

**BVwG**Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: + 43 1 711 23-889 15 41

www.bvwg.gv.at

Entscheidungsdatum

02.04.2025

Geschäftszahl

W 2 7 9 2 3 0 4 8 1 5 - 2 / 3 7 E

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. Peter KOREN als Vorsitzenden, sowie Mag. Julia VAZNY-KÖNIG als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Theodor TAURER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auswahlentscheidung, mit welchem Partner die Rahmenvereinbarung „*Fahrräder und Elektrofahräder*“ abgeschlossen werden soll, der Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lasallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX, vertreten durch Altenweisl Wallnöfer Watschinger Zimmermann Rechtsanwälte GmbH, 6020 Innsbruck, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25.02.2025 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge „*die Zuschlagsentscheidung der öffentlichen Auftraggeber Republik Österreich, Bundesbeschaffung GmbH sowie aller weiteren Auftraggeber gemäß der dem Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste (Beilage ./9), alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, vom 13.12.2024, betreffend die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren „Fahrräder und Elektrofahräder“, BBG-GZ.2801.04947 für nichtig erklären*“, wird abgewiesen. Der Antrag auf Nichtigklärung der Auswahlentscheidung vom 13.12.2024 wird abgewiesen.

B)

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

Begründung:

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:

1. Die Bundesbeschaffung GmbH (Im Folgenden: Auftraggeberin, AG oder BBG) führt ein offenes Verfahren mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Liefervertrages nach Bestangebotsprinzip durch. Das Verfahren betrifft einen Lieferauftrag. Es erfolgte eine Unterteilung in Lose. Ziel des Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung über das Leasing von Fahrrädern und Elektrofahrrädern. Am 13.12.2024 erging die Auswahlentscheidung betreffend das Los 1 zu Gunsten der Bike Mobility Services Austria GmbH (Im Folgenden: mitbeteiligte Partei oder MB).

2. Mit Schriftsatz vom 20.12.2024, eingelangt am selben Tag, beantragte die XXXX (Im Folgenden: Antragstellerin oder Ast) die Zuschlagsentscheidung vom 13.12.2024 für nichtig zu erklären, verbunden mit einem Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Schutz der eigenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, einem Antrag auf Akteneinsicht sowie einem Antrag auf Gebührenersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren.

Die Antragstellerin führte im Wesentlichen zusammengefasst Folgendes aus: Die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da die MB zu Unrecht Gutpunkte erhalten habe. Der Website der MB sei zu entnehmen, dass sie am 15.11.2024 über 884 bzw. am 15.12.2024 über 889 Partnerhändler verfüge. Unter Zugrundelegung von 884 Partnerhändlern wären der MB 336 Gutpunkte zuzuschreiben gewesen, im Fall von 889 Partnerhändlern wären der MB 356 Gutpunkte zuzuschreiben gewesen. Tatsächlich habe die MB mindestens 1.012 Partnerhändler angegeben und dafür 848 Gutpunkte erhalten. Die MB verfüge nicht über mindestens 1.012 Partnerhändler und habe zu Unrecht 848 Gutpunkte erhalten, daher sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

3. Mit Schriftsatz vom 27.12.2024 führte die MB aus, die Annahme der Ast, die MB habe weniger als die im Angebot angegebenen Partnerhändler, sei rein spekulativ und falsch. Die MB habe keine fahrlässig irreführende Information an die AG weitergeleitet. Die MB beantragte daher den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen, in eventu abzuweisen.

4. Mit Schriftsatz vom 30.12.2022, übermittelte die AG, vertreten durch die Finanzprokurator aus, allgemeine Informationen. Bzgl. des Antrags auf einstweilige Verfügung

fürhte die AG aus, dass ein dringender Beschaffungsbedarf bestehe, demgegenüber stünden nur monetäre Interessen der ASt. Zudem verwies die AG darauf, dass der Nachprüfungsantrag formell nicht richtig sei, da es sich beim gegenständlichen Fall nicht um eine Zuschlagsentscheidung handle. Im gegenständlichen Fall sei jedoch der Abschluss einer Rahmenvereinbarung ausgeschrieben worden. Daher hätte die ASt die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung beantragen müssen. Daher seien die Anträge der ASt als unzulässig zurückzuweisen.

5. Mit GZ W279 2304815-1/2E hat das Bundesverwaltungsgericht am 03.01.2025 hinsichtlich Los 1 des Vergabeverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen.

6. Mit Schriftsatz vom 14.01.2025 entgegnete die ASt, dass die von ihr angenommene Anzahl der Partnerhändler des MB nicht spekulativ sei. Die ASt führte aus, die MB halte eine tagesaktuelle Liste auf ihrer Website. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb die MB parallel zu dieser Liste auf ihrer Website eine andere Liste von Partnerhändlern führen sollte.

Bzgl. der Akteneinsicht führte die ASt aus, dass es im Einzelfall zu beurteilen sei, inwieweit ein überwiegendes Interesse bestehe, einem Bieter bestimmte Informationen vorzuenthalten, wobei gleichzeitig die effektive Rechtsverfolgung sichergestellt werden muss. Es lägen keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse vor und die MB trage keine konkreten, substantiierten Interessen an der Ausnahme von der Akteneinsicht vor. Eine pauschale Ausnahme des gesamten Angebotes (samt Beilagen) von der Akteneinsicht sei weit überschießend.

Zudem beantragte die ASt in eventu die Auswahlentscheidung der AG betreffend den Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Vergabeverfahren „*Fahrräder und Elektrofahräder*“, BBG-GZ. 2801.04947,“ für nichtig zu erklären.

