jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2021/9/20 W120 2243848-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 20.09.2021

Entscheidungsdatum

20.09.2021

Norm

BVergG 2018 §2 Z15
BVergG 2018 §2 Z5
BVergG 2018 §20 Abs1
BVergG 2018 §302
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §333
BVergG 2018 §334 Abs2
BVergG 2018 §342 Abs1
BVergG 2018 §344 Abs1
BVergG 2018 §347 Abs1
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W120 2243848-2/38E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian Eisner als Vorsitzenden, Mag. Tanja Lässig als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Christoph Wiesinger als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Antrag vom 28. Juni 2021 der Bietergemeinschaft bestehend aus der XXXX in XXXX und der XXXX in XXXX , vertreten durch CHG Czernich Haidlen Gast & Partner Rechtsanwälte GmbH in 6020 Innsbruck, betreffend das Vergabeverfahren „Reinigung von ÖBB-Schienenfahrzeugen im Personenverkehr und zugehörige Leistungen“ zu Los 1 der Auftraggeberinnen „Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft sowie die mit ihr im Sinne des § 189a Z8 UGB verbundenen Gesellschaften, alle vertreten durch die ÖBB-Personenverkehr AG“, diese vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Dem Antrag,

„[D]as Bundesverwaltungsgericht möge 1. die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin[nen], mit welchem Unternehmen (Bieter) bzw. Unternehmen (Bietern) die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (‚Entscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung' für Los 1 (Wien, NÖ, Burgenland)), in der ‚Ausschreibung einer Reinigung von Schienenfahrzeugen im Personenverkehr und verbundene Tätigkeiten (Aktenzeichen des Auftraggebers: ProVia ID 52029)' vom 18.06.2021, nämlich dass die Rahmenvereinbarung in Los 1 mit der XXXX als erstgereihte präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin abgeschlossen werden soll, für nichtig erklären",

wird Folge gegeben.

Die am 18. Juni 2021 der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren bekanntgegebene Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, wird für nichtig erklärt.

B)

Die ordentliche Revision ist zulässig.

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 28. Juni 2021 stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren.

1.1. Zur Begründung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass 1. das Angebot der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin auszuscheiden gewesen wäre, 2. die der Antragstellerin im Zuge der gegenständlich angefochtenen Entscheidung mitgeteilte Bewertung ausschließlich auf Punktesummen beruhe und diese Bewertung damit für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar sei, 3. die Punktevergabe im Einzelnen für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar sei und 4. die Kommissionsmitglieder in der Ausschreibungsunterlage nicht bekanntgegeben worden seien.

1.2. Das Angebot der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin wäre aus den folgenden Gründen bei rechtsrichtigem Vorgehen auszuscheiden gewesen:

Die Antragstellerin habe hinsichtlich des Zuschlagskriteriums „Preis" [...] Punkte (von maximal erreichbaren [...] Punkten) und hinsichtlich des Zuschlagskriteriums „Summe der Monatsarbeitsstunden aller Reinigungskräfte" [...] Punkte (von maximal [...] erreichbaren Punkten) erhalten.

Die erstgereihte präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin habe [...] Punkte für die Bewertung des Preises und [...] Punkte für die Summe der Monatsarbeitsstunden aller Reinigungskräfte erhalten.

Daraus werde seitens der Auftraggeberinnen (unzutreffend) abgeleitet, dass die erstgereihte präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin den Bestpreis angeboten habe.

Mit der in den Ausschreibungsunterlagen in Punkt 15.3.1. der Aufforderung zur Angebotsabgabe definierten Formel sowie dem Angebotspreis der Antragstellerin von EUR [...] lasse sich der Preis der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin mathematisch mit EUR [...] ermitteln. Dieser Preis liege um [...] % unter dem Angebotspreis der Antragstellerin.

Die erstgereihte präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin habe zudem [...] Punkte für die Bewertung der Summe der Monatsarbeitsstunden aller Reinigungskräfte erhalten.

Mit der in den Ausschreibungsunterlagen in Punkt 15.3.2. der Aufforderung zur Angebotsabgabe definierten Formel lasse sich die Summe der Monatsarbeitsstunden aller Reinigungskräfte der erstgereihten präsumtiven

Rahmenvereinbarungspartnerin mathematisch mit [...] Stunden im Verhältnis zu den von der Antragstellerin angebotenen Stunden von [...] berechnen. In Zusammenschau dieser beiden Werte ergebe sich, dass der durchschnittliche Stundensatz des erstgereihten Mitbewerbers um etwa [...] % unter dem Stundensatz der Antragstellerin liege.

Die Antragstellerin sei in der Kalkulation an die Grenzen der betriebswirtschaftlichen Kalkulation gegangen und habe nach den kollektivvertraglichen Löhnen, Zulagen, Lohnnebenkosten und allgemeinen Betriebskosten einen marginalen kalkulatorischen Unternehmeraufschlag veranschlagt. In diesem Unternehmeraufschlag seien ua auch Risiken allfälliger Vertragsstrafen und Pönalen abzudecken.

Unter Punkt 15.20 sei definiert, dass die gesamten Vertragsstrafen für die Laufzeit des Vertrags mit insgesamt 30 % des jährlichen Netto-Pauschaldienstleistungsentgelts, jedoch maximal mit EUR 6.000.000,-- begrenzt seien.

Unter den genannten Umständen sei die gegebene Unterschreitung des Angebotspreises der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin um [...] % zum Angebotspreis der Antragstellerin, unter der Voraussetzung der Einhaltung der im Kollektivvertrag vorgeschriebenen Mindest-Stundenlöhne, sowie der gesetzlichen Lohnnebenkosten nicht plausibel bzw. spekulativ. Die Antragstellerin gehe hierbei freilich nicht von einer Vergleichsrechnung mit ihrem Angebot aus, sondern begründe diesen Punkt mit der objektiv (und losgelöst von der Antragstellerin) nicht nachvollziehbaren Kalkulation der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin.

Der Ansatz der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin müsse demnach mit Blick auf den Lohnnebenkostensatz sowie die kollektivvertraglich niedergeschriebenen Mindestlöhne wesentlich unter jenen Werten liegen, die von der Interessenvertretung der zuständigen Branche als realistisch betrachtet werden würden. Es bestehe – bei sonstigem Ausscheiden eines Angebotes – eine gesetzliche Verpflichtung zur Einhaltung der in Österreich geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften. Gerade im Reinigungsgewerbe seien bekanntlich (und von der Rechtsprechung betont) aus Konkurrenzgründen Unterangebote an der Tagesordnung, in denen gesetzliche Vorgaben nicht berücksichtigt werden würden. Die Antragstellerin gehe aufgrund der aufgezeigten Kalkulation davon aus, dass das Angebot der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin ein solches Angebot darstelle.

Daraus würden sich letztlich objektive Zweifel ergeben, dass die erstgereihte präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin den Auftrag zu den angegebenen Preisen ausführen können werde – eine kostendeckende Kalkulation könne bei diesem Preis im Verhältnis zu den bewerteten Stunden nicht vorliegen.

Eine derart große Diskrepanz sei wirtschaftlich in Bezug auf die ausgeschriebenen Leistungen weder erklär- noch nachvollziehbar und widerspreche letztlich auch den Ausschreibungsbedingungen und den Vorgaben des BVergG 2018, da eine Einhaltung arbeitsrechtlicher, lohn- und sozialrechtlicher Bestimmungen (auch bei noch so massiven Paketabschlägen oder dergleichen) nicht möglich erscheine. Das Angebot der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin sei schlichtweg unterpreisig.

