Teils des BVergG zur Anwendung.

Das BVwG ist gegenständlich unstrittig zur Vergabekontrolle zuständig; und hatte gegenständlich gemäß Geschäftsverteilung in der im Entscheidungskopf ersichtlichen Senatsbesetzung zu entscheiden - § 328 BVergG 2018 iVm § 6 BVwGG.

3.1.1. Als Verfahrensrecht waren dabei abseits der Sonderverfahrensvorschriften des BVergG das VwGVG und die in § 333 BVergG 2018 verwiesenen Teile des AVG anzuwenden. Bzw aktuell zusätzlich § 4 des Bundesverfassungsgesetzes betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens (COVID-19 Begleitgesetz Vergabe) idF BGBl I 2021/107.

3.1.2. Soweit die ASt1 und die ASt2 die ausgegliederten Unternehmen der Universitäten gemäß Universitätsgsetz 2002 trotz Verbesserungsauftrags des BVwG nicht fristgerecht den Firmenwortlaut nach benannt haben, war die beschlussmäßige Zurückweisung auszusprechen - § 333 BVergG iVm § 344 Abs 1 Z 2 BVergG iVm § 13 Abs 3 AVG; siehe dazu die Eingabe OZ 76 der ASt1 im Verfahren W131 2241615-2 sowie die Eingabe der ASt2 OZ 73 aus dem Verfahren W131 2241628-2.

IdZ ist klarzustellen, dass in der Ausschreibung bereits ausweislich der unionsrechtlich vorgegebenen Bekanntmachungsformulare der AG bzw die vergebende Stelle sämtliche Auftragnehmer nennen muss. Unterbleibt dies allerdings und wird dies nicht rechtzeitig wegen Intransparenz angefochten, so hat eben der Bieter ohne diesbezüglich schlichte Lektüremöglichkeit in der Ausschreibung aus eigenem durch zB das Studium des österreichischen Firmenbuchs zu erheben, gegen welche Auftraggeber er mit seinem Nachprüfungsantrag vorgehen will.

3.1.3. Nachdem gemäß § 346 Abs 1 BVergG gegenständlich (wohl) über eine gesetzliche Prozessstandschaft die BBG als vergebene Stelle und als zentrale Beschaffungsstelle an Stelle der benannten Auftraggeber zur Verfahrenspartei der Nachprüfungsverfahren geworden ist, erscheint dabei die Nichtigerklärung ohne weitere Auftraggebernennungen im Spruch hinreichend deutlich iSd § 59 AVG iVm § 333 BVergG, zumal die BBG die von ihr im Nachprüfungsverfahren repräsentierten Auftraggeber ja selbst kennen muss.

3.1.4. Rücksichtlich eines mitunter erstatteten Verfahrensvorbringens, wonach die ASt1 ob ihrer Bieterreihung hinter der MB1 wegen weiterer vorgereihter Bieter keinen erfolgreichen Nachprüfungsantrag stellen hätte können, ist festzuhalten, dass die von der ASt1 jeweils angefochtenen Entscheidungen je Los keine Begründung mit dem Hinweis auf Zwischenreihungen weiterer Bieter enthalten haben, womit diese Reihungsfrage keinesfalls Thema der gegenständlichen Nachprüfungsverfahren gemäß der RL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU sein kann, siehe zur Begründungspflicht der Vergabeentscheidungen zB EuGH Rs C-406/08 oder die Rsp des VwGH zur Entscheidungsbegründungspflicht zu Zl 2009/04/0081 uva.

3.1.5. Ansonsten ist ausdrücklich festzuhalten, dass keine weiteren Aspekte gegen die Antragszulässigkeit substantiiert vorgebracht wurden bzw solche auch sonst nicht bekannt wurden. Insb sind die ASt1 und ASt2 bislang nicht endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden - EuGH Rs C-355/15.