7. Mit Schriftsatz vom 15.01.2025 legte die MB die Liste ihrer Partnerhändler dem Bundesverwaltungsgericht vor. Die MB beantragte, dass der ASt nur eine geschwärzte Liste übermittelt werde.

8. Mit Schriftsatz vom 20.01.2025 verwies die AG auf die Bestandsfestigkeit der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen. Die Bewertung der angegebenen Partnerhändler, so die AG, erfolge aufgrund der Angaben im Bieter-Formblatt. Sofern sich die ASt hinsichtlich der Partnerstandorte der MB auf die Angaben auf deren Website stütze, so finde sich laut AG auf der Website der MB kein Hinweis darauf, demzufolge die dort abrufbare Händlerkarte das gesamte Netzwerk mit sämtlichen Partnerstandorten der MB abbilde. Selbst unter der Annahme, dass die MB lediglich über 889 Partnerstandorte verfüge, verkenne die

ASt, dass es sich bei der Angabe der Partnerstandorte laut der dem Angebot beiliegenden Bieter-Formblatt (Excel-Tabelle) um ein Leistungsversprechen für die Zukunft handle.

Zudem habe die ASt eine verbotene Mischkalkulation vorgenommen und dies selbst bestätigt. Daher wäre die ASt auszuscheiden gewesen und diese nicht mehr antragslegitimiert.

9. Mit Schriftsatz vom 30.01.2025 beantragte eine Fristerstreckung für die Erstellung der Stellungnahme und beantragte Akteneinsicht eingeschränkt auf das Angebot der MB (inkl. aller Beilagen und bezugnehmenden Dokumente und Unterlagen des AH).

10. Mit Schriftsatz vom 04.02.2025 führte die MB aus, dass die Angaben ihrer Website kein vollständiges Bild ihrer Partnerstandorte widergebe. Die MB führte verschiedene Gründe an, weshalb die Liste ihrer Partnerhändler und weshalb die Händlerstandorte einen kritischen Wettbewerbsfaktor darstellen, deren Weiterleitung an die ASt den legitimen wirtschaftlichen Interessen der MB schaden würde.

11. Ebenfalls mit Schriftsatz vom 04.02.2025 führte die AG bzgl der beantragten Akteneinsicht vom 30.01.2025 aus, dass zu schützende Geheimhaltungsinteressen nicht im Zuge eines Vergabekontrollverfahrens umgangen werden können. ASt und MB seien konkurrierende Unternehmen, die ASt könnte im Falle der Akteneinsicht vertrauliche Informationen betreffend deren Geschäftspolitik, Preise, Kalkulation, Produkte und Geschäftsmodelle erhalten. Zudem sei der Eventualantrag vom 14.01.2025 auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung der AG betreffend den Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Vergabeverfahren „*Fahrräder und Elektrofahrräder*“ als verspätet zurückzuweisen.

12. Mit Schriftsatz vom 10.02.2025 führte die ASt aus, dass eine zukünftige Anzahl von Partnerhändlern bei der Angebotsabgabe unrealistische Spekulationen zuließe. Jeder Bieter könne aufgrund der automatisch anwachsenden Anzahl der Partnerhändler iZm. der Zuschlagsentscheidung eine potenzielle Partnerhändleranzahl von 1.250 angeben, wenn zukünftige Partnerhändler angegeben werden können. Daher könne nur die tatsächlich vorhandene Anzahl von Händlern für die Wertung des Angebots herangezogen werden. Zudem wiederholte die ASt, dass die Informationen bzgl der Partnerhändler auf der Website der MB die tatsächliche Anzahl ihrer Partnerhändler angebe. Es sei auch nicht nachvollziehbar, dass die MB eine kleinere Anzahl an Partnerhändlern als nötig angebe, da eine größere Anzahl an Partnerhändlern und das damit verbundene breitere Netzwerk generell positiv zu werten sei.

Zum Vorwurf der Mischkalkulation führte die ASt, dass eine unzulässige Mischkalkulation nur vorliege, wenn Kosten oder Preise bewusst so verteilt werden, dass bestimmte Leistungen durch andere quersubventioniert werden. Da die AG nur Fahrräder im Gesamtpaket beziehe (Leasingfinanzierung, Versicherung und Wartungspaket), sei die gesonderte Ausweisung des Preises für die Wartung für den Gesamtpreis nicht relevant. Sollte man von einem ausschreibungswidrigen Angebot ausgehen, so handle es sich aber jedenfalls um einen behebbaren Mangel. Zudem verwies die ASt auf den EuGH, wonach es Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 nicht gestatte, die Klage eines Bieters, dessen Angebot nicht angenommen wurde, nach der Vorabprüfung der im Rahmen des Anschlussrechtsbehelfs des Zuschlagsempfängers erhobenen Unzulässigkeitseinrede für unzulässig zu erklären, ohne dass darüber entschieden werde, ob die gegenständlichen Angebote den Spezifikationen der Verdingungsunterlagen entsprechen.

Bezugnehmend auf den Antrag der AG, der Antrag der ASt sei zurückzuweisen, wies die ASt daraufhin, dass es sich bei der Auswahlentscheidung und beim Rahmenvereinbarungsabschluss ihrem Wesen nach um eine Zuschlagserteilung handle. Im Antrag vom 20.12.2024 sei klar erkennbar, welche Entscheidung bekämpft werde, nämlich die in dem Nachprüfungsantrag explizit unter der Überschrift „4 Angefochtene Entscheidung“ mitaufgenommene Entscheidung der Auftraggeber vom 13.12.2024 zum beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der mitbeteiligten Partei. Auch das Rechtsschutzziel, nämlich die Nichtigerklärung dieser Entscheidung, sei eindeutig erkennbar. Es handle sich lediglich um ein offensichtliches „Vergreifen im Ausdruck“ im Antrag und es ergab sich eindeutig, was gemeint war. Bei der Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung sei *"kein übertrieben strenger Maßstab"* anzulegen.

