

TE Bvwg Erkenntnis 2016/6/14 W138 2126059-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.06.2016

Entscheidungsdatum

14.06.2016

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §12 Abs1

BVergG 2006 §141 Abs1

BVergG 2006 §141 Abs5

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §78

BVergG 2006 §79

BVergG 2006 §96

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

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

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

1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W138 2126059-2/24E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 Abs. 1 BVergG durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie Dr. Annemarie MILLE als fachkundige Laienrichterin der Auftragsnehmerseite und Mag. Franz PACHNER als fachkundigen Laienrichter der Auftragsgeberseite im Nachprüfungsverfahren gem. § 312

Abs. 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "HVB-Kinder- und Jugendlichen-Rehabilitation" des Auftraggebers Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmanngasse 21, 1030 Wien, vertreten durch Heid, Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX, vertreten durch CM. Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, vom 12.05.2016 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 09.06.2016 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, Absatz eins, BVergG durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie Dr. Annemarie MILLE als fachkundige Laienrichterin der Auftragsnehmerseite und Mag. Franz PACHNER als fachkundigen Laienrichter der Auftragsgeberseite im Nachprüfungsverfahren gem. Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "HVB-Kinder- und Jugendlichen-Rehabilitation" des Auftraggebers Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmanngasse 21, 1030 Wien, vertreten durch Heid, Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40, vertreten durch CM. Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, vom 12.05.2016 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 09.06.2016 zu Recht erkannt:

A)

I. Die Anträge "Das Bundesverwaltungsgericht möge römisch eins. Die Anträge "Das Bundesverwaltungsgericht möge

1. die Ausschreibung "HVB-Kinder- und Jugendlichen-Rehabilitation" betreffend die Lose 1 bis 3, 5 und 6 für nichtig erklären;

2. in eventu zu 1: die Aufforderung zur Abgabe des Last and Best Offer betreffend die Lose 1 bis 3, 5 und 6 für nichtig erklären;

3. in eventu 2: Punkt 3.1 der Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer (Bewertung nach dem Zuschlagskriterium "Tagssätze") für nichtig erklären;

4. in eventu zu 3: die in den Punkten 3.1.1.1, 3.1.1.2, 3.1.2.1,

3.1.2.2 und 3.1.2.3 der Ausschreibungsunterlage Last and best Offer festgelegten Höchsttagssätze für nicht erklären"

werden gem. § 312 BVergG abgewiesen. werden gem. Paragraph 312, BVergG abgewiesen.

II. Der Antrag "Das Bundesverwaltungsgericht möge jedenfalls dem Antragsgegner den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Nichtigerklärung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin binnen 14 Tagen auferlegen" römisch zwei. Der Antrag "Das Bundesverwaltungsgericht möge jedenfalls dem Antragsgegner den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Nichtigerklärung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin binnen 14 Tagen auferlegen"

wird gem. § 319 BVergG abgewiesen. wird gem. Paragraph 319, BVergG 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:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Am 12.05.2016 brachte die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX Am 12.05.2016 brachte die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. römisch 40

2. XXXX (im Weiteren Antragstellerin) vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Heinz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, einen Nachprüfungsantrag ein. 2. römisch 40 (im Weiteren Antragstellerin) vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Heinz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, einen Nachprüfungsantrag ein.

Neben dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu der Aufforderung zur Abgabe des Last and Best Offer betreffend die Lose 1 bis 3, 5 und 6, in eventu einiger Punkte der Ausschreibungsunterlagen Last and Best Offer des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmanngasse 21, 1030 Wien (im Weiteren

Auftraggeber), vergebende Stelle Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, wurde auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt.

Begründet wurden die Anträge im Wesentlichen damit, dass das Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung durchgeführt werde. Es handle sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich, der nach den Regeln für nicht prioritäre Dienstleistungen vergeben werde. Die Vergabe erfolge in elf Losen nach dem Bestbieterprinzip. Die nach Einlangen der Teilnahmeanträge ausgewählten Bieter seien zunächst mit der Ausschreibungsunterlage zur Legung eines nicht notwendigerweise verbindlichen indikativen Erstangebotes aufgefordert worden. Zur Bewertung des Zuschlagskriteriums Tagsätze habe die Ausschreibungsunterlage für jedes Los einen gewissen Höchsttagsatz vorgesehen. Der Höchsttagessatz für Rehabilitanden sei mit Euro 225,-- exkl. Umsatzsteuer festgesetzt worden. Bereits in den Ausschreibungsunterlagen sei festgehalten worden, dass Letztangebote, die einen höheren Tagsatz als den jeweiligen Höchsttagsatz aufweisen würden, als den Ausschreibungsvorgaben widersprechend ausgeschieden werden würden.

Der zugleich mit der Ausschreibungsunterlage übermittelte Entwurf des Vertrages über Leistungen der Kinder- und Jugendlichenrehabilitation verweise in mehreren Bestimmungen auf den im Auftrag des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger veröffentlichten Rehabilitationsplan 2012. Die Antragstellerin habe ein Erstangebot für die Lose 1 bis 3, 5 und 6 gelegt. Nach Einholung der indikativen Erstangebote hätten Verhandlungen mit den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern, darunter auch der Antragstellerin stattgefunden.

In den Verhandlungen sei der Auftraggeber von der Antragstellerin darauf hingewiesen worden, dass eine kostendeckende Kalkulation zu dem in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Höchsttagsatz unter gleichzeitiger Einhaltung der Bestimmungen des Rehabilitationsplans 2012 nicht möglich wäre. Nach Abschluss der Verhandlungen habe der Auftraggeber der Antragstellerin und den übrigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern die Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer übermittelt und zur Legung eines Letztangebotes aufgefordert. Bei der Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer handle es sich um eine überarbeitete Version der Ausschreibungsunterlage zur Legung des Erstangebotes, in der die Änderungen, Streichungen und Ergänzungen ersichtlich gemacht worden seien. Insbesondere würden die letztgültigen Ausschreibungsunterlagen einen leicht erhöhten Tagsatz für Rehabilitanden von Euro 250,-- vorsehen. Gemeinsam mit dem Last and Best Offer habe der Auftraggeber auch eine überarbeitete Version des Leistungsvertrages in dem der Verweis auf den Rehabilitationsplan 2012 ersatzlos gestrichen worden sei, übermittelt.

Angefochten werde die Ausschreibung betreffend die Lose 1 bis 3, 5 und 6 sowie die Aufforderung zur Angebotsabgabe in der Fassung Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Nichtdiskriminierung, Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung und Beteiligung an einem neuen, gesetzeskonformen Vergabeverfahren verletzt.

Beim Auftraggeber handle es sich um einen öffentlichen Auftraggeber. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liege somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Nachprüfung des Vergabeverfahrens und zur Erlassung der einstweiligen Verfügung sei gemäß § 312 BVergG gegeben. Beim Auftraggeber handle es sich um einen öffentlichen Auftraggeber. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liege somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Nachprüfung des Vergabeverfahrens und zur Erlassung der einstweiligen Verfügung sei gemäß Paragraph 312, BVergG gegeben.

Die Anträge seien überdies rechtzeitig gestellt und die Pauschalgebühren entrichtet worden. Die Antragstellerin beabsichtige sich am gegenständlichen Vergabeverfahren hinsichtlich der Lose 1 bis 3, 5 und 6 zu beteiligen. Sie habe ein Interesse im Abschluss des ausgeschriebenen Vertrages. Gemäß dem Leistungsvertrag in der mit der Ausschreibungsunterlage zum Erstangebot übermittelten Fassung, sei diesem der Rehabilitationsplan zugrunde gelegen. Dieser explizite Verweis sei im Leistungsvertrag in der mit dem Last and Best Offer übermittelten Version gestrichen worden. Der Leistungsvertrag sehe aber weiterhin vor, dass alle Leistungen nach dem jeweils geltenden aktuellen Stand der Wissenschaft und Praxis zu organisieren und zu erbringen wären. Die Einhaltung der Bestimmungen des Rehabilitationsplanes 2012 sei erforderlich um dem aktuellen Stand der Wissenschaft und Praxis zu entsprechen. Gemäß dem BVergG seien Ausschreibungsunterlagen so zu gestalten, dass die Vergleichbarkeit der

Angebote sichergestellt sei und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden könnten. Die Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer entspreche diesem Erfordernis nicht. Aus ihr sei nicht abzuleiten, ob die Vorgaben des Rehabilitationsplanes 2012 im Zuge der Leistungserbringung einzuhalten seien und somit bei der Kalkulation der Tagsätze zu berücksichtigen wären. Damit werde dem Bieter ein unzumutbares unkalkulierbares Risiko auferlegt. Eine Erbringung der ausgeschriebenen Leistung zu einem Tagsatz von höchstens Euro 250,- sei unter Einhaltung der Vorgaben im Rehabilitationsplan 2012 nicht kostendeckend möglich. Der mit den Ausschreibungsunterlagen Last and Best Offer übermittelte vorgelegte Leistungsvertrag sehe vor, dass der Betreiber mit dem zugeschlagenen Tagsatz bis zu einer Auslastung von 80 % das Auslangen finden müsse. Eine Nachbesserung der Tagsätze sei nur bei einer Auslastung von weniger als 80 % möglich. Die Antragstellerin werde auch wenn man davon ausginge, dass die Erfüllung der Vorgaben des Rehabilitationsplanes 2012 nicht Voraussetzung für ein ausschreibungskonformes Angebot wären, gegenüber den übrigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern benachteiligt. Auf Grund der Angaben in den Ausschreibungsunterlagen zum Erstangebot sei die Antragstellerin bisher davon ausgegangen, dass die Bestimmungen des Rehabilitationsplanes 2012 im Rahmen der Vertragserfüllung einzuhalten seien. Basierend auf diesem Verständnis habe sie ihr Erstangebot kalkuliert. Sollte durch die Streichung des Verweises auf den Rehabilitationsplan 2012 im Leistungsvertrag in der mit der Ausschreibung unter Last and Best Offer übermittelten Fassung geschlossen werden, dass die Einhaltung nicht mehr Voraussetzung für ein ausschreibungskonformes Angebot sei, werde dadurch die Ausschreibung auf jene Bieter zugeschnitten, die bereits ihr indikatives Erstangebot ohne Berücksichtigung der Vorgaben des Rehabilitationsplanes 2012 erstellt hätten. Wäre die Erfüllung der Vorgaben des Rehabilitationsplanes 2012 entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht Voraussetzung für ein ausschreibungskonformes Angebot, wäre die Antragstellerin gezwungen, das Gesamtkonzept ihres Angebotes fundamental zu ändern.

