

TE Bvwg Erkenntnis 2015/11/16 W123 2115955-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.11.2015

Entscheidungsdatum

16.11.2015

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §125 Abs4 Z1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §316 Abs1 Z3

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §6

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 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 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 § 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 § 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 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013
-
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 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 6 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

W123 2115955-2/25E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Friedrich RÖDLER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der LOOMIS Österreich GmbH, FN 104649 x, Fugbachgasse 22, 1020 Wien, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung über Transport und Lagerung von österreichischen Autobahnvignetten für den Vignettengültigkeitszeitraum 2016, 2017 und 2018" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 16.10.2015, zu Recht erkannt:

A)

I.römisch eins.

Dem Antrag, "die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 7. Oktober 2015, in der erklärt wird, dass beabsichtigt ist, mit der XXXX die Rahmenvereinbarung abzuschließen, für nichtig erklären", wird stattgegeben. Dem Antrag, "die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 7. Oktober 2015, in der erklärt wird, dass beabsichtigt ist, mit der römisch 40

die Rahmenvereinbarung abzuschließen, für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Entscheidung der Auftraggeberin vom 07.10.2015, das beabsichtigt ist, mit der XXXX die Rahmenvereinbarung abzuschließen, wird für nichtig erklärt. Die Entscheidung der Auftraggeberin vom 07.10.2015, das beabsichtigt ist, mit der römisch 40 die Rahmenvereinbarung abzuschließen, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs. 1, 129 Abs. 1 Z 7 iVm 312 Abs. 2 Z 2, 320 Abs. 1 und 325 Abs. 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 19, Absatz eins, 129, Absatz eins, Ziffer 7, in Verbindung mit 312 Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins und 325 Absatz eins, BVergG 2006

II. römisch zwei.

Dem Antrag, der Auftraggeberin aufzutragen, die von der Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (§ 19a RAO) zu ersetzen, wird stattgegeben. Dem Antrag, der Auftraggeberin aufzutragen, die von der Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (Paragraph 19 a, RAO) zu ersetzen, wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Antragstellerin zu Handen ihrer Rechtsvertretung die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt EUR 2.462,00 binnen 14 Tagen ab Zustellung des Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: 319 BVergG 2006

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

1. Die Antragstellerin stellte am 16.10.2015 das im Spruch ersichtliche Begehren und brachte zur Begründung im Wesentlichen vor:

Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an zweiter Stelle gereiht worden. Der Angebotspreis der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung betrage netto EUR 836.422,81, der Angebotspreis der Antragstellerin netto EUR 1.216.971,00. Die Differenz zwischen den beiden Angeboten betrage sohin 31,27 %. Ferner liege der Angebotspreis der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung um 33,62 % unter den Schätzkosten der Auftraggeberin.

Das Angebot der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung sei ausschreibungswidrig. Die Antragstellerin verwies auf Punkt 1.1.15 der Ausschreibungsbestimmungen: Wenn die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung ihren unangemessen niedrigen Preis damit aufkläre, dass in der Position 2 1.1.1 nur ein "Deckungsbeitrag" verrechnet werde, bringe sie damit klar zum Ausdruck, dass nicht alle direkt zuordenbaren Kosten - wie in der Ausschreibung gefordert - in dieser Position enthalten seien. Der Deckungsbeitrag sei die Differenz aus Umsatz und den direkt zuordenbaren (sog. variablen) Kosten. Der Deckungsbeitrag diene zur Abdeckung der Fixkosten (z.B. Miete) des Unternehmens. Der Deckungsbeitrag sei also jener Betrag, der erst nach Abzug der direkt zuordenbaren Kosten vom Umsatz verbleibe.

Es liege zudem eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung vor. Es sei nicht die Aufgabe eines Auftraggebers eine vertiefte Preisprüfung lediglich "pro forma" durchzuführen, ohne sich mit den Inhalten der erfolgten Aufklärungen eines Bieters auseinanderzusetzen. Wenn sich die Auftraggeberin damit auch nur ansatzweise auseinandergesetzt hätte, hätte sie neben dem Thema der Ausschreibungswidrigkeit erkennen müssen, dass die Aufklärung nicht plausibel sei: Wie erfolge etwa die Kostendeckung, wenn einer von diesen "anderen" Auftraggebern ausfalle? Gemäß Punkt 2.2. letzter Absatz der Leistungsbeschreibung können während der Laufzeit des Vertrags weitere Vertriebsdachorganisationen (VDO) und Direktvertriebsstellen hinzukommen oder wegfallen. Wie erfolge in einem solchen Fall die Kostendeckung? Gegenständlich handle es sich um Werttransporte, sodass hier nicht auf das Tourengefüge der XXXX allgemein