13. Mit Schriftsatz vom 20.02.2025 verwies die AG darauf, dass es sich bei dem gegenständlichen Streitpunkt um ein Zuschlagskriterium und nicht um ein Eignungskriterium handle. Die AG wiederholte, dass es sich bei der Angabe der Händlerstandorte um ein Leistungsversprechen, nicht um eine Angabe der „derzeitigen Partnerhändler“ handle. Auch verweisen die Ausschreibunterlagen nicht auf die Website der Bieter.

14. Ebenfalls mit Schriftsatz vom 20.02.2025 verwies die MB auf die Anzahl der Partnerstandorte als Soll-Anforderung. Die Anzahl der Partnerstandorte sei im Angebot für die Periode der Leistungserbringung zu nennen.

15. Am 25.02.2025 fand die mündliche Verhandlung vor dem Bundeverwaltungsgericht statt. In dieser erläuterte die AG die Ausschreibung sowie die Kriterien zur Auswahl des

Bestbieters. Die ASt hielt ihren Antrag auf Akteneinsicht hinsichtlich der Händlerliste der MB aufrecht. Diesen wies der zuständige Senat in der Verhandlung ab. Die ASt könne 31 inaktive Standorte der MB aufweisen, welche von der MB als aktive Standorte auf ihrer Website angegeben werden. Zudem legte die ASt zwei E-Mails einer Mitarbeiterin der BF vor, aus welchen die ASt ableite, dass die Liste auf der Website der MB vollständig sei. Die MB verwies (erneut) darauf, dass es sich bei der Händlerliste auf ihrer Website um ein Marketingtool handle und keine vollständige Händlerliste sei.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

II.1. Feststellungen:

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Republik Österreich (Bund), die Bundesbeschaffung GmbH sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste schrieben unter der Bezeichnung „*Fahrräder und Elektrofahräder; BBG-GZ: 2801.04947*“, einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich nach dem „Bestangebotsprinzip“ samt Zuschlagskriterien mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer über die Lieferung von Fahrrädern und Elektrofahrädern in ganz Österreich aus. An diesem Vergabeverfahren beteiligte sich unter anderem die ASt und die MB. Die Ausschreibung wurde nicht angefochten und daher bestandsfest.

Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (AAB) lauten auszugsweise:

„2 Ziel und Grundlagen des Vergabeverfahrens

2.1 Gegenstand des Verfahrens

[03] Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung

- *hinsichtlich Los 01 einem Unternehmer*
- *hinsichtlich Los 02 mit 3 Unternehmen*
- *hinsichtlich Los 03 (EAW) mit allen Bietern, die in den Losen 01 und/oder 02 ein gültiges Angebot eingebracht haben*

[04] gemäß §§ 31 Abs. 7 und 39 i. V. m. §§ 153 ff BVergG 2018 über die Lieferung von Fahrrädern und Elektrofahrädern (CPV-Code: [34400000-1 (Motorräder, Fahrräder und Beiwagen)] / Haupt-CPV-Code:

[34430000-0(Fahrräder))] und Sub-CPV-Code: [34422000-7(Fahrräder mit Hilfsmotor)] in ganz Österreich für öffentliche Auftraggeber gemäß Punkt 2.5.

[05] Der Leistungsgegenstand und die Vergabe von Einzelaufträgen auf Basis der Rahmenvereinbarung sind in den kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (Rahmenvereinbarung) detailliert geregelt.

2.4 Auftraggeber

[11] Auftraggeber sind die Republik Österreich (Bund), die Bundesbeschaffung GmbH sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste, im Vergabeverfahren alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH. Die BBG behält sich vor, die auf Basis dieses Vergabeverfahrens von ihr selbst erworbenen Leistungen an andere Auftraggeber weiter zu veräußern.

2.5 Vergebende Stelle

[12] Dieses Vergabeverfahren wird durchgeführt durch die Bundesbeschaffung GmbH (BBG) Lassallestraße 9 b 1020 Wien.

[13] Die BBG vertritt die Auftraggeber bei der Durchführung dieses Vergabeverfahrens und beim Abschluss der Rahmenvereinbarung. Dementsprechend sind alle dieses Vergabeverfahren betreffenden Mitteilungen von Bietern ausschließlich an die BBG zu richten.

[14] Die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten, die mit der Durchführung der jeweiligen konkreten Leistung zusammenhängen, trifft den jeweiligen Auftraggeber. Nähere Details hierzu sind in den kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (Rahmenvereinbarung) geregelt.

[...]

6.2 Das Angebot

6.2.1 Anforderungen

[109] Die Anforderungen an die vom Bieter zu legenden Angebote sind in den Ausschreibungsunterlagen angeführt. Dabei gibt es jedoch unterschiedliche Arten von Anforderungen.

[110] Muss-Anforderungen sind vom Bieter zwingend zu erfüllende Anforderungen. Eine Nichterfüllung führt zum Ausscheiden des Angebotes.

[111] Muss-Anforderungen sind alle Anforderungen, die nicht ausdrücklich als Soll-Anforderung gekennzeichnet sind.

[112] Soll-Anforderungen sind Anforderungen, deren Erfüllung dem Auftraggeber einen Mehrwert bietet, aber nicht zwingend erforderlich ist. Eine Nichterfüllung einer Soll-Anforderung führt nicht zum Ausscheiden des Angebotes. Die Erfüllung der Soll-Forderung wird in der Bewertung nach den Zuschlagskriterien berücksichtigt.

[113] Soll-Anforderungen sind im Leistungsverzeichnis im Tabellenblatt „SOLL-Forderungen“ zu finden.

