



BVwG

Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: +43 1 711 23 889 15 41

E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at

www.bvwg.gv.at

Geschäftszahl (GZ):

W134 2246471-4/9E

W134 2246471-5/9E

(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 17.08.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.07“ 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 „(ii) festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der BIEGE Novogenia vom 17.08.2021 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 BIEGE Novogenia vom 17.08.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.07, wegen eines Verstoßes

gegen das Bundesvergabegesetz nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde.

II. Dem Antrag „(iv) festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der BIEGE Novogenia vom 17.08.2021 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 BIEGE Novogenia vom 17.08.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.07, 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 € 350.000,-- 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 17.08.2021, Vertragsnummer 5301.03891.001.07“ 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, Schuberttring 6, 1010 Wien, vom 16.09.2021 folgenden Beschluss:

A)

Dem Antragsteil gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin betreffend den Antrag „(ii) festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der BIEGE Novogenia vom 17.08.2021 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 Händen 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 BIEGE Novogenia vom 17.08.2021, da das Verfahren betreffend den Feststellungsantrag betreffend den Zuschlag zugunsten der Artichoke Computing GmbH bereits mit Erkenntnis des BVwG vom 21.01.2022, W134 2246471-1/2E, W134 2246471-2/44E, W134 2246471-3/12E, entschieden wurde.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass die BIEGE Novogenia 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 17.08.2021.

Mit Schreiben vom 28.09.2021 beantragte die Zuschlagsempfängerin Bietergemeinschaft bestehend aus 1. Novogenia GmbH 2. WEMS Consulting, Trading & Service GmbH 3. Dr. Helmut Wiedemann (kurz: BIEGE Novogenia) die Zurück- in eventu Abweisung des gegenständlichen Feststellungsantrages und brachte zusammengefasst vor, dass die Zuschlagsempfängerin jedenfalls befugt sei, die gegenständliche Leistung zu erbringen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.09.2021 gab diese im Wesentlichen an, dass die Befugnis der BIEGE Novogenia 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 Ergebnismeldung 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 - soweit hier relevant - im Wesentlichen vor, dass die Auftragssumme noch nicht bekannt gegeben werden könne, da es Verzögerungen bei der Rechnungslegung gebe.

Am 25.11.2021 fand darüber beim BVwG eine mündliche Verhandlung statt. Dabei wurde unter anderem Folgendes vorgebracht:

„REISINGER: Der angebotene Preis der Testkosten pro Probe findet sich im Angebot Novogenia zur Basisrahmenvereinbarung. Der angebotene Preis der Logistikkosten pro Abholung findet sich nicht im Angebot Novogenia zur Basisrahmenvereinbarung. Im Hinblick auf Testmaßnahmen an Schulen sehen die Bestimmungen der RZ 96 KABRV vor, dass Details im Hinblick auf die Abholung der Testkits und damit logischerweise auch die Preise zwischen AN und AG vereinbart werden sollen. Im Übrigen kann diese Abstimmung auch als unwesentliche Änderung des § 365 BVergG 2018 angesehen werden, da sie erstens zugunsten des Auftraggebers ist und es zweitens zu keinem Bietersturz gekommen wäre. Der angebotene Preis der Kosten für den Transportbeutel pro Stück findet sich nicht im Angebot Novogenia zur Basisrahmenvereinbarung. Auch diese Abstimmung ist als unwesentliche Änderung bzw. sogar als Bagatell-Änderung iSd § 365 BVergG anzusehen und handelt es sich

bei dieser Abstimmung zudem um eine direktvergabefähige Leistung. Der angebotene Preis der Auflösungskosten pro Probe findet sich im Angebot Novogenia zur Basisrahmenvereinbarung.“

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 25.01.2022 gab diese die gegenständliche Auftragssumme sowie Details wie sich diese zusammensetzt bekannt. Weiters wurde bekannt gegeben, dass die abgerufene Analyseanzahl aus dem verfahrensgegenständlichen Abruf im September 2021 und teilweise noch im Oktober 2021 vollständig erbracht wurden.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 24.02.2022 gab diese die vom BVwG angeforderten Details zu den Logistikkosten, nämlich unter anderem die Anzahl der tatsächlich stattgefundenen Abholungen je Bundesland bekannt. Daraus wird ersichtlich, welche Preise für die Abholungen entsprechend den Preisen im Angebot der Basisrahmenvereinbarung hätte verrechnet werden dürfen und welche (erhöhten) Preise tatsächlich bezahlt wurden.

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 BIEGE Novogenia 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 Bietergemeinschaft bestehend aus 1. Novogenia GmbH 2. WEMS Consulting, Trading & Service GmbH und 3. Dr. Helmut Wiedemann (kurz: BIEGE Novogenia) 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. Weiters hat sie im Leistungsverzeichnis dieser Basisrahmenvereinbarung unter anderem in der Spalte „Pauschalpreis für Probenabholung in EUR exkl. Ust einmalige Abholung je Tag (Montag bis Samstag) von möglichen Abgabestellen in der Region“ gestaffelt nach Bundesländern Pauschalpreise für die Probenabholung in der jeweiligen Region angeboten.

