

TE Bvwg Erkenntnis 2024/5/7 W134 2288127-3

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.05.2024

Entscheidungsdatum

07.05.2024

Norm

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §340

BVergG 2018 §341

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2018 § 327 heute
2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 328 heute
2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 328 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 333 heute
2. BVergG 2018 § 333 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 340 heute
2. BVergG 2018 § 340 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 340 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 341 heute
2. BVergG 2018 § 341 gültig ab 21.08.2018
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W134 2288127-2/21E

W134 2288127-3/2E

W134 2288127-2/21E, W134 2288127-3/2E,

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 Ing. Wilhelm Weinmeier als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Zutrittskontrollen Gerichte; BBG-interne GZ: 2501.04448“ der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Justiz, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX und XXXX beide vertreten durch DORDA Rechtsanwälte GmbH, Universitätsring 10, 1010 Wien, vom 11.03.2024 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 11.04.2024 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. Barbara Seelos als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Ing. Wilhelm Weinmeier als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Zutrittskontrollen Gerichte; BBG-interne GZ: 2501.04448“ der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Justiz, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der römisch 40 und römisch 40 beide vertreten durch DORDA Rechtsanwälte GmbH, Universitätsring 10, 1010 Wien, vom 11.03.2024 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 11.04.2024 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge „die den Antragstellerinnen via ANKÖ am 02.02.2024 übermittelte Mitteilung, mit welchem Unternehmen in den Losen 3 und 4 die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (Auswahlentscheidung), für nichtig erklären“ wird gem. § 334 BVergG 2018 abgewiesen. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge „die den Antragstellerinnen via ANKÖ am 02.02.2024 übermittelte Mitteilung, mit welchem Unternehmen in den Losen 3 und 4 die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (Auswahlentscheidung), für nichtig erklären“ wird gem. Paragraph 334, BVergG 2018 abgewiesen.

B)

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

2)

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Zutrittskontrollen Gerichte; BBG-interne GZ: 2501.04448“ der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Justiz, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX und XXXX beide vertreten durch DORDA Rechtsanwälte GmbH, Universitätsring 10, 1010 Wien, vom 11.03.2024 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 11.04.2024 folgenden Beschluss: Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Zutrittskontrollen Gerichte; BBG-interne GZ: 2501.04448“ der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Justiz, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der römisch 40 und römisch 40 beide vertreten durch DORDA Rechtsanwälte GmbH, Universitätsring 10, 1010 Wien, vom 11.03.2024 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 11.04.2024 folgenden Beschluss:

A)

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

B)

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

,

Text

Entscheidungsgründe:, Entscheidungsgründe:

I. Vorbringen der Parteien:römisch eins. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 11.03.2024, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, beehrten die Antragstellerinnen die Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung in den Losen 3 und 4, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von den Antragstellerinnen im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Ausgeschrieben sei ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 151 BVergG in Anlehnung an die Bestimmungen des BVergG mit insgesamt 4 Losen zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen, Zutrittskontrollen in Gerichtsgebäuden in ganz Österreich gemäß dem Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) idjG sowie die Erbringung von zusätzlichen Sicherheitsdienstleistungen wie zB Sicherheitsdienst (Wachdienst/ServiceDienst), Revierdienst, Aufschaltungen an die Notrufzentrale, Alarmfahrten. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag beziehe sich auf das Vergabeverfahren betreffend die Lose 3 und 4. Ausgeschrieben sei ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 151, BVergG in Anlehnung an die Bestimmungen des BVergG mit insgesamt 4 Losen zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen, Zutrittskontrollen in Gerichtsgebäuden in ganz Österreich gemäß dem Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) idjG sowie die Erbringung von zusätzlichen Sicherheitsdienstleistungen wie zB Sicherheitsdienst (Wachdienst/ServiceDienst), Revierdienst, Aufschaltungen an die Notrufzentrale, Alarmfahrten. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag beziehe sich auf das Vergabeverfahren betreffend die Lose 3 und 4.

Mit Auswahlentscheidung der Auftraggeberin vom 01.03.2024 sei den Antragstellerinnen der beabsichtigte Abschluss der Rahmenvereinbarung für die Lose 3 und 4 zu Gunsten der XXXX mitgeteilt worden. Mit Auswahlentscheidung der Auftraggeberin vom 01.03.2024 sei den Antragstellerinnen der beabsichtigte Abschluss der Rahmenvereinbarung für

die Lose 3 und 4 zu Gunsten der römisch 40 mitgeteilt worden.

Zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung gaben die Antragstellerinnen zusammengefasst folgendes an (die diesbezüglichen Überschriften des Nachprüfungsantrages werden zur besseren Übersicht übernommen):

1. „Fehlende technische Leistungsfähigkeit des XXXX “1. „Fehlende technische Leistungsfähigkeit des römisch 40 “:

Das von der Auftraggeberin in Aussicht genommene Unternehmen habe zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und verfüge auch aktuell nicht über das notwendige Personal. Deshalb wäre das Angebot des Unternehmens auszuschneiden bzw. einer vertiefenden Angebotsprüfung zu unterziehen gewesen.

2. „Widerruf des Vergabeverfahrens ist geboten“:

Bei bloßer Gegenüberstellung der 1. und der 2. Auswahlentscheidung zeige sich, dass die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung in allen Losen die vollen Qualitätspunkte erhalten habe, in der 2. Auswahlentscheidung seien die Lose 3 und 4 betreffend keine Qualitätspunkte mehr vergeben worden. Das bedeute, dass aktuell bei der identen Ausschreibung die Zuschlagskriterien unterschiedlich bewertet worden seien und bei Los 1 und 2 sogar auf Basis dieser verzerrenden Beurteilung der Zuschlag erteilt werden könne. Das stelle eine massive Verzerrung des Wettbewerbs und einen Verstoß gegen die Grundprinzipien eines Vergabeverfahrens dar und es sei daher der Widerruf des Vergabeverfahrens geboten.

3. „Verspätete Übermittlung des Angebotsöffnungsprotokolls“:

Obwohl die Angebotsöffnung bereits am 19.12.2023 erfolgte sei, sei das Angebotsöffnungsprotokoll der Antragstellerin erst knapp ein Monat später, nämlich am 18.01.2024, zugestellt worden.

