



BVwG

Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Entscheidungsdatum

10.09.2021

Geschäftszahl

W131 2243410-2/84E

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

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, durch die fachkundige Laienrichterin Dr'a Ilse POHL als Beisitzerin der Auftraggeberseite und durch den fachkundigen Laienrichter Mag Matthias WOHLGEMUTH als Beisitzer der Auftragnehmerseite bezüglich des Nachprüfungsverfahrens betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die Konstruktion, Herstellung und Lieferung von Doppelstockelektrotriebzügen“ der Auftraggeberin ÖBB-Personenverkehr AG (= AG) aufgrund des Antrags der anwaltlich vertretenen Antragstellerin (=ASt) XXXX auf Nichtigklärung der Auswahlentscheidung vom 4.6.2021 zu Gunsten der XXXX (= MB) nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Die Auswahlentscheidung vom 04.06.2021 zu Gunsten der XXXX wird hiermit für nichtig erklärt.

B)

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

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Die AG führt dz ein zweistufiges Vergabeverfahren lt Entscheidungskopf seit 2019 durch.
2. Nach Letztangebotslegung im Herbst 2020 wurde vorerst die ASt mit ihrem Angebot aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden.

Das BVwG hat diese Ausscheidensentscheidung in dem am 28.12.2020 eingeleiteten Nachprüfungsverfahren zu W131 2238132-1 mit Erkenntnis vom 11.02.2021 bestätigt und nach Revisionserhebung im Rahmen einer ordentlichen Revision im Vorverfahren gemäß VwGG dieser Revision aufschiebende Wirkung gemäß § 30 Abs 2 VwGG zuerkannt, siehe insoweit den Beschluss vom 11.03.2021 zu § 30 Abs 2 VwGG zur GZ W131 2238132-1/73E.

3. Danach hat die AG die hier angefochtene Auswahlentscheidung vom 04.06.2021 getroffen, die von der ASt mit dem hier zu erledigenden Nachprüfungsantrag vom 14.06.2021 angefochten wurde.

Inhaltlich machte die ASt dabei zu Lasten der MB insb eine Interessenskollision der AG betreffend die MB, einen Widerrufssachverhalt und Ausschreibungswidrigkeiten va in Bezug auf technische Anforderungen bzw betreffend den Angebotspreis geltend.

Mit einer beantragten einstweiligen Verfügung (= eV) wurde der Abschluss der Rahmenvereinbarung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

4. Die MB erhob gegen diesen Nachprüfungsantrag Einwendungen nach § 346 Abs 3 BVergG. Neben Schriftsatzwechseln wurde der Sachverhalt im Rahmen einer am 19.07.2021 durchgeführten Verhandlung erörtert, wobei zu verschiedenen Ermittlungsthemen parteienseits häufig Geheimhaltungsinteressen angezogen wurden.

5. Rücksichtlich der Dauer des Nachprüfungsverfahrens wurde auch über die allfällige Aufhebung der eV vor dem Hintergrund der schon oder nicht erkennbaren Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags iSv EuGH Rs C-424/01 am 05.08.2021 verhandelt, ohne dass die eV bislang aufgehoben wurde.

6. Insb am 18.08.2021 bestätigen die Rechtsvertretungen der AG, ASt und MB gegenüber dem BVwG, dass auch deren Erachtens noch keine Vereinbarung iSd Art 218 AEUV zwischen der Schweiz mit der EU gemäß Art 14 VO (EU) 910/2014 vorliegt. Dieser Standpunkt stimmt mit

einer beim Schweizer Bundesamt für Kommunikation angefragten und danach vom Schweizer Bundesamt für Justiz erhaltenen Auskunft überein.

7. Nach Beginn von Gesprächen iSv § 43 Abs 5 AVG verzichteten die Parteien mit den Eingaben OZZ 70, 71 und 72 auf die Geltendmachung der Entscheidungspflicht und damit auf einen Fristsetzungsantrag vorerst bis 06.09.2021, dies vor dem Hintergrund v VwGH 93/01/0307.

Die AG und die MB verzichteten danach schließlich weiter auf die Geltendmachung der Entscheidungspflicht bis zum 15.09.2021, wohingegen die ASt nunmehr auf einer Entscheidung über den Nachprüfungsantrag beharrte.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die Rahmenvereinbarung wurde noch nicht abgeschlossen; der Zuschlag auf Basis der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung ist noch nicht erteilt.

Der vorstehende Verfahrensgang wird samt den darin enthaltenen Vergabetatsachen und Vergabeverfahrenstatsachen festgestellt und ergibt sich aus den Gerichtsakten.