[...]

6.2.4 Angebotspreise

Für Los 01:

[120] Der Bieter hat im Leistungsverzeichnis die Listenpreise jeweils als Nettopreis in Euro (€) ohne Umsatzsteuer, als auch die Bruttopreise inklusive Umsatzsteuer und inklusive aller Abgaben und Gebühren anzugeben. Die auszufüllenden Felder sind im Leistungsverzeichnis entsprechend blau gekennzeichnet.

[...]

6.4 Bewertung der Angebote

6.4.1 Zuschlagskriterien

[139] jenen nicht auszuscheidenden 3 Bietern geschlossen, deren Angebote insgesamt die höchsten Punktezahlen erreicht haben.

[140] Die Bewertung erfolgt nach dem Bestangebotsprinzip unter Zugrundelegung der Zuschlagskriterien:

[141] Der Gesamtpreis wird in Schlechtpunkte umgerechnet: 1 Euro entspricht einem Schlechtpunkt

[142] Für die Erfüllung oder Teilerfüllung der Sollforderungen erhält der Bieter Gutpunkte.

[143] Schlechtpunkte abzüglich Gutpunkte ergeben den Wert der Gesamtpunkte, der ausschlaggebend für die Vergabe ist.

[144] Die Rahmenvereinbarung wird in Los 01 mit jenem nicht auszuscheidenden in Los 02 mit jenen nichtauszuscheidenden drei Bietern abgeschlossen, dessen Angebot die niedrigste Gesamtpunktesumme aufweist.

[145] Punktegleichstand Sofern mehrere Angebote die gleiche Gesamtpunktezahl erreichen, wird jenes Angebot vorgereicht, das den geringsten bewertungsrelevanten Gesamtpreis aufweist.

[146] Sollte dann immer noch Gleichstand bestehen wird jener Bieter vorgereicht, der nach dem folgenden Schema die meisten Punkte erreicht:

[147] 1 Punkt für jeden Bieter, der ein KMU ist (vgl. Formblatt „Statistische Information“).

[...]“

Soll-Anforderungen sind im Leistungsverzeichnis im Tabellenblatt „Soll-Forderungen“ zu finden. Als Erläuterung zu den Tabellenblättern steht unter Tabellenblatt „SOLL-Forderung“:

„Unter Punkt SOLL-Forderungen ist die Anzahl der Standorte österreichweit einzutragen. Die Anzahl wird ins Tabellenblatt „Auswertung“ übernommen.

Die Punktbewertung erfolgt ab dem geforderten Mindestwert bis zum angegebenen Sollforderungswert interpolierend.“

Am 13.12.2024 erging die Auswahlentscheidung zu Gunsten der MB.

Mit Schriftsatz vom 20.12.2024 beantragte die ASt, neben Akteneinsicht und Ersatz der Verfahrenskosten, die Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung vom 13.12.2024.

II.2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den unter II.1. angeführten Beweismitteln.

Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Die Feststellungen finden Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen, den Bezug nehmenden Beilagen, den Vergabeunterlagen sowie den Angaben in der mündlichen Verhandlung.

Soweit das Bundesverwaltungsgericht Feststellungen zum Angebot der MB und zu deren Angebotskalkulation bzw deren Angebotsangaben trifft, erfolgt dies in Abwägung der Notwendigkeit, ein faires Verfahren zu gewährleisten einerseits und des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen andererseits (EuGH 14.02.2008, C-450/06, Varec, Rn 51; VwGH 22.05.2012, 2009/04/0187; VwGH 09.04.2013, 2011/04/0207). Nach dem Modell des Europäischen Gerichtshofes kann das Gericht in alle Informationen einsehen und dann entscheiden, welche Tatsachen es geschwärzt oder ungeschwärzt in seinen Akt nimmt und damit den Parteien des Nachprüfungsverfahrens zugänglich macht (SA GA Eleanor Sharpston 25.10.2007, C-450/06, Varec, Rn 51). Der Schutz der Vertraulichkeit im Nachprüfungsverfahren richtet sich nach § 17 Abs. 3 AVG iVm § 337 BVergG 2018. Die abschließende Beurteilung, welche Unterlagen vertraulich zu behandeln sind, obliegt dem Bundesverwaltungsgericht (zu § 21 Abs 2 VwGVG siehe VfGH 02.07.2015, G 240/2014). Die vertrauliche Behandlung von Unterlagen und Informationen bedingt auch, dass sie entsprechend dem Grundsatz des fairen Verfahrens in Art 6 EMRK und Art 47 GRC nicht in die Feststellungen des Erkenntnisses aufgenommen werden können.

Vor diesem Hintergrund werden in der gegenständlichen Konstellation ins Detail gehende Informationen zu den Handelspartnern der MB nicht offengelegt.

II.3. Rechtliche Beurteilung

Zu A)

3.1. Anzuwendendes Recht:

3.1.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes (BVwGG) lauten:

Einzelrichter

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

3.1.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG) lauten auszugsweise:

Ausübung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

§ 2. Soweit die Bundes- oder Landesgesetze nicht die Entscheidung durch den Senat vorsehen, entscheidet das Verwaltungsgericht durch Einzelrichter (Rechtspfleger).

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

...

(7) ...

3.1.3. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVerG 2018) lauten auszugsweise:

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. ...

15. **Entscheidung** ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

aa) im offenen Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

bb)...

jj) bei der Rahmenvereinbarung: hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß sublit. aa), bb), dd) oder ee) mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung; die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll; der erneute Aufruf zum Wettbewerb; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

nn) ...

b) ...