4. „Mangelhafte Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin“:

Es stelle sich im Hinblick auf die Durchführung der Angebotsprüfung die Frage, wie die Auftraggeberin eine Bewertung vorgenommen habe, wenn das Angebot der Antragstellerinnen gar nicht vertieft geprüft worden sei. Die Auftraggeberin habe den Schritt der Angebotsprüfung hinsichtlich des Angebots der Antragstellerinnen ausgelassen, habe aber dennoch eine Bewertung vorgenommen. Ein derart "freihändiges" Bewertungsverfahren widerspreche den bestandfesten Verfahrensbestimmungen und insbesondere auch den Grundprinzipien des BVergG zur Durchführung eines freien, fairen und transparenten Wettbewerbs. Schon allein deshalb sei die Auswahlentscheidung rechtswidrig.

5. „Mangelhafte Begründung der Auswahlentscheidung“:

Die Auftraggeberin habe nur einzelne Angebote geprüft, andere, welche für die Auftraggeberin für die Erteilung des Zuschlags nicht in Betracht gekommen seien, seien keiner weiteren Prüfung unterzogen worden. Die Auswahlentscheidung sei daher mit Rechtswidrigkeit belastet. Den Antragstellerinnen würden maßgebliche Informationen über die bewertungsrelevante Qualität ihres Angebots fehlen. Wie aus dem Angebotsöffnungsprotokoll hervorgehe, seien von vier Bietern Angebote abgegeben worden. Aus der Auswahlentscheidung gehe allerdings nicht hervor, an welcher Stelle das Angebot der Antragstellerinnen gereiht sei. Dies wäre aber notwendig um zu wissen, ob noch ein weiterer Bieter vor ihr gereiht sei oder nicht.

6. „Festlegungen gemäß AAB“:

Gemäß Punkt 6.3.3 der AAB („Allgemeine Ausschreibungsbedingungen“) sei vom Bieter ein Zertifikat über das Vorliegen eines Umweltmanagementsystems nachzuweisen. Ergänzend sei in Rz 144 der AAB festgelegt, dass – sollte ein Bieter bzw sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft über ein Zertifikat für ein Umweltmanagementsystem erst 6 Monate nach Abschluss der Rahmenvereinbarung verfügen, dieser mit 70% und wenn diese erst 12 Monate nach Abschluss der Rahmenvereinbarung darüber verfügen würden, 50% der nach diesem Kriterium zu erreichenden Punkte erhalten. Sollte eine Zusage erst in einem Zeitraum über 12 Monate nach Abschluss der Rahmenvereinbarung hinaus erfolgen, dann wäre dieses Kriterium mit 0 Punkten zu bewerten. Die Auftraggeberin würde das Nichtvorliegen von Zertifikaten bewertet und die Verpflichtung, dass ein derartiges Zertifikat nach Abschluss der Rahmenvereinbarung beigebracht wird, hätte einzig vertragsrechtliche Konsequenzen. Im Rahmen der Bewertung der Zuschlagskriterien könne nur auf jene Nachweise abgestellt werden, welche zum relevanten Zeitpunkt der Angebotsabgabe auch tatsächlich vorliegen würden. Andernfalls würde dies die Wettbewerbsstellung einzelner Bieter beeinflussen und – in wettbewerbswidriger Weise – zu einem Bietersturz führen. Schon allein deshalb, sei die Auswahlentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet.

7. „Notwendiger Umfang des Zertifikats gemäß AAB“:

Eine streng auftragsbezogene Auslegung der Festlegung in Rz 146 der AAB führe zum Ergebnis, dass ein Zertifikat vorliegen müsse, welches zur Erbringung der oben beschriebenen Sicherheitsdienste berechtige.

8. „Vorgelegtes EMAS-Zertifikat des XXXX “8. „Vorgelegtes EMAS-Zertifikat des römisch 40 “:

Das EMAS-Zertifikat der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung weise den falschen NACE-Code auf. Ein EMAS-Zertifikat mit dem NACE-Code 80.20 könne nicht den Anforderungen der Auftraggeberin an ein solches gemäß den Festlegungen in Rz 146 der AAB entsprechen, weil damit nicht sämtliche personellen Sicherheitsdienste umfasst seien. Nur ein Zertifikat mit dem NACE-Code 80.10 könne den Festlegungen der Auftraggeberin zu diesem Kriterium entsprechen. Mangels Vorliegen eines ausschreibungskonformen EMAS-Zertifikats wäre das Angebot der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung auszuschneiden gewesen. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe habe der XXXX, mangels zutreffenden NACE-Codes, noch nicht über ein korrektes EMAS-Zertifikat verfügt. Das EMAS-Zertifikat der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung weise den falschen NACE-Code auf. Ein EMAS-Zertifikat mit dem NACE-Code 80.20 könne nicht den Anforderungen der Auftraggeberin an ein solches gemäß den Festlegungen in Rz 146 der AAB entsprechen, weil damit nicht sämtliche personellen Sicherheitsdienste umfasst seien. Nur ein Zertifikat mit dem NACE-Code 80.10 könne den Festlegungen der Auftraggeberin zu diesem Kriterium entsprechen. Mangels Vorliegen eines ausschreibungskonformen EMAS-Zertifikats wäre das Angebot der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung auszuschneiden gewesen. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe habe der römisch 40, mangels zutreffenden NACE-Codes, noch nicht über ein korrektes EMAS-Zertifikat verfügt.

9. „Mangelhafte räumliche Gültigkeit des EMAS-Zertifikats des XXXX “9. „Mangelhafte räumliche Gültigkeit des EMAS-Zertifikats des römisch 40 “:

Die von der Auftraggeberin vorgenommene pauschale Bewertung mit "0" Punkten, greife zu kurz und belastet die Auswahlentscheidung mit Rechtswidrigkeit. Vom EMAS-Zertifikat jedenfalls umfasst sein müssten die im Firmenbuch eingetragenen Zweigniederlassungen. Die im Firmenbuch eingetragenen Zweigniederlassungen der Antragstellerin seien vom EMAS-Zertifikat umfasst, darüber hinaus alle Standorte, an denen tatsächlich Dienstleistungen erbracht werden würden. Das Angebot der Antragstellerin in diesem Kriterium hätte daher nicht mit "0" Punkten bewertet werden dürfen.

10. „Keine ausreichende Preisprüfung sowie keine vertiefte Angebotsprüfung“:

Das Angebot der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung weise eine ungewöhnlich hohe Preisspanne von 15,2 % zwischen dem Angebot für Los 1 und den Angeboten für Los 3 und Los 4 auf. Anhand dieser Preisspanne könne man zum Schluss kommen, dass die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung offenkundig bloß spekulative Preise angesetzt habe, welche betriebswirtschaftlich nicht erklärbar seien. Allein diese nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises hätte bei der Auftraggeberin Zweifel hervorrufen müssen und wäre eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen gewesen. Das habe die Auftraggeberin nicht gemacht, weshalb die Antragstellerin in ihrem Recht auf Ausscheiden des Angebots der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung infolge einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises verletzt und die Auswahlentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet sei.