Soweit idZ im Verfahrensgeschehen vor dem Hintergrund gemäß § 340 BVergG mitunter von einer einzigen geschuldeten Nachprüfungsgebühr für die Anfechtung der Auswahlentscheidungen in den jeweiligen Losen argumentiert wurde und dabei teilweise sogar eine "einzige" angefochtene Entscheidung erblickt werden sollte, wurde dieser Standpunkt zu Verfahrensende von der ASt1 und ASt2 nur mehr insoweit substantiiert aufrecht erhalten, als eine Rückforderung nachträglich nachbezahlter bzw einbezahlter Pauschalgebühren begehrt wurde. Die ASt 1 hat insoweit letztlich für sechs Nachprüfungsanträge Pauschalgebühren bezahlt, die ASt2 für neun Nachprüfungsanträge, dies jeweils unter Berücksichtigung der Ermäßigung auf 80% der festgesetzten Gebühr gemäß § 340 Abs 1 Z 5 BVergG.

Zu A)

3.2. Zu den Nichtigerklärungen abseits von Zulässigkeitsfragen

3.2.1. IZm der Pflicht zur gesetzeskonformen Auslegung von Ausschreibungsunterlagen bzw iZm der Irrelevanz eines nur zu vermutenden Zwecks der Ausschreibungsbestimmungen hat der VwGH zB zu Ra 2018/04/0137 rechtssatzmäßig dokumentiert ausgeführt wie folgt:

Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen (Hinweis E vom 27. Oktober 2014, 2012/04/0066, mwN).

Zur alleinigen Relevanz des objektiven Erklärungswerts der Ausschreibung siehe insoweit zB auch VwGH Zl 2006/04/0024, wo festgehalten ist:

Der Verwaltungsgerichtshof hat schon wiederholt bei der Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen, somit hinsichtlich der Willenserklärungen des Auftraggebers, den objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt für maßgebend erachtet (Hinweis E vom 19. November 2008, 2007/04/0018, mit Verweis auf die Vorjudikatur). Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist, gilt auch für die Auslegung der Willenserklärung des Bieters.

3.2.2. Der VwGH hat zuletzt wiederum zu Ra 2019/04/0083 entsprechend seiner stRsp zur Präklusion, sprich: Bestandsfestigkeit von Auftraggeberentscheidungen ausgeführt wie folgt:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs kann eine unanfechtbar gewordene (bestandfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung von auf dieser Entscheidung aufbauenden Entscheidungen des Auftraggebers nicht mehr überprüft werden. Ist eine Ausschreibungsbestimmung mangels rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibung bestandfest geworden, ist sie - unabhängig davon, ob sie bei rechtzeitiger Anfechtung für nichtig zu erklären gewesen wäre - der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (siehe VwGH 22.3.2019, Ra 2017/04/0038, Rn. 26; 16.12.2015, Ra 2015/04/0071, jeweils mwN).

3.2.3. Das BVwG geht nunmehr davon aus, dass der Begriff "verfügen" gemäß den entsprechenden Teilen in den Erstangebotsunterlagen und Letztangebotsunterlagen objektiv dahin zu verstehen ist, dass ein Bieter zum Zeitpunkt seiner Angebotsabgabe nur dann über UZ 46 Strom verfügt, wenn er bereits ein vertraglich begründetes Nutzungsrecht für die Verbandsmarke Österreichisches Umweltzeichen für seine Stromprodukte hat.

So lange ein Bieter von der zuständigen Ministerin noch kein Nutzungsrecht entsprechend der Richtlinie UZ 46 eingeräumt erhalten hat bzw noch keinen diesbezüglichen Lizenzvertrag für die Nutzung der Verbandsmarke Österreichisches Umweltzeichen abgeschlossen hat, verfügt ein Bieter nicht über Strom, den er als UZ 46 - Strom anbieten kann.

3.2.4. Dies bedeutet nunmehr für das Erstangebot der MB2 und das Erst- sowie Letztangebot der MB1 wie folgt:

3.2.4.1. Nach der gebotenen Auslegung der Ausschreibung und insb der bei den Feststellungen wiedergegebenen Ausschreibungsteile ist nach ihrem objektiven Wortlaut davon auszugehen, dass ein Bieter nur dann über "UZ 46 - Strom" verfügt, wenn er für sein Stromprodukt das Recht erworben hat, dieses Produkt mit der Verbandsmarke Österreichisches Umweltzeichen zu kennzeichnen.

3.2.4.2.2. Weder die MB1 noch die MB2 haben bislang dieses Nutzungsrecht an der Verbandsmarke Österreichisches Umweltzeichen selbst erworben und verfügen damit bis heute nicht kraft eigenen entsprechenden Markennutzungsrechts über UZ 46 - Strom.