Insgesamt weise das Angebot der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin jedenfalls eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf und wäre daher insbesondere nach § 302 Abs 1 Z 3 BVergG 2018 zwingend auszuscheiden gewesen.

1.3. Die angefochtene Entscheidung erweise sich aus mehreren Gründen als rechtswidrig.

Der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, komme daher erhebliche Bedeutung mit Blick auf die spätere Beauftragung zu. Insbesondere wäre die angefochtene Entscheidung auch entsprechend nachvollziehbar zu begründen. Mangels einer solchen Begründung könne die Antragstellerin zu den Gründen für ihre Reihung an zweiter Stelle nur Mutmaßungen anstellen.

1.3.1. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe sehe hinsichtlich der Bewertung der Qualitätskriterien in ihren Punkten 15.3.3. und 15.3.4. eine Bewertung durch eine Bewertungskommission (Jury) anhand der Anlangen A8a und A8b vor.

Die Mitglieder der Bewertungskommission würden gemeinsam mittels Jurybewertungsbogen das je zu bewertende Angebot eines Bieters bewerten und begründen. Die Bewertung erfolge dabei gemäß der Aufforderung zur Angebotsabgabe jeweils anhand der festgelegten Bewertungskriterien und -maßstäbe nach dem Schulnotenprinzip mit einer verbalen Begründung.

Der Antragstellerin seien mit der angefochtenen Entscheidung lediglich die erreichten Gesamtpunkte hinsichtlich der

Qualitätskriterien (und nicht einmal die jeweils erreichten Punkte in den Subkriterien) zur Verfügung gestellt worden, wobei die Bewertung für sie damit – entgegen den Vorgaben an eine Begründung (zumal eine verbale Begründung auch in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen sei) – objektiv nicht nachvollziehbar sei. Mit Blick auf die Möglichkeit eines unmittelbaren Abrufs müssten die Anforderungen an die Begründung der gegenständlich angefochtenen Entscheidung streng sein, könnten diese Aspekte nach dem System der gesondert anfechtbaren Entscheidungen zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr releviert werden.

Die der Antragstellerin mitgeteilte Bewertung beruhe ausschließlich auf Punktesummen und sei für sie damit nicht nachvollziehbar. Eine lediglich nach Punkten vorgenommene Entscheidung ohne detaillierte verbale Begründung stelle aber gerade keine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung dar. Eine ausschließlich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung ohne detaillierte verbale Beurteilung sei nach der Rechtsprechung unzulässig. Die verbale Begründung könne auch nicht im Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden. Bei einer ziffernmäßigen Bewertung der Angebote bedürfe es vielmehr einer detaillierten verbalen Darstellung für die Gründe dieser Bewertung, um die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung der Auftraggeberinnen zu ermöglichen.

1.3.2. Qualität – Bewertung des Konzepts (Punkt 15.3.3. der Aufforderung zur Angebotsabgabe): Die Antragstellerin habe [...] Punkte von [...] maximal möglichen Punkten erhalten. Die Kriterien der Bewertung seien in der Anlage A8a „Bewertung der Präsentation.pdf“ definiert worden.

Die Antragstellerin sei in ihrem Konzept auf alle geforderten Punkte eingegangen und habe die gestellten Fragen beantwortet. Es sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar, weshalb sie für ihr Konzept nur [...] Punkte von [...] möglichen Punkten erhalten habe.

1.3.3. Qualität – Bewertung der Präsentation und des Auftretens des Bieterteams (Punkt 15.3.4. der Aufforderung zur Angebotsabgabe): Die Antragstellerin habe [...] Punkte von [...] maximal möglichen Punkten erhalten. Die Kriterien der Bewertung seien in der Anlage A8b „Muster_Bewertungsbogen Präsentation_v1.0.pdf“ definiert worden.

Die Auftraggeberinnen seien seit über 15 Jahren mit den Leistungen der Antragstellerin im höchsten Maß zufrieden und es sei für die Antragstellerin schlichtweg nicht nachvollziehbar, weshalb in der Bewertung der Präsentation der bereits seit Jahren etablierten und involvierten Schlüsselpersonen nur [...] von [...] möglichen Punkten vergeben werden würden. Eine Begründung dazu fehle gänzlich.

1.3.4. Sei eine kommissionelle Bewertung vorgesehen, so habe die Bewertungskommission aus Fachleuten zu bestehen, die über das jeweils erforderliche Fachwissen für den konkret zu beurteilenden Gegenstand verfügen würden, sodass etwa in Hinblick auf technische Aspekte „technisches Fachwissen“ gefordert sei. Mangels Kenntnis der einzelnen Mitglieder und deren Qualifikation sei zu bestreiten, dass die Kommissionsmitglieder diesen Anforderungen entsprochen hätten.

Bedenklich sei zudem, dass die Kommissionsmitglieder in der Ausschreibungsunterlage nicht bekanntgegeben worden seien, um mögliche Befangenheiten oder Interessenkonflikte durch die Antragstellerin prüfen zu können.

1.4. Insgesamt erweise sich, dass die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mit Rechtswidrigkeit behaftet sei, zumal sie nicht nachvollziehbar sei und den Anforderungen an eine Begründung dieser Entscheidung nicht genüge. Daher sei diese Entscheidung für nichtig zu erklären.

2. Am 30. Juni 2021 erteilten die Auftraggeberinnen zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

3. In ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2021 nahmen die Auftraggeberinnen zum Nachprüfungsantrag wie folgt Stellung:

3.1. Vorab sei klarzustellen, dass die Behauptung der Antragstellerin, dass eine Unterschreitung des Angebotspreises der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin um [...] % zum Angebotspreis der Antragstellerin vorliege, falsch sei.

Obwohl aufgrund der geringen Preisdifferenz eine vertiefte Angebotsprüfung gar nicht intendiert gewesen sei, hätten die Auftraggeberinnen die Preise vertieft geprüft. Alle Bieter hätten daher mit den vorgesehenen Preisformblättern ihre Detailkalkulation darstellen müssen (siehe Preisblätter je Los).

Die vertiefte Preisprüfung habe ergeben, dass der Angebotspreis der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sei (siehe Vergabeakt). Eine spekulative Preisgestaltung liege nicht vor.

Die Sektorenauftraggeberin treffe grundsätzlich keine Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung im Sinne des § 137 Abs 3 BVergG 2018. Trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung in § 300 BVergG 2018 werde in grundsätzlicher Analogie zu § 137 Abs 3 Z 1 BVergG 2018 zulässig sein, dass das Angebot nur eine ausreichende Teilkostendeckung erfülle, aber nicht Vollkostendeckung erfüllen müsse.

Gegenständlich weiche das Angebot der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin vom Angebotspreis der Antragstellerin als zweitgereihte präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin ab. Sonstige Hinweise, die eine vertiefte Prüfung der Preise indizieren würden, seien nicht vorgelegen.

Die Auftraggeberinnen hätten bereits im Rahmen der Angebotsabgabe die Detailkalkulationen der Bieter abgefragt und daher mit den Angeboten der Bieter die erforderlichen Detailkalkulationen für die vertiefte Angebotsprüfung erhalten. Die Auftraggeberinnen hätten zudem den verfahrensbegleitenden externen Konsulenten mit der vertieften Angebotsprüfung beauftragt. Das Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung sei im Vergabeakt dokumentiert.