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

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 14.03.2024 gab diese allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren bekannt. Der Nachprüfungsantrag sei zurückzuweisen, da nur die Bietergemeinschaft XXXX, die im Vergabeverfahren aufgetreten sei, und nicht die „Antragstellerinnen“ antragslegitimiert seien. Zudem habe die Antragstellerin die rechtlich nicht existente Auswahlentscheidung vom 02.02.2024 und nicht die Auswahlentscheidung vom 01.03.2024 angefochten. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 14.03.2024 gab diese allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren bekannt. Der Nachprüfungsantrag sei zurückzuweisen, da nur die Bietergemeinschaft römisch 40, die im Vergabeverfahren aufgetreten sei, und nicht die „Antragstellerinnen“ antragslegitimiert seien. Zudem habe die Antragstellerin die rechtlich nicht existente Auswahlentscheidung vom 02.02.2024 und nicht die Auswahlentscheidung vom 01.03.2024 angefochten.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 21.03.2024 hat diese eine ausführliche Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag abgegeben und ist darin der Argumentation der Antragstellerinnen im Detail entgegengetreten.

Mit Schreiben der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin vom 21.03.2024 erhob diese begründete Einwendungen.

Mit Schreiben der Antragstellerinnen vom 9.4.2024 und vom 12.4.2024 gaben diese jeweils eine Stellungnahme ab.

Am 11.4.2024 fand im Bundesverwaltungsgericht darüber eine mündliche Verhandlung statt.

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

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Republik Österreich hat einen besonderen Dienstleistungsauftrag gemäß § 151 BVergG im Oberschwellenbereich der im Wege eines transparenten Verfahrens gemäß § 151 BVergG 2018 in Anlehnung an ein offenes Verfahren gemäß BVergG 2018 vergeben werden soll, ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich und der EU ist am 13.10.2023 erfolgt. Die erste Entscheidung der Auftraggeberin, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung betreffend die Lose 1 bis 4 abgeschlossen werden soll („1. Auswahlentscheidung“) erfolgte mit Schreiben der Auftraggeberin vom 02.02.2024. Nach einem Nachprüfungsantrag der Antragstellerinnen wurde die 1. Auswahlentscheidung mit Schreiben der Auftraggeberin vom 16.02.2024 hinsichtlich der bekämpften Lose 3 und 4 zurückgezogen und das zur GZ W134 2286337-2/14E geführte Nachprüfungsverfahren eingestellt. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 01.03.2024 wurde die Entscheidung der Auftraggeberin, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung betreffend die Lose 3 und 4 abgeschlossen werden soll („2. Auswahlentscheidung“) bekanntgegeben. Die in Aussicht genommene präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin ist für beide genannten Lose die XXXX . Beim Zuschlagskriterium Qualität wurde das Angebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin dabei bei den Losen 3 und 4 jeweils mit null Punkten bewertet. Laut Formblatt „Besondere Erklärung für Bieter- und Arbeitsgemeinschaften“ haben die Mitglieder einer Bietergemeinschaft mit der Bezeichnung XXXX bestehend aus den Antragstellerinnen ein Angebot gelegt. Das Angebot der XXXX wurde beim Zuschlagskriterium Qualität ebenfalls bei den Losen 3 und 4 jeweils mit null Punkten bewertet. (Schreiben der Auftraggeberin vom 14.03.2024, Beilage. /A zum Schreiben der Auftraggeberin vom 14.03.2024 (Formblatt „besondere Erklärung für Bieter- und Arbeitsgemeinschaften), Auswahlentscheidung vom 01.03.2024). Die Republik Österreich hat einen besonderen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 151, BVergG im Oberschwellenbereich der im Wege eines transparenten Verfahrens gemäß Paragraph 151, BVergG 2018 in Anlehnung an ein offenes Verfahren gemäß BVergG 2018 vergeben werden soll, ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich und der EU ist am 13.10.2023 erfolgt. Die erste Entscheidung der Auftraggeberin, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung betreffend die Lose 1 bis 4 abgeschlossen werden soll („1. Auswahlentscheidung“) erfolgte mit Schreiben der Auftraggeberin vom 02.02.2024. Nach einem Nachprüfungsantrag der Antragstellerinnen wurde die 1. Auswahlentscheidung mit Schreiben der Auftraggeberin vom 16.02.2024 hinsichtlich der bekämpften Lose 3 und 4 zurückgezogen und das zur GZ W134 2286337-2/14E geführte Nachprüfungsverfahren eingestellt. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 01.03.2024 wurde die Entscheidung der Auftraggeberin, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung betreffend die Lose 3 und 4 abgeschlossen werden soll („2. Auswahlentscheidung“) bekanntgegeben. Die in Aussicht genommene präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin ist für beide genannten Lose die römisch 40 . Beim Zuschlagskriterium Qualität wurde das Angebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin dabei bei den Losen 3 und 4 jeweils mit null Punkten bewertet. Laut Formblatt „Besondere Erklärung für Bieter- und Arbeitsgemeinschaften“ haben die Mitglieder einer Bietergemeinschaft mit der Bezeichnung römisch 40 bestehend aus den Antragstellerinnen ein Angebot gelegt. Das Angebot der römisch 40 wurde beim Zuschlagskriterium Qualität ebenfalls bei den Losen 3 und 4 jeweils mit null Punkten bewertet. (Schreiben der Auftraggeberin vom 14.03.2024, Beilage. /A zum Schreiben der Auftraggeberin vom 14.03.2024 (Formblatt „besondere Erklärung für Bieter- und Arbeitsgemeinschaften), Auswahlentscheidung vom 01.03.2024).

Der Nachprüfungsantrag vom 11.03.2024 lautet auszugsweise:

„Punkt A.I.: [...] Angefochten wird die von der Auftraggeberin via ANKÖ am 01.03.2024, an die Antragstellerinnen bekanntgegebene Auswahlentscheidung betreffend Los 3 und Los 4, mit welcher bekannt gegeben wurde, dass beabsichtigt wäre, die Rahmenvereinbarung für das verfahrensgegenständliche Los 3 und Los 4 mit folgendem Unternehmen abzuschließen: [...] Beweis: [...] Mitteilung über den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung vom 01.03.2024 ("Auswahlentscheidung") (Beilage ./1).“

Beilage ./1 beinhaltet die 1. Auswahlentscheidung vom 02.02.2024

Punkt A.XI.:

„Anträge

Das Bundesverwaltungsgericht möge

[...]

