[Bereitgestellt: 21.01.2022 13:31]

BVwG
Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Postadresse:
Erdbergstraße 192 – 196
1030 Wien
Tel: +43 1 601 49 – 0
Fax: +43 1 531 09 – 153357/153364
E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at
www.bvwg.gv.at
DVR: 0939579

Geschäftszahl (GZ):
W134 2246471-1/2E
W134 2246471-2/44E
W134 2246471-3/12E
(bitte bei allen Eingaben anführen)

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

1)

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzenden sowie Mag. Jirina Rady als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Adriane Kaufmann LL.M. als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 19.08.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.11“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund der Anträge der lifebrain COVID Labor GmbH, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, vom 16.09.2021 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 15.10.2021 und am 25.11.2021 zu Recht erkannt:

A)

I. Dem Antrag *„(iii) festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der Artichoke Computing GmbH vom 19.08.2021 wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“* wird gemäß § 342 BVergG 2018 stattgegeben. Es wird festgestellt, dass der Zuschlag zugunsten der

Artichoke Computing GmbH vom 19.08.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.11, wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde.

II. Dem Antrag *„(v) festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der Artichoke Computing GmbH vom 19.8.2021 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war“* wird gemäß § 342 BVergG 2018 stattgegeben. Es wird festgestellt, dass der Zuschlag zugunsten der Artichoke Computing GmbH vom 19.08.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.11, aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war.

III. Der Antrag der Auftraggeberin *„auf Feststellung, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte“* wird gemäß § 353 Abs. 1 BVergG 2018 abgewiesen.

IV. Die Auftraggeberin ist gemäß § 356 BVergG 2018 verpflichtet, dem Bundesverwaltungsgericht binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses eine Geldbuße in der Höhe von € 500.000,-- zu bezahlen.

B)

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

2)

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung und Beauftragungen iZm Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), Direktabruf vom 19.08.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.11“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, alle vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund der Anträge der lifebrain COVID Labor GmbH, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, vom 16.09.2021 folgenden Beschluss:

A)

I. Das Verfahren betreffend den Antrag *„(i) festzustellen, dass die gegenständliche Rahmenvereinbarung hinsichtlich sämtlicher Rahmenvereinbarungspartner, die im Sinne der obigen Ausführungen zu Erbringung der rahmenvereinbarungsgegenständlichen Leistungen nicht berechtigt und daher im Sinne der Festlegungen der Ausschreibung nicht geeignet sind, wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, die dazu ergangenen Verordnungen und/oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung auf das Angebot bzw die Angebote mit dem bzw den niedrigsten Preis(en) zugeschlagen wurde*," wird eingestellt.

II. Der Antragsteil gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin betreffend den Antrag *„(i) festzustellen, dass die gegenständliche Rahmenvereinbarung hinsichtlich sämtlicher Rahmenvereinbarungspartner, die im Sinne der obigen Ausführungen zu Erbringung der rahmenvereinbarungsgegenständlichen Leistungen nicht berechtigt und daher im Sinne der Festlegungen der Ausschreibung nicht geeignet sind, wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, die dazu ergangenen Verordnungen und/oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung auf das Angebot bzw die Angebote mit dem bzw den niedrigsten Preis(en) zugeschlagen wurde*," wird abgewiesen.

III. Dem Antragsteil gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin betreffend den Antrag *„(iii) festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der Artichoke Computing GmbH vom 19.08.2021 wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde*" wird stattgegeben. Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Antragstellerin zu Handen des ausgewiesenen Rechtsvertreters binnen 14 Tagen € 10.368,-- zu bezahlen.

