

TE Verg Bescheid 2013/6/12 F/0005-BVA/02/2011-39

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.06.2013

Norm

BVergG 2002 §23

BVergG 2006 §2 Z50

BVergG 2006 §2 Z10

BVergG 2006 §3

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §23

BVergG 2006 §312 Abs2 Z6

BVergG 2006 §312 Abs2 Z7

BVergG 2006 §312 Abs3 Z1

BVergG 2006 §312 Abs3 Z2

BVergG 2006 §312 Abs3 Z3

BVergG 2006 §312 Abs3 Z4

BVergG 2006 §312 Abs3 Z6

BVergG 2006 §312 Abs3 Z7

BVergG 2006 §318 Abs1 Z5

BVergG 2006 §318 Abs1 Z7

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §331

BVergG 2006 §332 Abs2 Z3

BVergG 2006 §332 Abs1

BVergG 2006 §332 Abs3

BVergG 2006 §334 Abs7

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Feststellungsverfahren gemäß § 312 Abs. 3 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, in der Fassung BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Y***, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 3. März 2011 und vom 14. Juli 2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Y***, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 3. März 2011 und vom 14. Juli 2011, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag vom 3. März 2011, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag vom 3. März 2011, "das Bundesvergabeamt möge die Nichtigerklärung des gesamten Vertrags, in eventu weitestmögliche Aufhebung des Vertrages, in eventu die Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs 7 BVergG aussprechen", wird zurückgewiesen. Der Antrag vom 3. März 2011, "das Bundesvergabeamt möge die Nichtigerklärung des gesamten Vertrags, in eventu weitestmögliche Aufhebung des Vertrages, in eventu die Verhängung von Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG aussprechen", wird zurückgewiesen.

III.römisch drei.

Der Antrag vom 15. Juli 2011, "das Bundesvergabeamt wolle unverzüglich die zu Unrecht entrichtete zweite Pauschalgebühr von Euro 1.660,- zu Händen des rechtsfreundlichen Vertreters der Antragstellerin zuzüglich 4 % Zinsen p.A. seit Einlagen der Überweisung auf dem Konto des BVA zurückzahlen", wird insofern stattgegeben, als die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von gesamt EUR 1.660,00 der Antragstellerin zu Händen ihres rechtfreundlichen Vertreters durch das Bundesvergabeamt zurück erstattet werden. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

IV.römisch vier.

Der Antrag vom 3. März 2011, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeber zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren zu Händen ihres rechtsfreundlichen Vertreters verpflichten", wird abgewiesen.

Begründung

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359", der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, erfolgte national am 22.7.2010 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-476642-0720 sowie europaweit am 23.7.2010 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 141-217311. Laut Bekanntmachung handelt es sich um ein offenes Verfahren, der Zuschlag soll dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Zur Vergabe gelangte

der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer über einen Lieferauftrag zu 2 Losen (Los 01 Region Ost: Wien, Niederösterreich, Burgenland, Steiermark; Los 02 Region West: Oberösterreich, Salzburg, Kärnten, Tirol, Vorarlberg) mit einer Laufzeit von 36 Monaten, beginnend ab 1.1.2011, und einer einmaligen Verlängerungsoption um weitere 12 Monate. Diese Ausschreibung wurde insgesamt viermal berichtigt. Mit der 3. Ausschreibungsberichtigung erstreckten die Auftraggeber das Ende der Angebotsfrist auf 5.10.2010, 10:00 Uhr. Alle Bieter, die ihr Interesse an der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung durch Herunterladen der Ausschreibungsunterlagen bekundet hatten, unter ihnen auch die A***, (Antragstellerin), erhielten eine diesbezügliche Benachrichtigung per e-mail.

1. 1.Ziffer eins

Nachprüfungsverfahren BVA, GZ N/0076-BVA/02/2010

Mit Anträgen vom 30. August 2010 (ergänzt am 28. September 2010) bekämpfte die Antragstellerin, vertreten durch X***, diese Ausschreibung sowie die 1., 2. und 3. Berichtigung der Ausschreibung. Dem gleichzeitigen, auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichteten Begehren wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 6.9.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-EV8, insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, die im bekämpften Vergabeverfahren eingelangten Angebote zu öffnen. Erst nach Ablauf der bis zum 5. Oktober 2010 verlängerten Angebotsfrist wies das Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 3.12.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-36, den im Nachprüfungsverfahren gestellten (Haupt)antrag, soweit er sich auf die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung und der gesamten 2. Ausschreibungsberichtigung bezog, ab und soweit er sich auf die 1. Ausschreibungsberichtigung bezog, zurück (Spruchpunkt I.). Erst nach Ablauf der bis zum 5. Oktober 2010 verlängerten Angebotsfrist wies das Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 3.12.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-36, den im Nachprüfungsverfahren gestellten (Haupt)antrag, soweit er sich auf die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung und der gesamten 2. Ausschreibungsberichtigung bezog, ab und soweit er sich auf die 1. Ausschreibungsberichtigung bezog, zurück (Spruchpunkt römisch eins.).