Die Einhaltung der Prüfung der vorgegebenen Mindestkriterien habe ergeben, dass diese bei allen Bietern eingehalten worden seien und eine weitere Prüfung oder Aufklärung nicht erforderlich sei. Die Detailprüfung der abgegebenen Stundensätze für die Betriebsleitung, die Objektleiter, die Platzkoordinatoren und die Reinigungskräfte habe ergeben, dass die angebotenen Stundensätze aller Bieter innerhalb der kollektivvertraglichen Vorgaben sowie in einem branchenüblichen Marktspektrum liegen würden und korrekt kalkuliert worden seien. Der durchschnittliche Stundensatz aller präsumtiven Rahmenvereinbarungspartner sei betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar.

Das Vorbringen der Antragstellerin basiere ausschließlich auf Mutmaßungen und nicht auf substantiierten Behauptungen. Richtig sei hingegen, dass die Preise der präsumtiven erstgereihten Rahmenvereinbarungspartnerin betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Die relevanten arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Bestimmungen seien eingehalten worden.

Eine spekulative Preisgestaltung und ein Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen und dem BVergG 2018 würden nicht vorliegen.

3.2. Es sei darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberinnen in der Mitteilung, mit welchem Unternehmer beabsichtigt werde, die Rahmenvereinbarung abzuschließen, gerade aus dem Grund der Durchführung etwaiger neuerlicher Angebotsrunden bzw. erneuter Aufrufe zum Wettbewerb die Angebotspreise der Rahmenvereinbarungspartner nicht in der Auswahlentscheidung angeführt habe.

Darüber hinaus erfolge mit dem Abschluss der Rahmenvereinbarung noch kein Abruf aus der Rahmenvereinbarung. Dieser erfolge gesondert. Die Antragstellerin habe daher nicht davon ausgehen können, dass der erste Abruf ein unmittelbarer Abruf aus der Rahmenvereinbarung und kein Aufruf zum neuerlichen Wettbewerb bzw. zur neuerlichen Angebotsabgabe sein werde.

Die Auftragserteilung nach Aufforderung zur neuerlichen Angebotsabgabe/erneutem Aufruf zum Wettbewerb sei daher nicht bloß subsidiär vorgesehen.

Gemäß § 315 Abs 1 BVergG 2018 seien in der Mitteilung an die nicht berücksichtigten Bieter die Namen der Rahmenvereinbarungspartner sowie die Gründe der Nichtberücksichtigung und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots bzw. der Angebote zu nennen. Eine Verpflichtung in der Mitteilung an die berücksichtigten Bieter diese Informationen zu nennen, sei gesetzlich gerade nicht vorgesehen und würde auch dem Wettbewerbsgedanken zuwiderlaufen.

Die Auswahlentscheidung an die Unternehmen, mit denen die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll („positive Auswahlentscheidung“), sei im BVergG 2018 nicht geregelt. Das BVergG 2018 enthalte lediglich Vorgaben an die Mitteilung, welche an die nicht berücksichtigten Bieter („negative Auswahlentscheidung“) zu ergehen habe.

Konkret sei die Antragstellerin im verfahrensgegenständlichen Los 1 an zweiter Stelle gereiht und sei somit eine berücksichtigte Bieterin, da auch mit ihr die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle.

In der gegenständlichen Rahmenvereinbarung sei vorgesehen, dass auf Grundlage dieser Rahmenvereinbarung die

Auftraggeberinnen nach Maßgabe des Punkts II. berechtigt seien, entweder den Rahmenvereinbarungspartner mittels Abruf-Auftragsschreiben unmittelbar zu den Bedingungen der Unterlagen der Rahmenvereinbarung zu beauftragen („unmittelbare Auftragserteilung“) oder unter den Partnern der Rahmenvereinbarung einen neuerlichen Wettbewerb durchzuführen und dem Angebot des darin ermittelten Billigst- /Bestbieter zuzuschlagen („Auftragserteilung nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb“). Mit Abschluss der Rahmenvereinbarung erfolge noch kein Abruf. Dieser erfolge gesondert.

Somit sei die Auswahlentscheidung an den Unternehmer, mit welchem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, entgegen der Behauptungen der Antragstellerin nicht einer Zuschlagsentscheidung gleichzusetzen.

Daher sei auch die von der Antragstellerin zitierte Rechtsprechung nicht einschlägig, da in den Entscheidungen die Zuschlagsentscheidung oder die Auswahlentscheidung von nicht berücksichtigten Bietern bekämpft worden seien.

Vor diesem Hintergrund würden die Auftraggeberinnen auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 7. Jänner 2019 zu VGW-123/029/9415/2018 zu einem inhaltlich identen Sachverhalt verweisen, die zum klassischen Bereich ergangen sei. Dort sei ebenfalls eine Rahmenvereinbarung mit drei Bietern abgeschlossen worden. Festgelegt sei gewesen – wie gegenständlich –, dass der Abruf unmittelbar vom erstgereihten Bieter erfolge, wobei auch ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb möglich gewesen sei.

Abgesehen davon sei gesetzlich nicht vorgesehen, dass einem Bieter, der in die Rahmenvereinbarung aufgenommen werde, die Vor- und Nachteile der Angebote der anderen Bieter, die in die Rahmenvereinbarung ebenfalls aufgenommen werden sollen, bekannt zu geben seien. Laut dem insofern eindeutigen Wortlaut müssten entsprechende Informationen nur jenen Bietern erteilt werden, die nicht berücksichtigt worden seien bzw. die nicht in die Rahmenvereinbarung aufgenommen werden sollen.

Für die von der Antragstellerin bekämpfte Auswahlentscheidung enthalte das BVergG 2018 keine konkreten Vorgaben. Die bekanntgegebene Auswahlentscheidung der Auftraggeberinnen würde alle essentialia negotii enthalten.

Der Antragstellerin sei es jedenfalls möglich, gegen die gegenständliche „Auswahlentscheidung“ einen inhaltlich begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen.

3.3. Weder im BVergG 2018 noch in den bestandsfesten Festlegungen sei normiert, dass die verbale Begründung der Jury in die Auswahlentscheidung aufzunehmen sei. Abgesehen davon habe die Antragstellerin abgelehnt, dass die Auftraggeberinnen die Details der Bewertung erläutern würden. Die verbale Begründung sei jedenfalls im Vergabeakt dokumentiert. Die Antragstellerin hätte jederzeit die Möglichkeit gehabt, in den ihr Angebot betreffenden Teil des Vergabeaktes Einsicht zu nehmen. Von dieser Möglichkeit habe die Antragstellerin (trotz mehrfacher Nachfrage durch die Auftraggeberinnen) nicht Gebrauch gemacht.

Abgesehen davon, dass die verbale Begründung nicht in der Auswahlentscheidung angeführt werden müsse, würde sich am Ergebnis auch nichts ändern, wenn die verbale Begründung in der Auswahlentscheidung enthalten gewesen wäre.

Aus Sicht der Auftraggeberinnen wäre es ein bloßer Formalismus, wenn die Auftraggeberin gezwungen wäre, die „Auswahlentscheidung“ zurückzuziehen, nur um sie (ergänzt um Informationen der verbalen Begründung) inhaltlich gleichlautend erneut zu erlassen.