22. Kriterien:

a) **Auswahlkriterien** sind die vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, objektiven, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen unternehmerbezogenen Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird und die Auswahl im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, bei Innovationspartnerschaften, bei nicht offenen Wettbewerben oder im wettbewerblichen Dialog erfolgt.

b) **Beurteilungskriterien** sind die vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden Kriterien, nach welchen das Preisgericht bei Wettbewerben seine Entscheidungen trifft.

c) **Eignungskriterien** sind die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen Mindestanforderungen betreffend die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (Eignung) an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

d) Zuschlagskriterien bzw. Zuschlagskriterium

aa) sind bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die niedrigsten Kosten oder die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden Kriterien, nach welchen das für den Auftraggeber technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird; die Zuschlagskriterien dürfen dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen und müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbes gewährleisten und mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, oder

bb) ist bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis der Preis.

Zuschlagskriterien stehen gemäß sublit. aa mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Stadium des Lebenszyklus auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen beziehen. Dies schließt Faktoren ein, die mit dem bestimmten Prozess der Herstellung oder der Bereitstellung der zu erbringenden Leistung oder des Handels damit oder einem bestimmten Prozess in Bezug auf ein anderes Stadium des Lebenszyklus zusammenhängen, auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.

...

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 20. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

...

(9)...

**Von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließende Unternehmer
Ausschlussgründe**

§ 78. (1) Der öffentliche Auftraggeber hat – unbeschadet der Abs. 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn

1. der öffentliche Auftraggeber Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung des Unternehmers hat, die einen der folgenden Tatbestände betrifft: Mitgliedschaft bei einer kriminellen Vereinigung oder Organisation (§§ 278 und 278a des Strafgesetzbuches – StGB, BGBl. Nr. 60/1974), Terroristische Vereinigung, Terroristische Straftaten oder Terrorismusfinanzierung (§§ 278b bis 278d StGB), Bestechlichkeit, Vorteilsannahme, Bestechung, Vorteilszuwendung oder verbotene Intervention (§§ 304 bis 309 StGB und § 10 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. Nr. 448/1984), Betrug (§§ 146 bis 148 StGB), Untreue (§ 153 StGB), Geschenkannahme (§ 153a StGB), Förderungsmissbrauch (§ 153b StGB), Geldwäscherei (§ 165 StGB), Sklaverei, Menschenhandel oder Grenzüberschreitender Prostitutionshandel (§§ 104, 104a und 217 StGB) bzw. einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes, in dem der Unternehmer seinen Sitz hat, oder

2.

10. der Unternehmer sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Eignung einer schwerwiegenden Täuschung schuldig gemacht hat, diese Auskünfte nicht erteilt hat oder die vom öffentlichen Auftraggeber zum Nachweis der Eignung geforderten Nachweise bzw. Bescheinigungen nicht vorgelegt, vervollständigt oder erläutert hat oder

11. der Unternehmer

a) versucht hat, die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers in unzulässiger Weise zu beeinflussen oder

b) versucht hat, vertrauliche Informationen zu erhalten, durch die er unzulässige Vorteile beim Vergabeverfahren erlangen könnte, oder

c) fahrlässig irreführende Informationen an den öffentlichen Auftraggeber übermittelt, die die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über den Ausschluss oder die Auswahl von Unternehmern oder die Zuschlagserteilung erheblich beeinflussen könnten, oder versucht hat, solche Informationen zu übermitteln.

(2)

Das Angebot

Allgemeine Bestimmungen

§ 125. (1) Der Bieter hat sich bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten.

(8) ...

2. Abschnitt

Bestimmungen für den Abschluss von Rahmenvereinbarungen und die Vergabe von Aufträgen aufgrund von Rahmenvereinbarungen

Vergabe von öffentlichen Aufträgen aufgrund von Rahmenvereinbarungen

§ 155. (1) Bei der Vergabe der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge dürfen die Parteien keine wesentlichen Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vornehmen.

(2) Aufträge, die aufgrund einer gemäß § 154 abgeschlossenen Rahmenvereinbarung vergeben werden sollen, werden gemäß den in Abs. 3 bis 9 beschriebenen Verfahren vergeben. Diese Verfahren sind nur zwischen dem öffentlichen Auftraggeber bzw. den öffentlichen Auftraggebern und jenem Unternehmer bzw. jenen Unternehmern zulässig, die von Anfang an Parteien der Rahmenvereinbarung waren und die in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß § 154 Abs. 1 eindeutig identifiziert wurden.

(3) Wird eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer abgeschlossen, so kann der Zuschlag hinsichtlich der auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge

1. unmittelbar dem aufgrund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung gelegten Angebot nach den in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen erteilt werden, oder

2. der öffentliche Auftraggeber kann den Unternehmer zuerst schriftlich auffordern, sein Angebot

a) auf der Grundlage der ursprünglichen Bedingungen der Rahmenvereinbarung für die Vergabe der Aufträge oder

b) sofern nicht alle Bedingungen für die Vergabe der Aufträge in der Rahmenvereinbarung selbst festgelegt sind, auf der Grundlage der vervollständigten Bedingungen der Rahmenvereinbarung für die Vergabe der Aufträge oder

c) auf der Grundlage von anderen, in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen

erforderlichenfalls zu verbessern, zu vervollständigen oder abzuändern und erst danach den Zuschlag nach den in der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen erteilen.

(4) Wird eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen, so kann der Zuschlag für die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge

1. unmittelbar aufgrund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb, oder

2. nach erneutem Aufruf der Parteien zum Wettbewerb oder

3. teilweise ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb und teilweise nach erneutem Aufruf der Parteien zum Wettbewerb

erteilt werden.