B)

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

Entscheidungsgründe:

I. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 16.09.2021, beim BVwG eingebracht am selben Tag, stellte die Antragstellerin ua. folgende Anträge:

(i) „festzustellen, dass die gegenständliche Rahmenvereinbarung hinsichtlich sämtlicher Rahmenvereinbarungspartner, die im Sinne der obigen Ausführungen zu Erbringung der rahmenvereinbarungsgegenständlichen Leistungen nicht berechtigt und daher im Sinne der Festlegungen der Ausschreibung nicht geeignet sind, wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, die dazu ergangenen Verordnungen und/oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung auf das Angebot bzw die Angebote mit dem bzw den niedrigsten Preis(en) zugeschlagen wurde,

in eventu

(ii) festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der BIEGE Novogenia vom 17.8.2021 wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde

sowie

(iii) festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der Artichoke Computing GmbH vom 19.8.2021 wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde,

in eventu

(iv) festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der BIEGE Novogenia vom 17.8.2021 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war

sowie

(v) festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der Artichoke Computing GmbH vom 19.8.2021 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen" (BBG-GZ: 5301.03891) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war“,

sowie Anträge auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und Pauschalgebührenersatz.

Der unter Punkt (i) gestellte Antrag wurde von der Antragstellerin mit Schreiben vom 20.09.2021 zurückgezogen. Das gegenständliche Erkenntnis beschäftigt sich in der Folge

ausschließlich mit dem Feststellungsantrag betreffend den Zuschlag zugunsten der Artichoke Computing GmbH vom 19.08.2021, da das Verfahren betreffend den Feststellungsantrag betreffend den Zuschlag zugunsten der BIEGE Novogenia vom 17.08.2021 noch nicht entscheidungsreif ist.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass die Artichoke Computing GmbH über keine ausreichende Befugnis verfügen würde, um die gegenständlichen Leistungen im angebotenen Ausmaß zu erbringen, weshalb die Beauftragung auf Basis der gegenständlichen Rahmenvereinbarung vergaberechtswidrig sei.

Die Auftraggeberin machte mit Schreiben vom 21.09.2021 nähere Angaben zu dem verfahrensgegenständlichen Direktabruf vom 19.08.2021.

Mit Schreiben vom 23.09.2021 erhob die Zuschlagsempfängerin Artichoke Computing GmbH begründete Einwendungen und bestritt die von der Antragstellerin behauptete fehlende Befugnis.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.09.2021 gab die Auftraggeberin im Wesentlichen an, dass die Befugnis der Artichoke Computing GmbH sehr wohl vorliegen würde und stellte einen Gegenantrag auf Feststellung, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Im Übrigen würde es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangeln, da die Auftraggeberin das Kaskadenmerkmal „Zeit bis Ergebnisrückmeldung ab Probenabholung“ mit max. 12 Stunden definiert habe, während die Antragstellerin eine diese geforderte Stundenanzahl überschreitende Stundenanzahl angeboten habe, weshalb sie in keinem Bundesland in der Reihung innerhalb der Kaskade zu berücksichtigen gewesen sei.

Am 15.10.2021 fand darüber beim BVwG eine mündliche Verhandlung statt. Dabei wurde unter anderem Folgendes vorgebracht:

„VR fragt AST: Welcher Schaden im Sinne des § 353 Abs. 1 BVergG 2018 ist für die Antragstellerin bei den gegenständlichen beiden Direktabrufen entstanden oder droht zu entstehen?

EßLETZBICHLER: Der Schaden liegt darin, dass die gegenständlichen Direktabrufe gem. Punkt 5.2.2. und Punkt 5.2.3. der KABRV nur dann zulässig sind, wenn keine Änderungen der Vertrags- und Leistungsbedingungen erfolgen. Im gegenständlichen Fall weichen die Direktabrufe aber von den festliegenden KABRV ab. Deshalb hätte ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb stattfinden müssen. Bei korrekter Vorgehensweise hätte die AST daher für die

Schultests ein kompetitives Angebot abgeben können in einem EAW. Insbesondere aufgrund der in der Rahmenvereinbarung geringer festgelegten Zahl an Probeabnahmestellen war es nicht erkennbar, dass Schultests im Wege eines Direktabrufes über die Rahmenvereinbarung abgerufen werden. Insbesondere ist auch in Rz 96 der KABRV festgelegt, dass bei molekularbiologischen Testmaßnahmen an Schulen die Details zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber abzustimmen sind. Als solche Details sind insbesondere auch die Abholzeiten festgelegt.