2. die den Antragstellerinnen via ANKÖ am 02.02.2024 übermittelte Mitteilung, mit welchem Unternehmen in den Losen 3 und 4 die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (Auswahlentscheidung), für nichtig erklären;

[...]“ (Nachprüfungsantrag vom 11.03.2024)

Die „Allgemeine Ausschreibungsbedingungen offenes Verfahren gem. BVergG 2018 betreffend den Abschluss der Rahmenvereinbarung: Sicherheitsdienstleistungen Zutrittskontrollen Gerichte“ lauten auszugsweise:

„5.3.2 Nachweise

[90] Zum Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit des Unternehmers zur Erbringung der Leistungen hat dieser mit dem Angebot die folgenden Nachweise beizubringen:

[91] Notrufzentrale

? vollständig ausgefülltes Tabellenblatt „Techn., finanz., wirtschaftl. LF“ der Beilage „Formblatt Leistungsfähigkeit“

? Gültiges Zertifikat über eine Zertifizierung der Notrufzentrale. Abweichend von der generellen Regel, darf das Zertifikat am Tag der Angebotsöffnung älter als 6 Monate sein.

[92] Wächterkontrollsystem und elektronisches Informationstool

? vollständig ausgefülltes Tabellenblatt „Techn., finanz., wirtschaftl. LF“ der Beilage „Formblatt Leistungsfähigkeit“

[93] Bei Zweifel an diesen Angaben behält sich die BBG vor, weitere Nachweise zu verlangen.

[...]

6.3.1 Zuschlagskriterien

[138] Die Bewertung erfolgt nach dem Bestangebotsprinzip unter Zugrundelegung folgender Zuschlagskriterien, die Rahmenvereinbarung wird daher je Los mit jenem nicht auszuscheidenden Bieter geschlossen, dessen Angebot insgesamt die höchste Punktezahl erreicht hat. 6.3.1 Zuschlagskriterien , [138] Die Bewertung erfolgt nach dem Bestangebotsprinzip unter Zugrundelegung folgender Zuschlagskriterien, die Rahmenvereinbarung wird daher je Los mit jenem nicht auszuscheidenden Bieter geschlossen, dessen Angebot insgesamt die höchste Punktezahl erreicht hat.

□

[...]

6.3.3 Zuschlagskriterium „Umweltmanagementsystem“

[143] Verfügt der Bieter oder sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft am Tag des Endes der Angebotsfrist über ein Umweltmanagementsystem gemäß EN ISO 14001 bzw. gemäß EMAS bzw. gemäß Ökoprofit in der jeweils gültigen Fassung, erhält der Bieter 1,5 (Ökoprofit), 3,5 (EN ISO 14001) oder 5 (EMAS) Punkte. Wenn die Mitglieder einer Bietergemeinschaft über unterschiedliche Umweltmanagementsysteme verfügen, dann werden die oben angeführten Punkte summiert und durch die Anzahl der Mitglieder der Bietergemeinschaft dividiert. (Beispiel: ein Mitglied verfügt zum Zeitpunkt des Tages des Endes der Angebotsfrist über Ökoprofit und ein Mitglied über EMAS ergibt 1,5 + 5 Punkte dividiert durch 2 ergibt 3,25 Punkte). 6.3.3 Zuschlagskriterium „Umweltmanagementsystem“ , [143] Verfügt der Bieter oder sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft am Tag des Endes der Angebotsfrist über ein Umweltmanagementsystem gemäß EN ISO 14001 bzw. gemäß EMAS bzw. gemäß Ökoprofit in der jeweils gültigen Fassung, erhält der Bieter 1,5 (Ökoprofit), 3,5 (EN ISO 14001) oder 5 (EMAS) Punkte. Wenn die Mitglieder einer Bietergemeinschaft über unterschiedliche Umweltmanagementsysteme verfügen, dann werden die oben angeführten Punkte summiert und durch die Anzahl der Mitglieder der Bietergemeinschaft dividiert. (Beispiel: ein Mitglied verfügt zum Zeitpunkt des Tages des Endes der Angebotsfrist über Ökoprofit und ein Mitglied über EMAS ergibt 1,5 + 5 Punkte dividiert durch 2 ergibt 3,25 Punkte).

[...]

6.3.4 Zuschlagskriterium „Arbeitssicherheits- und Gesundheitsschutzmanagementsystem“

[149] Verfügt der Bieter oder sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft am Tag des Endes der Angebotsfrist über ein Arbeitssicherheits- und Gesundheitsschutzmanagementsystem gemäß BS OHSAS 18001 oder ISO 45001:2018, SCC* oder SCC** sowie AUVA-Sicherheits- und Gesundheitsschutzmanagementsystem (AUVASGM) in der jeweils gültigen Fassung, erhält der Bieter 2,5 (AUVA-SGM), 3,5 (SCC* oder SCC**) oder 5 (ISO 45001:2018) Punkte.

[...]6.3.4 Zuschlagskriterium „Arbeitssicherheits- und Gesundheitsschutzmanagementsystem“ , [149] Verfügt der Bieter oder sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft am Tag des Endes der Angebotsfrist über ein Arbeitssicherheits- und Gesundheitsschutzmanagementsystem gemäß BS OHSAS 18001 oder ISO 45001:2018, SCC* oder SCC** sowie AUVA-Sicherheits- und Gesundheitsschutzmanagementsystem (AUVASGM) in der jeweils gültigen Fassung, erhält der Bieter 2,5 (AUVA-SGM), 3,5 (SCC* oder SCC**) oder 5 (ISO 45001:2018) Punkte. , [...]

6.3.5 Zuschlagskriterium „Qualitätsmanagementsystem“

[156] Verfügt der Bieter oder sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft am Tag des Endes der Angebotsfrist über ein Qualitätsmanagementsystem gemäß ÖNORM-EN ISO 9001 in der gültigen Fassung für den Geltungsbereich „Bewachung und/oder Sicherheit“, erhält der Bieter 5 Punkte. 6.3.5 Zuschlagskriterium „Qualitätsmanagementsystem“ , [156] Verfügt der Bieter oder sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft am Tag des Endes der Angebotsfrist über ein Qualitätsmanagementsystem gemäß ÖNORM-EN ISO 9001 in der gültigen Fassung für den Geltungsbereich „Bewachung und/oder Sicherheit“, erhält der Bieter 5 Punkte.

[...]

6.3.6 Zuschlagskriterium „Informationssicherheit“

[162] Verfügt der Bieter oder sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft am Tag des Endes der Angebotsfrist über ein Informationssicherheitszertifikat gemäß ÖNORM-EN ISO 27001 in der gültigen Fassung für den Geltungsbereich „Bewachung und/oder Sicherheit“, erhält der Bieter 5 Punkte.