Darüber hinaus wird festgestellt, dass die ASt bislang hinreichend Pauschalgebühren gemäß § 340 BVergG iVm der (nationalen) Verordnung BGBl II 2018/212 bezahlt hat und insoweit rechtlich vorwegnehmend kein Sachverhalt gemäß § 344 Abs 2 Z 3 BVergG vorliegt.

1.2. Im Vergabeakt ist bislang keine Dokumentation gemäß § 299 Abs 4 BVergG enthalten, an Hand welcher nachvollziehbar wäre, inwieweit die Ausführungen auf der Seite 7 von 26 des Dokuments aus dem Letztangebot der MB "200.204a", dort insb Punkt 2.7, keinen Anlass geben, iZm dem Schulungskonzept der MB rücksichtlich der dortigen Ausführungen nicht von einem notwendigen Subunternehmer der MB auszugehen.

Es ist bislang auch nicht entsprechend dokumentiert geprüft worden, kraft welcher "Rechtsbeziehung" zur MB die allenfalls einem anderen Rechtsträger als der MB zurechenbaren, auf der besagten Seite 7 des Dokuments 200.204a dort der Funktion nach genannten Personen in die Auftragserfüllung eingebunden sind und inwieweit dadurch die Bestimmungen der Teilnameantragsunterlagen betreffend notwendige Subunternehmer berührt oder nicht berührt werden.

Jedenfalls finden sich insoweit zu den vorstehenden Themen iZm Schulungspersonal keine Ausführungen in der Niederschrift über die Prüfung der Letztgebote der AG, wo die Prüfung

von Eignungsfragen bzw Subunternehmerfragen bei der MB auf den Seiten 6, 12 und 190 dokumentiert ist, so die Niederschrift über die Angebotsprüfung als word - dokument im Ordner 20 der elektronisch vorgelegten Vergabeunterlagen.

Punkt 11 der Letztangebotsaufforderung lautet insoweit:

"Arbeits- und Bietergemeinschaft, Subunternehmer, sonstige Dritte

Unternehmer dürfen nur in jener Konstellation ein Angebot abgeben, in welcher sie auch den Teilnahmeantrag gestellt haben und in welcher sie vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe eingeladen wurden. Der Auftraggeber behält sich vor, im Einzelfall Ausnahmen zuzulassen, wenn der Eignungsstandard gesichert ist."

Punkt 12 der Letztangebotsaufforderung lautet insoweit fortgesetzt:

Subunternehmer und sonstige Dritte

Sofern der Bieter im Zuge der ersten Stufe des Vergabeverfahrens auf die Befugnis oder Leistungsfähigkeit von Subunternehmern oder sonstigen Dritten zurückgegriffen hat, um seine eigene fehlende Befugnis oder Leistungsfähigkeit zu substituieren (notwendige bzw eignungsrelevante Subunternehmer oder sonstige Dritte), ist er verpflichtet, diese notwendigen Subunternehmer oder sonstige Dritte zur Leistungserbringung einzusetzen. Jeder beabsichtigte Wegfall und jede beabsichtigte Änderung des Einsatzes eines notwendigen Subunternehmers oder sonstigen Dritten ist dem AG unverzüglich mitzuteilen und bedarf dessen vorheriger, schriftlicher Zustimmung. Der AG wird seine Zustimmung nur dann erteilen, wenn der ersatzweise genannte Subunternehmer oder sonstige Dritte zumindest jenen Standard erfüllt wie der ausgetauschte Subunternehmer oder sonstige Dritte bzw wenn die Änderung des Einsatzes eines notwendigen Subunternehmers oder sonstigen Dritten zumindest den Standard vor dieser Änderung sicherstellt und daher für den AG jedenfalls keine Verschlechterung eintritt, wofür der Bieter beweispflichtig ist.

1.3. In Punkt 7.1. der Letztangebotsaufforderung der AG findet sich folgende Textpassage:

"Aufgrund des Bundesvergabegesetzes 2018 dürfen bei Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, die ab dem 18.10.2018 eingeleitet werden, sowohl Teilnahmeanträge als auch Angebote nur noch elektronisch über die Plattform PROVIA eingereicht werden. Eine Einreichung in Papierform [...]. Für die elektronische Abgabe ist eine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich. Bitte stellen Sie daher sicher, dass Sie spätestens zu diesem Zeitpunkt zur

elektronischen Einreichung in der Lage sind und über eine qualifizierte elektronische Signatur i.S.d. Verordnung (EU) Nr. 910/2014 verfügen. Angebote in Papierform [...]"

Identische Vorgaben finden sich in den präkludierten Bestimmungen für den Teilnahmeantrag und das Erstangebot.