In einer Stellungnahme vom 20.05.2016 führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, dass das Vergabeverfahren in elf Losen durchgeführt werde. Die Einteilung der Lose beruhe auf Festlegungen im Rehabilitationsblatt 2012 und stelle sicher, dass alle relevanten Marktteilnehmer unabhängig von ihrer Größe und unabhängig davon, ob sie bereits über Erwachsenenrehabilitationserfahrung verfügen würden oder sich neu in diesem Thema einarbeiten wollten, an dem Vergabeverfahren teilnehmen könnten. Die Lose seien örtlich in Versorgungszonen und inhaltlich in Indikationen unterteilt worden. Zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens seien geeignete Bieter zugelassen worden. Am 06.11.2015 seien auf dem Beschaffungsportal die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt worden und die in den jeweiligen Losen zugelassenen Bieter aufgefordert worden, bis längstens 25.01.2016 ein Erstgebot zu legen. In den Unterlagen sei festgelegt, dass die Vergabe in den Losen nach dem Bestbieterprinzip erfolge. Die Zuschlagskriterien sowie die Vorgehensweise bei der Bewertung seien unter Punkt 3 der Ausschreibungsunterlage im Detail beschrieben. Die Zuschlagskriterien seien weder von der Antragstellerin noch von anderen Bietern beeinträchtigt worden und seien damit bestandfest.

Nach Abhaltung von Hearings habe der Auftraggeber am 01.12.2015, 17.12.2015 und 15.01.2015 Beantwortungen von Bieteranfragen den Bietern am Beschaffungsportal zur Verfügung gestellt.

Punkt 3.1. der Ausschreibungsunterlage habe für die Bewertung des Zuschlagskriteriums Tagsätze einen Höchsttagsatz von EUR 225,- für Rehabilitanden in sämtlichen Losen vorgesehen. Der Auftraggeber habe sich ausdrücklich vorbehalten, abhängig von den eingelangten Erstangeboten und dem Ergebnis der Verhandlung, den Höchsttagsatz für die Legung der Letztangebote anzupassen.

Unter Punkt 1.6. der Ausschreibungsunterlage sei bestimmt, dass "indikative" Erstangebote zu legen seien, die nicht verbindlich sein müssten. Die Festlegung bezüglich der Vorgabe eines Höchsttagsatzes und des Umstandes, dass Letztangebote ausgeschieden würden, wenn sie den dann geltenden Höchsttagsatz überschreiten würden, seien nicht beeinträchtigt und damit bestandfest geworden.

Die Öffnung der Angebote sei am 25.01.2016 erfolgt. Es hätten mehrere Bieter Angebote für die elf Lose gelegt. In den bekämpften Losen 1 bis 3 sowie 5 und 6 seien dies ebenfalls mehrere Bieter gewesen. Im Zeitraum vom 15.03.2016 bis 31.03.2016 seien mit allen im Verfahren verbliebenen Bietern Verhandlungen geführt worden.

Auf Basis des Verhandlungsergebnisses seien am 02.05.2016 Last and Best Offer Ausschreibungsunterlagen auf dem Beschaffungsportal zur Verfügung gestellt worden und die Bieter aufgefordert worden, bis 27.05.2016 ein verbindliches Letztangebot zu legen. In den mit den Last and Best Offer Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung

gestellten Last and Best Offer Leistungsvertrag sei in § 10 Abs. 1 die Bestimmung über die Geltung der Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 oder eines an dessen Stelle tretenden Dokumentes gestrichen worden. Weiters sei in Punkt 3.1 der Last and Best Offer Ausschreibungsunterlagen der Höchsttagsatz von EUR 225,-- auf EUR 250,-- erhöht worden. Den Bietern sei bis 09.05.2016 eine Möglichkeit zur Fragestellung eingeräumt worden. Die Ausschreibungsunterlagen für das Erstangebot seien im Hinblick auf die Frage der Geltung der Vorgaben des Rehabilitationsplanes unklarer und in Bezug auf die Maximaltagsätze strenger. Die Antragstellerin behaupte im Wesentlichen, der Auftraggeber hätte nicht klar festgelegt, ob das Last and Best Offer auf Basis der Strukturqualitätskriterien des Rehabilitationsplanes 2012 zu erstellen sei. In den Ausschreibungsunterlagen für das Last and Best Offer habe der Auftraggeber durch Streichung des entsprechenden Passus unter § 10 Abs. 1 Z 2 des Last and Best Offer Leistungsvertrages, der sich auf die Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 bezogen habe, klar festgelegt, dass diese formell nicht gelten würden. Auf die formelle Geltung des Rehabilitationsplanes 2012 habe verzichtet werden können, da die medizinischen Leistungsprofile im Rahmen der Erstellung der Last and Best Offer Ausschreibungsunterlagen von einem medizinischen Expertenteam überarbeitet worden seien. Diese überarbeiteten Leistungsprofile würden alle erforderlichen Strukturqualitätskriterien aus dem Rehabilitationsplan 2012 enthalten. Die vom Auftraggeber im Zuge des Vergabeverfahrens vorgenommene Streichung schließe jede Interpretation des Leistungsvertrages aus, welche in die Leistungsprofile nicht übernommene Anforderungen aus dem Rehabilitationsplan 2012 über die Hintertüre wieder einführe. Auch sei der Rehabilitationsplan 2012 nicht verbindlich. Für den Fall, dass in sanitätsbehördlichen Bewilligungsverfahren tatsächlich über die medizinischen Leistungsprofile hinausgehende Anforderungen aus dem Rehabilitationsplan 2012 gestellt werden sollten, sei darauf hinzuweisen, dass in einem solchen Fall eine Anpassung der Tagsätze gemäß § 32 Abs. 3 des Leistungsvertrages erfolgen könnten. Der Höchsttagsatz sei so bemessen, dass er für die kleinsten anzubietenden Einheiten auskömmlich sei. Die Antragstellerin biete hingegen in großen Einheiten von XXXX bis XXXX Rehabilitandenbetten an. Die Antragstellerin sehe in ihrem Erstangebot einen Neubau der Einrichtungen völlig unabhängig von anderen Einrichtungen auf der grünen Wiese vor. Dadurch könne sie anderen Anbietern mögliche Synergieeffekte im Personalbereich sowie im Bereich der Ausstattung und der Räume nicht nutzen. Der Auftraggeber habe zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens die Wahl von bestimmten Standorten präferiert. Die Preisspreizung zwischen den Angeboten der Bieter zeige, dass für Bieter, die auf eine bestehende Infrastruktur aufbauen könnten, der vorgegebene Höchsttagsatz auskömmlich sei. Eine weitere Anhebung des Höchsttagsatzes sei dem Auftraggeber nicht möglich. Als öffentliche Einrichtung stünden dem Auftraggeber klar definierte Budgetmittel zur Verfügung. Diese habe der Auftraggeber mit der Anhebung des Höchsttagsatzes auf EUR 250,-- ausgeschöpft. Auf Basis des Verhandlungsergebnisses seien am 02.05.2016 Last and Best Offer Ausschreibungsunterlagen auf dem Beschaffungsportal zur Verfügung gestellt worden und die Bieter aufgefordert worden, bis 27.05.2016 ein verbindliches Letztangebot zu legen. In den mit den Last and Best Offer Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellten Last and Best Offer Leistungsvertrag sei in Paragraph 10, Absatz eins, die Bestimmung über die Geltung der Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 oder eines an dessen Stelle tretenden Dokumentes gestrichen worden. Weiters sei in Punkt 3.1 der Last and Best Offer Ausschreibungsunterlagen der Höchsttagsatz von EUR 225,-- auf EUR 250,-- erhöht worden. Den Bietern sei bis 09.05.2016 eine Möglichkeit zur Fragestellung eingeräumt worden. Die Ausschreibungsunterlagen für das Erstangebot seien im Hinblick auf die Frage der Geltung der Vorgaben des Rehabilitationsplanes unklarer und in Bezug auf die Maximaltagsätze strenger. Die Antragstellerin behaupte im Wesentlichen, der Auftraggeber hätte nicht klar festgelegt, ob das Last and Best Offer auf Basis der Strukturqualitätskriterien des Rehabilitationsplanes 2012 zu erstellen sei. In den Ausschreibungsunterlagen für das Last and Best Offer habe der Auftraggeber durch Streichung des entsprechenden Passus unter Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, des Last and Best Offer Leistungsvertrages, der sich auf die Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 bezogen habe, klar festgelegt, dass diese formell nicht gelten würden. Auf die formelle Geltung des Rehabilitationsplanes 2012 habe verzichtet werden können, da die medizinischen Leistungsprofile im Rahmen der Erstellung der Last and Best Offer Ausschreibungsunterlagen von einem medizinischen Expertenteam überarbeitet worden seien. Diese überarbeiteten Leistungsprofile würden alle erforderlichen Strukturqualitätskriterien aus dem Rehabilitationsplan 2012 enthalten. Die vom Auftraggeber im Zuge des Vergabeverfahrens vorgenommene Streichung schließe jede Interpretation des Leistungsvertrages aus, welche in die Leistungsprofile nicht übernommene Anforderungen aus dem Rehabilitationsplan 2012 über die Hintertüre wieder einführe. Auch sei der Rehabilitationsplan 2012 nicht verbindlich. Für den Fall, dass in sanitätsbehördlichen Bewilligungsverfahren tatsächlich über die medizinischen Leistungsprofile hinausgehende Anforderungen aus dem

Rehabilitationsplan 2012 gestellt werden sollten, sei darauf hinzuweisen, dass in einem solchen Fall eine Anpassung der Tagsätze gemäß Paragraph 32, Absatz 3, des Leistungsvertrages erfolgen könnten. Der Höchsttagsatz sei so bemessen, dass er für die kleinsten anzubietenden Einheiten auskömmlich sei. Die Antragstellerin biete hingegen in großen Einheiten von römisch 40 bis römisch 40 Rehabilitandenbetten an. Die Antragstellerin sehe in ihrem Erstangebot einen Neubau der Einrichtungen völlig unabhängig von anderen Einrichtungen auf der grünen Wiese vor. Dadurch könne sie anderen Anbietern mögliche Synergieeffekte im Personalbereich sowie im Bereich der Ausstattung und der Räume nicht nutzen. Der Auftraggeber habe zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens die Wahl von bestimmten Standorten präferiert. Die Preisspreizung zwischen den Angeboten der Bieter zeige, dass für Bieter, die auf eine bestehende Infrastruktur aufbauen könnten, der vorgegebene Höchsttagsatz auskömmlich sei. Eine weitere Anhebung des Höchsttagsatzes sei dem Auftraggeber nicht möglich. Als öffentliche Einrichtung stünden dem Auftraggeber klar definierte Budgetmittel zur Verfügung. Diese habe der Auftraggeber mit der Anhebung des Höchsttagsatzes auf EUR 250,-- ausgeschöpft.