[...]6.3.6 Zuschlagskriterium „Informationssicherheit“ , [162] Verfügt der Bieter oder sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft am Tag des Endes der Angebotsfrist über ein Informationssicherheitszertifikat gemäß ÖNORM-EN ISO 27001 in der gültigen Fassung für den Geltungsbereich „Bewachung und/oder Sicherheit“, erhält der Bieter 5 Punkte. , [...]

6.3.8 Bekanntgabe der Bewertungsergebnisse

[177] Im Zuge der Bekanntgabe der Entscheidung, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, werden den nicht berücksichtigten Bieterinnen insbesondere folgende Informationen bekannt gegeben:

- ? Die Namen der erfolgreichen Bieter
- ? Der Gesamtpreis des erfolgreichen Angebotes
- ? Die Punktwertung des eigenen Angebotes sowie die Gründe für die jeweilige Bewertung pro Zuschlagskriterium
- ? Die Punktwertung des erfolgreichen Angebotes

[178] Zum Schutz öffentlicher Interessen bzw. berechtigter Geschäftsinteressen der Bieter werden folgende Informationen nicht bekannt gegeben:

- ? Personenbezogene Daten des Bieters bzw. der Mitarbeiter und Kunden des Bieters
- ? Die Punktwertung des erfolgreichen Angebotes sowie die Gründe für die jeweilige Bewertung pro Zuschlagskriterium

[179] Achtung: Die Vertraulichkeit der im Zuge des Verfahrens erlangten Informationen gilt insbesondere für den Namen des ausgewählten Bieters/die Namen der ausgewählten Bieter.“ (Allgemeine Ausschreibungsbedingungen)

Die 6. Fragebeantwortung lautet auszugsweise:

„1 Frage an die BBG:

In Frage 3 der 4. Fragebeantwortung hat ein Bieter gefragt, ob die Zertifikate, die im Rahmen der Qualitätsbewertung vorgelegt werden, in allen Bundesländern gelten müssen, für die ein Angebot gelegt wird. Die BBG hat darauf Folgendes geantwortet: "Der Bieter muss über die entsprechenden Zertifikate verfügen, unabhängig von der räumlichen Geltung, um die entsprechenden Qualitätspunkte zu erreichen." Das können wir in keinsten Weise

nachvollziehen: Bei jeder Zertifizierung ist der jeweilige Geltungsbereich relevant, und auch welche Standorte in die Zertifizierung einbezogen sind. Ein Zertifikat muss daher den Geltungsbereich genauso explizit aufzeigen wie die von der Zertifizierung betroffenen (weil entsprechend auditierten) Standorte. Und nur diese Standorte können, im definierten Geltungsbereich, die Zertifizierung für sich in Anspruch nehmen! Das geht unter anderem aus der ISO/IEC 17021-1:2015 klar hervor, dem einschlägigen Regelwerk für Zertifizierungsstellen. Weiters machen wir darauf aufmerksam, dass Zuschlagskriterien gemäß § 2 Z. 22d) BVergG 2018 auftragsbezogen sein müssen, also einen engen Bezug zum Auftragsgegenstand haben müssen. Auch insofern wäre es aus unserer Sicht nicht rechtens, die Qualitätspunkte zu erreichen, wenn nicht die Organisationseinheit, die örtlich für den angebotenen Bereich zuständig ist und im Auftragsfall mit der Leistungserbringung und Vertragsabwicklung befasst wäre, selbst zertifiziert wäre. Wir ersuchen um nochmalige Prüfung dieses wichtigen Punkts! In Frage 3 der 4. Fragebeantwortung hat ein Bieter gefragt, ob die Zertifikate, die im Rahmen der Qualitätsbewertung vorgelegt werden, in allen Bundesländern gelten müssen, für die ein Angebot gelegt wird. Die BBG hat darauf Folgendes geantwortet: "Der Bieter muss über die entsprechenden Zertifikate verfügen, unabhängig von der räumlichen Geltung, um die entsprechenden Qualitätspunkte zu erreichen." Das können wir in keinsten Weise nachvollziehen: Bei jeder Zertifizierung ist der jeweilige Geltungsbereich relevant, und auch welche Standorte in die Zertifizierung einbezogen sind. Ein Zertifikat muss daher den Geltungsbereich genauso explizit aufzeigen wie die von der Zertifizierung betroffenen (weil entsprechend auditierten) Standorte. Und nur diese Standorte können, im definierten Geltungsbereich, die Zertifizierung für sich in Anspruch nehmen! Das geht unter anderem aus der ISO/IEC 17021-1:2015 klar hervor, dem einschlägigen Regelwerk für Zertifizierungsstellen. Weiters machen wir darauf aufmerksam, dass Zuschlagskriterien gemäß Paragraph 2, Ziffer 22 d.) BVergG 2018 auftragsbezogen sein müssen, also einen engen Bezug zum Auftragsgegenstand haben müssen. Auch insofern wäre es aus unserer Sicht nicht rechtens, die Qualitätspunkte zu erreichen, wenn nicht die Organisationseinheit, die örtlich für den angebotenen Bereich zuständig ist und im Auftragsfall mit der Leistungserbringung und Vertragsabwicklung befasst wäre, selbst zertifiziert wäre. Wir ersuchen um nochmalige Prüfung dieses wichtigen Punkts!

Antwort der BBG:

Nachdem die Beantwortung der Frage 3 in der 4. Fragenbeantwortung und Berichtigung offensichtlich missverständlich formuliert wurde, möchten wir an dieser Stelle nochmals klarstellend festhalten: Auf Grund der Formulierung in den Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen ergibt sich, dass der Bieter, sowie im Fall einer Bietergemeinschaft, sämtliche Mitglieder der Bietergemeinschaft, als gesamtes Unternehmen zertifiziert sein muss/müssen. Somit müssen von der Zertifizierung sämtliche Standorte/Niederlassungen/Betriebsstätten des Bieters bzw. der Bietergemeinschaft umfasst sein. Nur dann erhält der Bieter bzw. die Bietergemeinschaft die entsprechenden Qualitätspunkte bei diesem Kriterium." (6. Fragebeantwortung)

Betreffend die Zuschlagskriterien 2a) bis 2c) ist eine Betriebsstätte der Antragstellerinnen nicht von dem von ihnen vorgelegten Zertifikaten umfasst. Betreffend das Zuschlagskriterium 2d) sind mehrere Betriebsstätten der Antragstellerinnen nicht von dem von ihnen vorgelegten Zertifikaten umfasst. (Angaben der Antragstellerinnen in der Verhandlungsschrift vom 11.04.2024)

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den oben in Klammer genannten Quellen. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen des Auftraggebers keine Bedenken ergeben. Die Richtigkeit der genannten Vergabeunterlagen wurde von allen Parteien in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

3. Rechtliche Beurteilung

3.a) Allgemeines:

Die Ausschreibungsunterlagen, welche mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest wurden und an welche daher alle am Vergabeverfahren Beteiligten gebunden sind, 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.b) Zur Leistungsfähigkeit der präsumentiven Rahmenvereinbarungspartnerin:

Die Antragstellerinnen brachten vor, dass die technische Leistungsfähigkeit der präsumentiven Rahmenvereinbarungspartnerin nicht gegeben sei, da diese zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe „nicht über das notwendige Personal“ verfüge.