abgestellt werden könne. Im Übrigen verfüge die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung über kein entsprechendes Tourengefüge im Ausland. Die Positionen 2 1.1.4.1 bis 1.1.4.7 würden aber ausschließlich Auslieferungen an Direktvertriebsstellen im Ausland betreffen. Es liege zudem eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung vor. Es sei nicht die Aufgabe eines Auftraggebers eine vertiefte Preisprüfung lediglich "pro forma" durchzuführen, ohne sich mit den Inhalten der erfolgten Aufklärungen eines Bieters auseinanderzusetzen. Wenn sich die Auftraggeberin damit auch nur ansatzweise auseinandergesetzt hätte, hätte sie neben dem Thema der Ausschreibungswidrigkeit erkennen müssen, dass die Aufklärung nicht plausibel sei: Wie erfolge etwa die Kostendeckung, wenn einer von diesen "anderen" Auftraggebern ausfalle? Gemäß Punkt 2.2. letzter Absatz der Leistungsbeschreibung können während der Laufzeit des Vertrags weitere Vertriebsdachorganisationen (VDO) und Direktvertriebsstellen hinzukommen oder wegfallen. Wie erfolge in einem solchen Fall die Kostendeckung? Gegenständlich handle es sich um Werttransporte, sodass hier nicht auf das Tourengefüge der römisch 40 allgemein abgestellt werden könne. Im Übrigen verfüge die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung über kein entsprechendes Tourengefüge im Ausland. Die Positionen 2 1.1.4.1 bis 1.1.4.7 würden aber ausschließlich Auslieferungen an Direktvertriebsstellen im Ausland betreffen.

2. Die Auftraggeberin erstattete am 21.10.2015 eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag. Die Auftraggeberin habe das Angebot der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung vertieft geprüft. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung sei geprüft worden, ob bei der Kalkulation der Positionspreise im Preis der jeweiligen Position alle dieser Position üblicherweise direkt zuordenbaren Kosten enthalten seien. Im Zuge dieser Prüfung sei festgestellt worden, dass keine unplausiblen Abweichungen zu den Einheitspreisen des Mitbewerbers vorgelegen seien. Es sei aber anerkannt worden, dass im Angebot der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung in Position 2

1.1.1 ein verhältnismäßiger niedriger Einheitspreis vorliege. Mit Schreiben von 04.08.2015 sei die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung daher um Aufklärung ersucht worden. Die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung habe mit Schreiben vom 07.08.2015 die Kalkulation erläutert. In einem weiteren Schreiben vom 25.09.2015 sei die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung um Aufklärung weiterer Positionen ersucht worden. Auch sei im gegenständlichen Vergabeverfahren zusätzlich zur Angebotsprüfung durch die internen Mitarbeiter der Auftraggeberin ein Sachverständigengutachten zum Thema Plausibilität/Angemessenheit Preise eingeholt worden. Das Gutachten komme zum Ergebnis, dass die Preise der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien.

3. Mit Schriftsatz vom 23.10.2015 erstattete die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag. Zur Ausschreibungskonformität des Angebotes zur Zusammensetzung des Gesamtpreises wurde vorgebracht, dass die Preise ordnungsgemäß kalkuliert, betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Die Berechnung sei anhand Kosten und Aufwand für die zu erbringenden Leistungen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinnaufschlages erfolgt. Die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung führe Werttransporte für zahlreiche andere Unternehmen innerhalb des gesamten Bundesgebietes durch. Darüber hinaus müsse die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung für die eigenbetriebenen Filialen und auch für andere Standorte der XXXX aufgrund ihres Gesellschaftszwecks immer ein umfassendes Tourengefüge betreiben. Aufgrund dieser Rahmenbedingungen würden - wie im Transportgewerbe allgemein üblich - Fahrten für die Auftraggeberin mit den Fahrten für andere Vertragspartner kombiniert bzw. zusammengefasst. 3. Mit Schriftsatz vom 23.10.2015 erstattete die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag. Zur Ausschreibungskonformität des Angebotes zur Zusammensetzung des Gesamtpreises wurde vorgebracht, dass die Preise ordnungsgemäß kalkuliert, betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Die Berechnung sei anhand Kosten und Aufwand für die zu erbringenden Leistungen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinnaufschlages erfolgt. Die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung führe Werttransporte für zahlreiche andere Unternehmen innerhalb des gesamten Bundesgebietes durch. Darüber hinaus müsse die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung für die eigenbetriebenen Filialen und auch für andere Standorte der römisch 40 aufgrund ihres Gesellschaftszwecks immer ein umfassendes Tourengefüge betreiben. Aufgrund dieser Rahmenbedingungen würden - wie im Transportgewerbe allgemein üblich - Fahrten für die Auftraggeberin mit den Fahrten für andere Vertragspartner kombiniert bzw. zusammengefasst.