1.4. In den (insb auch elektronisch auf Datenträger) vorgelegten Vergabeunterlagen ist bislang nicht dokumentiert, dass die MB zum Zeitpunkt der Letztangebotsabgabe über eine qualifizierte elektronische Signatur i.S.d. Verordnung (EU) Nr. 910/2014 verfügt hat.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und Sachverhalt ergeben sich aus der Aktenlage der Gerichtsakten und aus den vorgelegten Vergabeunterlagen sowie insb aus den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gegenständlich ist wegen der unstrittigen Vergabeverfahrenseinleitung nach dem 21.08.2018 das BVergG 2018 gemäß BGBl I 2018/65 einschlägig, § 376 Abs 4 BVergG 2018 (im Folgenden: BVergG).

Soweit ausdrücklich nichts anderes angegeben, beziehen sich daher Zitate des BVergG auf das BVergG 2018.

Unstrittig kommen dabei Vergabebestimmungen des 3. Teils des BVergG (für den Sektorenbereich) zur Anwendung, wobei die AG zusätzlich auch öffentliche Auftraggeberin iSd § 167 BVergG ist.

Das BVwG ist gegenständlich unstrittig zur Vergabekontrolle zuständig; und hatte gegenständlich gemäß Geschäftsverteilung in der im Entscheidungskopf ersichtlichen Senatsbesetzung zu entscheiden - § 328 BVergG 2018 iVm § 6 BVwGG.

3.1.1. Als Verfahrensrecht waren dabei abseits der Sonderverfahrensvorschriften des BVergG das VwGGV und die in § 333 BVergG 2018 verwiesenen Teile des AVG anzuwenden. Bzw aktuell zusätzlich § 4 des Bundesverfassungsgesetzes betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens (COVID-19 Begleitgesetz Vergabe) idF BGBl I 2021/107.

3.1.2. Rücksichtlich der Antragslegitimation ist vorerst auf den Beschluss des BVwG vom 11.03.2021 zu W131 2238132-1/73E zu verweisen, wo ausgeführt wurde wie folgt:

[...]

2.5. Nationalgesetzlich wird im anwendbaren BVergG zwischen der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer einerseits und der Zuschlagsentscheidung andererseits differenziert, siehe dazu die §§ 305 BVergG zur Zuschlagsentscheidung einerseits und 315 BVergG zur Auswahlentscheidung beim Abschluss der Rahmenvereinbarung andererseits.

Die Zuschlagsentscheidung ist gemäß BVergG idR an die verbliebenen Bieter zu kommunizieren, die Auswahlentscheidung idR an die nicht berücksichtigten Bieter.

2.6. Unbeschadet der wortlautmäßigen nationalgesetzlichen Differenzierung zwischen den Regeln für die Auswahlentscheidung bei einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer und den Regeln für die Zuschlagsentscheidung ist nach hier vertretener Auffassung unionsrechtskonform davon auszugehen, dass die Verfahrensrechtslage gemäß § 30 Abs 2 VwGG für den nicht berücksichtigten Bieter gemäß § 315 BVergG - vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Gleichstellung der Rahmenvereinbarung mit dem Auftrag - die gleiche sein muss wie für den (nicht) verbliebenen Bieter gemäß § 305 BVergG; dies zumal das Revisions - Vorverfahren vor dem Verwaltungsgericht nach hier vertretener Auffassung sachlich nicht der Platz für Fragestellungen gemäß Art 267 AEUV durch das hier nicht vorlagepflichtige BVwG ist.

(Somit wird diesem Beschluss nicht die Auffassung zu Grunde gelegt, dass ein nicht berücksichtigter Bieter nach § 315 auch noch ein durch das Verwaltungsgericht bestätigt mit seinem Angebot ausgeschiedener Bieter ist; bei einer derartigen Wortlautauslegung, dass der bestätigt ausgeschiedene Bieter dennoch immer auch ein nicht berücksichtigter Bieter gemäß § 315 BVergG wäre, hätte dieser Bieter nämlich dann immer einen Anspruch auf Mitteilung der Auswahlentscheidung gemäß § 315 BVergG, auch ohne Zwischenverfahren gemäß § 30 Abs 2 VwGG.)

Das BVwG geht daher maW hier davon aus, dass die ASt gegenständlich gleichbehandelnd mit der Spruchpraxis des VwGH zum (nicht) verbliebenen Bieter bei der Frage der Anfechtbarkeit der Zuschlagsentscheidung (jedenfalls) ab Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung hier Anspruch auf Zumittlung einer Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer Konkurrentin - bei sonstigen Rechtsfolgen gemäß § 315 Abs 2 BVergG - hat.

Damit hat auf den vorliegenden Fall - gleichheitskonform - die Spruchpraxis des VwGH (iZm Zuschlagsentscheidungen) zu § 30 Abs 2 VwGG bei Revisionen durch einen durch das

Verwaltungsgericht bestätigt ausgeschiedenen Bieter zur Anwendung kommen, wie sie nachstehend aufzuzeigen ist.