Dem auf die Streichung von für die Antragstellerin diskriminierender Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen gerichteten Eventualantrag, gab das Bundesvergabeamt insoweit statt, als bestimmte näher bezeichnete Teile der Ausschreibung in der Fassung der 2. Ausschreibungsberichtigung für nichtig erklärt wurden. Die nichtig erklärten Inhalte betrafen Zusatzbezeichnungen bei den Spezifikationen für das ausgeschriebene Hygienepapier, die Festlegung eines Leitproduktes für die ausgeschriebenen Rollenhandtücher sowie Festlegungen in der Ausschreibung betreffend die Mindestblattbreite der ausgeschriebenen Küchenrollen bzw. Servietten. Darüber wurde hinaus wurde dieser Eventualantrag abgewiesen (Spruchpunkt II.). Dem auf die Streichung von für die Antragstellerin diskriminierender Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen gerichteten Eventualantrag, gab das Bundesvergabeamt insoweit statt, als bestimmte näher bezeichnete Teile der Ausschreibung in der Fassung der 2. Ausschreibungsberichtigung für nichtig erklärt wurden. Die nichtig erklärten Inhalte betrafen Zusatzbezeichnungen bei den Spezifikationen für das ausgeschriebene Hygienepapier, die Festlegung eines Leitproduktes für die ausgeschriebenen Rollenhandtücher sowie Festlegungen in der Ausschreibung betreffend die Mindestblattbreite der ausgeschriebenen Küchenrollen bzw. Servietten. Darüber wurde hinaus wurde dieser Eventualantrag abgewiesen (Spruchpunkt römisch zwei.).

Der weitere auf die Nichtigerklärung der Ausschreibung und der 1., 2. und 3. Ausschreibungsberichtigungen gestellte (Haupt)antrag, ergänzt um den Eventualantrag auf Streichung von der Antragstellerin näher bezeichneter diskriminierender Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen, wurde insoweit zurückgewiesen, als er sich auf die Nichtigerklärung der 3. Ausschreibungsberichtigung bezog (Spruchpunkt III.). Zuletzt verpflichtete das Bundesvergabeamt den Auftraggeber, der Antragstellerin, die von ihr für die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen (Spruchpunkt IV.). Der weitere auf die Nichtigerklärung der Ausschreibung und der 1., 2. und 3. Ausschreibungsberichtigungen gestellte (Haupt)antrag, ergänzt um den Eventualantrag auf Streichung von der Antragstellerin näher bezeichneter diskriminierender Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen, wurde insoweit zurückgewiesen, als er sich auf die Nichtigerklärung der 3. Ausschreibungsberichtigung bezog (Spruchpunkt römisch drei.). Zuletzt verpflichtete das Bundesvergabeamt den Auftraggeber, der Antragstellerin, die von ihr für die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen (Spruchpunkt römisch vier.).

Gegen diesen Bescheid erhob die Antragstellerin zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof. Dieser lehnte mit Beschluss vom 29. Juni 2011, B 90/11-10, deren Behandlung ab und trat die Beschwerde mit Beschluss vom 25. Juli 2011, B 90/11-13, dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab. Die ergänzte Beschwerde wurde vom

Verwaltungsgerichtshof unter Zl. 2011/04/0139 protokolliert.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist waren insgesamt 5 Angebote von 5 verschiedenen Bietern bei der vergebenden Stelle eingelangt. Die Antragstellerin sah von der Legung eines Angebotes ab. Nach der Angebotsöffnung am 22.12.2010 und Abschluss der Angebotsbewertung, gab die vergebende Stelle die Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung am 20.1.2011 per Telefax an alle 5 Bieter bekannt. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung zwischen den Auftraggebern und der ermittelten Bestbieterin erfolgte mittels Telefax der vergebenden Stelle vom 1.2.2011. Die Bekanntmachung über den Abschluss dieser Rahmenvereinbarung erfolgte europaweit am 9.2.2011 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 27-043101 und national im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-484878-128.

1. 2.Ziffer 2

Feststellungsverfahren BVA, GZ F/0004-BVA/02/2011

Nach Abschluss der Rahmenvereinbarung stellte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 3.3.2011 den Antrag, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, sowie den Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr.

Zu diesem Feststellungsbegehren brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, nach einer Nichtigerklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen im offenen Verfahren nach Ablauf der Angebotsfrist sei die Ausschreibung zu widerrufen.