Am 02.06.2016 erstattete die Antragstellerin eine Replik und führte im Wesentlichen aus, dass im vorliegenden Fall die Bieter im Rahmen ihrer Kalkulation zu Mutmaßungen im Hinblick auf die Einhaltung der Vorgaben gezwungen sei, weil aus den Last and Best Offer Ausschreibungsunterlagen nicht ableitbar sei, ob die Vorgaben des Rehabilitationsplanes 2012, insbesondere der sogenannten Strukturqualitätskriterien im Zuge der Leistungserbringung einzuhalten seien und somit bei der Kalkulation der Tagsätze zu berücksichtigen wären. In Betriebsbewilligungsbescheiden der Landessanitätsbehörden werde die Einhaltung der Strukturqualitätskriterien des Rehabilitationsplanes explizit vorgeschrieben. Auch § 3 KaKuG sowie die gemäß den Bestimmungen der KAG der Bundesländer erteilten Betriebsbewilligungen würden die Einhaltung der vorgesehenen Strukturqualitätskriterien erfordern. Überdies würde das medizinische Leistungsprofil nicht dem Rehabilitationsplan 2012 entsprechen. Am 02.06.2016 erstattete die Antragstellerin eine Replik und führte im Wesentlichen aus, dass im vorliegenden Fall die Bieter im Rahmen ihrer Kalkulation zu Mutmaßungen im Hinblick auf die Einhaltung der Vorgaben gezwungen sei, weil aus den Last and Best Offer Ausschreibungsunterlagen nicht ableitbar sei, ob die Vorgaben des Rehabilitationsplanes 2012, insbesondere der sogenannten Strukturqualitätskriterien im Zuge der Leistungserbringung einzuhalten seien und somit bei der Kalkulation der Tagsätze zu berücksichtigen wären. In Betriebsbewilligungsbescheiden der Landessanitätsbehörden werde die Einhaltung der Strukturqualitätskriterien des Rehabilitationsplanes explizit vorgeschrieben. Auch Paragraph 3, KaKuG sowie die gemäß den Bestimmungen der KAG der Bundesländer erteilten Betriebsbewilligungen würden die Einhaltung der vorgesehenen Strukturqualitätskriterien erfordern. Überdies würde das medizinische Leistungsprofil nicht dem Rehabilitationsplan 2012 entsprechen.

Eine Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen zum vorgegebenen Tagsatz unter Einhaltung der Vorgaben der Strukturqualitätskriterien im Rehabilitationsplan 2012 sei nicht kostendeckend möglich. Dies gelte jedenfalls für Konzepte, die die Einrichtung eigenständiger Kinder- und Jugendlichenrehabilitationszentren vorsehen würden. Durch die in den Ausschreibungsunterlagen Last and Best Offer enthaltene Festlegung eines Höchsttagsatzes, der eine kostendeckende Kalkulation für die Einrichtung eigenständiger Rehabilitationszentren nicht zulasse, werde den Bietern diese Option de facto genommen. Dies stelle eine unzulässige Lokalpräferenz des Auftraggebers dar.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 09.06.2016 wurde, soweit entscheidungswesentlich ausgeführt wie folgt:

"Vorbringen Auftraggeber: Die gegenständliche Ausschreibung ist in Lose aufgeteilt und zeigten Angebote in den anderen Losen, dass je nach dem gewählten Konzept eine Auskömmlichkeit mit einem Tagsatz von EUR 250,- gegeben ist. Es gibt andere Konzepte, als jene des Antragstellers, die als ausschreibungskonform bereits geprüft wurden und den Höchsttagsatz wesentlich unterschreiten. Dies auch bei Einrichtungen, welche eine geringere Bettenanzahl als jene Lose, in welchem die Antragsteller angeboten haben, vorsehen. Die von der Antragstellerin angebotenen Tagsätze, sind auch in Vergleich mit Tagsätzen der Erwachsenenrehabilitation, nicht nachvollziehbar. Im Übrigen wird die Stellungnahme vom 02.06. vollinhaltlich bestritten.

Vorbringen Antragsteller: Vorgebracht wird, dass eine Beweisrelevanz von anderen Losen, zu welchen sich die Antragsteller mangels Kenntnis der Angebote, auch nicht äußern konnte, nicht gegeben ist. Dies würde auch Art. 6 EMRK widersprechen. Es gibt durchaus Konzepte, die vom Angebotenen abweichen, wobei aber darauf zu verweisen ist, dass vor allem Konzepte, die in Deutschland positiv bewertet sind, mit dem Ausschreibungsgegenstand nicht vergleichbar sind, da in Deutschland weniger Augenmerk auf die medizinischen Aspekte gelegt wird. Überdies ist mit dem Höchsttagsatz die Errichtung einer eigenständigen Einrichtung nicht möglich. In der Ausschreibung wurde

insbesondere bei den geforderten Referenzen die eigenständige Einrichtung präferiert. In Deutschland gibt es gar keine angeschlossenen Einrichtungen mehr, sondern nur noch eigenständige. Vorbringen Antragsteller: Vorgebracht wird, dass eine Beweisrelevanz von anderen Losen, zu welchen sich die Antragsteller mangels Kenntnis der Angebote, auch nicht äußern konnte, nicht gegeben ist. Dies würde auch Artikel 6, EMRK widersprechen. Es gibt durchaus Konzepte, die vom Angebotenen abweichen, wobei aber darauf zu verweisen ist, dass vor allem Konzepte, die in Deutschland positiv bewertet sind, mit dem Ausschreibungsgegenstand nicht vergleichbar sind, da in Deutschland weniger Augenmerk auf die medizinischen Aspekte gelegt wird. Überdies ist mit dem Höchsttagsatz die Errichtung einer eigenständigen Einrichtung nicht möglich. In der Ausschreibung wurde insbesondere bei den geforderten Referenzen die eigenständige Einrichtung präferiert. In Deutschland gibt es gar keine angeschlossenen Einrichtungen mehr, sondern nur noch eigenständige.

Auftraggeber bestreitet und verweist darauf, dass die vorher geschilderten Angebote anderer Lose "last and best offer"-Angebote sind.

VR: Woraus leiten Sie konkret ab, dass die Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 und dessen SQK weiter gelten könnten, obwohl der Verweis darauf in § 5 Abs. 6 und § 10 Abs. 1 Leistungsvertrags LBO ersatzlos gestrichen wurde? VR: Woraus leiten Sie konkret ab, dass die Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 und dessen SQK weiter gelten könnten, obwohl der Verweis darauf in Paragraph 5, Absatz 6 und Paragraph 10, Absatz eins, Leistungsvertrags LBO ersatzlos gestrichen wurde?

Antwort Antragsteller: Verwiesen wird auf die Replik vom 02.06.2016, insbesondere das Vorbringen auf Seite 3 und wird nochmals darauf verwiesen, dass in sanitätsbehördlichen Bewilligungen die Einhaltung des Rehabilitationsplanes gefordert ist und man nicht davon ausgehen kann, dass sich dies zukünftig ändern würde.

Dipl.-Ing. XXXX : Der Rehabilitationsplan 2012 ist keine verbindliche Grundlage, wird jedoch jedenfalls in Oberösterreich bei den Bewilligungsverfahren, als amtssachverständige Grundlage, in die Bescheide aufgenommen. Zumal die Antragstellerin auch in Oberösterreich anbietet, ist sie mit dieser Situation konfrontiert und wird der Hinweis auf bilaterale Verträge, welche geringere Anforderungen vorsehen, nicht akzeptiert. Der Rehabilitationsplan ist zwar nicht im Sinne einer 15a-Vereinbarung verbindlich, wird jedoch faktisch aufgrund der Bewilligungsbescheide und des KaKuG verbindlich. Dipl.-Ing. römisch 40 : Der Rehabilitationsplan 2012 ist keine verbindliche Grundlage, wird jedoch jedenfalls in Oberösterreich bei den Bewilligungsverfahren, als amtssachverständige Grundlage, in die Bescheide aufgenommen. Zumal die Antragstellerin auch in Oberösterreich anbietet, ist sie mit dieser Situation konfrontiert und wird der Hinweis auf bilaterale Verträge, welche geringere Anforderungen vorsehen, nicht akzeptiert. Der Rehabilitationsplan ist zwar nicht im Sinne einer 15a-Vereinbarung verbindlich, wird jedoch faktisch aufgrund der Bewilligungsbescheide und des KaKuG verbindlich.

Auftraggeber bestreitet, stellt aber außer Streit, dass der Rehabilitationsplan unverbindlich ist.