4. Unter dem Betreff "Parteiengehör gemäß § 45 Abs. 3 AVG" wies das Bundesverwaltungsgericht am 04.11.2015 die Parteien auf D.2 / D.3 Projektbeschreibung /, Punkte 2.2.1, 2.2.4 und 2.2.5, hin und teilte in diesem Schreiben

gleichzeitig mit, dass nach Ansicht des Senates die Angebotspreiskalkulation der präsuntive Partei der Rahmenvereinbarung gegen diese Festlegungen verstoßen würde. Den Parteien wurde daher die Möglichkeit eingeräumt, zu diesen Punkten Stellung zu nehmen.4. Unter dem Betreff "Parteiengehör gemäß Paragraph 45, Absatz 3, AVG" wies das Bundesverwaltungsgericht am 04.11.2015 die Parteien auf D.2 / D.3 Projektbeschreibung /, Punkte 2.2.1, 2.2.4 und 2.2.5, hin und teilte in diesem Schreiben gleichzeitig mit, dass nach Ansicht des Senates die Angebotspreiskalkulation der präsuntive Partei der Rahmenvereinbarung gegen diese Festlegungen verstoßen würde. Den Parteien wurde daher die Möglichkeit eingeräumt, zu diesen Punkten Stellung zu nehmen.

5. Mit Schriftsatz vom 11.11.2015 gab die Auftraggeberin eine Stellungnahme ab.

Die Bestimmungen enthielten im Wesentlichen zwei Aussagen: Zum einen das Recht der Auftraggeberin, in einer Aufforderung (nicht nur einen, sondern zwei oder mehrere Empfänger) zu nennen. Zum anderen enthalte diese Bestimmung Vorgaben zur Verrechenbarkeit der im Zuge einer solchen Aufforderung erbachten Transportleistungen:

Klargestellt werde, dass (auch wenn eine einzelne Aufforderung erfolgt) die Abholung/Lieferung pro Empfänger als ein Transport im Sinne des im Leistungsverzeichnis angebotenen Einheitspreises gelte. Dementsprechend könne für jeden einzelnen Empfänger einmal der Einheitspreis für den Transport verrechnet werden. Werden in einer Aufforderung mehrere Empfänger genannt, könne der Einheitspreis für den Transport auch entsprechend oft verrechnet werden. In dieser Bestimmung werde damit eine Klarstellung hinsichtlich der Beauftragungs- und Abrechnungsmodalitäten im Auftragsfall getroffen.

Damit würden die Bestimmungen eine Selbstverständlichkeit regeln:

Das von der Auftraggeberin zu entrichtende Entgelt richte sich nach der zu erbringenden Leistung (der Anzahl der durchzuführenden Transporte). Die Form der Bestellung (mehrere Leistungen erfolgen mittels einer Aufforderung bzw. mehreren Lieferungen aufgeteilt auf mehrere Aufforderungen) habe keine Einfluss auf das Entgelt.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesverwaltungsgerichtes seien Ausschreibungsbestimmungen objektiv nach ihrem Wortlaut zu interpretieren. Hier zeige bereits eine reine Wortinterpretation des zweiten Satzes ein klares Ergebnis: Die "Lieferung an einen einzelnen [...] Empfänger" gelte demnach als "ein (1) gemäß Position 1 des Leistungsverzeichnisses verrechenbarer Transport". Es könne also jede Transportleistung an einen einzelnen Empfänger mit einem Transport verrechnet werden, oder anders formuliert: Es werde jeder einzelne Empfänger mit einem Transport und damit Einheitspreis (verrechnungstechnisch) gleichgesetzt. Würde man irrtümlich unterstellen, dass im Falle einer Lieferung an mehrere Empfänger nur einmal der Einheitspreis verrechnet werden kann, so wäre die Hervorhebung und Verwendung des Wortes "einzelnen [...] Empfänger" am Beginn des Satzes nicht verständlich.

Die Auftraggeberin wies ferner darauf hin, dass die Auftraggeberin und die Bieter ein übereinstimmendes Verständnis von diesen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage hätten. Auch seien die Ausschreibungsbestimmungen BVergG-konform und keinesfalls zu Lasten der Bieter zu interpretieren.