[…]

VR: Wurde mit den gegenständlichen Direktabrufen der gemäß den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarungen zulässige Umfang für einen Direktabruf überschritten?

REISINGER: Nein. Die beiden Abrufe wurden im Sinne der Rz 26 KABRV vorgenommen. Der dort definierte Umfang wurde nicht ausgedehnt. Eine Liste der Schulstandorte wurde dem E-Mail 2. in der Anfrage von der BBG an die Artichoke vom 09.08.2021 mitgeschickt."

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 25.10.2021 brachte diese im Wesentlichen vor, dass sie in der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2021 unter anderem zu Protokoll gegeben habe, dass bei den gegenständlichen beiden Direktabrufen von den Ausschreibungsbestimmungen der Rahmenvereinbarung nicht abgewichen worden sei, was zu streichen sei, da es zu preislichen Änderungen des ursprünglichen Angebots des Auftragnehmers Artichoke Computing GmbH gekommen sei.

Am 25.11.2021 fand darüber beim BVwG eine mündliche Verhandlung statt. Dabei wurde der Mitarbeiter des Auftraggebers, welcher die Bestellung für den gegenständlichen Direktabruf vom 19.08.2021 getätigt hat, zeugenschaftlich einvernommen. Er gab an, dass es beim Direktabruf vom 19.08.2021 zu Preiserhöhungen bei den Einzelpreisen für die Analysen gekommen sei. Als Grund dafür gab er an, dass andere Testkits beschafft worden seien, als ursprünglich von der Artichoke Computing GmbH angeboten, da es nach Ansicht des Auftraggebers bei den anderen Testkits einfacher für Kinder sei, diese Tests durchzuführen. Auf die Frage, ob er meint, dass es zulässig ist, dass die Preise beim Direktabruf im Vergleich zu den Preisen der Basisrahmenvereinbarung verändert werden, gab der Zeuge an, dass so wie er das verstehe man die Preise nicht abändern dürfe.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung, vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, hat eine Ausschreibung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid- 19) Testungen", BBG-GZ: 5301.03891 (transparentes Verfahren gem. § 151 BVergG 2018 in Anlehnung an ein offenes Verfahren gem. BVergG 2018) durchgeführt. Es handelt sich um die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI BVergG 2018 (CPV Codes: 85145000-7, 85141000-9, 85142000-6, 64100000-7). Unter anderem mit der Antragstellerin und der Artichoke Computing GmbH wurde am 07.08.2021 eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 01.10.2021 zur GZ W134 2246891, vgl Erkenntnis des BVwG vom 24.11.2021, W134 2246891-2/36E ua.)

Die Artichoke Computing GmbH hat im Leistungsverzeichnis der Basisrahmenvereinbarung unter anderem einen „Preis für Laboranalyse inklusive Probeabnahmematerial pro Testperson in EUR exklusive Ust, Staffelpreis 4, ab 400.001 Testpersonen pro Woche “, angeboten. Im Leistungsverzeichnis wurde betreffend den angebotenen Testkit lediglich die „Art der Probengewinnung“ abgefragt, nicht jedoch welches Fabrikat des Testkits konkret angeboten wird. (Akt des Vergabeverfahrens; zum konkreten Preis siehe das vertrauliche Schreiben der Auftraggeberin vom 21.12.2021)