Es ist daher zu prüfen, ob die Ausschreibungsunterlagen insbesondere zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieters diesbezüglich bestimmte Regelungen vorsehen. Bezüglich der technischen Leistungsfähigkeit sehen die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen in den Rz. 90 bis 92 Regelungen (nur) betreffend die Notrufzentrale, das Wächterkontrollsystem und das elektronische Informationstool vor. Regelungen über das notwendige Personal, etwa in Form einer Abfrage des Personalstands des Bieters, können den Ausschreibungsunterlagen nicht entnommen werden. Da somit die Auftraggeberin in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen keine Regelung über das notwendige Personal getroffen hat, ist der Personalstand eines Bieters in der gegenständlichen Sache nicht relevant, weshalb diesbezüglich keine rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin vorliegt.

,

3.c) Zum Widerrufsgrund, Angebotsöffnungsprotokoll und Angebotsprüfung:

Die Antragstellerinnen brachten vor, das Vergabeverfahren müsse widerrufen werden, da in den Losen 1 und 2 anders bewertet worden sei als in den Losen 3 und 4. Es liege diesbezüglich eine Ungleichbehandlung vor.

Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag haben die Antragstellerinnen die Nachprüfung der Auswahlentscheidungen betreffend die Lose 3 und 4 wegen Rechtswidrigkeit beantragt. Die Lose 3 und 4 sind somit Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens. Die Antragstellerinnen haben nicht die Nachprüfung von Entscheidungen der Lose 1 und 2 beantragt. Die Lose 1 und 2 sind somit nicht Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher nicht zuständig, etwaige Rechtswidrigkeiten betreffend Entscheidungen in den Losen 1 und 2 zu prüfen. Im Nachprüfungsverfahren geht es nämlich nur um die Durchsetzung der subjektiven Rechte der Nachprüfungswerberinnen gegenüber der Auftraggeberin und ist nicht aus Anlass eines Nachprüfungsantrages die objektive Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens schlechthin zu prüfen (VwGH 06.03.2013, 2010/04/0037). Die Argumentation der Antragstellerinnen hinsichtlich des Widerrufs geht somit ins Leere.

Die Antragstellerinnen brachten vor, dass, obwohl die Angebotsöffnung bereits am 19.12.2023 erfolgt sei, das Angebotsöffnungsprotokoll den Antragstellerinnen erst am 18.01.2024 zugestellt worden sei. Das Protokoll sei gemäß § 133 Abs. 5 BVergG 2018 allen Bietern unaufgefordert zu übermitteln. Die Antragstellerinnen brachten vor, dass, obwohl die Angebotsöffnung bereits am 19.12.2023 erfolgt sei, das Angebotsöffnungsprotokoll den Antragstellerinnen erst am 18.01.2024 zugestellt worden sei. Das Protokoll sei gemäß Paragraph 133, Absatz 5, BVergG 2018 allen Bietern unaufgefordert zu übermitteln.

Die Antragstellerinnen übersehen bei ihrer Argumentation, dass § 133 BVergG 2018 bei dem hier vorliegenden besonderen Dienstleistungsauftrag gemäß § 151 Abs. 1 BVergG 2018 nicht gilt. Im Übrigen sieht der von der Antragstellerin genannte § 133 Abs. 5 BVergG 2018 keine bestimmte Frist für die Übermittlung des Protokolls vor. Es liegt somit diesbezüglich keine rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin vor. Die Antragstellerinnen übersehen bei ihrer Argumentation, dass Paragraph 133, Absatz 5, BVergG 2018 bei dem hier vorliegenden besonderen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 151, Absatz eins, BVergG 2018 nicht gilt. Im Übrigen sieht der von der Antragstellerin genannte Paragraph 133, Absatz 5, BVergG 2018 keine bestimmte Frist für die Übermittlung des Protokolls vor. Es liegt somit diesbezüglich keine rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin vor.

Die Antragstellerinnen gaben an, dass die 1. Auswahlentscheidung rechtswidrig sei, da das Angebot der Antragstellerinnen gar nicht vertieft geprüft worden sei. Die 2. Auswahlentscheidung sei unverändert rechtswidrig, weil zwar die Auftraggeberin die Angebotsprüfung nunmehr nachgeholt habe, diese aber unverändert mangelhaft sei.

Die 1. Auswahlentscheidung wurde von der Auftraggeberin zurückgezogen. Sie existiert somit nicht mehr und kann daher nicht Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens sein, weshalb die diesbezügliche Argumentation der Antragstellerinnen ins Leere geht. Im Übrigen sind im Nachprüfungsverfahren keine Mängel der Angebotsprüfung hervorgekommen. Es liegt somit diesbezüglich keine rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin vor.

3.d) Zur Begründung der Auswahlentscheidung:

Die Antragstellerinnen brachten vor, den bekämpften Auswahlentscheidungen würden maßgebliche Informationen über die bewertungsrelevante Qualität des Angebots der Antragstellerinnen, sowie die Angabe, an welcher Stelle des Angebots der Antragstellerinnen gereiht sei, fehlen.

In den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere im Punkt 6.3.8 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, sowie im BVergG 2018 ist nicht festgelegt, dass die Auftraggeberin in der Begründung der Auswahlentscheidung angeben muss, an welcher Stelle des Angebots der Antragstellerinnen gereiht ist. Die diesbezügliche Argumentation der Antragstellerinnen geht daher ins Leere.