Zur Kalkulation der präsuntiven Partei der Rahmenvereinbarung wies die Auftraggeberin auf die "außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfüge" hin. Dies würde bedeuten, dass Bieter ausschließlich ihre eigenen Aufwände und Kosten kalkulieren müssten und keineswegs solche, die bei anderen Bietern (die nicht über vergleichbar günstige Voraussetzungen verfügen) entstünden. Dies bedeute weiter, dass "Kosten", die bei einem Bieter erst gar nicht entstehen auch nicht kalkuliert werden müssten. Sie seien also gar nicht ausgabewirksam oder - in den Worten des § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG - gar nicht dem hier ausgeschriebenen Auftrag direkt zuordenbar, weil diese Kosten eben als "Sowieso"-Kosten für die Durchführung der ausgeschriebenen Transporte erst gar nicht anfallen würden. Zur Kalkulation der präsuntiven Partei der Rahmenvereinbarung wies die Auftraggeberin auf die "außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfüge" hin. Dies würde bedeuten, dass Bieter ausschließlich ihre eigenen Aufwände und Kosten kalkulieren müssten und keineswegs solche, die bei anderen Bietern (die nicht über vergleichbar günstige Voraussetzungen verfügen) entstünden. Dies bedeute weiter, dass "Kosten", die bei einem Bieter erst gar nicht entstehen auch nicht kalkuliert werden müssten. Sie seien also gar nicht ausgabewirksam oder - in den Worten des Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins, BVergG - gar nicht dem hier ausgeschriebenen Auftrag direkt zuordenbar, weil diese Kosten eben als "Sowieso"-Kosten für die Durchführung der ausgeschriebenen Transporte erst gar nicht anfallen würden.

6. Ebenfalls am 11.11.2015 übermittelte die präsuntive Partei der Rahmenvereinbarung eine Stellungnahme.

Die in der Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichtes angeführten Textpassagen seien dahingehend verstanden worden, dass jede einzelne Lieferung der präsuntiven Partei der Rahmenvereinbarung an einen Empfänger einen gemäß Position 1 des Leistungsverzeichnisses verrechenbaren Transport darstelle, und zwar ganz unabhängig davon, ob der Abruf der Transportleistungen nun "in einer einzelnen Aufforderung" oder in "mehreren Aufforderungen" seitens des Auftraggebers erfolgt sei.

Preise würden regelmäßig Basis des Aufwandes für die zu erbringende Leistung ("Gestehungskosten") kalkuliert. Da die Art des Abrufes durch den Auftraggeber offenkundig ohne jede Relevanz für die Gestehungskosten sei, könne aus Sicht der präsuntiven Partei der Rahmenvereinbarung der genannten Textpassage auch keine andere Bedeutung zugesonnen werden, würde dies doch im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass ein für die Gestehungskosten irrelevanter Faktor maßgeblichen Einfluss auf die Preisbildung erhielte.

Davon abgesehen lasse auch der Wortlaut keine andere Interpretation zu. Die Abrechenbarkeit der Transportleistungen sei ausdrücklich an den "einzelnen in der Aufforderung genannten Empfänger" (und nicht etwa an die Anzahl der Aufforderungen) geknüpft. Ist daher - sei es auch im Rahmen einer einzelnen Aufforderung - an mehrere Empfänger zuzustellen (Beispiel: eine Zustellung in Wien, eine in St. Pölten und eine in Innsbruck), so sei jede dieser Zustellungen (also im Beispiel in Wien, in St. Pölten und in Innsbruck) als eine eigenständige abrechenbare Transportleistung zu behandeln. Im genannten Beispiel wären daher gegenüber der Auftraggeberin nicht eine, sondern drei Einheiten (Transporte) im Sinne des Leistungsverzeichnisses abzurechnen.

Die präsuntive Partei der Rahmenvereinbarung verfüge über ein gut ausgebautes, das gesamte Bundesgebiet abdeckendes, engmaschiges Transport- und Logistiksystem. Maßgeblich für die Preiskalkulation seien daher nicht die Gesamtkosten ihres Transport- und Logistiksystems, welche naturgemäß unabhängig vom gegenständlichen Auftrag anfallen würden, gewesen, sondern der mit der Auftragserfüllung verbundene Mehraufwand. Dieser reduziere sich mit Rücksicht darauf, dass die Auftragsabwicklung regelmäßig im Zuge der übrigen Transportleistungen erfolge, vielfach auf die Stoppkosten.

7. Die Antragstellerin gab zum Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes keine Stellungnahme ab.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die Auftraggeberin hat die gegenständliche Rahmenvereinbarung im Wege eines offenen Verfahrens ausgeschrieben. Die Ausschreibung wurde in Österreich sowie EU-weit am 09.06.2015 bekannt gemacht.