3.2.4.3. Sofern man die Passage aus der Richtlinie UZ 46, die lautet:

"Wird Grüner Strom im b2b-Bereich an einen Händler verkauft, der kein Ökostromhändler gem. Definition dieser Richtlinie ist, darf dieser Strom nicht mehr als Grüner Strom beim Verkauf an Endverbraucher bezeichnet werden."

nicht ohnehin dahin zu lesen hat, dass beim Verkauf (zwecks Lieferung) von UZ 46 - Strom durch die jeweils eigene Subunternehmerin an die Bieterinnen MB1 und MB2 bei der Weiterlieferung an die Auftraggeber dann kein UZ - 46 - Strom mehr an die Auftraggeber dieser Vergabe geliefert würde/werden dürfte, ist festzuhalten, dass die MB1 und die MB2 über ihre in der Angebotsphase benannten Subunternehmerinnen zum Schlusstermin für die Erstangebotsabgabe am 20.01.2021 beide auch nicht über diesen Weg der Subunternehmerbenennung über irgendwelchen UZ 46 - Strom verfügt haben.

Die für die MB2 ins Treffen geführte Subunternehmerin hat nämlich ihr Nutzungsrecht an der Verbandsmarke erst im Februar 2021 erworben, die im Vergabeverfahren insoweit deklarierte Subunternehmerin der MB1 sogar erst frühestens im April 2021.

3.2.4.3.1. Mangels eines von der jeweiligen Subunternehmerin abgeleiteten Markennutzungsrechts für ihre Stromprodukte zum Erstangebotstermin waren damit die Erstangebote der MB1 und MB2 ausschreibungswidrig iSd Rzz 188 und 193 der AAB 1, wenn dort das Ausscheiden der Angebote mangels Verfügens über UZ 46 - Strom vorgesehen war und in der Rz 177 nur Verhandlungen über technische, rechtliche und finanzielle Aspekte vorgesehen waren, nicht aber über die definitiv verlangte Lieferung von UZ 46-Strom bei vordefinierten "UZ 46 - Losen."

War nämlich beim Erstangebot bei den Losen 1, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11 und 16 obligatorisch UZ46 - Strom anzubieten, beim Los 16 insoweit in einem Variantenangebot, konnte objektiv ausschreibungskonform kein solcher UZ 46 - Strom angeboten werden, wenn die MB1 und MB2 damals jeweils noch nicht - mangels (abgeleiteten) Markennutzungsrechts - über derartigen UZ 46 - Strom verfügt haben.

Dass die Bieter nach dem objektiven Ausschreibungswortlaut bereits am 20.01.2021 über UZ 46 - Strom im aufgezeigten Sinn verfügen mussten und damit die Gewissheit der nachmaligen eigenen Lieferfähigkeit haben mussten, ergibt sich dabei insb aus der Variantenangebotsregelung der Rz 151 der AAB 1, wo ein verpflichtendes Variantenangebot für UZ 46 - Strom verlangt war. Würde man insoweit nicht bereits zum Erstangebotstermin über entsprechenden UZ 46 Strom verfügen müssen, um diesen verpflichtend anbieten zu können, hätte man die Rz 151 der AAB 1 objektiv nicht gebraucht, ebenso wie dann die Festlegung der Lose 1, 3, 4, 5, 8, 9, 10 und 11 als definitve UZ 46 -Strom- Lose (gemäß der Tabelle auf den Seiten 8 und 9 der AAB 1)in der Erstangebotsphase dann sinnlos gewesen wäre.

Da insoweit die MB1 und MB2 mit ihren Erstangeboten für UZ 46 - Strom mangels Verfügungsrechts über UZ - 46 - Strom zum Schlusstermin der Erstangebote nicht ausgeschieden wurden, wurden sie ausschreibungswidrig zur Letztangebotsabgabe aufgefordert und haben die MB1 und MB2 insoweit auch ausschreibungswidrig ein Letztangebot gelegt; und ist damit deren jeweiliges Letztangebot insoweit gleichfalls als ausschreibungswidrig auszuscheiden.