Wegen des Fehlens eines zeitgerechten Widerrufs der Ausschreibung oder einer Verlängerung der Angebotsfrist durch die Auftraggeber habe keine Möglichkeit für die Antragstellerin bestanden, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Nur ohne intransparente Beschreibung der Mindestqualitätsanforderungen und diskriminierender Vorgabe von Leitprodukten bzw. von Mindestbreitenanforderungen wäre die Antragstellerin willens und in der Lage gewesen, ein erfolgversprechendes Angebot zu legen.

Bei den für nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen handle es sich um wesentliche Bestandteile der Ausschreibung. Gemessen am Auftragswert mache das Volumen der betroffenen Positionen für beide Lose mehr als 32 % aus.

Die Verstöße der Auftraggeber gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz seien von besonderer Qualität. Wie in der Rechtsprechung des EuGH (vgl. EuGH 29.4.2004, RS C- 496/99, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen CAS Succhi di Frutta SpA, Slg. 2004, I-03801; 19.6.2008, RS C- 455/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH gegen Republik Österreich (Bund) APA-OTS Originaltext-Service GmbH und APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Slg. 2008, I-04401; 13.4.2010, RS C-91/08, Wall AG gegen La ville de Francfort-sur-le-Main und Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, Slg. 2010, I-02815) liege auch im Beschwerdefall eine wesentliche Abänderung der ursprünglichen Vergabebedingungen vor. Die Verstöße der Auftraggeber gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz seien von besonderer Qualität. Wie in der Rechtsprechung des EuGH vergleiche EuGH 29.4.2004, RS C- 496/99, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen CAS Succhi di Frutta SpA, Slg. 2004, I-03801; 19.6.2008, RS C- 455/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH gegen Republik Österreich (Bund) APA-OTS Originaltext-Service GmbH und APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Slg. 2008, I-04401; 13.4.2010, RS C-91/08, Wall AG gegen La ville de Francfort-sur-le-Main und Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, Slg. 2010, I-02815) liege auch im Beschwerdefall eine wesentliche Abänderung der ursprünglichen Vergabebedingungen vor.

Die Antragstellerin sei seit vielen Jahren ein erfolgreiches und in Österreich führendes Unternehmen im Hygieneartikelbereich, sie sei zweimal als Bestbieter für die Auftraggeber aus vorangegangenen Vergabeverfahren hervorgegangen. Bereits mit dem Einholen der Ausschreibungsunterlagen habe sie ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet. Von der Angebotslegung habe sie jedoch abgesehen und zunächst die als rechtswidrig erachteten Ausschreibungsbedingungen angefochten, um erst nach entsprechender Abänderung der Ausschreibung ein Angebot zu legen. Daher erachte sich die Antragstellerin insbesondere in ihrem Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren verletzt.

Mit Bescheid vom 11.4.2011, GZ F/0004-BVA/02/2011-16, wies das Bundesvergabeamt den oben wiedergegeben

Feststellungsantrag zurück (Spruchpunkt I) und das Begehren auf Gebührenersatz ab (Spruchpunkt II.). Mit Bescheid vom 11.4.2011, GZ F/0004-BVA/02/2011-16, wies das Bundesvergabeamt den oben wiedergegeben Feststellungsantrag zurück (Spruchpunkt römisch eins) und das Begehren auf Gebührenersatz ab (Spruchpunkt römisch zwei.).

In der Begründung führte das Bundesvergabeamt zunächst aus, durch den Abschluss der Rahmenvereinbarung seitens der Auftraggeber liege eine Zuschlagserteilung und somit die Voraussetzung für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens nach § 331 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) vor. Jedoch sei ein Feststellungsantrag nach dieser Bestimmung gemäß § 332 Abs. 5 BVerG 2006 unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nach den §§ 320 ff BVerG 2006 hätte geltend gemacht werden können. Nach ständiger Rechtsprechung gelte dies auch für Fälle, in denen die Rechtswidrigkeit tatsächlich in einem Nachprüfungsverfahren bereits geltend gemacht worden sei (VwGH 29.10.2008, ZI.2004/04/0093; 7.11.2005, ZI. 2003/04/0109; 1.3.2004, ZI. 2004/04/0012). Im vorliegenden Feststellungsantrag seien dieselben Vergabeverstöße von der Antragstellerin geltend gemacht worden, über die bereits mit Bescheid vom 3.12.2010 rechtskräftig abgesprochen worden sei. In der Begründung führte das Bundesvergabeamt zunächst aus, durch den Abschluss der Rahmenvereinbarung seitens der Auftraggeber liege eine Zuschlagserteilung und somit die Voraussetzung für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens nach Paragraph 331, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) vor. Jedoch sei ein Feststellungsantrag nach dieser Bestimmung gemäß Paragraph 332, Absatz 5, BVerG 2006 unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nach den Paragraphen 320, ff BVerG 2006 hätte geltend gemacht werden können. Nach ständiger Rechtsprechung gelte dies auch für Fälle, in denen die Rechtswidrigkeit tatsächlich in einem Nachprüfungsverfahren bereits geltend gemacht worden sei (VwGH 29.10.2008, ZI.2004/04/0093; 7.11.2005, ZI. 2003/04/0109; 1.3.2004, ZI. 2004/04/0012). Im vorliegenden Feststellungsantrag seien dieselben Vergabeverstöße von der Antragstellerin geltend gemacht worden, über die bereits mit Bescheid vom 3.12.2010 rechtskräftig abgesprochen worden sei.