2.7. Der VwGH hat zu Zl Ra 2019/04/0008 ausgeführt wie folgt:

... Voraussetzung für die Stattgabe eines Aufschiebungsbegehrens ist zunächst, dass die bekämpfte Entscheidung einem "Vollzug" zugänglich ist. "Vollzugsfähigkeit" liegt bereits dann vor, wenn die Entscheidung einen Rechtsverlust herbeizuführen vermag (vgl. die bei Mayer/Muzak, B-VG5 (2015) § 30 VwGG B. I.1 zitierte hg. Rechtsprechung). Im vorliegenden Fall kommt es für die revisionswerbende Partei zu einem solchen Rechtsverlust insofern, als nach § 131 Abs. 1 BVergG 2006 der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Nachdem als "verbliebene" Bieter jene Bieter gelten, die nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw. deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig ist (vgl. RV 1171 BlgNR 22. GP 85), ist es für die Rechtsposition der revisionswerbenden Partei relevant, ob sie durch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung in den Rechtszustand vor Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses rückversetzt wird (siehe auch VwGH 2.12.2016, Ra 2016/04/0132; 31.8.2016, Ra 2016/04/0095). Das angefochtene Erkenntnis ist somit einem Vollzug in Sinn des § 30 Abs. 2 VwGG zugänglich.

Die revisionswerbende Partei begründet ihren Antrag damit, dass ihr durch die unmittelbare Vollziehung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtes ein unverhältnismäßiger Nachteil drohe, weil sie ohne Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der realistischen Chance auf Erhalt des Zuschlages verlustig ginge und damit ein wichtiges Referenzprojekt verliere. Sollte sich das Vorbringen der revisionswerbenden Partei als richtig herausstellen, wonach sämtliche anderen Angebote im Vergabeverfahren auszuschneiden wären, so müsste das Verfahren widerrufen werden. Es hätte in weiterer Folge eine Neuausschreibung zu erfolgen, an der sich auch die revisionswerbende Partei beteiligen könnte. ...

2.8. Zu Zl Ra 2016/04/0132 finden sich im AW - Beschluss des VwGH folgende Ausführungen:

...

Voraussetzung für die Stattgabe eines Aufschiebungsbegehrens ist zunächst, dass die bekämpfte Entscheidung einem "Vollzug" zugänglich ist. "Vollzugsfähigkeit" liegt bereits dann vor, wenn die Entscheidung einen Rechtsverlust herbeizuführen vermag (vgl. die bei Mayer/Muzak, B-VG5 (2015) § 30 VwGG B. I.1 zitierte hg. Rechtsprechung). Im vorliegenden

Fall kommt es für die revisionswerbende Partei zu einem solchen Rechtsverlust insofern, als nach § 131 Abs. 1 BVergG 2006 der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Nachdem als "verbliebene" Bieter jene Bieter gelten, die nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw. deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig ist (vgl. RV 1171 BlgNR 22. GP 85), ist es für die Rechtsposition der revisionswerbenden Partei relevant, ob sie durch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung in den Rechtszustand vor Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses rückversetzt wird (siehe auch die hg. Beschlüsse vom 31. August 2016, Ra 2016/04/0095, und vom 4. September 2015, Ra 2015/04/0054). Das angefochtene Erkenntnis ist somit einem Vollzug in Sinn des § 30 Abs. 2 VwGG zugänglich.

Die revisionswerbende Partei begründet ihren Antrag damit, dass ihr durch die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes erhebliche Schäden drohen, weil bei Nichtzuerkennung der aufschiebenden Wirkung davon auszugehen sei, dass der Zuschlag einem anderen Bieter erteilt werde. Es drohe unter anderem der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes.

...

2.9. Gleichartig höchstgerichtliche Ausführungen finden sich zb auch zu ZI Ra 2016/04/0095.

2.10 Da bei - hier vertretener Gleichhaltung der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer mit der Zuschlagsentscheidung - die ASt damit Gefahr läuft, (als nicht einmal mehr nicht berücksichtigte Bieterin gemäß § 315 Abs 1 BVergG, gleich dem nicht verbliebenen Bieter) keine bekämpfbare Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung mehr zugestellt zu erhalten und damit keine Vergabenachprüfung gegen eine derartige Auswahlentscheidung mehr beantragen zu können, liegt Vollzugstauglichkeit vor und ist der ASt derzeit das Interesse zuzubilligen, dass ihr eine Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung zugemittelt wird, so lange der VwGH nicht über die Revision gegen die Abweisung des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung entschieden hat. Denn ist es doch denkmögliches Ergebnis des Revisionsverfahrens, dass der VwGH - entgegen der hier vertretenen Auffassung - das BVwG - Erkenntnis kassiert; und damit die ASt rückwirkend gemäß § 42 Abs 3 VwGG noch gar nicht als endgültig bzw auch nicht als rechtskräftig ausgeschieden zu bewerten wäre.