Damit waren die angefochtenen Auswahlentscheidungen bei den Losen 1, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11 und 16 jeweils gemäß § 347 Abs 1 BVergG iVm § 141 Abs 1 Z 7 BVergG nichtig zu erklären, dies bei den Losen 1, 3, 5, 10, 11 und 16 in gleichzeitiger Stattgabe der Nachprüfungsanträge der ASt1 und der ASt2; und bei den Losen 4, 8 und 9 nur wegen der diesbezüglichen Nachprüfungsanträge der ASt2.

Dies alles, ohne hier zusätzlich im Lichte des § 78 Abs 1 Z 11 lit a BVergG iVm § 20 Asb 1 BVergG unter Lauterkeitsaspekten näher zu erörtern, ob nicht (zusätzlich jeweils auch) der Ausscheidensgrund gemäß § 141 Abs 1 Z 2 BVergG anwendbar wäre, wenn die MB1 und MB2 Angebote über künftige Leistungen gelegt haben, über die sie zum Zeitpunkt der Erstangebotsabgabe noch keine objektive Gewissheit der Leistungsfähigkeit/Lieferfähigkeit und damit auch keine Leistungssicherheit gehabt haben. Bedingte Angebote waren ja insoweit bestandsfest nicht ausdrücklich zugelassen.

3.2.4.3.2. Das Letztangebot der MB1 war zusätzlich wegen Ausschreibungswidrigkeit nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG auch deshalb auszuscheiden, weil die MB1 bei einer Letztangebotsfrist am 16.03.2021 entgegen der Rz 201 der AAB 2 auch im März 2021 noch nicht über den verpflichtend im Letztangebot bei den Losen 1, 3, 5, 10, 11 und 16 anzubietenden UZ 46 - Strom verfügt hat.

Dabei zeigt gerade diese Rz 201 der AAB 2, dass es gemäß der Ausschreibung objektiv auf die objektive Verfügbarkeit von UZ 46 - Strom zum Angebotsschlusstermin angekommen ist, nachdem - vom Prokurartursvertreter der BBG in der Verhandlung bestätigt - keine spätere Festlegung der BBG diese Rz 201 der AAB 2 abgeändert hat.

3.2.5. Soweit insb die BBG im Verfahren auf die 1. Fragebeantwortung zu den Erstangebotsunterlagen hinweist und zitiert, dass die BBG auf die Frage: "Bis wann muss die „UZ 46 Zertifizierung“ spätestens abgeschlossen sein und wann und wie ist die Zertifizierung nachzuweisen?" danach geantwortet hat, dass "der zukünftige Auftragnehmer spätestens zum Lieferbeginn am 01.01.2022 über die entsprechende Zertifizierung verfügen muss und ausschließlich solchen Strom zu liefern hat", ist auf die oben aufgezeigten Interpretationsgrundsätze hinzuweisen, wonach nach dem

objektiven Erklärungswert der zitierten Fragebeantwortung die Zertifizierung des künftigen Auftragnehmers mit UZ 46 begrifflich eben die "Zertifizierung des Auftragnehmers" betrifft, dies aber von der Frage zu unterscheiden ist, ob ein Bieter zum Zeitpunkt seiner Angebotsabgabe objektiv über UZ 46 - Strom verfügt.

Der Bieter kann nämlich - hier abseits der b2b - Regel der UZ 46 Richtlinie im Sinne einer Auslegung zu Gunsten der MB1 und MB2 - mitunter über derartigen UZ 46 - Strom zB auch dann verfügen, wenn er Subunternehmer vertraglich gebunden hat, die zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe derenseits bereits über das Recht zur Nutzung der verfahrensgegenständlichen Verbandsmarke "Österreichisches Umweltzeichen" für ihre Stromprodukte verfügen. Dazu muss der Bieter noch nicht selbst entsprechend "zertifiziert" sein.

Wenn seitens eines Juristen der BBG im ersten Verhandlungstermin am 22.06.2021 auf die Verfügbarkeitsnotwendigkeit erst ab 01.01.2022 hingewiesen wird, ist nochmals zu unterstreichen, dass in der 1. Fragebeantwortung insoweit von der Unternehmenszertifizierung des Auftragnehmers gesprochen wird, nicht aber von der - objektiv früher erforderlichen - "Produktzertifizierung" des UZ 46 - Stromprodukts.