„Transportbeutel“ kommen im Leistungsverzeichnis der Basisrahmenvereinbarung nicht vor und wurden daher auch nicht angeboten. (Akt des Vergabeverfahrens)

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 Burgenland, Kärnten, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg fiel im Folgenden nur die BIEGE Novogenia. (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 BIEGE Novogenia 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 2743 Schulen der Bundesländer Burgenland, Kärnten, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg mit einer bestimmten Laufzeit. (Akt des Nachprüfungsverfahrens, Unterlagen vorgelegt von der AG in der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2021)

Mit Schreiben der BIEGE Novogenia vom 16.08.2021 machte diese ein Angebot für die oben genannte Anfrage der Bundesbeschaffung GmbH. Dabei bot die BIEGE Novogenia für „Testkosten/Probe“ den selben Preis wie im Angebot der Basisrahmenvereinbarung, für die Logistikkosten, also die Probenabholung, jedoch einen im Vergleich zum Preis ihres Angebotes der Basisrahmenvereinbarung deutlich erhöhten Preis (abhängig von der betrachteten Region etwa drei- bis viermal so hoch) an. Dies mit folgender Begründung: „Aufgrund der Anforderung, nur Montags und Dienstags und nur vormittags Proben abzuholen, ergeben sich folgende (von unserem BBG-Angebot) abweichenden Logistikkosten: € xx exkl. Ust pro Abholungsort/Schule“. Weiters wurde unter anderem Folgendes angeboten: „€ xx: Transportbeutel/Stk“. Die im Angebot ausgewiesenen „Gesamtkosten/4 Wochen“ betragen € 10.326.797,38. (Akt des Nachprüfungsverfahrens, Unterlagen vorgelegt von der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2021; zu den konkreten Preisen siehe das vertrauliche Schreiben der Auftraggeberin vom 25.01.2022)

Mit „Bestellung“ der Auftraggeberin vom 17.08.2021, Vertragsnummer 5301. 03891. 001.07, bestellte diese bei der Novogenia GmbH Folgendes: „1 Stück PCR Tests Schulbereich, Einzelpreis netto € 10.326.797,38, Gesamtpreis netto € 10.326.797,38, Gesamtpreis brutto €

10.326.797,38 (Ust. 0,00 %)“. (Akt des Nachprüfungsverfahrens, Unterlagen vorgelegt von der AG in der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2021)

Am 03.09.2021 veröffentlichte die Auftraggeberin im Unternehmensservice Portal ua. folgende Bekanntgabe über den gegenständlichen abgeschlossenen Auftrag: „PCR Tests Schulbereich, Tag des Vertragsabschlusses: 17.08.2021, [...] Auftragswert bzw. Wertumfang: € 10.326.797,38“.

Im Oktober 2021 wurde das aus dem gegenständlichen Kaskadenabrufen bestellte Testvolumen vollständig verbraucht. (Schreiben der Auftraggeberin vom 25.01.2022)

Bei dem Direktabruf vom 17.08.2021 wurde für die Logistikkosten, also die Probenabholung, ein im Vergleich zum Preis des Angebotes der Basisrahmenvereinbarung deutlich erhöhter Preis (abhängig von der betrachteten Region etwa drei- bis viermal so hoch) bezahlt. „Transportbeutel“ kommen im Leistungsverzeichnis der Basisrahmenvereinbarung nicht vor und wurden daher auch nicht angeboten, trotzdem wurde dafür der von der BIEGE Novogenia im Schreiben vom 16.08.2021 angebotene Preis bezahlt. Hätte die Auftraggeberin den Direktabruf zu den Preisen des ursprünglichen Angebotes der BIEGE Novogenia in der Basisrahmenvereinbarung getätigt, wäre der Gesamtpreis um € 332.287,30 niedriger gewesen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 25.01.2022 und 24.02.2022)

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.

[...]

96 Für molekularbiologische Testmaßnahmen an Schulen kann eine gesonderte Verteilung notwendig sein, wobei die Details (Frequenz, Abholzeiten etc.) zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber abzustimmen sind.“ (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 in der Folge ausschließlich mit dem Feststellungsantrag betreffend den Zuschlag zugunsten der BIEGE Novogenia vom 17.08.2021, da das Verfahren betreffend den Feststellungsantrag betreffend den Zuschlag zugunsten der Artichoke Computing GmbH bereits mit Erkenntnis des BVwG vom 21.01.2022, W134 2246471-1/2E, W134 2246471-2/44E, W134 2246471-3/12E, entschieden wurde.