(5) Sofern alle Bedingungen für die Vergabe eines Auftrages in der Rahmenvereinbarung selbst festgelegt sind, kann der Zuschlag ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb einer Partei der Rahmenvereinbarung erteilt werden. In der Ausschreibung für eine derartige Rahmenvereinbarung sind die Zuschlagskriterien für die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge festzulegen. Sollen Aufträge gemäß Abs. 4 Z 3 teilweise ohne und teilweise nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden, so sind in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung darüber hinaus

1. die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Zuschlagserteilung gemäß Abs. 4 Z 3,

2. die objektiven Kriterien, die der Entscheidung zugrunde liegen, ob bestimmte Leistungen teilweise ohne und teilweise nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden und

3. jene Bedingungen der Rahmenvereinbarung, welche einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb unterliegen können,

festzulegen. Die Möglichkeit der Vergabe teilweise ohne und teilweise nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb gemäß Abs. 4 Z 3 besteht auch für jene Lose einer Rahmenvereinbarung, für deren Vergabe alle Bedingungen in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind, ungeachtet dessen, ob alle Bedingungen für andere Lose derselben Rahmenvereinbarung festgelegt wurden.

(6) Sofern nicht alle Bedingungen für die Vergabe eines Auftrages in der Rahmenvereinbarung selbst festgelegt sind, kann der erneute Aufruf der Parteien zum Wettbewerb gemäß Abs. 4 Z 2

1. auf der Grundlage der ursprünglichen und nunmehr vervollständigten Bedingungen der Rahmenvereinbarung für die Vergabe der Aufträge, oder

2. auf der Grundlage von anderen, in der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen

erfolgen.

(7) Bei einem erneuten Aufruf der Parteien zum Wettbewerb gemäß Abs. 4 Z 2 oder 3 kann der öffentliche Auftraggeber, sofern Abs. 8 und 9 nicht zur Anwendung kommen, den Zuschlag entweder nach Durchführung einer elektronischen Auktion oder nach Durchführung des nachfolgenden Verfahrens erteilen:

1. Vor der Vergabe jedes Einzelauftrages konsultiert der öffentliche Auftraggeber schriftlich jene Parteien der Rahmenvereinbarung, die in der Lage sind, die konkret nachgefragte Leistung zu erbringen.

2. Der öffentliche Auftraggeber setzt eine angemessene Frist für die Abgabe neuer Angebote für jeden Einzelauftrag fest; dabei hat der öffentliche Auftraggeber insbesondere die Komplexität des Auftragsgegenstandes und die für die Übermittlung der Angebote und der sonstigen Unterlagen erforderliche Zeit zu berücksichtigen.

3. Die Angebote sind schriftlich einzureichen und dürfen bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht geöffnet werden.

4. Der Zuschlag ist dem gemäß dem oder den auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung festgelegten Zuschlagskriterium bzw. Zuschlagskriterien am besten bewerteten Angebot zu erteilen. Die Gründe für die Zuschlagsentscheidung sind schriftlich festzuhalten. Hinsichtlich des Zuschlages gelten die §§ 143 bis 145.

(8) Wurde mit einer oder mehreren Parteien eine Rahmenvereinbarung aufgrund von Angeboten in Form elektronischer Kataloge abgeschlossen, so kann der öffentliche Auftraggeber vorschreiben, dass der erneute Aufruf dieser Parteien zum Wettbewerb gemäß Abs. 4 Z 2 oder 3 auf der Grundlage aktualisierter Kataloge erfolgt. In diesem Fall kann der Zuschlag für die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge entweder

1. nach Aufforderung an die Parteien der Rahmenvereinbarung, ihre elektronischen Kataloge an die Anforderungen des Auftrages anzupassen und erneut einzureichen oder

2. – sofern diese Vorgangsweise in der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung bekannt gegeben wurde – nach Unterrichtung der Parteien darüber, dass der öffentliche Auftraggeber beabsichtigt, den bereits eingereichten elektronischen Katalogen jene Informationen zu entnehmen, die erforderlich sind, um Angebote zu erstellen, die den Anforderungen des Auftrages entsprechen,

erfolgen.

(9) Bei einem erneuten Aufruf der Parteien zum Wettbewerb gemäß Abs. 8 Z 2 hat der öffentliche Auftraggeber den betreffenden Parteien der Rahmenvereinbarung den Tag und den Zeitpunkt bekannt zu geben, zu dem jene Informationen den eingereichten elektronischen Katalogen entnommen werden sollen, die zur Erstellung der Angebote, die den Anforderungen des Auftrages entsprechen, notwendig sind. Mit dieser Bekanntgabe hat der öffentliche Auftraggeber den Parteien eine angemessene Frist einzuräumen, um vor dem bekannt gegebenen Zeitpunkt entweder ihren Katalog entsprechend zu aktualisieren oder die Erstellung eines Angebotes auf diese Weise abzulehnen. Der öffentliche Auftraggeber hat vor der Erteilung des Zuschlages dem in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger die aus dessen elektronischen Katalog entnommenen Informationen zu übermitteln bzw. bereitzustellen und eine angemessene Frist festzusetzen, binnen der der in Aussicht

genommene Zuschlagsempfänger gegen das solcherart erstellte Angebot Einspruch erheben kann, weil das Angebot Fehler enthält, oder binnen der zu bestätigen ist, dass das Angebot fehlerfrei ist.

(10) Auf den Widerruf eines Verfahrens gemäß Abs. 3 bis 9 sind die §§ 148 bis 150 sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 327. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Senatszuständigkeit und –zusammensetzung.

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.

(2) ...

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 333. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit

§ 334. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(5) ...

Einleitung des Verfahrens

§ 342. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(4) ...

Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

§ 344. (1) Ein Antrag gemäß § 342 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten:

1. die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,

2. die Bezeichnung des Auftraggebers, des Antragstellers und gegebenenfalls der vergebenden Stelle einschließlich deren elektronischer Adresse,

3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, insbesondere bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Bezeichnung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters,

4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller,

5. die Bezeichnung der Rechte, in denen der Antragsteller verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkte) sowie die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,

6. einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung, und

7. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(2) Der Antrag ist jedenfalls unzulässig, wenn

1. er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet, oder
 2. er nicht innerhalb der in § 343 genannten Fristen gestellt wird, oder
 3. er trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß verbührt wurde.
- (4) ...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 347. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und
2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) Als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen kommt insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung in Betracht.

(3) ...

3.2. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und formale Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 ist die Republik Österreich (Bund).

Gemäß den Angaben der Auftraggeberin zielt das gegenständliche Vergabeverfahren auf den Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit der im Zuge des offenen Verfahrens ermittelten Bestbieter und Beauftragung des Bestbieters mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer über die Lieferung von Fahrrädern und Elektrofahrrädern in ganz Österreich aus. Es handelte sich um einen Lieferauftrag (iSd § 6 BVergG 2018). Die Bekanntgabe des Vergabeverfahrens wurde in Österreich und der EU am 21.08.2024 veröffentlicht. Der geschätzte Auftragswert liegt gemäß den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2018, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Der Antrag des ASt richtet sich gegen die Vergabe des auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Auftrags.

Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und damit zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 334 Abs. 2 BVergG 2018 iVm. Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der AG das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 334 Abs. 2 BVergG 2018 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers zuständig.

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm. § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2018 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Mit Schriftsatz vom 20.12.2024 beantragte die ASt die Nichtigklärung der *„Zuschlagsentscheidung der öffentlichen Auftraggeber Republik Österreich, Bundesbeschaffung GmbH sowie aller weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste (Beilage ./9), alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, vom 13.12.2024, betreffend die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren „Fahrräder und Elektrofahrräder“, BBG-GZ. 2801.04947“*. Die AG brachte vor, dass der Antrag vom 20.12.2024 ins Leere ginge, da keine Zuschlagserteilung vorliege, sondern eine Auswahlentscheidung.

Das Rechtsschutzziel, nämlich die Nichtigklärung dieser Entscheidung, ist im Antrag der ASt vom 20.12.2024 jedoch eindeutig erkennbar. Hierbei handelt es sich dabei lediglich um ein irrtümliches Vergreifen der ASt in der vergaberechtlichen Terminologie. Dies wurde auch von der ASt klargestellt und ist daher klar erkennbar, dass die ASt die Nichtigklärung der Auswahlentscheidung der AG beantragt hat. Als solcher ist daher auch der Antrag vom 20.12.2024 zu behandeln (Vgl. VfGH 1.3.2022, E 1531/2021).

Bei der Auswahlentscheidung handelt es sich um eine gesonderte anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit a sublit. jj BVergG 2018. Der auf die Nichtigklärung dieser Entscheidungen abzielende Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach § 344 Abs. 1 BVergG 2018. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 344 Abs. 2 BVergG 2018 ist nicht gegeben. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet.

3.2.2. Antragslegitimation der ASt

Die AG brachte vor, dass die ASt nicht antragslegitimiert sei, da diese in ihrem Angebot eine rechtswidrige Mischkalkulation vorgenommen habe. Die ASt wurde nicht ausgeschieden (Vgl. VHS S. 6). Da die ASt nicht ausgeschieden wurde, ein Interesse am Abschluss der

Rahmenvereinbarung glaubwürdig behauptet und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit das Entstehen eines Schadens drohe, ist die ASt antragslegitimiert. Ein etwaiges Ausscheiden der ASt aufgrund einer von ihm möglicherweise vorgenommenen Mischkalkulation ist nicht Gegenstand des Antrags vom 20.12.2024 und damit nicht weiter zu behandeln.

3.3. Zu A)

3.3.1. Zur Rechtswidrigkeit der bekämpften Auswahlentscheidung

Die ASt brachte in ihrem Antrag im Wesentlichen vor, dass die MB nicht über die Anzahl der von ihr in ihrem Angebot angegebenen Händlerstandorte verfüge. Dies sei zudem kein Leistungsversprechen, ein Bieter habe die aktuelle Anzahl seiner Partnerhändler zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bekanntzugeben.

Unabhängig von der Anzahl der aktiven Händlerstandorte, welche die MB in ihrem Angebot angibt, ist zunächst auf die Ausschreibungsunterlagen zu verweisen. Dem dem Angebot beiliegenden Bieter-Formblatt ist zu entnehmen, dass es sich um ein Leistungsversprechen für die Zukunft handelt (SOLL-Kriterium). Soweit die ASt angab, sie hielt diesen Teil des Formblatts für eine aktuelle Auskunft über die aktuelle Anzahl von Partnerhändlern, ist auf die bestandsfeste Ausschreibung zu verweisen. Es besteht auch keine Möglichkeit zu „*wilder Spekulation*“ (Vgl. Schriftsatz ASt vom 10.02.2025, S. 3), da die angegebenen Partnerstandorte spätestens zum Zeitpunkt des Rahmenvereinbarungsabschlusses vorliegen müssen, wie die ASt selbst schreibt. Eine Nichteinhaltung des zivilrechtlich bindenden Angebots würde zu vertragsrechtlichen Sanktionen führen, weshalb dem Vorwurf der Möglichkeit zur Spekulation nicht gefolgt werden kann.