Danach führte die Auftraggeberin einen Direktabruf gemäß Punkt 5.2.2 KAB-RV für die Schulen aus dem Leistungsteil Screeningsmaßnahmen durch. Die notwendigen Merkmale wurden gemäß Rz. 26 KAB-RV, wie in der Tabelle auf Seite 4 des Schreibens der Auftraggeberin vom 28.09.2021 ersichtlich, definiert. Unter anderen Merkmalen wurde das Merkmal „Zeit bis Ergebnisrückmeldung ab Probenabholung“ mit 12 Stunden definiert. In die Kaskade (im Sinne der Rz. 27 KAB-RV) für die Schulen der Bundesländer Wien, Niederösterreich und Oberösterreich fielen im Folgenden die Artichoke Computing GmbH sowie eine weitere Bieterin, deren Angebote den notwendigen Merkmalen entsprachen (Schreiben der Auftraggeberin vom 28.09.2021, Punkt II.; Beilage zur Verhandlungsschrift vom 15.10.2021)

Mit E-Mail der Bundesbeschaffung GmbH vom 09.08.2021 erfolgte an die Artichoke Computing GmbH eine Anfrage betreffend „Verteilung der Testkits für Selbstverwendung, Verifizierung, Probenabholung und Durchführung der Laboranalyse im Pooling inklusive Befundung bzw. Auswertung der Ergebnisse an österreichische Schulen sowie das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung“ für 2915 Schulen der Bundesländer Wien, Niederösterreich und Oberösterreich mit einer bestimmten Laufzeit für

über 400.000 Testpersonen pro Woche. (Akt des Nachprüfungsverfahrens, Unterlagen vorgelegt von der AG in der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2021)

Danach kam es zu Verhandlungen zwischen der Artichoke Computing GmbH und dem Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung, wobei das Ministerium offenbar den Wunsch äußerte, dass die Artichoke Computing GmbH ein bestimmtes Fabrikat eines Testkits verwendet, um österreichweit an den Schulen die Verwendung eines einheitlichen Testkits sicherzustellen. (glaubhafte Zeugenaussage von Robert Schneider, siehe die vertrauliche Beilage ./1 zur Verhandlungsschrift vom 25.11.2021)

Mit Schreiben der Artichoke Computing GmbH vom 17.08.2021 machte diese ein Angebot für die oben genannte Anfrage der Bundesbeschaffung GmbH. Dabei bot die Artichoke Computing GmbH einen im Vergleich zum Preis pro Testperson ihres Angebotes der Basisrahmenvereinbarung deutlich erhöhten Preis pro Testperson an. Dieser „Angebotspreis gesamt“ beträgt € 15.836.487,12. (Akt des Nachprüfungsverfahrens, Unterlagen vorgelegt von der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2021; zum konkreten Preis siehe das vertrauliche Schreiben der Auftraggeberin vom 21.12.2021)

Mit „Bestellung“ der Auftraggeberin vom 19.08.2021, Vertragsnummer 5301. 03891. 001.11, bestellte diese bei der Artichoke Computing GmbH Folgendes: „1 Stück PCR Tests Schulbereich, Einzelpreis netto € 15.836.487,12, Gesamtpreis netto € 15.836.487,12, Gesamtpreis brutto € 15.836.487,12 (Ust. 0,00 %)“. (Akt des Nachprüfungsverfahrens, Unterlagen vorgelegt von der AG in der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2021)

Am 04.09.2021 veröffentlichte die Auftraggeberin im Unternehmensservice Portal ua. folgende Bekanntgabe über den gegenständlichen abgeschlossenen Auftrag: „PCR Tests Schulbereich, Tag des Vertragsabschlusses: 19.08.2021, […] Auftragswert bzw. Wertumfang: € 15.836.487,12“.

Am 19.10.2021 wurde das aus dem gegenständlichen Kaskadenabrufen bestellte Testvolumen vollständig verbraucht. (Schreiben der Auftraggeberin vom 25.10.2021)

Die Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung BBG: GZ 5301.03891 (kurz: KAB-RV) lauten auszugsweise:

„**5.2.2 Direktabrufe (Kaskade)**

22 Direktabrufe sind zulässig für alle im Leistungsverzeichnis definierten Leistungen, sofern die Leistungs- und Vertragsbedingungen nicht geändert werden und erfolgen nach dem **„Kaskadenprinzip“** ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb.