Laut den bestandsfesten Bestimmungen erfolge eine gemeinsame Bewertung, die gemeinsam begründet worden sei. Laut den Festlegungen dürften auch subjektive Elemente in die Begründung miteinfließen (siehe Anlage A8a und A8b). Weiters sei in den Ausschreibungsunterlagen die Graduierung für das Kriterium „Qualität – Bewertung des Konzepts“ für jedes Subkriterium in Anlage A8a – Muster Bewertungsbogen Konzept und für das Kriterium „Qualität – Bewertung der Präsentation und des Auftretens des Bieterteams“ in Anlage A8b – Muster Bewertungsbogen Präsentation detailliert festgelegt worden. Bei einer funktional gestalteten Ausschreibung, bei der gemäß den bestandsfesten Festlegungen im Rahmen der Bewertung des Qualitätskriteriums subjektive Einflüsse der Kommissionmitglieder eine Rolle spielen würden, sei es dem Gericht verwehrt, eine Nachprüfung hinsichtlich der materiellen Richtigkeit der Bewertung durch die Kommission vorzunehmen (vgl. LVwG Wien 09.01.2017, VGW-123/062/13778/2016).

Die Prüfung der Angebotsbewertung, also der durch die Kommission vorgenommenen Bewertung, werde somit auf eine Plausibilitätskontrolle beschränkt. Diese Plausibilitätskontrolle werde dahingehend vorgenommen, ob die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Parameter eingehalten worden seien und keine sachfremden Erwägungen in

die Beurteilung der Kommissionsmitglieder eingeflossen seien.

Die Bewertungskommission habe sich bei ihrer Bewertung selbstverständlich an den festgelegten Bewertungsaspekten orientiert und nicht willkürlich entschieden. Die Festlegungen zur Bewertung der Qualität der Angebote sei von der Bewertungskommission somit eingehalten worden. Die Bewertung erfolge anhand der bestandsfesten Festlegungen.

Wenn die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag ausführe, dass die Auftraggeberinnen seit über 15 Jahren mit den Leistungen der Antragstellerin zufrieden seien und es deshalb nicht nachvollziehbar sei, weshalb lediglich [...] von [...] Punkten erreicht worden seien, so verkenne die Antragstellerin, dass Bewertungsgrundlage die „Präsentation und die vorgeführten Konzeptbestandteile" gewesen seien. Bewertungsgrundlage seien daher nicht die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen gewesen, sondern die Darstellung der auftragsgegenständlichen Parameter betreffend die Start-up Phase, Ausrüstung, Konzept für den Personaleinsatzplan und die Darstellung des internen Qualitätsmanagements im Konzept und die Ausführungen dazu in der Präsentation.

Im Nachprüfungsantrag habe die Antragstellerin erstmals moniert, dass die Begründung mangelhaft sei, weil in der Mitteilung die Begründung der Jury-Mitglieder nicht angeführt sei.

Laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes komme es in Hinblick auf die Begründungstiefe darauf an, dass dem Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierter Begründungselemente unschwer möglich sei, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen. Das bedeute, dass nicht jedes vom Bieter in der bekämpften Entscheidung vermisste Begründungselement zur objektiven Rechtswidrigkeit führe. Abgesehen davon, dass dies nämlich auf eine unzulässige Überspannung der Begründungspflicht hinausliefe, weil sich die Forderung nach der Präzisierung ad infinitum fortsetzen ließe, komme es vielmehr darauf an, ob es dem Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierterer Begründungselemente unschwer möglich sei, gegen die Auftraggeberentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen.

Abgesehen davon, dass die Auftraggeberinnen zur Bekanntgabe der verbalen Begründung der Jury gar nicht verpflichtet gewesen sei, habe sie der Antragstellerin angeboten, diese bekannt zu geben. Da die Antragstellerin die Erläuterung der Detailinformationen zu den Zuschlagskriterien abgelehnt habe, sei es der Antragstellerin offenbar unschwer möglich gewesen, auch ohne diese einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen.

3.4. Die Dokumentation der Mitglieder der Bewertungskommission sei gegenständlich im Vergabeakt erfolgt. Die ausgefüllten Bewertungsbögen jedes Bieters würden die Namen der Mitglieder der Kommission samt deren Unterfertigung enthalten. Es hätten sich die einzelnen Mitglieder der Jury vor dem Beginn der Präsentation der Antragstellerin im Qualitätskriterium „Bewertung der Präsentation und des Auftretens des Bieterteams" namentlich samt Funktion vorgestellt. Die Bewertungskommission habe für alle Bieter aus denselben Mitgliedern bestanden. Der Antragstellerin seien daher die Mitglieder der Jury vor Beginn der Präsentation bekannt gewesen.

3.5. Die Antragstellerin behaupte weiters, dass die Bewertungskommission aus Fachleuten zu bestehen habe, die über das jeweils erforderliche Fachwissen für den konkret zu beurteilenden Gegenstand verfügen würden, sodass etwa in Hinblick auf technische Aspekte „technisches Fachwissen" gefordert sei. Die Antragstellerin bestreite zudem, dass die Kommissionmitglieder diesen Anforderungen entsprochen hätten.

Der Behauptung der Antragstellerin sei zunächst entgegen zu halten, dass nach der Rechtsprechung nicht jedes Mitglied einer Kommission das Fachwissen zur Beurteilung des gesamten Angebots mitbringen müsse. Abgesehen davon sei, entgegen der Behauptung der Antragstellerin, die Fachkompetenz der Jurymitglieder gegenständlich vollständig gegeben. Insbesondere liege das von der Antragstellerin angeführte „technische Fachwissen" vor, zumal neben Fachleuten der Auftraggeberin auch ein externer Konsulent und allgemein gerichtlich beeideter Sachverständige Mitglied der Jury gewesen sei.

Die Bewertungskommission verfüge somit über das erforderliche Fachwissen für den konkret zu beurteilenden Gegenstand.

4. In ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2021 nahm die erstgereihte präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin zum Nachprüfungsantrag wie folgt Stellung:

Hinsichtlich der Behauptung der Antragstellerin, dass das Angebot der erstgereihten präsumtiven

Rahmenvereinbarungspartnerin unterpreisig und spekulativ sei, weshalb es zwingend auszuscheiden gewesen wäre, wurde von der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin zusammengefasst festgehalten, dass das Angebot der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin zu Los 1 jedenfalls ausschreibungskonform und ordnungsgemäß kalkuliert sei.

Die von der Antragstellerin angefochtene Auswahlentscheidung sei zudem jedenfalls ausreichend begründet worden und entspreche den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen.

Nach der jüngeren Rechtsprechung führe nicht jedes von einem Bieter vermisste Begründungselement zu einer objektiven Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsentscheidung, da dies die Begründungspflicht unzulässig überspannen würde und sich die Forderung nach der Präzisierung einer Begründung ad infinitum fortsetzen ließe (vgl. VwGH 09.04.2013, 2011/04/0224). Die bekämpfte Auswahlentscheidung sei jedenfalls ausreichend begründet gewesen, um der Antragstellerin die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrags zu ermöglichen.