Der hier erkennende Senat schließt sich der vorstehenden Auffassung im zitierten Beschluss gemäß § 30 Abs 2 VwGG an und hält fest, dass der ASt ab dem Beschluss vom 11.03.2021 zu W131 2238132-1/73E nicht mehr als endgültig ausgeschlossen iSd RL 89/665/EWG idF RL

2014/23/EU zu bewerten ist und damit nationalgesetzlich noch als nicht berücksichtigte Bieterin zu bewerten ist, welcher Antragslegitimation gegen die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der MB zukommt, dies nachdem die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung funktional eine Zuschlagsentscheidung nach Art 1 Abs 1 iVm Art 2a der zitierten Richtlinie ist.

3.1.5. Ansonsten ist ausdrücklich festzuhalten, dass keine weiteren Aspekte gegen die Antragszulässigkeit substantiiert vorgebracht wurden bzw solche auch sonst nicht bekannt wurden.

Zu A)

3.2. Zur Nichtigerklärung

3.2.1. IZm der Pflicht zur gesetzeskonformen Auslegung von Ausschreibungsunterlagen bzw iZm der Irrelevanz eines nur zu vermutenden Zwecks der Ausschreibungsbestimmungen hat der VwGH zB zu Ra 2018/04/0137 rechtssatzmäßig dokumentiert ausgeführt wie folgt:

Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen (Hinweis E vom 27. Oktober 2014, 2012/04/0066, mwN).

Zur alleinigen Relevanz des objektiven Erklärungswerts der Ausschreibung siehe insoweit zB auch VwGH ZI 2006/04/0024, wo festgehalten ist:

Der Verwaltungsgerichtshof hat schon wiederholt bei der Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen, somit hinsichtlich der Willenserklärungen des Auftraggebers, den objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt für maßgebend erachtet (Hinweis E vom 19. November 2008, 2007/04/0018, mit Verweis auf die Vorjudikatur). Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist, gilt auch für die Auslegung der Willenserklärung des Bieters.

3.2.2. Der VwGH hat zuletzt wiederum zu Ra 2019/04/0083 entsprechend seiner stRsp zur Präklusion, spricht: Bestandsfestigkeit von Auftraggeberentscheidungen ausgeführt wie folgt:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs kann eine unanfechtbar gewordene (bestandfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung von auf dieser Entscheidung aufbauenden Entscheidungen des Auftraggebers nicht mehr überprüft werden. Ist eine Ausschreibungsbestimmung mangels rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibung bestandfest geworden, ist sie - unabhängig davon, ob sie bei rechtzeitiger Anfechtung für nichtig zu erklären gewesen wäre - der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (siehe VwGH 22.3.2019, Ra 2017/04/0038, Rn. 26; 16.12.2015, Ra 2015/04/0071, jeweils mwN).

3.2.3. Schließlich hat der VwGH zu Ra 2016/04/0015 zur Frage der Verbesserbarkeit von Angebotsmängeln ausgeführt:

... Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass Ausschreibungsbestimmungen im Zweifel in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des BVergG 2006 (hier insbesondere der §§ 19 und § 127) so zu lesen sind, dass sie keine Möglichkeit zur nachträglichen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters bieten. ...

3.2.4. Letztlich ist weiters voranstellend festzuhalten, dass nach der stRsp des VwGH vor dem Hintergrund der RL 89/665/EWG die Vergabekontrolleinrichtung, und damit hier das BVwG, nicht zuständig ist, die Angebotsprüfung erstmalig und ersatzweise an Stelle des Auftraggebers durchzuführen bzw diesbezüglich vom Auftraggeber unterlassene Schritte der Angebotsprüfung nachzuholen, so insb VwGH 2007/04/0095. Bzw iZm der Nichtüberbindbarkeit von Auftrageberaufgaben auf die Vergabekontrolle zB bei der Entscheidungsbegründung VwGH 2009/04/0081; bzw iZm der Aufgabenverteilung bei der Preisprüfung VwGH 2007/04/0102.

Insoweit hat die AG in Anwendung der Bestimmungen der §§ 299ff BVergG insb gemäß § 299 Abs 3 BVergG die Ausschreibungskonformität des Angebots zu prüfen und als Teil der Prüfung der Angebote diese gemäß § 299 Abs 4 BVergG zu dokumentieren.