3.2.6. Soweit im Verfahrensverlauf insb namens der BBG maW vorgebracht wurde, dass es nicht vergaberechtswidrig wäre, wenn die Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch nicht über UZ 46 - Strom verfügen müssten, sondern dass die Auftraggeber hier leistungsstörungsrechtlich hinreichend abgesichert wären, sofern ab 01.01.2022 nicht entsprechend geliefert würde, ist darauf hinzuweisen, dass dies nicht das Ergebnis einer objektiven gesetzeskonformen Ausschreibungsinterpretation, wie aufgezeigt, ist.

Zudem würde damit die ökologische Zielsetzung der Beschaffung von UZ 46 - Strom unterlaufen, wenn man erwägt, dass anderer Strom als UZ 46 - Strom idR billiger als UZ 46 - Strom sein wird, siehe dazu zB Rzz 151f der AAB 1 mit dem dort erwähnten Preisaufschlag; und damit die rein monetäre Leistungsstörungsregelung keine Garantie mehr für die Herstellung des deklarierten ausschreibungskonformen Zustands sein wird. (Gelieferter Strom kann über die Zeitachse danach nicht nochmals für den gleichen Zeitraum geliefert werden, eine Stromversorgung zum früheren Zeitpunkt kann später nicht mehr umgetauscht werden durch eine spätere Stromlieferung) Die "Leistungsstörungs" - Argumentation läuft damit bei dieser Ausschreibung insb auch den evidenten Umweltschutzzielsetzungen dieser Ausschreibung gemäß § 20 Abs 5 BVergG zuwider und widerspricht damit der Pflicht zur gesetzeskonformen Ausschreibungsinterpretation.

3.2.7. Bei diesem Verfahrensstand muss nunmehr nicht mehr erörtert werden, inwieweit allenfalls weitere Ausscheidensgründe zu Lasten der MB1 und der MB2 vorliegen könnten, wenn man deren Angaben in den als Angebotsbestandteilen zu sehenden Subunternehmerlisten in der dritten dortigen Spalte (betreffend Leistungsteile) beachtet, oder zB bei der MB 1 gewisse Eignungsnachweiserfordernisse näher hinterfragen bzw beurteilen würde, insb wenn man auf VwGH Ra 2016/04/0015, dort Rz 18, Bedacht nimmt, wo der VwGH [- Hervorhebungen insoweit durch das BVwG] ausgeführt hat:

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

Zu B) teilweise Zulässigkeit der Revision:

3.3. 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.

3.3.1. Die Revision im Punkte der ausgesprochenen Teilzurückweisungen war zuzulassen, da bislang noch keine gefestigte Rsp des VwGH zur Frage vorliegt, inwieweit vor dem Hintergrund der Parteistellungsbestimmung des § 346 Abs 1 BVergG iVm zentralen Beschaffungsstellen überhaupt noch sämtliche Auftraggeber gleichheitskonform sachlich zusätzlich im Nachprüfungsantrag benannt werden müssen.

3.3.2 Betreffend die ausgesprochenen Nichtigerklärungen war die Revison nicht zuzulassen, da diese auf dem objektiven Ausschreibungswortlaut beruhen; und insoweit eine Ausschreibungsauslegung im Einzelfall nicht revisibel ist - so zB VwGH Ra 2019/04/0047 mwN.

Soweit es um die Frage des Vorliegens einer jeweiligen gesondert anfechtbaren Entscheidung je Auswahlentscheidung je Los ging, war von einer eindeutigen Sach- und insb Rechtlage auszugehen, die nicht zur Revisionszulässigkeit führt - siehe zB VwGH Ra 2020/16/0159

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig Auslegung der Ausschreibung Auswahlentscheidung bestandfeste Ausschreibung Bestandsfestigkeit Bietergemeinschaft Lieferauftrag Lizenz Mangelhaftigkeit mündliche Verhandlung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren Nichtigerklärung objektiver Erklärungswert Rahmenvereinbarung Revision teilweise zulässig Subunternehmer Universität Verbesserungsauftrag Verfügbarkeitsbestätigung Vergabeverfahren Zertifizierungsprüfung Zurückweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W131.2243756.1.00

Im RIS seit

22.11.2021

Zuletzt aktualisiert am

22.11.2021

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at