3.a) Zum Feststellungsantrag:

Die Antragstellerin brachte soweit entscheidungsrelevant 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 BIEGE Novogenia wurde am 07.08.2021 die Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ (BBG-GZ: 5301.03891), abgeschlossen. Die BIEGE Novogenia 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. Weiters hat sie im Leistungsverzeichnis dieser

Basisrahmenvereinbarung unter anderem in der Spalte „Pauschalpreis für Probenabholung in EUR exkl. Ust einmalige Abholung je Tag (Montag bis Samstag) von möglichen Abgabestellen in der Region“ gestaffelt nach Bundesländern Pauschalpreise für die Probenabholung in der jeweiligen Region angeboten. Ein Transportbeutel wurde im Leistungsverzeichnis der Basisrahmenvereinbarung nicht 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 Burgenland, Kärnten, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg fiel im Folgenden nur die BIEGE Novogenia, deren Angebot den notwendigen Merkmalen entsprach.

Mit E-Mail der Bundesbeschaffung GmbH vom 09.08.2021 erfolgte an die BIEGE Novogenia 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 2743 Schulen der Bundesländer Burgenland, Kärnten, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg mit einer bestimmten Laufzeit.

Mit Schreiben der BIEGE Novogenia vom 16.08.2021 machte diese ein Angebot für die oben genannte Anfrage der Bundesbeschaffung GmbH. Dabei bot die BIEGE Novogenia für „Testkosten/Probe“ den selben Preis wie im Angebot der Basisrahmenvereinbarung, für die Logistikkosten jedoch einen im Vergleich zum Preis ihres Angebotes der Basisrahmenvereinbarung deutlich erhöhten Preis (abhängig von der betrachteten Region etwa drei- bis viermal so hoch) an. Dies mit folgender Begründung: „Aufgrund der Anforderung, nur Montags und Dienstags und nur vormittags Proben abzuholen, ergeben sich folgende (von unserem BBG-Angebot) abweichenden Logistikkosten: € xx exkl. Ust pro Abholungsort/Schule“. Weiters wurde unter anderem Folgendes angeboten: „€ xx: Transportbeutel/Stk“. Die im Angebot ausgewiesenen „Gesamtkosten/4 Wochen“ betragen € 10.326.797,38.

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 17.08.2021 einen Direktabruf getätigt, bei welchem die Leistungs- und Vertragsbedingungen insofern geändert wurden, als die Logistikkosten zu einem im Vergleich zum Preis des Angebotes in der Basisrahmenvereinbarung deutlich erhöhten Preis (abhängig von der betrachteten Region etwa drei- bis viermal so hoch) zugeschlagen und bezahlt wurden. Weiters wurde ein Preis für

eine erhebliche Anzahl an „Transportbeutel“ verrechnet und bezahlt, wobei „Transportbeutel“ im Leistungsverzeichnis der Basisrahmenvereinbarung nicht vorkommen und daher auch nicht angeboten worden waren.

Hätte die Auftraggeberin den Direktabruf zu den Preisen des ursprünglichen Angebotes der BIEGE Novogenia in der Basisrahmenvereinbarung getätigt, wäre der Gesamtpreis um € 332.287,30 niedriger gewesen. 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.

Der Einwand der Auftraggeberin, wonach die Bestimmungen der Rz 96 KABRV vorsehen würden, dass Details im Hinblick auf die Abholung der Testkits und damit logischerweise auch die Preise zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber vereinbart werden sollen geht ins Leere, da Rz 96 KABRV nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht dahin ausgelegt werden kann, dass nach Abschluss der Basisrahmenvereinbarung Verhandlungen über den Preis geführt werden können, was im Übrigen auch § 155 Abs. 5 BVergG 2018 widersprechen würde. Auch kann darin keine unwesentliche Änderung gesehen werden, da Punkt 5.2.2 KAB-RV und § 155 Abs. 5 BVergG 2018 widersprechend. Ebenfalls kann darin keine „direktvergabefähige Leistung“ gesehen werden, da der Auftrag über die Transportbeutel Teil des gegenständlichen Auftrages ist und daher nicht gesondert vergeben werden dürfte.

3.b) Antragslegitimation; echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gemäß § 353a 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 25.01.2022 mit, dass im Oktober 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 Nichtigkeitserklärung 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, sie beträgt im gegenständlichen Fall € 10.326.797,38. 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 17.08.2021 einen Direktabruf getätigt hat, bei welchem die Leistungs- und Vertragsbedingungen insofern rechtswidriger Weise geändert wurden, als die Logistikkosten zu einem im Vergleich zum Preis des Angebotes in der Basisrahmenvereinbarung deutlich erhöhten Preis zugeschlagen und bezahlt wurden und ein Preis für eine erhebliche Anzahl an „Transportbeutel“ verrechnet und bezahlt wurde, wobei „Transportbeutel“ im Leistungsverzeichnis der Basisrahmenvereinbarung nicht vorkommen und daher auch nicht zu bezahlen gewesen wären, wodurch sich der Gesamtpreis rechtswidriger Weise um € 332.287,30 erhöhte, 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:

Der Auftraggeberin ist 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 € 350.000,00 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 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 Anwaltpflicht.

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 01.03.2022

Mag. Thomas G R U B E R
(Richter)