Ohne diese Prüf- und Dokumentationsschritte ist die Angebotsprüfung vergaberechtswidrig noch nicht abgeschlossen, so zB BVwG ZI W131 2147173-2/48E. Da es bei gehöriger Angebotsprüfung einschließlich damit einhergehender Dokumentation dieser Prüfung in einer Niederschrift zumindest möglich erscheint, dass die AG allenfalls zum Ergebnis kommen könnte, dass die MB aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden ist, liegt bei Mängeln der Angebotsprüfung bzw bei Mängeln der Dokumentation dieser Prüfung auch die

Nichtigerklärungsvoraussetzung gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG vor, siehe dazu zB VwGH ZI Ra 2015/04/0012 mit Hinweis auf ZI 2010/04/0037.

Erscheint es daher möglich, dass bei gehöriger Prüfung der Angebote ein anderes Vergabeverfahrensergebnis erreicht wird, ist die Voraussetzung des § 347 Abs 1 Z 2 BVergG gegeben, idS zB VwGH ZI Ra 2015/04/0012 mit Hinweis auf ZI 2010/04/0037 zu richtungsgleichen früheren Rechtslagen.

3.2.5. Dies bedeutet nunmehr wie folgt:

3.2.5.1. Da die Letztangebotsaufforderung bei dieser Vergabe definitiv verlangt, dass der Bieter zum Zeitpunkt des Letztangebotstermins über eine qualifizierte elektronische Signatur iSd VO (EU) 910/2014 verfügt, legt ein Bieter ein ausschreibungswidriges Angebot, wenn er zum Zeitpunkt der Letztangebotsabgabe über keine derartige qualifizierte elektronische Signatur gemäß der besagten EU - Verordnung verfügt hat.

3.2.5.2. Es existiert derzeit keine in Art 14 der VO (EU) 910/2014 als denkmöglich erwähnte, gemäß Art 218 AEUV abschließbare Vereinbarung der EU mit der Schweiz vor, über welche eine in der Schweiz erstellte elektronische Signatur als rechtlich gleichwertig anerkannt würde.

3.2.5.3. Die AG und die MB haben bislang weder substantiiert behauptet noch ist in den Vergabeunterlagen bislang dokumentiert, dass die MB zum Zeitpunkt der Letztangebotsabgabe über eine qualifizierte elektronische Signatur i.S.d. Verordnung (EU) Nr. 910/2014 verfügt hat bzw eine solche zwecks Angebotslegung auch verwendet hätte.

Damit erscheint das Letztangebot der MB bislang ausschreibungswidrig nach § 302 Abs 1 Z 5 BVergG, ohne dass es iSv VwGH ZI 2007/04/0095 Aufgabe des BVwG gewesen ist, an Stelle der AG noch weiter zu suchen, ob die MB allenfalls doch zum Zeitpunkt der Letztangebotsabgabe über eine derartige qualifizierte elektronische Signatur gemäß der VO (EU) 910/2014 verfügt hat.

Insoweit ist dann die Angebotsprüfung der AG gemäß §§ 299 und 347 Abs 1 Z 2 BVergG ergebnisrelevant rechtswidrig geblieben, dies da bei einer derartigen korrekten Angebotsprüfung bzw Dokumentation dieser Prüfung ein anderes Beurteilungsergebnis des

Angebots der MB denkbar erscheint, siehe dazu VwGH Zlen Ra 2015/04/0012 und 2010/04/0037.

3.2.5.4. Soweit die AG und die MB im Verfahren argumentiert haben, dass neben der festgestellten Anforderung des Verfügens über eine qualifizierte elektronische Signatur gemäß der VO (EU) 910/2014 über ein Infoblatt zur Benutzung der Ausschreibungsplattform PROVIA, Beilage ./E zur Niederschrift vom 19.07.2021, eine elektronische Signatur eines Schweizer Signaturdienstleisters auch zur Ausschreibungskonformität des Letztangebots der MB führen würde, erscheint dies bei der gebotenen objektiven Ausschreibungsinterpretation gemäß aufgezeigten VwGH - Grundsätzen unzutreffend.

- Wenn die AG bestandsfest in den Letztangebotsunterlagen das "Verfügen über eine qualifizierte elektronische Signatur iSd/gemäß der VO (EU) 910/2014" bei Letztangebotsabgabe verlangt, ohne dass dabei in den Letztangebotsunterlagen insoweit eine Klarstellung zum Verhältnis zu dieser im System der Ausschreibungsplattform hinterlegten Anleitung zur allfälligen Verwendbarkeit der dort genannten Schweizer elektronischen Signatur klargelegt wäre, ist festzuhalten, dass, sobald der durchschnittlich fachkundige Bieter in den Letztangebotsunterlagen liest:

"[...]. Für die elektronische Abgabe ist eine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich. Bitte stellen Sie daher sicher, dass Sie spätestens zu diesem Zeitpunkt zur elektronischen Einreichung in der Lage sind und über eine qualifizierte elektronische Signatur i.S.d. Verordnung (EU) Nr. 910/2014 verfügen. [...]"

dann genau dieser Bieter objektiv davon auszugehen hat, dass er über eine qualifizierte elektronische Signatur gemäß der VO (EU) 910/2014 verfügen muss.