Der Auftraggeber führt auf die Frage des Richters aus, dass aufgrund der Streichungen der Bestimmungen über den Rehabilitationsplan im Leistungsvertrag "last and best offer" dieser nicht mehr dem Angebot zugrunde zu legen ist, sondern lediglich die in die Leistungsbeschreibung und medizinischen Leistungsprofile aufgenommenen Qualitätskriterien. Mit diesen Qualitätskriterien ist jedenfalls eine behördliche Bewilligung möglich. Dies insbesondere, da es sich nicht um Erwachsenenrehabilitation, sondern Kinder- und Jugendrehabilitation handelt.

Dr. MILLE (LR2): Lässt es der Reha-Plan völlig offen, ob eine eigenständige Lösung anzubieten ist, oder auch Synergien mit bestehenden Einrichtungen genutzt werden können?

Antwort Antragsteller: Ja, das lässt der Reha-Plan offen.

Auftraggeber verweist darauf, dass im Konzept der Antragstellerin zum Erstangebot zwei Varianten dargestellt wurden. Eine als eigenständige Lösung und eine als Annex-Station zu einer bestehenden Einrichtung. In diesem Konzept gibt der Antragsteller aber seine Präferenz für die eigenständige Lösung bekannt, welche er auch angeboten hat.

Dipl.-Ing. XXXX führt aus, dass die Synergieeffekte sehr gering sind und sich im Wesentlichen auf räumliche Gegebenheiten und Technik beziehen. Im Personalbereich sind solche Synergien kaum zu lukrieren, wenn man die Vorgaben des Rehabilitationsplanes ernst nimmt. Überdies gibt es nur wenige Einrichtungen, wo bereits Fachärzte für Kinderheilkunde und Kinderpsychiatrie angestellt sind. Dipl.-Ing. römisch 40 führt aus, dass die Synergieeffekte sehr

gering sind und sich im Wesentlichen auf räumliche Gegebenheiten und Technik beziehen. Im Personalbereich sind solche Synergien kaum zu lukrieren, wenn man die Vorgaben des Rehabilitationsplanes ernst nimmt. Überdies gibt es nur wenige Einrichtungen, wo bereits Fachärzte für Kinderheilkunde und Kinderpsychiatrie angestellt sind.

VR an den Antragsteller: Bezieht sich der Rehabilitationsplan 2012 auch auf Kinder- und Jugendlichen-Rehabilitation?

Antragstellerseite: Ja, erstmals seit 2012. Darauf baut auch die Ausschreibung auf.

VR an den Antragsteller: Wäre es Ihnen theoretisch möglich, die Variante 1 Ihres Konzeptes anzubieten?

Antragstellerseite: Ja. Wir verfügen über XXXX Zentren für Erwachsenenrehabilitation, wo wir die Kinderrehabilitation einbinden könnten. Nach Gesprächen mit den fachärztlichen Leitern haben wir uns jedoch dagegen entschieden.
Antragstellerseite: Ja. Wir verfügen über römisch 40 Zentren für Erwachsenenrehabilitation, wo wir die Kinderrehabilitation einbinden könnten. Nach Gesprächen mit den fachärztlichen Leitern haben wir uns jedoch dagegen entschieden.

VR: Sind Sie bei Erstellung des Erstangebots von der verbindlichen Geltung der SQK ausgegangen?

In diesem Zusammenhang wird auf das Protokoll vom 30.03.2016 verwiesen, in welchem dokumentiert ist, dass Sie die verbindliche Geltung der SQK gerne in der Ausschreibung vorgesehen hätten?

Was sagen Sie dazu?

Antragsteller: Wir sind immer von der Geltung der Strukturqualitätskriterien des Rehabilitationsplanes ausgegangen und haben uns auch daran gehalten. Wir wollten nur eine Klarstellung, dass dies auch für alle anderen Bieter, so eindeutig ist.

VR: Kann auf Basis der im Leistungsvertrag und den Leistungsprofilen LBO eingearbeiteten Strukturqualitätskriterien ein Angebot kalkuliert werden?

Antragstellerseite: Ein Angebot kann kalkuliert werden, wenn die Qualitätskriterien des Rehabilitationsplanes zugrunde gelegt werden, da ja auch sämtliche gesetzliche Vorgaben eingehalten werden müssen.

Dipl.-Ing. XXXX : Bei einer alleinstehenden Lösung ist die Kalkulierbarkeit rein auf Basis der Ausschreibungsvorgaben möglich. Bei einer kombinierten Lösung glaube ich das nicht. Das betrifft uns aber nicht, da wir eine alleinstehende Lösung angeboten haben.
Dipl.-Ing. römisch 40 : Bei einer alleinstehenden Lösung ist die Kalkulierbarkeit rein auf Basis der Ausschreibungsvorgaben möglich. Bei einer kombinierten Lösung glaube ich das nicht. Das betrifft uns aber nicht, da wir eine alleinstehende Lösung angeboten haben.

VR: Sind Ihrer Ansicht nach diese eingearbeiteten Vorgaben oder der vormals in § 10 Abs. 1 enthaltene Verweis auf die Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 konkreter gefasst?
VR: Sind Ihrer Ansicht nach diese eingearbeiteten Vorgaben oder der vormals in Paragraph 10, Absatz eins, enthaltene Verweis auf die Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 konkreter gefasst?

Dipl.-Ing. XXXX : Bei den Personenkennzahlen sind der Reha-Plan und die Vorgaben der Ausschreibung gleich konkret. Darüber hinaus enthält der Reha-Plan jedoch Vorgaben für die räumliche und operative Ausstattung. Diese fehlt jedoch in der Ausschreibung komplett.
Dipl.-Ing. römisch 40 : Bei den Personenkennzahlen sind der Reha-Plan und die Vorgaben der Ausschreibung gleich konkret. Darüber hinaus enthält der Reha-Plan jedoch Vorgaben für die räumliche und operative Ausstattung. Diese fehlt jedoch in der Ausschreibung komplett.

Dr. Mille (LR2): Das sind medizinisch-technische Geräte?

Antragstellerseite: Ja.

Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf Anlage 2 zum medizinischen Leistungsprofil.

Außer Streit gestellt wird, dass weder im Rehabilitationsplan noch in der Anlage 2 zum medizinischen Leistungsprofil detaillierte technische Vorgaben zu den Geräten gemacht werden.

VR: Haben Sie konkrete Informationen, dass sich Bieter bei Abgabe der Erstangebote nicht an die Ausschreibungsvorgaben (Rehabilitationsplan, SQK) gehalten haben?

Antragstellerseite hat keine konkrete Information diesbezüglich.

Dipl.-Ing. XXXX : Aus Fragebeantwortungen hinsichtlich der Geltung des Rehabilitationsplanes haben wir das geschlossen. Dipl.-Ing. römisch 40 : Aus Fragebeantwortungen hinsichtlich der Geltung des Rehabilitationsplanes haben wir das geschlossen.

VR: Auf Seite 31 der konsolidierten Anfragebeantwortung vom 01.12.2015 ist festgehalten, dass der Rehabilitationsplan 2012 nicht verbindlich ist.

Warum wurde diese Festlegung nicht angefochten?

Antragstellerseite: Aus der Formulierung "derzeit nicht verbindlich" wurde dies nicht angefochten, da es auf die Festlegungen im "last and best offer" ankommt. Hier gab es offensichtlich auch einen Widerspruch zwischen der Fragebeantwortung und der am 01.12.2015 übermittelten Ausschreibungsunterlagen.

[...]

VR an den Auftraggeber: Welche Vorgaben sind der Kalkulation zu Grunde zu legen?

Auftraggeberseite: Sämtliche Angaben des "last and best offer" vom 02.05.2016, präzisiert durch die Fragebeantwortung vom 11.05.2016. Die Qualitätsanforderungen des Rehabilitationsplanes sind der Kalkulation nicht zugrunde zu legen, sondern ausschließlich die Ausschreibungsunterlagen.

VR an den Antragsteller: Wieso wurde die Bestimmung in Punkt 3.1 der Ausschreibungsunterlage nicht angefochten, in welcher ein Tagsatz von EUR 225,- festgehalten war, wobei sich der Auftraggeber vorbehalten hat, mit dem Letztangebot diesen Tagsatz zu ändern, wobei auch eine Verringerung möglich gewesen wäre.

Antragstellerseite: Wir haben das nicht angefochten, da es nicht verbindlich war. Als es mit dem "last and best offer" verbindlich wurde, haben wir es angefochten.

VR an den Antragsteller: Worin konkret sehen Sie den Schaden, wenn ein Tagsatz von EUR 225,- nicht angefochten wird, aber ein solcher von EUR 250,-?

Antragstellerseite: Beschwer waren wir erst, als sich der Auftraggeber festgelegt hat und das war bei dem nicht auskömmlichen Betrag von EUR 250,-.

VR an den Auftraggeber: Ist die Regelung des § 32 Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 so zu verstehen, dass wenn im sanitätsbehördlichen Bewilligungsverfahren über das Leistungsprofil der Ausschreibung hinausgehende Anforderungen aus dem Rehabilitationsplan in Bescheid gestellt werden die zusätzlichen Aufwendungen dem Bieter vom Auftraggeber zu ersetzen sind? VR an den Auftraggeber: Ist die Regelung des Paragraph 32, Absatz 3, letzter Satz und Absatz 4, so zu verstehen, dass wenn im sanitätsbehördlichen Bewilligungsverfahren über das Leistungsprofil der Ausschreibung hinausgehende Anforderungen aus dem Rehabilitationsplan in Bescheid gestellt werden die zusätzlichen Aufwendungen dem Bieter vom Auftraggeber zu ersetzen sind?

Auftraggeberseite: § 32 regelt die Abwicklung von Vertragsänderungen. Wie in diesen Bestimmungen festgelegt wird zwischen den Vertragsparteien jedenfalls eine einvernehmliche Lösung entweder durch Erhöhung oder Reduzierung der Tagsätze auf Basis der im LAFO kalkulierten Preiskomponenten Mengen und Leistungsansätzen erfolgen. Auftraggeberseite: Paragraph 32, regelt die Abwicklung von Vertragsänderungen. Wie in diesen Bestimmungen festgelegt wird zwischen den Vertragsparteien jedenfalls eine einvernehmliche Lösung entweder durch Erhöhung oder Reduzierung der Tagsätze auf Basis der im LAFO kalkulierten Preiskomponenten Mengen und Leistungsansätzen erfolgen.