[…]

5.2.3 Erneuter Aufruf zum Wettbewerb (EAW)

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

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht. Weiters sind die Feststellungen unstrittig.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen, welche mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest wurden und an welche daher alle am Vergabeverfahren Beteiligten gebunden sind, sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029; VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; VwGH 15. 03. 2017, Ra 2014/04/0052). Im Zweifel sind Festlegungen der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/00 17).

Wurden Daten im Verfahren vertraulich behandelt, hat die Abwägung des Zugangsrechtes der Antragstellerin zu allen beim Bundesverwaltungsgericht eingereichten dieses Vergabeverfahren betreffenden Informationen und somit dem Recht auf ein faires Verfahren gegen das Recht der Zuschlagsempfängerin auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse ein Überwiegen des Rechts der Zuschlagsempfängerin auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse ergeben, da ansonsten die Stellung der Zuschlagsempfängerin im Wettbewerb unverhältnismäßig beeinträchtigt würde.

Das gegenständliche Erkenntnis beschäftigt sich ausschließlich mit dem Feststellungsantrag betreffend den Zuschlag zugunsten der Artichoke Computing GmbH vom 19.08.2021, da das Verfahren betreffend den Feststellungsantrag betreffend den Zuschlag zugunsten der BIEGE Novogenia vom 17.08.2021 noch nicht entscheidungsreif ist.

3.a) Zum Feststellungsantrag:

Die Antragstellerin brachte zusammengefasst vor, dass ihr Schaden darin liege, dass die gegenständlichen Direktabrufe gem. Punkt 5.2.2. und Punkt 5.2.3. der KAB-RV nur dann zulässig seien, wenn keine Änderungen der Vertrags- und Leistungsbedingungen erfolgen würden. Im gegenständlichen Fall würden die Direktabrufe aber von den KAB-RV abweichen. Deshalb hätte ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb stattfinden müssen. Bei korrekter

Vorgehensweise hätte die Antragstellerin für die Schultests in einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb ein kompetitives Angebot abgeben können.

Unter anderem mit der Antragstellerin und der Artichoke Computing GmbH wurde am 07.08.2021 die Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), abgeschlossen. Die Artichoke Computing GmbH hat im Leistungsverzeichnis dieser Basisrahmenvereinbarung unter anderem einen „Preis für Laboranalyse inklusive Probeabnahmematerial pro Testperson in EUR exklusive Ust, Staffelpreis 4, ab 400.001 Testpersonen pro Woche “, angeboten. Danach führte die Auftraggeberin einen Direktabruf gemäß Punkt 5.2.2 KAB-RV für die Schulen aus dem Leistungsteil Screeningsmaßnahmen durch. Die notwendigen Merkmale wurden definiert. Unter anderen Merkmalen wurde das Merkmal „Zeit bis Ergebnisrückmeldung ab Probenabholung“ mit 12 Stunden definiert. In die Kaskade für die Schulen der Bundesländer Wien, Niederösterreich und Oberösterreich fielen im Folgenden die Artichoke Computing GmbH sowie eine weitere Bieterin, deren Angebote den notwendigen Merkmalen entsprachen.

Mit E-Mail der Bundesbeschaffung GmbH vom 09.08.2021 erfolgte an die Artichoke Computing GmbH eine Anfrage betreffend „Verteilung der Testkits für Selbstverwendung, Verifizierung, Probenabholung und Durchführung der Laboranalyse im Pooling inklusive Befundung bzw. Auswertung der Ergebnisse an österreichische Schulen sowie das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung“ für 2915 Schulen der Bundesländer Wien, Niederösterreich und Oberösterreich mit einer bestimmten Laufzeit für über 400.000 Testpersonen pro Woche.