In Punkt 6.3.8 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen ist festgelegt, welche Informationen in der Auswahlentscheidung bekannt gegeben werden. Die bekämpften Auswahlentscheidungen erfüllen alle diese Anforderungen. Die Auftraggeberin hat dabei insbesondere sowohl was das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin als auch was das Angebot der XXXX betrifft den jeweiligen Gesamtpreis sowie die Tatsache, dass die Angebote beider Parteien im Zuschlagskriterium Qualität mit null Punkten bewertet wurden, sowie der XXXX bei dem Zuschlagskriterium Qualität die Gründe für die Bewertung im Detail dargelegt. Eine noch weitergehende Begründungstiefe der Auswahlentscheidung ist nicht geboten und würde die Begründungspflicht überspannen. Es war den Antragstellerinnen auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierterer Begründungselemente unschwer möglich, gegen die Auswahlentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen (vgl. VwGH 09.04.2013, 2011/04/0224). In Punkt 6.3.8 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen ist festgelegt, welche Informationen in der Auswahlentscheidung bekannt gegeben werden. Die bekämpften Auswahlentscheidungen erfüllen alle diese Anforderungen. Die Auftraggeberin hat dabei insbesondere sowohl was das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin als auch was das Angebot der römisch 40 betrifft den jeweiligen Gesamtpreis sowie die Tatsache, dass die Angebote beider Parteien im Zuschlagskriterium Qualität mit null Punkten bewertet wurden, sowie der römisch 40 bei dem Zuschlagskriterium Qualität die Gründe für die Bewertung im Detail dargelegt. Eine noch weitergehende Begründungstiefe der Auswahlentscheidung ist nicht geboten und würde die Begründungspflicht überspannen. Es war den Antragstellerinnen auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierterer Begründungselemente unschwer möglich, gegen die Auswahlentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen (vergleiche VwGH 09.04.2013, 2011/04/0224).

3.e) Zur den qualitativen Zuschlagskriterien:

Die Antragstellerinnen bestätigten in der mündlichen Verhandlung, dass betreffend die Zuschlagskriterien 2a) bis 2c) eine Betriebsstätte der Antragstellerinnen nicht von den vorgelegten Zertifikaten umfasst ist. Die Antragstellerinnen bestätigten weiters in der mündlichen Verhandlung, dass betreffend das Zuschlagskriterium 2d) mehrere Betriebsstätten der Antragstellerinnen nicht von dem vorgelegten Zertifikat umfasst sind (die konkreten Betriebsstätten werden aus Gründen der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Antragstellerinnen hier nicht genannt und können dem Schreiben der Auftraggeberin vom 21.03.2024, Seiten 16 und 17, entnommen werden).

Die Antragstellerinnen brachten zusammengefasst vor, dass sie bei sämtlichen Standorten/Niederlassungen/Betriebsstätten die entsprechenden Zertifizierungen aufweisen würden. Nach Auffassung der Antragstellerinnen könnten die Begrifflichkeiten der Ausschreibungsunterlagen „Gesamtes Unternehmen“ sowie „Sämtliche Standorte“ (der 6. Fragebeantwortung) auftragsbezogen nur so verstanden werden, dass damit jene Standorte erfasst seien, die für die Auftragserbringung im weiteren Sinn relevant seien, was bei den von der Auftraggeberin genannten Standorten nicht der Fall sei. Es würde ihnen daher bei dem Zuschlagskriterium Qualität in allen vier Unterpunkten 2a) bis 2d) die volle Punktezahl gebühren.

In der sechsten Fragebeantwortung hat die Auftraggeberin ua. folgendes klargestellt:

„Auf Grund der Formulierung in den Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen ergibt sich, dass der Bieter, sowie im Fall einer Bietergemeinschaft, sämtliche Mitglieder der Bietergemeinschaft, als gesamtes Unternehmen zertifiziert sein muss/müssen. Somit müssen von der Zertifizierung sämtliche Standorte/Niederlassungen/Betriebsstätten des Bieters bzw. der Bietergemeinschaft umfasst sein. Nur dann erhält der Bieter bzw. die Bietergemeinschaft die entsprechenden Qualitätspunkte bei diesem Kriterium.“

Aus dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt des oben Zitierten ergibt sich klar, dass wenn nicht sämtliche Standorte/Niederlassungen/Betriebsstätten der

Bietergemeinschaft der Antragstellerinnen von entsprechenden Zertifizierungen umfasst sind, diese in dem jeweiligen Zuschlagskriterium Qualität keine Qualitätspunkte erhält. Betreffend die Zuschlagskriterien 2a) bis 2c) ist eine Betriebsstätte der Antragstellerinnen nicht von den vorgelegten Zertifikaten umfasst. Betreffend das Zuschlagskriterium 2d) sind mehrere Betriebsstätten der Antragstellerinnen nicht von dem vorgelegten Zertifikat umfasst. Da somit beim Angebot der Antragstellerinnen beim Zuschlagskriterium Qualität in allen vier Unterpunkten 2a) bis 2d) jeweils zumindest eine Betriebsstätte der Antragstellerinnen nicht von den vorgelegten Zertifikaten umfasst ist, hat die Auftraggeberin hier beim Zuschlagskriterium Qualität zu Recht null Punkte vergeben.

Die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen durch die Antragstellerinnen, dass diese auftragsbezogen nur so verstanden werden könnten, dass damit nur jene Standorte erfasst seien, die für die Auftragserbringung im weiteren Sinn relevant seien geht ins Leere, da der objektive Erklärungswert (für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt) der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen diese Auslegung nicht ergibt. Ob und inwieweit Standorte für die Auftragserbringung relevant sein sollen ist den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen.

Da auch das Angebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin beim Zuschlagskriterium Qualität mit null Punkten bewertet wurde, erübrigt sich das Eingehen auf das Vorbringen der Antragstellerinnen betreffend Zertifikate der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin.

3.f) Zur Preisprüfung:

Die Antragstellerinnen brachten vor, die Auftraggeberin habe keine ausreichende Preisprüfung sowie keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt. Es gebe eine ungewöhnlich hohe Preisspanne zwischen dem Angebot für Los 1 und den Angeboten für die Lose 3 und 4, was betriebswirtschaftlich nicht erklärbar sei. Es handle sich bei den Preisen der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin für die Lose 3 und 4 somit um eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, weshalb die Angebote der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin auszuschneiden gewesen wären.

Sache dieses Nachprüfungsverfahrens sind die Lose 3 und 4, weshalb etwaige Preisunterschiede betreffend Los 1 und deren Gründe hier nicht zu untersuchen sind. Im Nachprüfungsverfahren geht es nämlich nur um die Durchsetzung der subjektiven Rechte der Nachprüfungswerberinnen gegenüber der Auftraggeberin und ist nicht aus Anlass eines Nachprüfungsantrages die objektive Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens schlechthin zu prüfen (VwGH 06.03.2013, 2010/04/0037).