[...]

VR an den Antragsteller: Woraus konkret leiten Sie eine unzulässige Lokalpräferenz ab?

Antragstellerseite: Bei einer europaweiten Ausschreibung wird aufgrund der Vorgaben der Ausschreibung de facto jede andere Lösung als eine Annex-Lösung kalkulatorisch unmöglich und ergibt sich daher eine Präferenz für Betreiber, die bereits über Einrichtungen in Österreich verfügen.

Auftraggeber bestreitet und führt aus, dass die Antragstellerin selbst eine Annex-Lösung anbieten könnte, wie sich aus dem Konzept zum Erstangebot ergibt und daher nicht beschwert ist.

VR an die Antragsteller: Gibt es mehrere bestehende Einrichtungen in der von Ihnen angebotenen Losen?

Antragstellerseite: Ja, wenn Annex mit einer bestehenden Einrichtung für Erwachsenenrehabilitation angeboten wird, dann gibt es mehrere Einrichtungen.

VR an die Auftraggeberseite: Warum wurde konkret der Tagessatz auf EUR 250,- angehoben?

Auftraggeberseite: Das unterliegt dem Geschäfts- und Betriebsgeheimnis.

VR an die Auftraggeberseite: Wäre für den Auftraggeber auch ein höherer Tagsatz finanzierbar?

Auftraggeberseite: Nein, da es bei der Finanzierung nicht nur auf die Finanzbeiträge des Hauptverbandes, sondern auch auf Finanzierungsbeiträge der Länder ankommt. Ohne diese wäre das Vorhaben nicht finanzierbar. Die Finanzierungsbeiträge der Länder sind absolut begrenzt.

Antragsteller: Die absolute Grenze der Finanzierungsbeiträge der Länder wird bestritten.

[...]."

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, sowie der Bezug nehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 09.06.2016 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber führt unter der Bezeichnung "HVB-Kinder- und Jugendlichen-Rehabilitation" ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Beim Auftrag handelt es sich um Dienstleistungsauftrag gem. § 6 BVergG iVm. Anhang IV (nicht prioritärer Dienstleistungsauftrag). Der geschätzte Auftragswert übersteigt den Schwellenwert gem. § 12 Abs. 1 BVergG um mehr als das Zwanzigfache. Der Auftraggeber führt unter der Bezeichnung "HVB-Kinder- und Jugendlichen-Rehabilitation" ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Beim Auftrag handelt es sich um Dienstleistungsauftrag gem. Paragraph 6, BVergG in Verbindung mit Anhang römisch vier (nicht prioritärer Dienstleistungsauftrag). Der geschätzte Auftragswert übersteigt den Schwellenwert gem. Paragraph 12, Absatz eins, BVergG um mehr als das Zwanzigfache.

Mit Schriftsatz vom 12.05.2016 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein.

Mit Beschluss vom 19.05.2016 erließ das Bundesverwaltungsgericht eine einstweilige Verfügung, mit welcher für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsfrist ausgesetzt wurde.

Beschaffungsziel und Leistungsgegenstand des Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines Leistungsvertrages über den Betrieb von Kinder- und Jugendrehabilitationseinrichtungen. Derzeit existieren keine derartigen Einrichtungen in Österreich und gibt es damit auch noch keine darauf Bezug nehmenden sanitätsbehördlichen Bewilligungen.

Punkt 3 der Ausschreibungsunterlage in der Fassung vom 01.12.2015 sieht die folgenden Zuschlagskriterien und deren Gewichtung vor:

Tagsätze 30 Punkte

Zeitpunkt der Aufnahme des Vollbetriebes 20 Punkte

Qualität 50 Punkte

Summe 100 Punkte

Diese Festlegungen, inkl. des Zuschlagskriteriums "Tagsätze", wurden nicht angefochten und sind damit bestandfest.

In Punkt 3.1 der vorgenannten Ausschreibungsunterlage wurde der Höchsttagsatz für Rehabilitanden mit EUR 225,- exklusive USt festgesetzt und festgelegt, dass Letztangebote, die einen höheren Tagsatz aufweisen, als den Ausschreibungsvorgaben widersprechend ausgeschieden werden. Der Auftraggeber behält sich vor, den Höchsttagsatz abhängig vom Ergebnis der Erstangebote bzw. der Verhandlungen in den Ausschreibungsunterlagen für die Legung der Letztangebote anzupassen.

§ 10 Abs. 1 des Leistungsvertrages in der Fassung vom 01.12.2015 sieht vorParagraph 10, Absatz eins, des Leistungsvertrages in der Fassung vom 01.12.2015 sieht vor:

"Alle Leistungen sind nach dem jeweils geltenden aktuellen Stand der (medizinisch und therapeutischen) Wissenschaft und Praxis und altersgerecht entsprechend

1. den Therapiezielen,

2. dem Leistungsprofil (Anhang 1) und den Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 oder eines an dessen Stelle tretenden Dokumentes [...] zu organisieren und zu erbringen.

Bei Widersprüchen und anderen Unklarheiten hat dieser Vertrag Vorrang vor anderen Unterlagen. Er kann jedoch nicht so ausgelegt werden, dass dadurch die in öffentlich-rechtlichen Grundlagen, insbesondere dem Rehabilitationsplan 2012 enthaltenen Bestimmungen hinsichtlich Art bzw. Umfang unterschritten würden. Das Kinder-Reha-Konzept des Auftragnehmers geht bei Widersprüchen den Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplan 2012 bzw. eines allenfalls in Zukunft an dessen Stelle tretenden Dokumentes vor".

Die Antragstellerin legte ein Erstangebot für die Lose 1 bis 3, 5 und 6.

Die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen vom 06.11.2015 in der Fassung 01.12.2015, die Fragebeantwortungen vom 01.12.2015, 17.12.2015 und 15.01.2016 wurden nicht angefochten.

Die Öffnung der Angebote erfolgte am 25.01.2016, 12:00 Uhr.

Im Zeitraum vom 15.03.2016, bis 31.03.2016 wurde mit allen im Verfahren verbliebenen Bietern Verhandlungen geführt.

Die Verhandlungsergebnisse mit der Antragstellerin wurden im Verhandlungsprotokoll vom 30.03.2016 dokumentiert.

Auf Basis des Verhandlungsergebnisses wurde am 02.05.2016 Last and Best Offer Ausschreibungsunterlagen auf dem Beschaffungsportal zur Verfügung gestellt und die Bieter aufgefordert, bis 27.05.2016 ein verbindliches Letztangebot zu legen.

Fristgerecht wurde am 12.05.2016 der gegenständliche Nachprüfungsantrag, verbunden mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt und die Nichtigkeitsklärung der im Spruch ersichtlichen Bestimmungen der Ausschreibung begehrt.

Die in Punkt 3 der Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer enthaltenen Zuschlagskriterien und die maximal erreichbaren Punkte und deren Gewichtung blieben zu den ersten Ausschreibungsunterlagen unverändert und wurden daher bestandfest.

Punkt 3.1.1.1 Bewertung der Position "Tagsatz für Rehabilitanden" der Ausschreibungsunterlage last and best offer lautet:

"Auf Grundlage eines eingeholten Gutachtens wird der Höchsttagsatz für Rehabilitanden mit EUR 250,-- exkl. USt festgesetzt. Letztangebote, die einen höheren Tagsatz aufweisen, werden als den Ausschreibungsvorgaben widersprechend ausgeschieden."

Im Leistungsvertrag Last and Best Offer wurde § 5 Abs. 9 des Leistungsvertrages in der Fassung vom 01.12.2015 ersatzlos gestrichen, in welchem in der ersten Fassung noch ein Verweis auf den Rehabilitationsplan enthalten war. Im Leistungsvertrag Last and Best Offer wurde Paragraph 5, Absatz 9, des Leistungsvertrages in der Fassung vom 01.12.2015 ersatzlos gestrichen, in welchem in der ersten Fassung noch ein Verweis auf den Rehabilitationsplan enthalten war.

§ 10 Leistungen während des Aufenthaltes: des Leistungsvertrages Last and Best Offer lautet: Paragraph 10, Leistungen während des Aufenthaltes: des Leistungsvertrages Last and Best Offer lautet:"

(1.) Alle Leistungen sind nach dem jeweils geltenden aktuellen Stand der (medizinisch und therapeutischen) Wissenschaft und Praxis (einschließlich praktischer Erfahrungswerte beider Vertragspartner) und altersgerecht entsprechend

1. den Therapiezielen,

2. dem medizinischen Leistungsprofil (Anhang 1)

(2.) den im Anhang 3 definierten Qualitätsstandards und Inhalt und

(3.) nach Maßgabe der Kostenübernahme zur organisieren und zu erbringen.

Bei Widersprüchen und anderen Unklarheiten hat dieser Vertrag einschließlich seiner Anhänge Vorrang vor anderen Unterlagen."

In den Ausschreibungsunterlagen für das Last and Best Offer hat der Auftraggeber durch Streichung des § 5 Abs. 9 und des entsprechenden Passus unter § 10 Abs. 1 Z 2 des Last and Best Offer Leistungsvertrages, der sich auf die Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 bezogen hat, klar festgelegt, dass dieser ausschreibungsgegenständlich nicht gilt und damit die Ausschreibung nicht fordert, dass diese Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 von den Bietern der Kalkulation ihrer Angebote zugrunde zu legen ist. In den Ausschreibungsunterlagen für das Last and Best Offer hat der Auftraggeber durch Streichung des Paragraph 5, Absatz 9 und des entsprechenden Passus unter Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, des Last and Best Offer Leistungsvertrages, der sich auf die Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 bezogen hat, klar festgelegt, dass dieser ausschreibungsgegenständlich nicht gilt und damit die Ausschreibung nicht fordert, dass diese Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 von den Bietern der Kalkulation ihrer Angebote zugrunde zu legen ist.

