jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2021/10/21 W134 2245987-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 21.10.2021

Entscheidungsdatum

21.10.2021

Norm

BVergG 2018 §151
BVergG 2018 §2 Z15
BVergG 2018 §2 Z5
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §333
BVergG 2018 §334 Abs2
BVergG 2018 §340
BVergG 2018 §341
BVergG 2018 §342 Abs1
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W134 2245987-2/28E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

1)

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. Barbara SEELOS als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred MÜLLNER als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Erneuter Aufruf zum Wettbewerb PCR-Testungen an den Schulen Österreichs-Ost (BBG-GZ 5391.03973) innerhalb der Rahmenvereinbarung SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen (BBG-GZ 5301.03891)“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur,

Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund der Anträge der XXXX , vertreten durch Preslmayr Rechtsanwälte OG, Universitätsring 12, 1010 Wien, vom 02.09.2021 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 01.10.2021 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag auf „Nichtigerklärung der Ausschreibung zum erneuten Aufruf zum Wettbewerb (EAW) auf Basis der Rahmenvereinbarung GZ 5301.03891 betreffend den Rahmenvertrag PCR-Testungen an den Schulen Österreichs- Ost

in eventu auf Nichtigerklärung folgender Teile der Ausschreibung:

a) Punkt 7.1. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (Teilangebote),

b) Punkt 5.1. Rz 45 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (Bietergemeinschaften)

c) Punkt 4.2. der Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvertrag (Mengengerüst),

d) Anzahl der Testpersonen pro Testtag im Preisblatt Ost“

wird gemäß § 342 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

2)

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Erneuter Aufruf zum Wettbewerb PCR-Testungen an den Schulen Österreichs-Ost (BBG-GZ 5391.03973) innerhalb der Rahmenvereinbarung SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen (BBG-GZ 5301.03891)“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund der Anträge der XXXX , vertreten durch Preslmayr Rechtsanwälte OG, Universitätsring 12, 1010 Wien, vom 02.09.2021 folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird gemäß § 341 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 02.09.2021, beim BVwG eingelangt am 03.09.2021, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Ausschreibung zum erneuten Aufruf zum Wett-bewerb; in eventu die Nichtigerklärung mehrerer Teile der Ausschreibung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handle es sich um einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb zum Abschluss eines Rahmenvertrages auf Basis der Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich. Angefochten sei der erneute Aufruf zum Wettbewerb. Zur Rechtswidrigkeit des erneuten Aufrufs zum Wettbewerb gab die Antragstellerin zusammengefasst folgendes an:

Durch die Forderung einer unrealistisch hohen Kapazität von 475.562 PCR-Tests, die innerhalb von 24 Stunden von nur einem Anbieter zu verarbeiten seien, schränke die Auftraggeberin den Auftragsgegenstand unzulässig konkret auf ein