Doch selbst für den Fall, dass keine ausreichende Begründung der Auswahlentscheidung vorliegen sollte, sei diese nicht für nichtig zu erklären, da eine allfällige unzureichende Begründung keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hätte und für die Antragstellerin nichts gewonnen wäre:

Aus dem Vorbringen der Antragstellerin ergebe sich, dass sie [...] von [...] möglichen Punkten bei der Bewertung des Konzepts und [...] von [...] möglichen Punkten im Bewertungskriterium Präsentation erhalten habe. Selbst für den Fall, dass die Bewertung des Konzepts und der Präsentation der Antragstellerin zu niedrig ausgefallen wäre, könne das Angebot der Antragstellerin im besten Fall mit [...] Punkten besser bewertet werden.

Die Punkteanzahl der Summe aller erstgereihten (Einzel)-Angebote wäre in diesem Fall jedoch nach wie vor niedriger als die erreichte Punkteanzahl des Paketangebotes der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin. Nach den bestandfesten Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen (vgl. Punkt 4.2. und 15.4 der Aufforderung zur Angebotsabgabe) werde ein Paketangebot in sämtlichen Losen vor das erstgereihte Einzelangebot gereiht, wenn das Paketangebot eine höhere Punktezahl als alle erstgereihten Einzelangebote zusammen erziele. Dies bedeute, dass die Antragstellerin selbst bei voller Punkteanzahl in den Bewertungskategorien Konzept und Präsentation unverändert hinter dem Angebot der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin läge.

Ein Mangel der Zuschlagsentscheidung, der nicht geeignet sei, zu einer Änderung der Reihung der Bieter zu führen, sei nicht von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens (vgl. VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130).

Selbst bei allfälliger Rechtswidrigkeit der angefochtenen Auswahlentscheidung hätte diese Rechtswidrigkeit keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des § 347 Abs 1 Z 2 BVergG 2018, weshalb der Antrag der Antragstellerin jedenfalls abzuweisen sei.

5. Die Antragstellerin nahm in ihrer Stellungnahme vom 26. Juli 2021 zu dem in den Schriftsätzen der Auftraggeberinnen und der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin erstatteten Vorbringen Stellung und führte Folgendes aus:

Die Auffassung der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin konterkariere das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem. Aufgrund der Gesamtgemengelage mit der unmittelbaren Abrufmöglichkeit aus der Rahmenvereinbarung bei der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin seien strenge Anforderungen an die gegenständliche gesondert anfechtbare Entscheidung zu legen. In diesem Lichte seien insbesondere für die Mitteilung an nicht berücksichtigte Bieter und berücksichtigte Bieter an zweitgereihter Stelle (bei Möglichkeit eines unmittelbaren Abrufs vom erstgereihten Bieter) im Sinne eines adäquaten und effektiven Rechtsschutzes gleiche Maßstäbe anzulegen. Es wäre widersinnig, hier eine verdünnte Begründungstiefe zu postulieren.

Freilich habe die gegenständlich angefochtene Entscheidung entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberinnen im Sinne der Rechtsprechung auch die notwendige Begründungstiefe zu erreichen.

Die Forderung an einen effektiven Rechtsschutz gegen die angefochtene Entscheidung sowie die Begründung eben dieser müsse umso größer sein, als gemäß § 305 Abs 2 Z 3 BVergG 2018 gegenständlich keine weitere Verpflichtung zur Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung mehr gegeben sei und somit bereits nunmehr der Rechtsstandpunkt der Antragstellerin zu wahren sei.

Hinsichtlich des Subkriteriums nach Punkt 15.3.3. der Aufforderung zur Angebotsabgabe sei daher gerade keine einstimmige Bewertung und Begründung vorgesehen, wobei sich keinerlei Dokumentation zu Diskurs, Willensbildung, Abstimmverhalten etc. finde. Ebenso wenig sei eine gemeinsame Erstellung des Jurybewertungsbogens für dieses Kriterium vorgesehen. Den Auftraggeberinnen könne unter Heranziehung des objektiven Erklärungswerts keinesfalls zugesonnen werden, durch explizit unterschiedliche Festlegungen in zwei aufeinanderfolgenden Punkten der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht auch unterschiedliche Bewertungsmethoden angestrebt zu haben.

Es verwundere und widerspreche damit den bestandsfesten Festlegungen, wenn nunmehr einheitlich vorgegangen werde und die beiden Bewertungen nach der offensichtlich exakt gleichen Bewertungsmethode in einem Bewertungsbogen erledigt werden würden. Freilich falle auf, dass in diesem Kontext, insbesondere zu Punkt 15.3.3. der Aufforderung zur Angebotsabgabe, eine innere Ordnung des Vorgehens der Bewertungskommission fehle. Diese Mängel und Lücken würden die Bewertung durch die Jury insgesamt mit Rechtswidrigkeit behaften, sodass die bekämpfte Entscheidung für nichtig zu erklären sei.

Im Übrigen sei auch nicht die erfolgte ganzheitliche Bewertung festgelegt worden, sodass zumindest auf die Kontrollfragen und die ergangenen Ausführungen im Einzelnen hätte eingegangen werden müssen.

Die Bewertung bleibe für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Sie gehe davon aus, dass sie insbesondere mit Blick auf die überzeugende Präsentation und das Konzept überall die Höchstpunktezahl erreichen hätte müssen. Dies habe freilich auch einen Einfluss auf das Ergebnis des Verfahrens. Die erstgereihte präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin verkenne hier die Rechtslage und übersehe den grundlegenden Anspruch auf eine ordnungsgemäße Begründung der Auswahlentscheidung. Insgesamt sei eine rechtskonforme Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, aufgrund der Umstände der Ausschreibung und der getroffenen Festlegungen bzw. der gewählten Vorgehensweise gerade nicht möglich. Sei keine vergaberechtskonforme Entscheidung möglich, sei das Vergabeverfahren beim Blick über den Tellerrand im Übrigen wohl zu beenden und gegebenenfalls neuerlich durchzuführen, sodass auch aus diesem Blickwinkel ein Rechtsschutzinteresse der zu Unrecht schlechter gereihten Antragstellerin bestehe, die davon ausgehe, in einem möglicherweise zu wiederholenden, vergaberechtskonformen Vergabeverfahren mit rechtskonformer Bewertung und Bewertungsmethodik ein Angebot legen zu können, das an erster Stelle gereiht sei.

Ausgeschrieben seien gegenständlich Reinigungsleistungen, wobei offensichtlich ausschließlich ein Kommissionsmitglied über entsprechendes Fachwissen verfügen solle. Befremdlich sei freilich die Spezialisierung auf Denkmalreinigung, Fassadenreinigung und Gebäudereinigung, wo doch keine dieser drei Kategorien gereinigt werden solle, sondern vor allem Rollmaterial. Prima vista verfüge daher nur ein Kommissionsmitglied über das reinigungstechnisch erforderliche Fachwissen zur Bewertung der Zuschlagskriterien. Es genüge aber gerade nicht, wenn lediglich ein Kommissionsmitglied das erforderliche Fachwissen aufweise und sich die anderen Kommissionsmitglieder auf die Expertise dieses der Kommission angehörenden Experten verlassen.

Schließlich sei festzuhalten, dass es sich bei den Mitgliedern der Bewertungskommission offensichtlich mehrheitlich um Beschäftigte der Auftraggeberinnen handle. Deren erforderliche Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit von den Auftraggeberinnen sei daher mangels vorliegender Dokumentation zu bestreiten.

6. In ihrer Stellungnahme vom 2. August 2021 nahm die erstgereihte präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin zu den Ausführungen der Antragstellerin im Schriftsatz vom 26. Juli 2021 Stellung.