2. Punkt 1.1.15 (Erstellung der Preise) der D.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen lautet auszugsweise:

Bei der Kalkulation ist zu berücksichtigen, dass im Preis der jeweiligen Position alle dieser Position üblicherweise direkt zuordenbare Kosten enthalten sein müssen.

3. D.2/D.3 Projektbeschreibung / Leistungsbeschreibung lauten auszugsweise:

2.2.1 Vignettenabholung beim Produzenten

[...]

Der AG ist berechtigt, im Rahmen einer einstweiligen Aufforderung den AN gleichzeitig mit mehreren Transporten an unterschiedliche Empfänger (das sind die Vertriebsdachorganisationen und die in- bzw. ausländische Direktvertriebsstellen) zu beauftragen. Die Auslieferung an einen einzelnen in der Aufforderung genannten Empfänger gilt als ein (1) gemäß Position 1 des Leistungsverzeichnisses verrechenbarer Transport. Die im Rahmen eines einzelnen Transportes an einen Empfänger zu transportierende Anzahl an österreichischen Autobahnvignetten richtet sich nach der in der Aufforderung des AG für den einzelnen Empfänger jeweils festgelegten Anzahl an österreichischen Autobahnvignetten.

[...]

2.2.4 Auslieferung vom Sicherheitslager des AN an die Vertriebsdachorganisationen, oder an Direktvertriebsstellen

[...]

Der AG ist berechtigt, im Rahmen einer einstweiligen Aufforderung den AN gleichzeitig mit mehreren Transporten an unterschiedliche Empfänger (das sind die Vertriebsdachorganisationen und die in- bzw. ausländische Direktvertriebsstellen) zu beauftragen. Die Auslieferung an einen Einzelnen in der Aufforderung genannten Empfänger gilt als ein (1) gemäß Position 2 und 3 des Leistungsverzeichnisses Teil D.5 der Ausschreibungsunterlage verrechenbarer Transport. Die im Rahmen eines einzelnen Transportes an einen Empfänger zu transportierende Anzahl an österreichischen Autobahnvignetten richtet sich nach der in der Aufforderung des AG für den einzelnen Empfänger jeweils festgelegten Anzahl an österreichischen Autobahnvignetten.

[...]

2.2.5 Transport von ausländischen Autobahnvignetten von der Adresse ASFINAG Mautservice GmbH, Alpenstraße 99, 5020 Salzburg an Direktvertriebsstellen

[...]

Der AG ist berechtigt, im Rahmen einer einstweiligen Aufforderung den AN gleichzeitig mit mehreren Transporten an unterschiedliche Empfänger (das sind die Vertriebsdachorganisationen und die in- bzw. ausländische Direktvertriebsstellen) zu beauftragen. Die Auslieferung an einen Einzelnen in der Aufforderung genannten Empfänger gilt als ein (1) gemäß Position 2 und 3 des Leistungsverzeichnisses Teil D.5 der Ausschreibungsunterlage verrechenbarer Transport. Die im Rahmen eines einzelnen Transportes an einen Empfänger zu transportierende Anzahl an österreichischen Autobahnvignetten richtet sich nach der in der Aufforderung des AG für den einzelnen Empfänger jeweils festgelegten Anzahl an österreichischen Autobahnvignetten.

3. Die Angebotsöffnung erfolgte am 20.07.2015. Es langten 2 Angebote ein. Laut Angebotsöffnungsprotokoll beträgt das Angebot der Antragstellerin EUR 1.216.971,00 (ohne USt), das Angebot der präsuntiven Partei der Rahmenvereinbarung EUR 836.419,75 (ohne USt).

4. Am 04.08.2015 ersuchte die Auftraggeberin die präsuntive Partei der Rahmenvereinbarung um Aufklärung zweier Positionen im Leistungsverzeichnis.

5. Mit Schriftsatz vom 07.08.2015 nahm die präsuntive Partei der Rahmenvereinbarung zum Schreiben der Auftraggeberin vom 04.08.2015 Stellung. Die Aufklärung zur Position 2 1.1.1 lautete wie folgt:

Die Leistungen der Pos 2. POS. 1.11 können durch unser Unternehmen im Zuge bereits durchzuführender Fahrten innerhalb Wiens abgedeckt werden, dienen daher nur zur besseren Auslastung der Fahrten und der sowieso anfallenden Kosten. Aufgrund dessen werden nicht die gesamten Kosten für die Fahrten verrechnet, welche anfallen würden, wenn diese Fahrten alleine für den Auftraggeber durchgeführt würden. Es wird für diese Fahrten ein Deckungsbeitrag in Rechnung gestellt, der mit den von anderen Auftraggebern bezahlten Beträgen eine Kostendeckung der Fahrten sicherstellt.