oder einige wenige in Frage kommende Labore ein. Die Durchführung der Logistik für die Testungen durch einen Anbieter sei unmöglich. Diese außergewöhnlich hohe Zahl von Testungen an einem Tag sei zudem in keiner Weise in der ursprünglichen Ausschreibung erwähnt oder zumindest indiziert gewesen. Wäre dies der Fall gewesen, so hätten die Parteien der Rahmenvereinbarung bereits im ursprünglichen Vergabeverfahren zum Abschluss der Rahmenvereinbarung Subauftragnehmer organisieren bzw. Bietergemeinschaften bilden können. Die nachträgliche Bildung von Bietergemeinschaften sei jedoch gemäß den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen unzulässig, was unsachgemäß sei. Die Ausschreibung widerspreche somit den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter und sei daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 07.09.2021 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Es handle sich um einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb auf Basis der Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid- 19) Testungen", BBG-GZ: 5301.03891 (transparentes Verfahren gem. § 151 BVergG 2018 in Anlehnung an ein offenes Verfahren gem. BVergG 2018). Das Ende der Angebotsfrist sei für den 14.09.2021, 11:00 Uhr, festgesetzt worden. Die Antragslegitimation der Antragstellerin sei nicht gegeben, da sowohl ihre technische als auch ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 09.09.2021 gab diese bekannt, dass die Auftraggeberin die mit ihr abgeschlossene Rahmenvereinbarung aus wichtigen Grund gekündigt habe. Diese Kündigung sei unwirksam. Die Auftraggeberin habe die bestehende Rahmenvereinbarung in vollem Wissen und Bewusstsein über die bestehenden Defizite im Bereich der Eignung der Antragstellerin abgeschlossen und könnten daher diese nicht für eine Auflösung aus wichtigem Grund herangezogen werden. Charakteristisch für das Vorliegen eines wichtigen Auflösungsgrundes sei nämlich, dass sich die Verhältnisse seit Vertragsabschluss wesentlich geändert hätten und diese Änderung bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar gewesen sei. Es müsse sich daher immer um Gründe handeln, die nicht schon im Zeitpunkt der Begründung des Dauerschuldverhältnisses bekannt gewesen seien. Gerade dies sei gegenständlich jedoch nicht der Fall.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.09.2021 gab diese bekannt, dass sie aufgrund der fehlenden finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin die Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin am 09.09.2021 aufgelöst habe. Es fehle der Antragstellerin daher an der Antragslegitimation.

Mit Schreiben vom 23.09.2021 führte die Antragstellerin zusammengefasst erneut aus, dass eine Gesamtvergabe vergaberechtswidrig sei.

Mit Stellungnahme vom 28.09.2021 brachte die Auftraggeberin vor, dass die Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin aufgelöst worden sei und ihr daher keine Antragslegitimation zukomme. Die Entscheidung die Leistung eines Vorhabens gemeinsam oder getrennt zu vergeben liege im Ermessen des Auftraggebers.

Am 01.10.2021 fand darüber im BVwG eine mündliche Verhandlung statt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, hat eine Ausschreibung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid- 19) Testungen", BBG-GZ: 5301.03891 durchgeführt. Mit der Antragstellerin wurde am 07.08.2021 eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen. Von der Auftraggeberin wurde ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb auf Basis der Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid- 19) Testungen", BBG-GZ: 5301.03891 (transparentes Verfahren gem. § 151 BVergG 2018 in Anlehnung an ein offenes Verfahren gem. BVergG 2018) durchgeführt. Am 02.09.2021 wurde den Rahmenvereinbarungspartnern eine Berichtigung der Vergabeunterlagen betreffend den erneuten Aufruf zum Wettbewerb bekanntgemacht. Bezüglich dem erneuten Aufruf zum Wettbewerb

ist keine Bekanntmachung erfolgt. Die mit der Antragstellerin am 07.08.2021 abgeschlossene Rahmenvereinbarung wurde von der Auftraggeberin am 09.09.2021 wieder aufgelöst. (Schreiben der Auftraggeberin vom 07.09.2021 und 10.09.2021)

Die Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung Sars-CoV-2 (Covid-19) Testungen, internes Geschäftszeichen der BBG: GZ 5301. 03891 (kurz: KAB-RV) lauten auszugsweise:

„4.2 Mengengerüst

13 Auf Basis dieser Rahmenvereinbarung können insgesamt Leistungen in Höhe von max. 1.950.000.000 EUR exkl. USt über die gesamte Laufzeit (inkl. aller Optionen) beschafft werden.

14 Für die geplanten Maßnahmen wird ein maximaler bundesweiter Bedarf von 4,7 Millionen Tests pro Woche angenommen.

[...]

5.2.3 Erneuter Aufruf zum Wettbewerb (EAW)

40 Ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb ist zulässig für alle nicht im Leistungsverzeichnis definierten Leistungen, oder wenn die Leistungs- und Vertragsbedingungen geändert werden."

Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen erneuter Aufruf zum Wettbewerb (EAW) auf Basis der Rahmenvereinbarung GZ 5301. 03891 betreffend den Rahmenvertrag PCR Testungen an den Schulen Österreichs – Ost, 1. Berichtigung am 02.09.2021, Internes Geschäftszeichen der BBG: 5391.03973, (kurz: AAB-EAW), lauten auszugsweise:

„5.1 Der Bieter und Bietergemeinschaft

44 Angebote können nur von Unternehmen bzw. Arbeitsgemeinschaften gelegt werden, die Partner der zugrunde liegenden Rahmenvereinbarung sind und zur Konkretisierung ihres Angebotes ausdrücklich aufgefordert wurden.

45 Die nachträgliche Bildung von Bietergemeinschaften ist unzulässig.

[...]

7.1 Teilangebot

53 Es ist keine Teilvergabe vorgesehen. Teilangebote werden daher als mit einem unbehebbaren Mangel behaftet betrachtet und werden ausgeschieden."

Die Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvertrag erneuter Aufruf zum Wettbewerb (EAW) auf Basis der Rahmenvereinbarung GZ 5301. 03891 betreffend den Rahmenvertrag PCR Testungen an den Schulen Österreichs – Ost, 1. Berichtigung am 02.09.2021, Internes Geschäftszeichen der BBG: 5391.03973, (kurz: KAB-EAW), lauten auszugsweise:

„4.2 Mengengerüst

14 Auf Basis dieses Rahmenvertrages können insgesamt Leistungen in folgendem Ausmaß über die gesamte Laufzeit beschafft werden:

15 Mindestvolumen: 38.000.000 EUR exkl. USt

16 Maximalvolumen: 140.000.000 EUR exkl. USt

17 Erläuterungen zum Mengengerüst:

18 Für die geplanten Maßnahmen wird ein Bedarf von 475.442 Tests pro Woche (1x wöchentliche Testung) angenommen:

Bundesland	Schulen	Schüler/innen
Burgenland	268	33.420
Niederösterreich	1.220	192.371
Wien	682	249.771
Gesamt	**2.170**	**475.562**

"

(Vergabeakt der Auftraggeberin)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029; VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; VwGH 15. 3. 2017, Ra 2014/04/0052).

3.a) Zu Spruchpunkt 1) A):

Die Auftraggeberin hat mit der Antragstellerin die Rahmenvereinbarung am 07.08.2021 abgeschlossen. Die Auftraggeberin hat nun (nach der Stellung eines Nachprüfungsantrages durch die Antragstellerin) vorgebracht, dass die Antragslegitimation der Antragstellerin nicht gegeben sei, da sowohl ihre technische als auch ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei. Außerdem sei die bestehende Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin am 09.09.2021 aufgelöst worden.

Zur Antragslegitimation hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Erkenntnis vom 30.08.2021, W134 2244915-2/28E ua., wie folgt ausgeführt:

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

Das Angebot der Antragstellerin wurde nicht ausgeschieden. Es besteht die Möglichkeit, dass das Vergabeverfahren von der Auftraggeberin widerrufen und ein neues Vergabeverfahren durchgeführt wird, weil die verbleibenden ordnungsgemäßen Angebote ihren Erwartungen nicht hinreichend gerecht werden. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist daher gegeben.

Die Antragstellerin bekämpft die Ausschreibung zum erneuten Aufruf zum Wettbewerb sowie die Punkte 5.1, Rz 45, sowie 7.1 der AAB-EAW und. 4.2 der KAB-EAW. Dies im Wesentlichen mit dem Argument, durch die Forderung einer unrealistisch hohen Kapazität von 475.562 PCR Tests, die innerhalb von 24 Stunden von nur einem Anbieter zu verarbeiten seien, schränke die Auftraggeberin den Auftragsgegenstand unzulässig konkret auf ein oder einige wenige infrage kommende Labore ein. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass etwa keine Teilangebote für einzelne Bundesländer und somit für geringere Kapazitäten gelegt werden könnten, liege nicht vor. Die nachträgliche Bildung von Bietergemeinschaften sei unzulässig, was unsachgemäß sei.