In der Stellungnahme des Auftraggebers vom 20.05.2016 findet sich auf Seite 17 eine tabellarische Zusammenstellung, aus welcher sich ergibt, welche Strukturqualitätskriterien in den Leistungsvertrag und die Leistungsprofile vom Auftraggeber in die Last and Best Offer Ausschreibungsunterlagen eingearbeitet wurden.

§ 32 Vertragsänderungen: des Leistungsvertrages Last and Best Offer lautet Paragraph 32, Vertragsänderungen: des Leistungsvertrages Last and Best Offer lautet:

[...]

(3) Im Falle einer Änderung des durch den Rehabilitationsplan festgelegten Bettenbedarfes sind die Vertragspartner berechtigt, den vorliegenden Vertrag, insbesondere im Hinblick auf die Anzahl der von der Anstalt zur Verfügung zu haltenden Betten im Einvernehmen mit dem neuen Bedarf anzupassen. Hat dies Auswirkungen auf die Kosten, kann im Zuge dessen auch eine Erhöhung oder Reduzierung der Tagsätze erfolgen. Die Ermittlung neuer Tagsätze hat dabei auf Preisbasis des Vertrages und auf Grundlage der bisher kalkulierten Preiskomponenten, Mengen und Leistungsansätzen zu erfolgen. Weiter sind bei Änderungen (zum Beispiel Hinzukommen und Wegfallen von Therapien, Änderungen von Behandlungsmethoden, berufsrechtlichen Änderungen) einvernehmlich Änderungen der Leistungsprofile und der Tagsätze möglich, wobei die Ermittlung der neuen Tagsätze nach denselben Grundsätzen zu erfolgen hat.

(4) Für den Fall, dass sich in der Praxis Gesichtspunkte ergeben, die für einen Vertragspartner unzumutbare Erschwernisse mit sich bringen, erklären sich die Vertragspartner bereit, ohne Belastung von Rehabilitanden oder Begleitpersonen durch direkten Kontakt sofortige Abhilfe zu schaffen und bei Bedarf auch diesem Vertrag entsprechend zu ändern."

Fest steht, dass in den von der Antragstellerin angebotenen Losen mehrere indikative Erstangebote weiterer Bieter eingelangt sind.

Die Ausschreibungsunterlagen lassen es einem Bieter offen, ob er in seinem Konzept eine Neuerrichtung einer Einrichtung für Kinder und Jugendlichenrehabilitation vorsieht, oder ob er Synergien der Gestalt nutzen möchte, dass er die Kinder- und Jugendlichenrehabilitation in bestehende Einrichtungen eingliedert.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Konzept zum indikativen Erstangebot zwei Variantenlösungen dargestellt. Eine als eigenständige Lösung und eine als Annex-Station zu einer bestehenden Einrichtung. Angeboten wurde von der Antragstellerin die eigenständige Lösung.

Auf Basis der Ausschreibungsunterlagen kann von den Bietern ein verbindliches Letztangebot kalkuliert werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Geltung der Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 und die darin enthaltenen Strukturqualitätskriterien in den Ausschreibungsunterlagen Last and Best Offer gestrichen wurden.

In den Gebieten der von der Antragstellerin angebotenen Lose existieren bereits mehrere Einrichtungen, in welchen die Kinder- und Jugendlichenrehabilitation eingegliedert werden könnte und damit Synergieeffekte genutzt werden könnten.

Die Festlegungen der Ausschreibung, dass bei Überschreitung eines vom Auftraggeber festgesetzten Höchsttagsatzes das Angebot als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend ausgeschieden wird, wurde bestandfest, zumal sich diese Festlegung unverändert bereits in der ersten Ausschreibungsunterlage findet und in der Ausschreibungsunterlage last and best offer nicht abgeändert wurde. Da diese Bestimmungen der ersten Ausschreibungsunterlage nicht fristgerecht angefochten wurden und mit den Ausschreibungsunterlagen Last and Best Offer nicht mehr geändert wurden, ist eine Anfechtung zum gegenständlichen Zeitpunkt bereits verfristet.

Lediglich die Änderung des Betrages des Tageshöchstsatzes, welcher sich von € 225,-- in der ersten Ausschreibungsunterlage auf € 250,-- in der Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer erhöhte, wurde nicht bestandskräftig.

2. Beweiswürdigung:

Die oben getroffenen Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den vorgelegten Verfahrensunterlagen des beim Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Die Feststellungen finden Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen, den Vergabeunterlagen und den Angaben in der mündlichen Verhandlung.

Unstrittig ist, dass die Kinder- und Jugendlichenrehabilitation erstmals in der ausschreibungsgegenständlichen Form nachgefragt wird. Aus diesem Grunde kann es auch keine sanitätsbehördlichen Bewilligungsbescheide geben, welche als Auflage die Geltung der Strukturqualitätskriterien des Rehabilitationsplanes 2012 vorsehen würden.

Beim Vorbringen der Antragstellerin, dass die Geltung der Strukturqualitätskriterien des Rehabilitationsplanes bei sanitätsbehördlichen Bewilligungen im Bereich der Erwachsenenrehabilitation regelmäßig vorgeschrieben würden und sich die Geltung der Strukturqualitätskriterien auch aus den gesetzlichen Vorgaben ergeben würden, stellen diesbezüglich reine Vermutungen der Entwicklungen in der Zukunft bezüglich der Kinder- und Jugendlichenrehabilitation dar.

Glaubwürdig hat die Antragstellerin ausgeführt, dass sie neben einer Eigenständigen Lösung auch eine Annex-Lösung mit bestehenden Einrichtungen anbieten könnte.

Überdies unstrittig ist, dass sich in den räumlichen Bereichen der von der Antragstellerin angebotenen Lose bereits mehrere Einrichtungen befinden, in welche die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen der Kinder- und Jugendlichenrehabilitation eingegliedert werden könnten.

Die Antragstellerin gab nachvollziehbar an, dass auf Basis der Ausschreibungsvorgaben, auch nach Streichung der Geltung der Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes in den Ausschreibungsunterlagen Last and Best Offer, Letztangebote kalkuliert werden können und hat auch der erkennende Senat daran keinen Zweifel.

3. Rechtliche Beurteilung:

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

Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291 BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs. 3 oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Dabei handelt es sich um Entscheidungen über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Der Senat besteht gemäß § 292 Abs. 2 BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3,

oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Dabei handelt es sich um Entscheidungen über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Der Senat besteht gemäß Paragraph 292, Absatz 2, BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß § 1 VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kund-gemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß Paragraph eins, VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kund-gemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält.

Nach § 311 BVergG sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme seiner §§ 1 bis 5 und seines IV. Teils im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäß anzuwenden, soweit nicht das BVergG und das VwGVG anderes bestimmen. Nach Paragraph 311, BVergG sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme seiner Paragraphen eins bis 5 und seines römisch vier. Teils im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäß anzuwenden, soweit nicht das BVergG und das VwGVG anderes bestimmen.

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist der Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger. Er ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gem. § 6 BVergG iVm Anhang IV. Es handelt sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechen § 312 Abs. 2 BVergG iVm. Art 14b Abs. 2 Z 1 lit. d B-VG ist sohin gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gem. § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger. Er ist öffentlicher Auftraggeber gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gem. Paragraph 6, BVergG in Verbindung mit Anhang römisch vier. Es handelt sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechen Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gem. Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Antrag auf Nichtigerklärung genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit der Anträge nach § 322 Abs. 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Anträge richten sich einerseits gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit und gegen einzelne Ausschreibungsbestimmungen. Dabei handelt es sich um die gesondert anfechtbare Entscheidung "Ausschreibung" gem. § 141 Abs. 5 BVergG. Der Antrag auf Nichtigerklärung genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die

Unzulässigkeit der Anträge nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Anträge richten sich einerseits gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit und gegen einzelne Ausschreibungsbestimmungen. Dabei handelt es sich um die gesondert anfechtbare Entscheidung "Ausschreibung" gem. Paragraph 141, Absatz 5, BVergG.

In diesem Zusammenhang ist auf das Erkenntnis des VwGH vom 16.12.2015, Ra 2014/04/0045 zu verweisen, gemäß welchem es zur Frage, gegen welche Entscheidung der Nachprüfungsantrag gerichtet war, nicht auf die förmliche Einordnung ankommt, sondern auf den Inhalt und die Zielsetzung des Nachprüfungsantrages.

Gegenständlich richtet sich der Nachprüfungsantrag gegen die Bedingungen, zu denen die Leistung erbracht werden soll, somit gegen die Ausschreibung. Dass es im Verhandlungsverfahren im Zuge des Verfahrensablaufes zu Änderungen der Ausschreibung kommen kann, ändert nichts daran, dass diese als Gesamtheit zu sehen ist und sich damit der Nachprüfungsantrag materiell gegen die Ausschreibung richtet.

Vom Antragsteller wurde eine Pauschalgebühr in Höhe von EUR 18.468,-- bezahlt. Gem. § 1, § 2 Abs. 2 und § 3 Abs. 1 BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe ist jedoch nur eine Gebühr in Höhe von 1.847,-- zu entrichten. Vom Antragsteller wurde eine Pauschalgebühr in Höhe von EUR 18.468,-- bezahlt. Gem. Paragraph eins,, Paragraph 2, Absatz 2 und Paragraph 3, Absatz eins, BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe ist jedoch nur eine Gebühr in Höhe von 1.847,-- zu entrichten.

Die irrtümlich zu viel entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 16.621,-- sind an die Antragstellerin zurückzuerstatten.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu A I) Zu A römisch eins)

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914 ff ABGB zu erfolgen (siehe u. a. BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechtes, ÖZW 1999, 1). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914, ff ABGB zu erfolgen (siehe u. a. BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechtes, ÖZW 1999, 1).

Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren (u.a. VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; ebenso u.a. BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mit weiteren Nachweisen).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers, noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern alleine danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA 04.06.2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 2 Z 3 RZ 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers, noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern alleine danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA 04.06.2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, RZ 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes).

Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA 14.06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 u. a.).

Auch ist es gemäß VwGH (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232; 2007/04/0233 unter Verweis auf VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189) und EuGH (EuGH 28.03.1995, 323/93, Evans Medical, RZ 42 unter Verweis auf EuGH 20.09.1988, 13/87; Beentjes) Sache des Auftraggebers, die Anforderungen für die Leistungen, die er beschaffen will, festzulegen.

Allfällige Einwände gegen unsachliche, nicht erfüllbare, unklare oder widersprüchliche Festlegungen gehen jedenfalls

ins Leere, wenn sie nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist bekämpft werden, andernfalls diese gemäß ständiger Judikatur der Vergabekontrollbehörden und der Höchstgerichte in Folge Bestandfestigkeit präkludiert sind (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0007). Der gegenständlichen Ausschreibung liegt ein Verhandlungsverfahren zugrunde. Bei einem solchen Vergabeverfahren kann über den gesamten Auftragsinhalt und über den gesamten Leistungsinhalt verhandelt werden.

Bei Vergaben nicht prioritärer Dienstleistungen gelten gem. § 141 Abs. 1 BVergG die §§ 78, 79 und 96 BVergG nicht. Jedoch muss nach den allgemeinen Grundsätzen des § 19 Abs. 1 BVergG, welche auch für nicht prioritäre Dienstleistungen gelten, die Einladung zur Angebotsabgabe den Grundsätzen der Gleichbehandlung aller Bieter und der Transparenz entsprechen. Daher muss in den Fällen der Aufforderung mehrerer Unternehmer die Aufforderung zur Angebotsabgabe eine soweit detaillierte Leistungsbeschreibung und den Leistungsvertrag beinhalten, als die Erstellung kalkulierbarer und vergleichbarer Angebote möglich ist. Bei Vergaben nicht prioritärer Dienstleistungen gelten gem. Paragraph 141, Absatz eins, BVergG die Paragraphen 78, 79 und 96 BVergG nicht. Jedoch muss nach den allgemeinen Grundsätzen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, welche auch für nicht prioritäre Dienstleistungen gelten, die Einladung zur Angebotsabgabe den Grundsätzen der Gleichbehandlung aller Bieter und der Transparenz entsprechen. Daher muss in den Fällen der Aufforderung mehrerer Unternehmer die Aufforderung zur Angebotsabgabe eine soweit detaillierte Leistungsbeschreibung und den Leistungsvertrag beinhalten, als die Erstellung kalkulierbarer und vergleichbarer Angebote möglich ist.

Wie bereits vorher erwähnt, darf im Verhandlungsverfahren über den gesamten Leistungsinhalt verhandelt werden. Der gesamte Leistungsinhalt ist der Auftragsgegenstand samt allen damit verbundenen Bedingungen der Leistungserbringung. Das Wesen der ausgeschriebenen Leistung darf jedoch nicht verändert werden. Das Transparenzgebot verlangt vor allem, dass der Auftraggeber das Vergabeverfahren für die Bieter insgesamt durchschaubar und nachvollziehbar gestaltet. Die Ausschreibungsunterlagen können im Verhandlungsverfahren auch noch nach Versendung an die Bieter vom Auftraggeber verändert werden. Im Zuge der Verhandlung kann der Auftraggeber mit dem Bieter Angebotsänderungen paktieren und damit die Leistungsbeschreibung ändern. Als Verfahrensleiter steht es dem Auftraggeber auch zu, Leistungsbestimmungen einseitig zu ändern und die Bieter unter Fristsetzung zur Nachbesserung ihrer Angebote aufzufordern.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass nach Ansicht des erkennenden Senates auch in einem Verhandlungsverfahren Festlegungen des Auftraggebers bestandfest werden können, wenn sie nicht innerhalb der gesetzlichen Fristen angefochten werden.

Dies trifft im gegenständlichen Fall auf die Festlegungen in Punkt 3 der Ausschreibungsunterlagen bezüglich der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung und in Punkt 3.1.1.1 Bewertung der Position Tagsatz für Rehabilitanden zu, welche wie folgt lautet: "Aufgrund Grundlage eines eingeholten Gutachtens wird der Höchsttagsatz für Rehabilitanden mit EUR [...] (exkl. USt) festgesetzt. Letztangebote, die einen höheren Tagsatz aufweisen, werden als den Ausschreibungsvorgaben widersprechend ausgeschieden".

Diese Festlegungen wurden unverändert von der ersten Ausschreibungsunterlage in die Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer übernommen.

Die erste Ausschreibungsunterlage wurde nicht innerhalb der Frist des § 321 Abs. 4 BVergG angefochten. Die erste Ausschreibungsunterlage wurde nicht innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG angefochten.

Nachdem diese Bestimmung unverändert in der Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer übernommen wurde, kann diese aufgrund von Bestandfestigkeit nicht mehr angefochten werden.

Dies bezieht sich jedoch nicht auf die betragliche Höhe des Höchsttagessatzes für Rehabilitanden. Dieser wurde mit der Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer von EUR 225,-- auf EUR 250,-- geändert.

Es ist Sache des Auftraggebers und nicht des Bieters, den Gegenstand der Leistung festzulegen, solange es Unternehmen gibt, die die nachgefragte Leistung erbringen können (EuGH 17.09.2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, RN 86, Slg. 2002, I-7.213). Es muss sich nicht jeder Unternehmer ungeachtet seiner technischen Möglichkeiten und seiner Fähigkeiten an dem Vergabeverfahren beteiligen können.

Aus dem zitierten Urteil ergibt sich, dass auch der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter dem nicht entgegensteht. Damit sind nur jene Gründe des Nachprüfungsantrages zu berichtigen, die sich auf die Verletzung

subjektiver Rechte des Antragstellers beziehen. Vorbringen, dass die Sinnhaftigkeit von Festlegungen zu hinterfragen ist oder aus einer subjektiven Betroffenheit eine objektive Unmöglichkeit zu schließen sucht, ist daher unbeachtlich.

Es ist nochmals darauf zu verweisen, dass Entscheidungen des Auftraggebers bestandfest und für das weitere Vergabeverfahren für alle anderen Beteiligten bindend werden, wenn sie nicht rechtzeitig angefochten werden (z. B: VwGH 21.01.2015, 2012/04/0154). Daher muss dem Bieter im Sinne des effektiven Rechtsschutzes das Instrument der Nichtigerklärung dann zur Verfügung stehen, wenn die Frist gem. § 321 BVergG noch nicht abgelaufen ist (vgl. BVwG vom 26.03.2015, W187 2017416-2). Es ist nochmals darauf zu verweisen, dass Entscheidungen des Auftraggebers bestandfest und für das weitere Vergabeverfahren für alle anderen Beteiligten bindend werden, wenn sie nicht rechtzeitig angefochten werden (z. B: VwGH 21.01.2015, 2012/04/0154). Daher muss dem Bieter im Sinne des effektiven Rechtsschutzes das Instrument der Nichtigerklärung dann zur Verfügung stehen, wenn die Frist gem. Paragraph 321, BVergG noch nicht abgelaufen ist vergleiche BVwG vom 26.03.2015, W187 2017416-2).

Die Festlegung eines Höchsttagsatzes dessen Überschreiten zum Ausscheiden eines Angebotes als den Ausschreibungsunterlagen widersprechend, führt, wurde vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen transparent festgelegt.

Zumal es Sache des Auftraggebers ist, die Anforderung an die Leistung festzulegen, spricht aus vergaberechtlicher Sicht nichts gegen eine transparente Festlegung einer Kostenobergrenze, wie im gegenständlichen Fall. Den Unterlagen des Vergabeverfahrens kann auch entnommen werden, dass sich in den angefochtenen Losen mehrere Bieter durch Legung von Angeboten beteiligt haben. Ein Wettbewerb ist daher gegeben und muss sich nicht jeder Unternehmer ungeachtet seiner technischen Möglichkeiten und seiner Fähigkeiten an dem Vergabeverfahren beteiligen können.

Eine Nichtigerklärung des Punktes 3.1. der Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer (Bewertung nach dem Zuschlagskriterium Tagsätze) und der Punkte 3.1.1.1, 3.1.1.2, 3.1.2.1, 3.1.2.2 und 3.1.2.3 der in den Ausschreibungsunterlagen Last and Best Offer festgelegten Höchsttagsätze kommt somit nicht in Betracht und sind die diesbezüglichen Anträge auf Nichtigerklärung abzuweisen.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ergibt sich aus der Streichung des Passus unter § 10 Abs. 1 Z 2 des Last and Best Offer Leistungsvertrages, der sich auf die Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 bezogen hat, klar, dass diese Rahmenbedingungen für die Ausschreibung nicht gelten. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ergibt sich aus der Streichung des Passus unter Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, des Last and Best Offer Leistungsvertrages, der sich auf die Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 bezogen hat, klar, dass diese Rahmenbedingungen für die Ausschreibung nicht gelten.

Dies wurde vom Auftraggebervertreter im Zuge der mündlichen Verhandlung auch bestätigt.

Sofern die Antragstellerin eine mangelnde Kalkulierbarkeit des Angebotes daraus ableiten möchte, dass trotz Streichung der Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 im Leistungsvertrag Last and Best Offer diese Bedingungen dennoch einzuhalten sind, zumal der aktuelle Stand der Wissenschaft und Praxis die Einhaltung der Strukturqualitätskriterien erfordern würde und sich dies insbesondere aus § 3 KaKuG sowie den Bestimmungen der KAG der Bundesländer und der erteilten Betriebsbewilligungen ergeben würde, ist darauf zu entgegnen, dass der Prüfmaßstab des Bundesverwaltungsgerichtes gem. § 312 Abs. BVergG darauf beschränkt ist, dass das Bundesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz (=BVergG) [...] zuständig [...] ist. Sofern die Antragstellerin eine mangelnde Kalkulierbarkeit des Angebotes daraus ableiten möchte, dass trotz Streichung der Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes 2012 im Leistungsvertrag Last and Best Offer diese Bedingungen dennoch einzuhalten sind, zumal der aktuelle Stand der Wissenschaft und Praxis die Einhaltung der Strukturqualitätskriterien erfordern würde und sich dies insbesondere aus Paragraph 3, KaKuG sowie den Bestimmungen der KAG der Bundesländer und der erteilten Betriebsbewilligungen ergeben würde, ist darauf zu entgegnen, dass der Prüfmaßstab des Bundesverwaltungsgerichtes gem. Paragraph 312, Abs. BVergG darauf beschränkt ist, dass das Bundesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz (=BVergG) [...] zuständig [...] ist.