Tatsächlich kommt es dem Auftraggeber darauf an, mit welchem (Händler-; insb. Verkaufs- und Reparatur-) Netzwerk er während der Vertragslaufzeit rechnen kann und nicht, welches Netzwerk dem Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe zur Verfügung steht. Es handelt sich daher nicht um ein Eignungskriterium. Es handelt sich um ein Zuschlagskriterium und folglich um eine Zusage für die Zukunft. Die AG möchte wissen, mit welchem Netzwerk sie im Rahmen der Auftragsabwicklung rechnen kann (Vgl. *Schramm/Pesendorfer* in *Schramm/Aicher/Fruhmam* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018³ (2020), § 2 Z 22 lit. d Rz8). Auch die MB erkannte, dass es sich um ein Leistungsversprechen handelt. Diese hat nämlich nicht ihr gesamtes Händlernetzwerk angeboten (VHS. S. 8), damit sie in ihrem Angebot das Händlernetzwerk über den gesamten Zeitraum der Rahmenvereinbarung sicher anbieten kann. Tatsächlich wären ihr 1.053 Händlerstandorte bei Angebotsabgabe zur

Verfügung gestanden, sie hat aber nur 1.012 angegeben, um ihr Leistungsversprechen einhalten zu können.

Es gab für die AG keinen Grund an der Machbarkeit bzw. Plausibilität des von der MB angegebenen Leistungsversprechens zu zweifeln. Die von der AG angegebene Anzahl von 1.012 (VHS. S. 8) ist nicht unglaubwürdig bzw. unverhältnismäßig größer als jene, welche die ASt selbst angab (967). Auch gemessen an der Einschätzung der ASt, es gebe insgesamt ca. 1.250 Fahrradhändler in Österreich, welche als Händlerstandorte in Frage kommen, erscheint die Angabe der MB keinesfalls unplausibel.

Auch den Vorgaben zu den vertraglichen Beziehungen zwischen Händlern und Leasinggesellschaft (Bieter) ist zu entnehmen, dass das Angebot der AG nicht spekulativ ist. Grundsätzlich überlässt es nämlich die AG den Leasinggesellschaften, daher den Bietern, deren Verträge mit den jeweiligen Händlerstandorten bzw. Händlern zu gestalten. Ein Bieter könnte daher grundsätzlich ein stark eingeschränktes Angebot an Fahrrädern des Händlers in Kauf nehmen um dadurch ein größeres bzw. größer wirkendes Netzwerk vorweisen zu können. Allerdings ist jeder Händler (-Standort) auch verpflichtet jedes geleaste Fahrrad, welches aufgrund der Rahmenvereinbarung geliefert wurde, zu warten. Ein Händlerstandort muss daher auch Fahrräder warten, die er nicht selbst geliefert hat. Dies schließt eine willkürliche Angabe über die Anzahl der Händlerstandorte aus, da eine Mindestqualität der Händlerstandorte gegeben sein muss um ein realistisches Leistungsversprechen aufrecht zu erhalten.

Der Verweis der ASt auf die Website der MB als Beweis für ein inkorrektes und damit rechtswidriges Angebot ist nicht haltbar, da die MB zu Recht darauf verweist, dass die Angaben auf ihrer Website ein Marketingtool sind und dieses nicht Bestandteil des im Vergabeverfahren angegebenen Angebots ist. Insofern sind auch die von der ASt vorgelegten E-Mails (Beilage ./2, Beilage ./3) kein Beweis dafür, dass das Angebot der AG nicht plausibel wären, auch wenn in diesen von einer Support-Mitarbeiterin bestätigt wird, dass die Liste auf der Website der MB aktuell gehalten werde. Zu Recht verwies die AG darauf, dass die Kunden Support-Mitarbeiterin sich allgemeiner Aussagen bediente wie *„Generell sind alle uns Händler in der Händlersuche online zu finden und...“* und *„Unsere Händlerlandkarte ist aktuell und gepflegt...“*. Aus diesen Aussagen lässt sich keine zugesicherte Vollständigkeit der Händlerstandorte erkennen.

Eine Kunden Support-Mitarbeiterin kann auf eine sehr allgemeine Anfrage auch real nur sehr allgemein antworten. Die vorgelegten Anfragen beziehen sich auch nicht auf einen oder

mehrere konkrete Standorte sondern sind sehr allgemein gehalten. Auch ist es lebensnah davon auszugehen, dass eine Kunden-Support Mitarbeiterin über keine vertieften Vertriebskenntnisse verfügt. Es ist daher auch nachvollziehbar, dass für verschiedene Kunden verschiedene Konzepte sowie Händlernetzwerke angeboten werden. Es ist zudem nicht relevant, ob die Liste auf der Website vollständig ist, da diese nicht Gegenstand des Angebots der MB war. Die MB verwies in ihrem Angebot nicht auf die Liste auf ihrer Website.

Unabhängig davon, ob die unter SOLL-Forderungen anzugebenden Händlerstandorte zur Angebotsabgabe oder zum Zeitpunkt des Abschlusses Rahmenvereinbarung vorliegen müssen, gab es für die AG keinen Grund an der Angabe der MB zu zweifeln. Selbst unter der Annahme, es handle sich nicht um ein Leistungsversprechen, sondern um eine Angabe der aktuellen Händlerstandorte zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe handelt, ist die von der MB angegebene Anzahl ihrer Händlerstandorte nicht unglaubwürdig. Glaubwürdig ist, dass die Anzahl der Partnerstandorte der MB größer war als im Angebot angegeben um ein haltbares Leistungsversprechen abzugeben.

Das Angebot der MB war daher rechtmäßig, der Antrag auch Nichterklärung der Auswahlentscheidung ist daher abzuweisen.

3.4.

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

B) Revision:

Gem. § 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.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhing, der grundsätzliche Bedeutung zukam. Weder wich die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlte es an einer Rechtsprechung; weiters war die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch lagen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.