7. Die Auftraggeberinnen nahmen mit Schreiben vom 4. August 2021 zum Vorbringen der Antragstellerin im Schriftsatz vom 26. Juli 2021 Stellung.

8. Mit Schreiben vom 10. August 2021 erstattete die Antragstellerin zu den Ausführungen in den Schriftsätzen der Auftraggeberinnen und der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin eine Stellungnahme; auf die Abgabe einer Stellungnahme zu diesem Schriftsatz der Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht von der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin und den Auftraggeberinnen verzichtet.

9. Das Bundesverwaltungsgericht führte am 17. August 2021 im Beisein der Antragstellerin, der Auftraggeberinnen und der erstgereihten präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin sowie deren Rechtsvertretern eine öffentlich mündliche Verhandlung durch.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Zur Ausschreibung

1.1.1. Die Auftraggeberinnen schrieben unter der Bezeichnung „Reinigung von ÖBB-Schienenfahrzeugen im Personenverkehr und zugehörige Leistungen“ einen Dienstleistungs-auftrag nach dem Bestbieterprinzip im Oberschwellenbereich aus. Es erfolgte eine Unterteilung in sieben Lose; verfahrensgegenständlich ist das Los 1.

Die Auftraggeberinnen veröffentlichten die Ausschreibung im Amtsblatt der Europäischen Union am 13. April 2018 zur Ausschreibungsnummer 2018/S 072-160725. Die Auftraggeberinnen führten dieses Verfahren als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch.

1.1.2. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe lautet auszugsweise wie folgt:

„15.3.3 Qualität – Bewertung des Konzepts: 12 % (120 Punkte)

Eine Bewertungskommission (Jury) bewertet für das Subkriterium ‚Qualität - Bewertung des Konzepts‘ nach den in der Anlage A8a (Bewertungsschema Konzept) festgelegten Bewertungskriterien und -maßstäbe nach dem Schulnotenprinzip mit einer verbalen Begründung auf Basis des nach Definitivstellung der Ausschreibungsunterlagen eingereichten Konzepts des Bieters (Bewertungsgrundlage).

Bewertungsmethode:

- Die Mitglieder der Bewertungskommission (Jury) bewerten und begründen gemeinsam mittels Jurybewertungsbogen das je zu bewertende Angebot eines Bieters. Die Beratung und Bewertung durch die Bewertungskommission (Jury) erfolgt nicht öffentlich, somit auch ohne Beisein der Bieter.

- Die vom jeweiligen Angebot eines Bieters erreichte Gesamtpunkteanzahl für das Subkriterium ‚Qualität - Bewertung des Konzepts‘ wird wie folgt ermittelt: Die jeweilige Gesamtpunkteanzahl ergibt sich durch Addition der von der Bewertungskommission (Jury) bei den einzelnen Bewertungskriterien vergebenen Punkte entsprechend deren angegebenen Gewichtungen (siehe Anlage A8a (Bewertungsschema Konzept).

15.3.4 Subkriterium ‚Qualität - Bewertung der Präsentation und des Auftretens des Bieter-teams‘: 8% (80 Punkte)

Eine Bewertungskommission (Jury) bewertet für das Subkriterium ‚Bewertung der Präsentation und des Auftretens des Bieterteams‘ die Erfüllung der in Anlage A8b (Bewertungsschema Präsentation) festgelegten Bewertungskriterien und -maßstäbe nach dem Schulnotenprinzip (Note 1 = volle Punktzahl, Note 5 = 0 Punkte) mit einer verbalen Begründung auf Basis der Präsentation und der vorgeführten Konzeptbestandteile (Bewertungsgrundlage).

Bewertungsmethode:

- Die Mitglieder der Bewertungskommission (Jury) bewerten und begründen gemeinsam. Die Mitglieder der Bewertungskommission (Jury) einigen sich einstimmig auf eine gemeinsame Bewertung sowie verbale Begründung und erstellen auch gemeinsam einen Jurybewertungsbogen je zu bewertendem Angebot eines Bieters.

- Die Beratung und Bewertung durch die Bewertungskommission (Jury) erfolgt nicht öffentlich, somit auch ohne Beisein der Bieter.

- Die vom jeweiligen Angebot eines Bieters erreichte Gesamtpunkteanzahl für das Subkriterium ‚Qualität‘ wird wie folgt ermittelt: Die jeweilige Gesamtpunkteanzahl ergibt sich durch Addition der von der Bewertungskommission (Jury) bei den einzelnen Bewertungskriterien vergeben Punkte entsprechend deren angegebenen Gewichtungen (siehe Anlage A8b (Bewertungsschema Präsentation).

Ablauf der Präsentation vor der Bewertungskommission (Jury) und zu präsentierende Inhalte:

Jene Bieter, deren Angebote im Vergabeverfahren verblieben sind, haben ihr Angebot vor einer Bewertungskommission (Jury) zu präsentieren.

Bei Angebot von einem Los stehen insgesamt 90 Minuten zur Verfügung (Präsentation + Fragen der Jury); für jedes weitere angebotene Los verlängert sich die Gesamtdauer des Jurytermins um 10 weitere Minuten, sodass bei Angebot aller Lose insgesamt 150 Minuten zur Verfügung stehen. Das Zeitmanagement ist vom Bieter so auszugestalten, dass 50% der maximalen Dauer für Fragen der Jury zur Verfügung stehen.

Wird ein Lospaket angeboten, bleibt die Zeit des Jurytermines unverändert bei 150 Minuten.

Der bevollmächtigte Vertreter und das im Angebot namhaft gemachte Schlüsselpersonal haben zwingend die Angebotspräsentation durchzuführen.

Das voraussichtliche Zeitfenster für die Präsentation wird im Laufe des Vergabeverfahrens noch bekanntgegeben. Die genaue Zeit und der genaue Ort der Präsentation sowie Art und Umfang der zur Präsentation vorzulegenden Unterlagen werden jenen Bietern, deren Angebote im Vergabeverfahren verblieben sind, rechtzeitig, mindestens jedoch eine Woche vor der Präsentation, bekannt gegeben.

Der Bieter hat sein Qualitätskonzept vor der Bewertungskommission (Jury) mündlich zu präsentieren. Die Mitglieder der Bewertungskommission (Jury) haben die Möglichkeit, zusätzliche Fragen an die anwesenden Teilnehmer von Seiten des Bieters zu richten.

Der Präsentation kann eine Vorstellung des Unternehmens sowie des Leitgedankens des Unternehmens des Bieters vorangestellt werden. Diese Vorstellung wird nicht in die Bewertung einbezogen und sollte kurz (Richtwert 5 Minuten) gehalten werden.

Der AG behält sich vor, die Präsentationen auf Video aufzuzeichnen.

Im Zuge des Präsentationstermins sind zwingend folgende Konzeptbestandteile vor Ort zu präsentieren bzw. vorzuführen:

- Konzept für Start-up Phase

- Ausrüstung

- Konzept für Personaleinsatzplanung

- Darstellung des internen Qualitätsmanagements

Hilfsmittel des Bieters:

Der AG stellt dem Bieter einen Datenprojektor (Beamer) mit Standardverkabelung zur Verfügung. Das weitere Equipment (Laptop, Adapter, etc.) hat der Bieter selbst mitzubringen.