Denn die AG hat diese zitierte Ausschreibungspassage genau für diese gegenständliche Ausschreibung verfasst und würde man der AG bedeutungslosen und entgegen dem § 193 Abs 1 BVergG irreführenden Ausschreibungstext unterstellen, wenn die AG diese Ausschreibungsbedingung (scil: *über eine qualifizierte elektronische Signatur i.S.d. Verordnung (EU) Nr. 910/2014 verfügen*) bestandsfest festlegt, um sie dann über irgendwelche Nutzungsinformationen für auch bei etlichen auch anderen Vergaben genutzten Ausschreibungsplattformen dann dort intransparent wieder zu relativieren. Schon allein der Transparenzgrundsatz gemäß § 193 Abs 1 BVergG gebietet es, dass das in den Letztangebotsunterlagen eindeutig und unbedingt formulierte Erfordernis des Verfügens über

eine qualifizierte elektronische Signatur i.S.d. Verordnung (EU) Nr. 910/2014 genau so und nicht anders als eine unbedingte Ausschreibungsbedingung verstanden wird.

Nach dem objektiven Wortlaut ist das in der Ausschreibung verlangte "Verfügen über eine qualifizierte elektronische Signatur gemäß der VO (EU) 910/2014" zudem jedenfalls etwas anderes als die Möglichkeit, irgendwo bei Nutzung irgendwelcher Ausschreibungsplattformen allenfalls irgendwelche evtl anderen elektronischen Signaturen in bestimmter Weise nutzen zu dürfen. MaW: Die *Notwendigkeit des Verfügens über eine bestimmte Signaturmöglichkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt* [und damit des diesbezüglichen Habens] ist etwas Anderes als die *Möglichkeit des Nutzens von anderen Mitteln bei gewissen Vorgängen*.

- Soweit insb die Vertretung des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung auf ein Diskriminierungsverbot gemäß GPA - Abkommen hingewiesen hat, ist zu unterstreichen, dass das bezogene Verfügungserfordernis über eine qualifizierte elektronische Signatur i.S.d. Verordnung (EU) Nr. 910/2014 von den Bietern unangefochten bestandsfest festgelegt wurde und damit unbeachtlich allfälliger Rechtswidrigkeiten jedenfalls (auch für die AG) bei dieser Vergabe gilt, siehe zur Bestandskraft nochmals zB VwGH ZI Ra 2019/04/0083; die zumal das GPA - Abkommen *obiter* für Österreich nicht als unmittelbar anwendbarer *self executing treaty* gemäß Völkerrecht anzusehen ist.

- Bei diesem Ergebnis wird hier gemäß § 39 AVG hier nicht mehr näher erörtert, ob die MB, die sich gemeinsam mit der AG für ihren Standpunkt mitunter auf das Infoblatt zur Nutzung der Ausschreibungsplattform Provia, beigeschlossen zB der Note OZ 56 des Verfahrensakts W131 2243410-2, stützt, bei Angebotslegung allenfalls zusätzlich ausschreibungswidrig gehandelt hat rücksichtlich der Frage, ob die MB überhaupt selbst über einen eigenen Provia - Zugang bei Letztangebotsabgabe verfügt hat, wenn Punkt 1.3.2 der Nutzungsbedingungen von Provia lautet:

1.3.2 Eine Nutzung der Plattform ProVia ist nur durch den jeweiligen ProVia-Nutzer zum eigenen geschäftlichen Gebrauch zulässig. Eine Weitergabe der Zugangsdaten an Dritte ist unzulässig.

Diese Erörterung wurde insb mit der Note OZ 56 des Verfahrensakts W131 2243410-2 jedenfalls durchgeführt, wobei eine weitere Erörterung hier verfahrensökonomisch unterbleibt.

3.2.5.5. Soweit bei den Feststellungen wie folgt festgehalten wurde:

...

1.2. Im Vergabeakt ist bislang keine Dokumentation gemäß § 299 Abs4 BVergG enthalten, an Hand welcher nachvollziehbar wäre, inwieweit die Ausführungen auf der Seite 7 von 26 des Dokuments aus dem Letztangebot der MB "200.204a", dort insb Punkt 2.7, keinen Anlass geben, iZm dem Schulungskonzept der MB rücksichtlich der dortigen Ausführungen nicht von einem notwendigen Subunternehmer der MB auszugehen.