Danach kam es zu Verhandlungen zwischen der Artichoke Computing GmbH und dem Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung. Im Leistungsverzeichnis wurde betreffend den angebotenen Testkit lediglich die „Art der Probengewinnung“ abgefragt, nicht jedoch welches Fabrikat des Testkits konkret angeboten wird. Es stand der Artichoke Computing GmbH somit grundsätzlich frei, welchen geeigneten Testkit sie verwendet. Das Ministerium äußerte offenbar den Wunsch, dass die Artichoke Computing GmbH ein bestimmtes Fabrikat eines Testkits verwendet, um österreichweit an den Schulen die Verwendung eines einheitlichen Testkits sicherzustellen.

Mit Schreiben der Artichoke Computing GmbH vom 17.08.2021 machte diese ein Angebot für die oben genannte Anfrage der Bundesbeschaffung GmbH. Dabei hat die Artichoke Computing GmbH einen im Vergleich zum Preis pro Testperson ihres Angebotes der Basisrahmenvereinbarung deutlich erhöhten Preis pro Testperson angeboten. Der „Angebotspreis gesamt“ des Angebotes beträgt € 15.836.487,12. Mit „Bestellung“ der Auftraggeberin vom 19.08.2021, erfolgte der Zuschlag auf dieses Angebot.

Ein Direktabruf gemäß Punkt 5.2.2 KAB-RV ist nur zulässig für alle im Leistungsverzeichnis definierten Leistungen, sofern die Leistungs- und Vertragsbedingungen nicht geändert werden. Die Auftraggeberin hat jedoch mit dem Direktabruf vom 19.08.2021 einen Direktabruf getätigt, bei welchem die Leistungs- und Vertragsbedingungen insofern geändert wurden, als ein bestimmtes Fabrikat des zu verwendenden Testkits vereinbart und der Preis pro Testperson im Vergleich zum Preis pro Testperson des Angebotes der Artichoke Computing GmbH in der Basisrahmenvereinbarung deutlich erhöht wurde. Hätte die Auftraggeberin den Direktabruf zu dem Preis pro Testkit des ursprünglichen Angebotes der Artichoke Computing GmbH in der Basisrahmenvereinbarung getätigt, wäre der Gesamtpreis um über 2 Millionen Euro niedriger gewesen (dieser Betrag hätte sodann bekanntgegeben werden müssen, weshalb dies kein Geschäftsgeheimnis sein kann). Diese Vorgangsweise der Auftraggeberin war, da Punkt 5.2.2 KAB-RV und § 155 Abs. 5 BVergG 2018 widersprechend, ausschreibungs- und gesetzwidrig und daher rechtswidrig. Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (VwGH 20. 5. 2010, 2007/04/0072; BVwG 16. 4. 2014), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, *Kommission/Dänemark – Brücke über den „Storebælt“*, Rn 37). Diese Rechtswidrigkeit ist iSd. § 356 Abs 1 BVergG 2018 für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss.

3.b) Antragslegitimation; echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gemäß § 353 Abs. 1 BVergG 2018:

Die Auftraggeberin brachte vor, dass die Antragstellerin die Vorgaben der Auftraggeberin nicht erfüllen würde und daher unter keinen Umständen in der Kaskade als erstgereihtes Angebot hervorgehen könne, weshalb ihr die Antragslegitimation fehle. Weiters stellte die Auftraggeberin den Antrag auf Feststellung, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist gegeben, da die Antragstellerin im Sinne des § 353 Abs. 1 BVergG 2018 offenkundig ein Interesse am Abschluss des gegenständlichen Vertrages hatte und ihr auch durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, da in der gegenständlichen Sache rechtmäßiger Weise gemäß Punkt 5.2.3 KAB-RV und § 155 Abs. 5 BVergG 2018 ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb stattfinden hätte müssen, bei welchem die Antragstellerin ein neues Angebot abgeben hätte können und in der Folge, da die Auftraggeberin ihre Eignung dafür nicht in Frage gestellt hat, eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

3.c) Verhängung von Sanktionen:

Die Auftraggeberin teilte mit Schreiben vom 25.10.2021 mit, dass am 19.10.2021 das aus dem gegenständlichen Kaskadenabrufen bestellte Testvolumen vollständig verbraucht wurde. Die erbrachte Leistung kann daher nicht mehr rückgestellt werden, weshalb gemäß § 356 Abs. 4 BVergG 2018 von der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages abzusehen war. Gemäß § 356 Abs. 9 BVergG 2018 ist in einem solchen Fall über den Auftraggeber eine Geldbuße zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Als Auftragssumme kann nur die Auftragssumme des betreffenden (bereits vergebenen) Vertrages bzw. der erbrachten Leistung verstanden werden (so VwGH 23.5.2014, 2013/04/0025). Die Auftragssumme, also gemäß § 2 Z. 26 lit. a BVergG 2018 die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer, beträgt im gegenständlichen Fall € 15.836.487,12. Die Höchstgrenze für eine solche Geldbuße beträgt gemäß § 356 Abs. 10 BVergG 2018 20 % der Auftragssumme. Das Bundesverwaltungsgericht hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes – VbVG heranzuziehen.

Gemäß § 5 Abs. 1 VbVG hat bei der Bemessung der Anzahl der Tagessätze das Gericht Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Höhe der angedrohten Geldbuße bestimmen, gegeneinander abzuwägen.

Gemäß Abs. 2 leg. cit. Ist die Anzahl insbesondere umso höher zu bemessen, je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, für die der Verband verantwortlich ist (Z 1); je höher der aus der Straftat vom Verband erlangte Vorteil ist (Z 2); je mehr gesetzwidriges Verhalten von Mitarbeitern geduldet oder begünstigt wurde (Z 3).

Gemäß Abs. 3 leg. cit. Ist die Anzahl insbesondere geringer zu bemessen, wenn der Verband schon vor der Tat Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten getroffen oder Mitarbeiter zu rechtstreuem Verhalten angehalten hat (Z 1); der Verband lediglich für Straftaten von Mitarbeitern verantwortlich ist (§ 3 Abs. 3) [Z 2]; er nach der Tat erheblich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat (Z 3); er die Folgen der Tat gutgemacht hat (Z 4); er wesentliche Schritte zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten unternommen hat (Z 5); die Tat bereits gewichtige rechtliche Nachteile für den Verband oder seine Eigentümer nach sich gezogen hat (Z 6).

Bei der Bemessung der Geldbuße war folgendes erschwerend zu berücksichtigen:

Bei dem Verstoß, also der Tatsache, dass die Auftraggeberin mit dem Direktabruf vom 19.08.2021 einen Direktabruf getätigt hat, bei welchem die Leistungs- und

Vertragsbedingungen insofern geändert wurden, als ein bestimmtes Fabrikat des zu verwendenden Testkits vereinbart wurde und der Preis pro Testperson im Vergleich zum Preis pro Testperson des Angebotes der Artichoke Computing GmbH in der Basisrahmenvereinbarung um über € 2 Millionen erhöht wurde, handelt es sich um einen schweren Verstoß und eine große Schädigung. Überdies ist zu berücksichtigen, dass der Mitarbeiter des Auftraggebers, welcher den gegenständlichen Direktabruf getätigt hat, als Zeuge angab, dass so wie er das verstehe man die Preise nicht abändern dürfe. Dieses gesetzwidrige Verhalten wurde offenkundig auch von seinem Vorgesetzten geduldet oder begünstigt (vgl. die vertrauliche Beilage ./1 zur Verhandlungsschrift vom 25.11.2021)

Bei der Bemessung der Geldbuße war folgendes mildernd zu berücksichtigen:

Dem Bundesverwaltungsgericht sind bisher keine derartigen Verstöße seitens der Auftraggeberin bekannt. Weiters kann hier berücksichtigt werden, dass die Auftraggeberin mit Ihrem Schreiben vom 25.10.2021 von sich aus auf die preislichen Änderungen des ursprünglichen Angebots der Artichoke Computing GmbH hingewiesen hat. Außerdem ist der Auftraggeberin zuzugestehen, dass in der gegenwärtigen Pandemie die Beschaffung von entsprechenden Testkapazitäten für die Schulen in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht eine besondere Herausforderung darstellt.