6. Am 25.09.2015 ersuchte die Auftraggeberin die präsuntive Partei der Rahmenvereinbarung um Aufklärung verschiedener Positionen im Leistungsverzeichnis.

7. Mit Schreiben vom 30.09.2015 nahm die präsuntive Partei der Rahmenvereinbarung zur Aufforderung der Auftraggeberin Stellung.

Dieses lautet auszugsweise:

Ad Pos. 2 1.1.3.1. bis Pos. 2 1.1.3.9.

Auslieferung an Direktvertriebsstellen in Österreich:

Die XXXX unterhält in Österreich ein engmaschiges Werttransportnetz mit mehr als hundert Fahrzeugen - gleichmäßig in Österreich verteilt. Es ist somit für jedes Bundesland ein entsprechendes Tourengefüge vorhanden. Entsprechend handelt es sich bei der Auslieferung der DVP's um ein reines Mitnahmeprodukt, dass aufgrund des österreichweiten, engmaschigen Tourengefüges geringe Zusatzkosten (das sind Anfahrtszeit und Weg zum letzten Stopp bis zum nachfolgenden Stopp, Entladezeit beim DVP und Rüstzeiten) verursacht. [...]Die römisch 40 unterhält in Österreich ein engmaschiges Werttransportnetz mit mehr als hundert Fahrzeugen - gleichmäßig in Österreich verteilt. Es ist somit für jedes Bundesland ein entsprechendes Tourengefüge vorhanden. Entsprechend handelt es sich bei der Auslieferung

der DVP's um ein reines Mitnahmeprodukt, dass aufgrund des österreichweiten, engmaschigen Tourengefüges geringe Zusatzkosten (das sind Anfahrtszeit und Weg zum letzten Stopp bis zum nachfolgenden Stopp, Entladezeit beim DVP und Rüstzeiten) verursacht. [...]

[...]

Die XXXX führt Werttransporte für viele Einzelhandelsunternehmen [...] durch. Diese Retailshops sind endlich den vom Auftraggeber genannten DVP's zu betrachten. Diese Retailunternehmen haben die XXXX mit der Versorgung ihrer einzelnen Filialstandorte beauftragt, die österreichweit verteilt sind. Branchenüblich ist, dass für Filialen ein einheitlicher Stopp-Preis unabhängig vom jeweiligen Standort innerhalb Österreichs angeboten wird. Die römisch 40 führt Werttransporte für viele Einzelhandelsunternehmen [...] durch. Diese Retailshops sind endlich den vom Auftraggeber genannten DVP's zu betrachten. Diese Retailunternehmen haben die römisch 40 mit der Versorgung ihrer einzelnen Filialstandorte beauftragt, die österreichweit verteilt sind. Branchenüblich ist, dass für Filialen ein einheitlicher Stopp-Preis unabhängig vom jeweiligen Standort innerhalb Österreichs angeboten wird.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen der Auftraggeberin keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung

Zu A)

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit der Anträge

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 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, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 1.260.000,00, sodass es sich gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 1.260.000,00, sodass es sich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs. 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit. e B-VG gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben.

Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das

Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs. 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs. 1 Z 1 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive der Auftraggeberin, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel VwGH vom 14.04.2011, 2008/04/0065). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zum Beispiel EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, I 3353, Rn 39; VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden (EuGH vom 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54). Auch nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist die vergebende Stelle bei Ausschreibungen der Rechtsträger in privatwirtschaftlichen Agenden zur Gleichbehandlung der Bewerber verpflichtet (OGH vom 17.12.2001, 1 Ob 284/01y-Turnsaal-Anlage). Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive der Auftraggeberin, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel VwGH vom 14.04.2011, 2008/04/0065). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zum Beispiel EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, römisch eins 3353, Rn 39; VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden (EuGH vom 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54). Auch nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist die vergebende Stelle bei Ausschreibungen der Rechtsträger in privatwirtschaftlichen Agenden zur Gleichbehandlung der Bewerber verpflichtet (OGH vom 17.12.2001, 1 Ob 284/01y-Turnsaal-Anlage).

Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zum Beispiel VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zum Beispiel VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090 mwN; 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (BVA vom 30.04.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zum Beispiel EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, BVA vom 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe u.a. BVA vom 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von

einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; ua BVwG vom 01.08.2014, W187 2008946-1/23E; BVwG vom 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe u.a. BVA vom 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; ua BVwG vom 01.08.2014, W187 2008946-1/23E; BVwG vom 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E).