Aus dieser Bestimmung des BVergG folgt, dass sich der bei der Prüfung allfälliger Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens anzulegende Maßstab ausschließlich nach den Bestimmungen des BVergG zu richten hat. Die

Regelungen des BVergG bilden somit den alleinigen Prüfmaßstab des Bundesverwaltungsgerichtes (vgl. BVA 15.03.2013, N/0003-BVA/06/2013-34). Allfällige Verstöße gegen Zivil- und Verwaltungsrecht sind darauf zu untersuchen, ob sie gegen vergaberechtliche Regelungen verstoßen. Aus dieser Bestimmung des BVergG folgt, dass sich der bei der Prüfung allfälliger Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens anzulegende Maßstab ausschließlich nach den Bestimmungen des BVergG zu richten hat. Die Regelungen des BVergG bilden somit den alleinigen Prüfmaßstab des Bundesverwaltungsgerichtes (vergleiche BVA 15.03.2013, N/0003-BVA/06/2013-34). Allfällige Verstöße gegen Zivil- und Verwaltungsrecht sind darauf zu untersuchen, ob sie gegen vergaberechtliche Regelungen verstoßen.

Ein allfälliger Widerspruch der Ausschreibungsbedingungen zu nationalen Vorschriften steht zum jetzigen Zeitpunkt noch gar nicht fest, da Leistungen der Kinder- und Jugendlichenrehabilitation bisher nicht bewilligt wurden und nicht abschätzbar ist, welche Auflagen den sanitätsbehördlichen Bewilligungen zugrunde liegen werden. Auch in diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass es Sache des Auftraggebers und nicht des Bieters ist, den Gegenstand der Leistung festzulegen.

Durch die Streichung des Verweises auf die Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes in § 10 Abs. 1 Z 2 des Leistungsvertrages Last and Best Offer und auf die Aufnahme von Strukturqualitätskriterien in die Leistungsbeschreibung und die Leistungsprofile wurde der Leistungsgegenstand vom Auftraggeber nicht geändert, sondern die Anforderungen an die Leistungserbringung konkretisiert. Durch die Streichung des Verweises auf die Rahmenbedingungen des Rehabilitationsplanes in Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, des Leistungsvertrages Last and Best Offer und auf die Aufnahme von Strukturqualitätskriterien in die Leistungsbeschreibung und die Leistungsprofile wurde der Leistungsgegenstand vom Auftraggeber nicht geändert, sondern die Anforderungen an die Leistungserbringung konkretisiert.

Selbst die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung zugestanden, dass rein auf Basis der Ausschreibungsunterlagen eine Kalkulation des Letztangebotes möglich ist.

Überdies treffen die Festlegung der Ausschreibungsunterlagen Last and Best Offer alle im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter in gleicher Weise, sodass diesfalls keine Diskriminierung bzw. Bieterungleichbehandlung vorliegt.

Ein vergaberechtlicher Verstoß ist daraus nicht ersichtlich.

In diesem Zusammenhang ist auf die Bestimmungen des § 32 Abs. 3 und 4 Leistungsvertrag Last and Best Offer zu verweisen. Das Vorbringen der Antragstellerin bezüglich einer Unkalkulierbarkeit geht im Wesentlichen dahin, dass eine mangelnde Kalkulierbarkeit des Letztangebotes deshalb vorliegen würde, da trotz Streichung der Verweise auf die Geltung des Rehabilitationsplanes 2012 in der Ausschreibung diese Bedingungen dennoch im Zuge der sanitätsbehördlichen Bewilligungen einzuhalten sei werden. In diesem Zusammenhang ist auf die Bestimmungen des Paragraph 32, Absatz 3 und 4 Leistungsvertrag Last and Best Offer zu verweisen. Das Vorbringen der Antragstellerin bezüglich einer Unkalkulierbarkeit geht im Wesentlichen dahin, dass eine mangelnde Kalkulierbarkeit des Letztangebotes deshalb vorliegen würde, da trotz Streichung der Verweise auf die Geltung des Rehabilitationsplanes 2012 in der Ausschreibung diese Bedingungen dennoch im Zuge der sanitätsbehördlichen Bewilligungen einzuhalten sei werden.

Für den erkennenden Senat steht fest, dass das Letztangebot auf Basis der ausschreibungsgegenständlichen Vorgaben kalkuliert werden kann. Den Befürchtungen der Antragstellerin hinsichtlich der Auflage weiterer Strukturqualitätskriterien im Rahmen der sanitätsbehördlichen Bewilligung, welche über die Anforderungen der Ausschreibung hinaus gehen und damit die Leistung verteuern würden und diesfalls die Ausschreibung keinen finanziellen Ausgleich in Form einer Vereinbarung neuer Tagsätze vorsehen würde, kann wie folgt entgegnet werden:

Eingangs wurde bereits ausgeführt, dass Ausschreibungsunterlagen nach deren objektiven Erklärungswert auszulegen sind. Nach Ansicht des Senates ist insbesondere die Bestimmung des § 32 Abs. 4 Leistungsvertrag Last and Best Offer objektiv dahingehend auszulegen, dass sich diese gerade auf den Fall bezieht, dass im Zuge des sanitätsbehördlichen Bewilligungsverfahrens weitere Anforderungen aus dem Rehabilitationsplan gestellt würden, welche über die Anforderungen der Ausschreibungen hinausgehen. Sollte es im Zuge des sanitätsbehördlichen Bewilligungsverfahrens zur Stellung weiterer Anforderungen aus dem Rehabilitationsplan kommen, handelt es sich gerade um solch einen Fall der Praxis, der für den Auftragnehmer unzumutbare Erschwernisse mit sich bringt. In diesem Fall hätte der Auftraggeber durch direkten Kontakt mit dem Auftragnehmer sofort Abhilfe zu schaffen und den Vertrag entsprechend zu ändern. Es müsste in diesem Fall nach Ansicht des erkennenden Senates zur Ermittlung neuer

Tagsätze kommen. Dies ergibt sich bereits aus allgemein zivilrechtlichen Überlegungen, dass es zu einem Ausgleich zu kommen hat, wenn ein Auftraggeber aufgrund seiner Vorgaben zusätzliche Aufwendungen beim Auftragnehmer verursacht. Eingangs wurde bereits ausgeführt, dass Ausschreibungsunterlagen nach deren objektiven Erklärungswert auszulegen sind. Nach Ansicht des Senates ist insbesondere die Bestimmung des Paragraph 32, Absatz 4, Leistungsvertrag Last and Best Offer objektiv dahingehend auszulegen, dass sich diese gerade auf den Fall bezieht, dass im Zuge des sanitätsbehördlichen Bewilligungsverfahrens weitere Anforderungen aus dem Rehabilitationsplan gestellt würden, welche über die Anforderungen der Ausschreibungen hinausgehen. Sollte es im Zuge des sanitätsbehördlichen Bewilligungsverfahrens zur Stellung weiterer Anforderungen aus dem Rehabilitationsplan kommen, handelt es sich gerade um solch einen Fall der Praxis, der für den Auftragnehmer unzumutbare Erschwernisse mit sich bringt. In diesem Fall hätte der Auftraggeber durch direkten Kontakt mit dem Auftragnehmer sofort Abhilfe zu schaffen und den Vertrag entsprechend zu ändern. Es müsste in diesem Fall nach Ansicht des erkennenden Senates zur Ermittlung neuer Tagsätze kommen. Dies ergibt sich bereits aus allgemein zivilrechtlichen Überlegungen, dass es zu einem Ausgleich zu kommen hat, wenn ein Auftraggeber aufgrund seiner Vorgaben zusätzliche Aufwendungen beim Auftragnehmer verursacht.

Zusammenfassend ist sohin festzuhalten, dass die Prüfung der von der Antragstellerin bekämpften Festlegungen im Rahmen der Ausschreibungsbestimmungen keinen Verstoß gegen die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG ergeben hat.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu A. II) Zu A. römisch zwei)

§ 319 Abs. 1 und 2 BVergG lauten:

§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur

teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Da dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren. Die Höhe der Pauschalgebühr wird mit EUR 1.847,-- festgesetzt. Der entrichtete Mehrbetrag in Höhe von EUR 16.621,-- ist an die Antragstellerin zurückzuzahlen.

Zu B) Unzulässigkeit der 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.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe die Judikate unter Zu A I.) des Erkenntnisses), 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. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe die Judikate unter Zu A

römisch eins.) des Erkenntnisses), 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

Aufforderung Angebotsabgabe, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden von Angeboten, Ausscheidensentscheidung, Ausschreibung, Bedeutung, bestandfeste Ausschreibung, Bestandsfestigkeit, Bewertung, Bietergleichbehandlung, Dienstleistungsauftrag, Frist, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz, Kalkulation, Konkretisierung, Kostenschätzung, Kostenüberschreitung, Kostenvorschreibung, Maßstab für die Angebotsprüfung im Sektorenbereich, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Ausschreibung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, Punkteschema, Risikotragung, Transparenz, Unterlagen des Vergabeverfahrens, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote, Verhandlung, Verhandlungsverfahren, vorherige Bekanntmachung, Wettbewerb, Zumutbarkeit, Zuschlagskriterien

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W138.2126059.2.00

Zuletzt aktualisiert am

27.06.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at