Der AG behält sich vor, die Präsentationen – auch kurzfristig – über entsprechende Videokonferenzsysteme (z.B. Skype) abzuhalten. Der AG wird dem Bieter in diesem Fall einen Zugangslink zur Videokonferenz zukommen lassen. Falls es im Laufe der Videokonferenz zu kurzen technischen Störungen kommen sollte, werden diese nicht in der Bewertung berücksichtigt. Kommt es im Zuge der Videokonferenz zu längeren Unterbrechungen (bis zu 10 Minuten), wird die Präsentation um die entsprechende Zeit verlängert. Falls es zu technischen Störungen, die länger als 10 Minuten dauern, kommen sollte oder die eine Videokonferenz unmöglich machen, kann diese an einem Ersatztermin durchgeführt werden. Der Ersatztermin wird über die Plattform Provia innerhalb von 5 Tagen dem jeweiligen Bieter mitgeteilt."

1.1.3. Die abzuschließende Rahmenvereinbarung lautet auszugsweise wie folgt:

Randziffer 34:

„34 Auf Grundlage dieser Rahmenvereinbarung ist der AG nach Maßgabe des Punkts II. berechtigt, entweder den RV-Partner mittels Abruf-Auftragsschreiben unmittelbar zu den Bedingungen der Unterlagen der Rahmenvereinbarung zu beauftragen (‚unmittelbare Auftragserteilung') oder unter den Partnern der Rahmenvereinbarung einen neuerlichen Wettbewerb durchzuführen und dem Angebot des darin ermittelten Billigst- /Bestbieter zuzuschlagen (‚Auftragserteilung nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb')."

Randziffern 35-44:

„35 Der AG ist berechtigt, einen Abruf unmittelbar zu den Bedingungen der Unterlagen der Rahmenvereinbarung vom RV-Partner zu beauftragen. Im Falle eines direkten Abrufs hat der Abruf-Vertrag im Wesentlichen die Inhalte der Anlage A2-Muster_Reinigungsvertrag Fahrzeugpflege, die vom Auftraggeber konkretisiert werden.

[...]

40 Der Abruf erfolgt mittels Abruf-Auftragsschreiben per Email an die Kontaktadresse des RV-Partners. Das Abruf-Vertragsverhältnis kommt mit dem Zugang des Auftragsschreibens beim RV-Partner zustande.

[...]

43 Abrufe erfolgen grundsätzlich bei dem im Vergabeverfahren zum Abschluss der Rahmenvereinbarung am besten bewerteten RV-Partner (erstgereihter RV-Partner).

44 Verweigert der erstgereihte RV-Partner die Leistungserbringung, so ist der AG nach seiner freien Wahl berechtigt, gegebenenfalls auf Erfüllung bzw. Schadenersatz zu klagen bzw. zu bestehen und/oder den zweitgereihten RV-Partner unmittelbar zu beauftragen; verweigert auch dieser, ist der AG berechtigt, den drittgereihten RV-Partner unmittelbar zu beauftragen etc. Dasselbe gilt im Falle einer Insolvenz eines Rahmenvereinbarungspartners."

1.2. Zum Angebot der Antragstellerin

Die Antragstellerin beteiligte sich rechtzeitig am vorliegenden Vergabeverfahren durch die Abgabe eines Angebotes am 22. Jänner, am 25. März, am 3. Mai und am 1. Juni 2021.

Das Angebot der Antragstellerin wurde von den Auftraggeberinnen nicht ausgeschieden.

Die Antragstellerin ist im Los 1 die zweitgereihte präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin.

1.3. Zum Stand des Vergabeverfahrens

Am 18. Juni 2021 wurde den drei bestgereihten Bietern und damit auch der Antragstellerin betreffend Los 1 per E-Mail über die Plattform ProVia mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung mit ihnen abzuschließen:

„[...]

gem. Bundesvergabegesetz in der geltenden Fassung teilen wir Ihnen mit, dass wir beabsichtigen,

die Rahmenvereinbarung für das Los / die Lose 1 - im Vergabeverfahren

Fahrzeugreinigung Ost (W/NÖ/Bgld)

ID-Nr.: 52029

Reinigung von ÖBB-Schienenfahrzeugen im Personenverkehr und zugehörige Leistungen mit Ihnen abzuschließen.

[...]

Die Begründung zur Entscheidung finden Sie unterhalb.

[...]

Vergabegegenstand: ‚Reinigung von ÖBB-Schienenfahrzeugen im Personenverkehr und zugehörige Leistungen'

Entscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung

Sehr geehrte Damen und Herren!

Nachstehend geben wir die Entscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarungen im o.a. Vergabeverfahren (getrennt nach Losen) bekannt:

Los 1 (Wien, NÖ, Burgenland):

Wir dürfen Ihnen mitteilen, dass Ihr Letztangebot betreffend oben angeführten Loses im genannten Vergabeverfahren an zweiter Stelle gereiht wurde. Wie im Folgenden näher dargestellt, wurde Ihr Unternehmen daher vom Auftraggeber als Partner der ‚Rahmenvereinbarung über die Reinigung von ÖBB-Schienenfahrzeugen im Personenverkehr und zugehörige Leistungen' (im Folgenden kurz ‚Rahmenvereinbarung') ausgewählt.

Wir können Ihnen daher mitteilen, dass der Auftraggeber die Entscheidung getroffen hat, die Rahmenvereinbarung - unter anderem - mit Ihrem Unternehmen abzuschließen. Wir weisen darauf hin, dass diese Auswahlentscheidung zivilrechtlich nicht verbindlich ist und daher kein Recht auf Abschluss der Rahmenvereinbarung einräumt.

Die Vergabe erfolgt in Form der in Pt. 4.2 der Aufforderung zur Angebotsabgabe festgelegten Vergabe eines Lospakets (der Lose 1 bis 7) an die Bietergemeinschaft XXXX per Adresse XXXX , da deren Paketangebot mit XXXX Punkten zu bewerten war, wohingegen die Summe der erstgereihten (Einzel-)Angebote nur eine Punktzahl von XXXX Punkten

erreichte.

Weitere Paketangebote waren nicht vor die Einzelangebote zu reihen.

Die Anfechtungs- und Stillhaltefrist für sämtliche o.a. Entscheidungen endet wie auf der Vergabeplattform ProVia bekannt gegeben."

Die Auftraggeberinnen haben das Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt.

Die Antragstellerin bezahlte die entsprechende Pauschalgebühr.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie den Auskünften, die nur die Auftraggeberinnen erteilen können.

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

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A)

3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und zur formalen Zulässigkeit

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2018 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327 BVergG 2018, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrags handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Nachprüfungsantrag zu entscheiden. Somit liegt Senatszuständigkeit vor.

Auftraggeberinnen im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 sind laut den Angaben in den Allgemeinen Auskünften die „Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft sowie die mit ihr im Sinne des § 189a Z8 UGB verbundenen Gesellschaften, alle vertreten durch die ÖBB-Personenverkehr AG". Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 7 BVergG 2018. Nach den Angaben der Auftraggeberinnen handelt es sich gemäß § 185 Abs 1 BVergG 2018 um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 342 BVergG 2018 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, vom 18. Juni 2021 wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in § 344 Abs 1 BVergG 2018 geforderten Inhalte. Ein Grund für eine Unzulässigkeit gemäß § 344 Abs 2 BVergG 2018 liegt nicht vor. Die Antragstellerin entrichtete die Pauschalgebühren in der erforderlichen Höhe.