Es ist bislang auch nicht entsprechend dokumentiert geprüft worden, kraft welcher "Rechtsbeziehung" zur MB die allenfalls einem anderen Rechtsträger als der MB zurechenbaren, auf der besagten Seite 7 des Dokuments 200.204a dort der Funktion nach genannten Personen in die Auftrags Erfüllung eingebunden sind und inwieweit dadurch die Bestimmungen der Teilnameantragsunterlagen betreffend notwendige Subunternehmer berührt oder nicht berührt werden.

Jedenfalls finden sich insoweit zu den vorstehenden Themen iZm Schulungspersonal keine Ausführungen in der Niederschrift über die Prüfung der Letztgebote der AG, wo die Prüfung von Eignungsfragen bzw Subunternehmerfragen bei der MB insb auf den Seiten 12 und 190 dokumentiert ist.

...,

ist vorerst festzustellen, dass diese Passagen aus dem Schulungskonzept der MB, also Seite 7 von 26 des Dokuments aus dem Letztangebot der MB "200.204a", dort insb Punkt 2.7, als Angebotsdetail gegenständlich gemäß der Rsp des EuGH in der Rs C-450/06 nicht wiedergegeben werden, da es sich insoweit um gegenüber der ASt geheime Angebotsdetails der MB handelt.

Das BVwG berücksichtigt diese Ausführungen jedoch gemäß EuGH in der Rs C-450/06 und hat daher zu schlussfolgern, dass es die AG bislang ausweislich der dem erkennenden Senat vorgelegten Vergabeunterlagen unterlassen hat, diese bezogenen Ausführungen im Schulungskonzept der MB zum Anlass zu nehmen, um eine gehörige Angebotsprüfung mit der MB dahin durchzuführen, ob die MB insoweit allenfalls Subunternehmer zur Leistungserbringung im Schulungsbereich einsetzen will und ob es sich dabei allenfalls um notwendige Subunternehmer oder aber um einen notwendigen Subunternehmer mit entsprechenden Dienstnehmern handelt, betreffend die (scil: Subunternehmer bzw

funktional beschriebene Dienstnehmer) dann weitere Prüfschritte gemäß § 299 BVerG vergaberechtskonform notwendig gewesen wären. In der besagten Passage des Schulungskonzepts der MB scheint insoweit zB insb auch ein anderer Firmenname als der der MB iZm dem dort erwähnten Schulungspersonal in bestimmten Zusammenhang auf.

Da die AG insoweit ihre gesetzmäßige Angebotsprüfung gemäß § 299 Abs 2, 3 und 4 BVergG bislang noch nicht abgeschlossen; und insb insoweit auch nicht entsprechend gemäß § 299 Abs 4 BVergG dokumentiert hat, erscheint die Auswahlentscheidung der AG jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt auch insoweit ergebnisrelevant vergaberechtswidrig.

3.2.6. Bei diesen vorstehend aufgezeigten Verfahrensergebnissen war die angefochtene Auswahlentscheidung nichtig zu erklären und kann nunmehr gemäß § 39 AVG dahinstehen, ob die MB mit ihrem Angebot allenfalls auch aus anderen Gründen, wie zB wegen eines der ASt als vergaberechtswidrig gerügten Preises oder wegen allfälligen Rechtswidrigkeiten iZm Nutzflächenangaben bei Waggon auszuscheiden gewesen sein könnte und daher die angefochtene Auswahlentscheidung auch deshalb nichtig zu erklären gewesen wäre.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

3.3. 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.

Betreffend die ausgesprochene Nichtigerklärung war die Revision nicht zuzulassen, da diese auf dem objektiven Ausschreibungswortlaut beruht; und insoweit eine Ausschreibungsauslegung im Einzelfall nicht revisibel ist - so zB VwGH Ra 2019/04/0047 mwN.

Dass Auftraggeberaufgaben bei der Angebotsprüfung (inkl deren gebotener Dokumentation nicht auf die Vergabekontrolleinrichtung verlagert werden können, entspricht gleichfalls der stRsp des VwGH, siehe dazu nur ZI 2007/04/0095.

Im Punkte der Antragslegitimation des von der Vergabekontrolle bestätigt ausgeschiedenen Bieters erscheint die Rechtslage gemäß Art 1 Abs 1 RL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU iVm der aufgezeigten Spruchpraxis des VwGH zu den Rechtsfolgen der Zuerkennung der

aufschiebenden Wirkung an eine Revision, mit der ein das Ausscheiden bestätigendes Verwaltungsgerichtserkenntnis angefochten wird, gleichfalls eindeutig und damit nicht revisibel, siehe insoweit zur fehlenden Revisibilität bei eindeutiger Rechtslage zB VwGH Zlen Ra 2015/06/0062 bzw Ro 2014/07/0053.