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden.

Das Angebot der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung ist aus nachfolgenden Erwägungen auszuschneiden:

Die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung hat im Zuge ihrer erfolgten Aufklärung mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei der Auslieferung der DVP's um ein reines Mitnahmeprodukt handelt. Zur Position 2 1.1.1 wurde etwa aufgeklärt, dass nicht die gesamten Kosten für die Fahrten verrechnet würden, welche anfallen würden, wenn diese Fahrten alleine für den Auftraggeber durchgeführt würden. Es werden sohin Fahrten für den Auftraggeber mit den Fahrten für andere Vertragspartner kombiniert bzw. zusammengefasst. Für jeden Stopp würde demnach ein Kostenbeitrag in Rechnung gestellt werden.

Die erfolgte Aufklärung zur Kalkulation des Angebotspreises der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung steht jedoch im Widerspruch zu den Punkten 2.2.1, 2.2.4 und 2.2.5 der Leistungsbeschreibung (D.2 / D.3). Schon aufgrund einer reinen Wortinterpretation ist diese Bestimmung nur dahingehend zu verstehen, dass die Auslieferung an einen einzigen Empfänger (das sind die Vertriebsdachorganisationen bzw. Direktvertriebsstellen) als ein Transport verrechnet werden sollte (das Wort "ein" wurde von der Auftraggeberin durch Unterstreichen besonders hervorgehoben). Das heißt, der Transport ist jedenfalls zum Vollpreis zu kalkulieren und kann demnach nicht mit Transporten für andere Auftraggeber "mitkalkuliert" werden. Daraus folgt aber zwingend, dass die Auftraggeberin durch die Formulierung in der Leistungsbeschreibung eine Kalkulation wie jene seitens der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung angebotene (= Vignetten als reines Mitnahmeprodukt im Zusammenhang mit der Verrechnung mehrerer Transporte) ausschließen wollte.

Die Stellungnahmen der Auftraggeberin und der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung vermögen an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Sie bestätigen ganz im Gegenteil vielmehr die Wortlautinterpretation des Bundesverwaltungsgerichtes. Wenn die Auftraggeberin beispielsweise vorbringt, dass aufgrund der Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen klargestellt werde, dass jeder einzeln durchgeführte Transport (in Ihrem Beispiel: nach 1010 Wien, nach 1180 Wien oder nach 1230 Wien) abrechnungstechnisch als gesonderter Transport (pro Empfänger der Vignetten) vergütet werde, so bringt sie damit klar zum Ausdruck, dass der Einheitspreis zwingend als Vollkostenpreis zu kalkulieren war und eben nicht als Stoppkostenpreis. Auch die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung bestätigt zunächst, dass die Abrechenbarkeit der Transportleistungen ausdrücklich an den "einzelnen in der Aufforderung genannten Empfänger" geknüpft ist. Ferner hält sie fest: Ist daher an mehrere Empfänger zuzustellen (Beispiel eine Zustellung in Wien, eine in St. Pölten und eine in Innsbruck), so ist jede dieser Zustellungen als eine eigenständige abrechenbare Transportleistung zu behandeln. Auf Seite 3 ihres Schriftsatzes bringt sie demgegenüber jedoch vor, dass bei ihrer Preiskalkulation nicht die Gesamtkosten maßgeblich waren, sondern der mit der Auftragserfüllung verbundene Mehraufwand. Dieser reduziert sich letztlich auf die Stoppkosten. Wenn aber gemäß Ausschreibung jeder Transport einzeln zu kalkulieren war, somit zum Vollpreis, so schließt dies definitionsgemäß eine Kalkulation nach den Stoppkosten aus.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass das Vorbringen der Antragstellerin, wonach die Kalkulation der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung gegen Punkt 1.1.15 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen verstoße, zutreffend ist. Die präsumtive Partei der Rahmenvereinbarung bringt im Aufklärungsschreiben vom 07.08.2015 selbst vor, dass nicht die gesamten Kosten für die Fahrten verrechnet werden, sondern lediglich ein Deckungsbeitrag in Rechnung gestellt wird. Demgegenüber fordert Punkt 1.1.15 jedoch, dass im Preis der jeweiligen Position alle dieser Position üblicherweise direkt zuordenbare Kosten enthalten sein müssen. Eine solche Ausschreibungswidrigkeit bestätigt im Übrigen die Auftraggeberin in ihrem Schriftsatz vom 11.11.2015 selbst, wenn sie ausführt, dass die Kosten gar nicht ausgabewirksam und dem hier ausgeschriebenen Auftrag gar nicht direkt zuordenbar sind, weil diese Kosten eben als "Sowieso"-Kosten für die Durchführung der ausgeschriebenen Transporte erst gar nicht anfallen.