Wenn die Auftraggeberinnen in ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2021 mit dem Verweis auf einen Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes (vgl. LVwG Wien 07.01.2019, VGW-123/029/9415/2018) nunmehr vorbringen, der Antragstellerin könne gar kein Schaden entstanden sein, weil auch mir ihr die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, weshalb ihr die Antragslegitimation fehle, ist Folgendes festzuhalten:

Vom Schadensbegriff sind all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vgl. VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065 zu § 320 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 mit Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006 § 320 Rz 7).

Den Auftraggeberinnen ist beizupflichten, dass im gegenständlichen Fall zwei Abrufmodalitäten bestandsfest festgelegt wurden.

Die Randziffer 34 der abzuschließenden Rahmenvereinbarung lautet wie folgt:

„Auf Grundlage dieser Rahmenvereinbarung ist der AG nach Maßgabe des Punkts II. berechtigt, entweder den RV-Partner mittels Abruf-Auftragsschreiben unmittelbar zu den Bedingungen der Unterlagen der Rahmenvereinbarung zu beauftragen (‚unmittelbare Auftragserteilung') oder unter den Partnern der Rahmenvereinbarung einen neuerlichen Wettbewerb durchzuführen und dem Angebot des darin ermittelten Billigst- /Bestbieter zuzuschlagen (‚Auftragserteilung nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb').“

Die Randziffern 35 bis 43 der abzuschließenden Rahmenvereinbarung legen Folgendes fest:

„35 Der AG ist berechtigt, einen Abruf unmittelbar zu den Bedingungen der Unterlagen der Rahmenvereinbarung vom RV-Partner zu beauftragen. Im Falle eines direkten Abrufs hat der Abruf-Vertrag im Wesentlichen die Inhalte der Anlage A2-Muster_Reinigungsvertrag Fahrzeugpflege, die vom Auftraggeber konkretisiert werden.

[...]

40 Der Abruf erfolgt mittels Abruf-Auftragsschreiben per Email an die Kontaktadresse des RV-Partners. Das Abruf-Vertragsverhältnis kommt mit dem Zugang des Auftragsschreibens beim RV-Partner zustande.

[...]

43 Abrufe erfolgen grundsätzlich bei dem im Vergabeverfahren zum Abschluss der Rahmenvereinbarung am besten bewerteten RV-Partner (erstgereihter RV-Partner).

44 Verweigert der erstgereihte RV-Partner die Leistungserbringung, so ist der AG nach seiner freien Wahl berechtigt, gegebenenfalls auf Erfüllung bzw. Schadenersatz zu klagen bzw. zu bestehen und/oder den zweitgereihten RV-Partner unmittelbar zu beauftragen; verweigert auch dieser, ist der AG berechtigt, den drittgereihten RV-Partnerunmittelbar zu beauftragen etc. Dasselbe gilt im Falle einer Insolvenz eines Rahmenvereinbarungspartners.“

Wörtlich heißt es in der Stellungnahme der Auftraggeberinnen vom 5. Juli 2021:

„Nach dem objektiven Erklärungswert der vorgenannten Bestimmungen der Rahmenvereinbarung ist die AG berechtigt entweder den RV-Partner mittels Abruf-Auftragsschreiben unmittelbar zu den Bedingungen der Unterlagen der Rahmenvereinbarung zu beauftragen (‚unmittelbare Auftragserteilung') oder unter den Partnern der Rahmenvereinbarung einen neuerlichen Wettbewerb durchzuführen und dem Angebot des darin ermittelten Billigst- /Bestbieter zuzuschlagen. Entschließt sich die AG zur unmittelbaren Auftragserteilung ist innerhalb dieser Abrufmodalität festgelegt, dass Abrufe grundsätzlich bei dem im Vergabeverfahren zum Abschluss der Rahmenvereinbarung am besten bewerteten RV-Partner (erstgereihter RV-Partner) erfolgen. Dies betrifft jedoch nur die unmittelbare Auftragserteilung. Der Aufruf zur neuerlichen Angebotsabgabe/zum erneuten Aufruf zum Wettbewerb ist gesondert in Punkt 3. geregelt und somit getrennt von den Regelungen in Punkt 2. zur unmittelbaren Auftragserteilung, insbesondere der Regelung in Rz 43, zu lesen. Somit ist die AG immer berechtigt einen Abruf aufgrund einer Aufforderung zur neuerlichen Angebotsabgabe / erneutem Aufruf zum Wettbewerb zu tätigen. Die von der ASt behauptete subsidiäre Vorgehensweise ist in der Rahmenvereinbarung nicht festgelegt. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass die AG in der Mitteilung, mit welchem Unternehmen beabsichtigt wird die Rahmenvereinbarung abzuschließen gerade aus dem Grund der Durchführung etwaiger neuerlicher Angebotsrunden bzw. erneuten Aufrufe zum Wettbewerb die Angebotspreise der RV-Partner nicht in der Auswahlentscheidung angeführt hat. Darüber hinaus erfolgt mit dem Abschluss der Rahmenvereinbarung noch kein Abruf aus der Rahmenvereinbarung. Dieser erfolgt gesondert. Die ASt konnte daher noch nicht einmal davon ausgehen, dass der erste Abruf ein unmittelbarer Abruf aus der Rahmenvereinbarung sein wird und kein Aufruf zum neuerlichen Wettbewerb bzw. zur neuerlichen Angebotsabgabe.“

Zutreffend gehen die Auftraggeberinnen davon aus, dass ihnen damit zwischen den beiden Abrufvarianten ein Wahlrecht eingeräumt wird.

Vor dem Hintergrund, dass den Auftraggeberinnen gemäß der abzuschließenden Rahmenvereinbarung ein Wahlrecht zwischen einer unmittelbaren Auftragserteilung an die erstgereihte präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin und der Auftragserteilung nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb eingeräumt wird, geht das Bundesverwaltungsgericht – entgegen des Beschlusses des Landesverwaltungsgerichtes Wien – bereits deshalb davon aus, dass der Antragstellerin zumindest ein Schaden im Sinne des § 342 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 „zu entstehen droht“. Auch in Anbetracht des

Umstandes, dass beim unmittelbaren Abruf gemäß der abzuschließenden Rahmenvereinbarung Abrufe „grundsätzlich bei dem im Vergabeverfahren zum Abschluss der Rahmenvereinbarung am besten bewerteten RV-Partner (erstgereihter RV-Partner)“ zu erfolgen haben, ist vom Vorliegen eines potentiellen Schadens für die Antragstellerin auszugehen.

Die Antragsvoraussetzungen gemäß § 342 Abs 1 BVergG 2018 liegen daher bei der Antragstellerin bezüglich des Antrags auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, vor. Die Antragstellerin wies ihr Interesse am Vertragsabschluss durch Abgabe des Angebotes nach und brachte das Vorliegen eines drohenden Schadens aufgrund des Erhalts der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, in Form von Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren plausibel vor.

Vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin weder ausgeschieden wurde noch für das Bundesverwaltungsgericht auf Basis des Vergabeaktes ein Ausscheidensgrund hervorkam, ist die Antragstellerin zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung legitimiert.

3.2. Anzuwendendes Recht

3.2.1. § 28 Abs 1 VwGVG („Erkenntnisse“), BGBl I Nr 33/2013, lautet wie folgt:

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

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at