Die Auftraggeberin gab an, eine eingehende Preisangemessenheitsprüfung in Anlehnung an die Bestimmungen des § 137 BVergG 2018 durchgeführt zu haben. In einer Pause der mündlichen Verhandlung ließ sich der erkennende Senat die entsprechenden Dokumente dieser Preisangemessenheitsprüfung erläutern (vgl. elektronischer Vergabeakt: „02 Angebotsprüfung/02_Preise/2501.04448_Dok_Preisprüfung“ sowie „02 Angebotsprüfung/01_Bewertung/2501.04448_Bewertung_final“). Die Auftraggeberin gab an, eine eingehende Preisangemessenheitsprüfung in Anlehnung an die Bestimmungen des Paragraph 137, BVergG 2018 durchgeführt zu haben. In einer Pause der mündlichen Verhandlung ließ sich der erkennende Senat die entsprechenden Dokumente dieser Preisangemessenheitsprüfung erläutern vergleiche elektronischer Vergabeakt: „02 Angebotsprüfung/02_Preise/2501.04448_Dok_Preisprüfung“ sowie „02 Angebotsprüfung/01_Bewertung/2501.04448_Bewertung_final“).

Allen Parteien sind die Gesamtpreise aller drei Bieter der Lose 3 und 4 aus dem Angebotsöffnungsprotokoll bekannt. Aus diesen Zahlen hat die Auftraggeberin in den oben genannten Dokumenten des elektronischen Vergabeaktes korrekt errechnet, dass der Gesamtpreis der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin in Los 3 vom geschätzten Auftragswert um 12,56 % und in Los 4 um 13,82 % abweicht. Weiters weicht der Gesamtpreis der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin vom Mittelwert des Gesamtpreises der drei abgegebenen Angebote in Los 3 um 10,09 % und in Los 4 um 13,04 % ab, weshalb keine grobe preisliche Abweichung im Sinne von Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann, Bundesvergabegesetz 2018, § 137, vorliegt. Daraus sowie unter Berücksichtigung der Kalkulation der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin, der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen, der Erfahrungswerte und Marktkennntnisse der Vorausschreibung „2501.03160 Zutrittskontrollen Gerichte“ sowie des Kollektivvertrages Wachorgane Bewachungsgewerbe hat die Auftraggeberin schlüssig und nachvollziehbar geschlossen, dass es sich bei den Preisen der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin in den Losen 3 und 4 um

angemessene Preise handelt. Die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten sind nicht ersichtlich. Allen Parteien sind die Gesamtpreise aller drei Bieter der Lose 3 und 4 aus dem Angebotsöffnungsprotokoll bekannt. Aus diesen Zahlen hat die Auftraggeberin in den oben genannten Dokumenten des elektronischen Vergabeaktes korrekt errechnet, dass der Gesamtpreis der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin in Los 3 vom geschätzten Auftragswert um 12,56 % und in Los 4 um 13,82 % abweicht. Weiters weicht der Gesamtpreis der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin vom Mittelwert des Gesamtpreises der drei abgegebenen Angebote in Los 3 um 10,09 % und in Los 4 um 13,04 % ab, weshalb keine grobe preisliche Abweichung im Sinne von Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann, Bundesvergabegesetz 2018, Paragraph 137,, vorliegt. Daraus sowie unter Berücksichtigung der Kalkulation der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin, der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen, der Erfahrungswerte und Marktkenntnisse der Vorausschreibung „2501.03160 Zutrittskontrollen Gerichte“ sowie des Kollektivvertrages Wachorgane Bewachungsgewerbe hat die Auftraggeberin schlüssig und nachvollziehbar geschlossen, dass es sich bei den Preisen der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin in den Losen 3 und 4 um angemessene Preise handelt. Die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten sind nicht ersichtlich.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass die angefochtenen Auswahlentscheidungen betreffend die Lose 3 und 4 im Sinne des § 347 Abs. 1 BVergG 2018 nicht für nichtig zu erklären waren, da sie im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte nicht rechtswidrig sind. Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass die angefochtenen Auswahlentscheidungen betreffend die Lose 3 und 4 im Sinne des Paragraph 347, Absatz eins, BVergG 2018 nicht für nichtig zu erklären waren, da sie im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte nicht rechtswidrig sind.

Im Übrigen waren die Anträge auch deshalb abzuweisen, da einerseits die beiden Antragstellerinnen und nicht die die Angebote abgebende Bietergemeinschaft XXXX und somit dazu nicht berechnigte Mitglieder der Bietergemeinschaft den Nachprüfungsantrag stellten (vgl. VwGH 08.08.2018, Ro 2015/04/0028, Rz 25; vgl. auch die Ausführungen der Antragstellerinnen im Schreiben vom 09.04.2024, S. 3, wonach die Antragstellerinnen zur Antragstellung legitimiert seien, sowie das Rubrum dieses Schreibens und des Nachprüfungsantrages) und andererseits die Antragstellerinnen beantragten, die bereits zurückgezogene Auswahlentscheidung vom 02.02.2024, und damit eine nicht mehr dem Rechtsbestand angehörende Entscheidung, für nichtig zu erklären. Im Übrigen waren die Anträge auch deshalb abzuweisen, da einerseits die beiden Antragstellerinnen und nicht die die Angebote abgebende Bietergemeinschaft römisch 40 und somit dazu nicht berechnigte Mitglieder der Bietergemeinschaft den Nachprüfungsantrag stellten vergleiche VwGH 08.08.2018, Ro 2015/04/0028, Rz 25; vergleiche auch die Ausführungen der Antragstellerinnen im Schreiben vom 09.04.2024, S. 3, wonach die Antragstellerinnen zur Antragstellung legitimiert seien, sowie das Rubrum dieses Schreibens und des Nachprüfungsantrages) und andererseits die Antragstellerinnen beantragten, die bereits zurückgezogene Auswahlentscheidung vom 02.02.2024, und damit eine nicht mehr dem Rechtsbestand angehörende Entscheidung, für nichtig zu erklären.

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

Da die Antragstellerinnen nicht obsiegt haben, haben sie gemäß § 341 BVergG 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin. Da die Antragstellerinnen nicht obsiegt haben, haben sie gemäß Paragraph 341, BVergG 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin.

B) Revision:

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

Nach Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vgl. VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120). Nach Artikel 133, Absatz 9, in Verbindung mit Absatz 4, B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung

einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vergleiche VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120).

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 9, in Verbindung mit Absatz 4, B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich.

Schlagworte

Auswahlentscheidung einstweilige Verfügung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren Pauschalgebührenersatz Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2024:W134.2288127.3.00

Im RIS seit

23.05.2024

Zuletzt aktualisiert am

23.05.2024

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at