Die Bestimmungen D.2/D.3 Projektbeschreibung/Leistungsbeschreibung bilden einen integrierenden Bestandteil der Ausschreibung. Diese sind - wie oben festgehalten - bestandfest geworden. Die Rechtswidrigkeit der gegenständlichen Entscheidung der Auftraggeberin, mit der XXXX die Rahmenvereinbarung abschließen zu wollen ergibt sich sohin daraus, dass die Auftraggeberin Bestimmungen in der Ausschreibung festgelegt hat, jedoch nachträglich zugunsten eines Bieters von ihren eigenen Bedingungen abgerückt ist. Diese Vorgangsweise verstößt jedoch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da die Bieter darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält (siehe dazu bereits grundlegend BVA 20.03.2003, 12N-10/03-11 und BVA 05.06.2003, 12N-32-03-17). Das Angebot der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung ist daher auszuschneiden. Die Bestimmungen D.2/D.3 Projektbeschreibung/Leistungsbeschreibung bilden einen integrierenden Bestandteil der Ausschreibung. Diese sind - wie oben festgehalten - bestandfest geworden. Die Rechtswidrigkeit der gegenständlichen Entscheidung der Auftraggeberin, mit der römisch 40 die Rahmenvereinbarung abschließen zu wollen ergibt sich sohin daraus, dass die Auftraggeberin Bestimmungen in der Ausschreibung festgelegt hat, jedoch nachträglich zugunsten eines Bieters von ihren eigenen Bedingungen abgerückt ist. Diese Vorgangsweise verstößt jedoch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da die Bieter darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält (siehe dazu bereits grundlegend BVA 20.03.2003, 12N-10/03-11 und BVA 05.06.2003, 12N-32-03-17). Das Angebot der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung ist daher auszuschneiden.

Zum Entfall der mündlichen Verhandlung

Gemäß § 316 Abs. 1 Z 3 BVergG kann - soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen - die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist. Gemäß Paragraph 316, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG kann - soweit dem weder Artikel 6, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen - die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

Die Voraussetzungen für den Entfall einer mündlichen Verhandlung liegen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor. Sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen ergaben sich aus den Schriftsätzen der Parteien sowie dem vorgelegten Vergabeakt. Das Parteiengehör gemäß § 45 Abs. 3 AVG wurde durch Übermittlung der verfahrensrelevanten Schriftsätze der Parteien sowie dem Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 04.11.2015 jedenfalls gewahrt. Abgesehen davon handelt es sich bei der Beurteilung der Frage, ob das Angebot der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung gegen die Bestimmungen der Ausschreibung verstößt, um eine Auslegungsfrage iSd §§ 914f ABGB und somit um eine Rechtsfrage. Die Voraussetzungen für den Entfall einer mündlichen Verhandlung liegen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor. Sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen ergaben sich aus den Schriftsätzen der Parteien sowie dem vorgelegten Vergabeakt. Das Parteiengehör gemäß Paragraph 45, Absatz 3, AVG wurde durch Übermittlung der verfahrensrelevanten Schriftsätze der Parteien sowie dem Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 04.11.2015 jedenfalls gewahrt. Abgesehen davon handelt es sich bei der Beurteilung der Frage, ob das Angebot der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung gegen die Bestimmungen der Ausschreibung verstößt, um eine Auslegungsfrage iSd Paragraphen 914 f, ABGB und somit um eine Rechtsfrage.

Zu Spruchpunkt II. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag obsiegt, da das Bundesverwaltungsgericht dem Nachprüfungsantrag stattgegeben hat. Die Auftraggeberin ist daher verpflichtet, der Antragstellerin die tatsächlich geschuldete und bezahlte Pauschalgebühr in der Höhe von € 2.462,00 zu ersetzen.

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 (siehe dazu die unter A) zitierte Judikatur) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. 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 (siehe dazu die unter A) zitierte Judikatur) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angemessenheit, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensgrund, bestandfeste Ausschreibung, Bietergleichbehandlung, Dienstleistungsauftrag, Gleichbehandlung, Gleichheitsgrundsatz, Grundsatz der Gleichbehandlung, Gutachten, Kalkulation, Kostenschätzung, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, Plausibilität, Rahmenvereinbarung, Sachverständigengutachten, Schätzung des Auftragswertes, spekulativer Preis, Vergabeverfahren, vertiefte Angebotsprüfung, (vertiefte) Preisprüfung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W123.2115955.2.00

Zuletzt aktualisiert am

30.11.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at