Bei Heranziehung der Schwere des Verstoßes, der Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß der Erschwerungs und Milderungsgründe gemäß § 5 VbVG war die Geldbuße in der Höhe von € 500.000,00 festzusetzen. Die Weiterleitung an den Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung gemäß § 356 Abs. 10 BVergG 2018 erfolgt durch das Bundesverwaltungsgericht.

Die Geldbuße war gem. § 356 Abs. 9 BVergG 2018 über die Auftraggeberin und nicht über die Bundesbeschaffung GmbH zu verhängen, da die Bundesbeschaffung GmbH, wie sie in der mündlichen Verhandlung vom 25.11.2021 glaubhaft angab, keinen Einfluss auf den Abruf seitens der Auftraggeberin nahm.

4. Zum Gebührenersatz:

Da die Antragstellerin mit Spruchpunkt 2) A) I. nicht obsiegt hat, hat sie diesbezüglich gemäß § 341 BVergG 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin.

Da die Antragstellerin mit Spruchpunkt 1) A) I. obsiegt hat, hat sie diesbezüglich gemäß § 341 BVergG 2018 einen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin. Die Pauschalgebühren wurden auf folgender Grundlage berechnet und entrichtet:

Feststellungsantrag betreffend Dienstleistungsauftrag bei zentralem öffentlichen Auftraggeber mit einem geschätzten Gesamtwert von über € 2.880.000,--, festgesetzte Gebühr gem. § 340 (1) Z 1 BVergG 2018: € 12.960,--, reduzierte Gebühr wegen Folgeantrag gem. § 340 (1) Z 5 BVergG 2018: € 10.368,--.

5. Zu allen Spruchpunkten B) Revision:

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

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

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

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann innerhalb von sechs Wochen ab Zustellung eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder eine ordentliche bzw. außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Für die Abfassung und Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision gilt Anwaltspflicht.

Zur Erhebung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist berechtigt, wer sich durch die Entscheidung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in Rechten verletzt erachtet. Eine Revision ist zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung abhängt.

Eine Beschwerde ist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Eine Revision ist beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen. Soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, ist eine Eingabengebühr von € 240,-- zu entrichten.

Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind nicht mehr zulässig, wenn nach Verkündung oder Zustellung des Erkenntnisses oder Beschlusses ausdrücklich darauf verzichtet wurde. Der Verzicht auf die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist bis zur Zustellung der Ausfertigung des Erkenntnisses oder Beschlusses dem Bundesverwaltungsgericht, nach Zustellung der Ausfertigung des Erkenntnisses oder Beschlusses dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht auf die Revision ist dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

Gerichtsabteilung W134, am 21.01.2022

Mag. Thomas G R U B E R

(Richter)

BVwG Bundesverwaltungsgericht	Unterzeichner	Bundesverwaltungsgericht
	Datum/Zeit	2022-01-21T13:24:37+01:00
	Aussteller-Zertifikat	CN=a-sign-corporate-light-02,OU=a-sign-corporate-light-02,O=A-Trust Ges. f. Sicherheitssysteme im elektr. Datenverkehr GmbH,C=AT
	Serien-Nr.	1054911121
Hinweis	Dieses Dokument wurde amtssigniert.	
Prüfinformation	Informationen zur Prüfung des elektronischen Siegels bzw. der elektronischen Signatur finden Sie unter: https://www.signatur.rtr.at/de/vd/Pruefung.html Informationen zur Prüfung des Ausdrucks finden Sie unter: https://www.bvwg.gv.at/service/amtssignatur	