Rz 40 der KAB-RV lautet: „Ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb ist zulässig für alle nicht im Leistungsverzeichnis definierten Leistungen, oder wenn die Leistungs- und Vertragsbedingungen geändert werden." Die Ausschreibungsunterlagen und so auch die Rz 40 KAB-RV wurden nicht angefochten und sind daher bestandsfest geworden. Dies bedeutet, dass diese Ausschreibungsbestimmung nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für das Vergabeverfahren ist, wenn diese unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollte (ua VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 20.05.2010, 2007/04/0072; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (ua VwGH 20.05.2010, 2007/04/0072). Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher in weiterer Folge auch verwehrt, allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Ausschreibung aufzugreifen (grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; weiters VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135). Eine andere Sichtweise ist nur dann zugrunde zu legen, wenn die Anwendung der Ausschreibungsbedingungen dazu führt, dass fallbezogen eine Bestbieterermittlung nicht möglich gewesen wäre

(VwGH 22.03.2019, Ra 2017/04/0038 mwN; vgl. zu den Konsequenzen im Falle fehlender Zuschlagskriterien VwGH 01.10.2008, 2004/04/0237), was gegenständlich nicht der Fall ist.

Die Antragstellerin bekämpft mit ihrem Nachprüfungsantrag die Änderung von Leistungs- und Vertragsbedingungen in den Ausschreibungsunterlagen des erneuten Aufruf zum Wettbewerb. Entsprechend der Rz 40 der KAB-RV ist jedoch bestandsfest geregelt, dass Änderungen von Leistungs- und Vertragsbedingungen beim erneuten Aufruf zum Wettbewerb zulässig sind. Der Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung zum erneuten Aufruf zum Wettbewerb bzw. von Teilen der Ausschreibung zum erneuten Aufruf zum Wettbewerb geht daher ins Leere, da Änderungen von Leistungs- und Vertragsbedingungen im erneuten Aufruf zum Wettbewerb zulässig sind.

Im Übrigen wird darauf verwiesen, dass das Vorbringen der Antragstellerin, wonach durch die Forderung einer unrealistisch hohen Kapazität von 475.562 PCR-Tests, die innerhalb von 24 Stunden von nur einem Anbieter zu verarbeiten seien, die Auftraggeberin den Auftragsgegenstand unzulässig konkret auf ein oder einige wenige in Frage kommende Labore einschränke, nicht nachvollzogen werden kann, da in der (bestandsfesten) Rz 14 der KAB-RV von einem Bedarf von 4,7 Millionen Tests pro Woche die Rede ist und somit eine nun kritisierte Kapazität von 475.562 PCR-Tests pro Woche im Verhältnis dazu wohl nicht als eine unrealistisch hohen Kapazität angesehen werden kann.

3.b) Zu Spruchpunkt 2.) A) - Gebührenersatz:

Da die Antragstellerin nicht obsiegt hat, hat sie gemäß § 341 BVergG 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin.

Die Rückerstattung des von der Antragstellerin entrichteten Mehrbetrages wird gem § 340 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 von Amts wegen veranlasst werden.

4) Revision:

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

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

Schlagworte

Antragslegimitation Auslegung der Ausschreibung Ausschreibung bestandfeste Ausschreibung Bietergemeinschaft Bietergleichbehandlung Bindungswirkung Dienstleistungsauftrag finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Gleichbehandlung Grundsatz der Gleichbehandlung Leistungsfähigkeit mündliche Verhandlung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren Nichtigerklärung der Ausschreibung objektiver Erklärungswert öffentlicher Auftraggeber Pauschalgebührenersatz Rahmenvereinbarung Rahmenvertrag sachlicher Grund technische Leistungsfähigkeit Vergabeverfahren Wettbewerb wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W134.2245987.2.00

Im RIS seit

02.02.2022

Zuletzt aktualisiert am

02.02.2022

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

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