Auch sei dem Argument der Antragstellerin nicht zu folgen, die Vergabe der Rahmenvereinbarung nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung, aber auf Grundlage der unveränderten Angebote sei bisher nicht geltend gemacht worden, sondern ein neuer im Feststellungsantrag geltend gemachter Verstoß ("tatbestandsmäßig im Sinn von § 312 Abs. 3 Z 1 BVerG 2006"). Denn die Ermittlung des Bestbieters sei auch nach Nichtigerklärung von einzelnen Ausschreibungsbestimmungen auf Basis der übrig gebliebenen rechtmäßigen Ausschreibungsbestimmungen weiterhin möglich gewesen. Auch sei dem Argument der Antragstellerin nicht zu folgen, die Vergabe der Rahmenvereinbarung nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung, aber auf Grundlage der unveränderten Angebote sei bisher nicht geltend gemacht worden, sondern ein neuer im Feststellungsantrag geltend gemachter Verstoß ("tatbestandsmäßig im Sinn von Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVerG 2006"). Denn die Ermittlung des Bestbieters sei auch nach Nichtigerklärung von einzelnen Ausschreibungsbestimmungen auf Basis der übrig gebliebenen rechtmäßigen Ausschreibungsbestimmungen weiterhin möglich gewesen.

Der Feststellungsantrag sei daher nach § 332 Abs. 5 BVerG 2006 unzulässig und auch der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren abzuweisen. Der Feststellungsantrag sei daher nach Paragraph 332, Absatz 5, BVerG 2006 unzulässig und auch der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren abzuweisen.

Dieser Bescheid des Bundesvergabeamtes wurde von der Antragstellerin mit Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof bekämpft. Der Verwaltungsgerichtshof protokollierte diese Beschwerde zu ZI. 2011/04/0115.

Auf das Wesentlichste zusammengefasst brachte die Beschwerdeführerin vor, in ihrem Feststellungsantrag ginge es um die Rechtsfolgen der teilweisen Nichtigerklärung der Ausschreibung mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 3.12.2010. Schon aus zeitlicher Hinsicht handle es sich um unterschiedliche Rechtsverstöße. In der seinerzeitigen Nachprüfung der Ausschreibung sei es um den Inhalt der Ausschreibung gegangen, während es bei dem im Feststellungsantrag behaupteten Verstoß um die fehlerhafte Reaktion der Auftraggeber auf die (teilweise) Nichtigerklärung der Ausschreibung ginge.

Die vorliegende Frage betreffe eine aus Sicht des Europäischen Vergaberechtsschutzes zentrale Frage: Die Beschwerdeführerin habe auf Grund diskriminierender Ausschreibungsspezifikationen von der Legung eines Angebotes abgesehen und diese Bestimmungen zulässigerweise ohne Angebotslegung bekämpft. Mit dieser Anfechtung sei sie auch teilweise erfolgreich gewesen. Die Auftraggeber hätten diese Anfechtung jedoch negiert, indem sie der Beschwerdeführerin (oder anderen Unternehmen) die Gelegenheit genommen hätten, auf Grundlage

der abgeänderten Ausschreibungsbedingungen ein Angebot zu legen. Sie hätte das Verfahren auf Basis der bisherigen Angebote zu Ende geführt. Damit seien zwar die diskriminierenden Ausschreibungsspezifikationen beseitigt worden, nicht jedoch die faktischen Konsequenzen, die sich aus diesen Spezifikationen für die Zusammensetzung des Bieterkreises im Vergabeverfahren ergeben hätten.

Gleichzeitig erklärte die Beschwerdeführerin, sie bringe diesbezüglich Beschwerde bei der Europäischen Kommission ein und halte es zur Vermeidung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Österreich europarechtlich für geboten, dass der Verwaltungsgerichtshof effektiven Rechtsschutz gegen diese Vergaberechtsverstöße gewähre.

1. 3.Ziffer 3

Feststellungsverfahren BVA, GZ F/0005-BVA/02/2011 Zusätzlich zu dem oben (unter 2.) angeführten

Feststellungsantrag stellte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 3.3.2011 weitere unter den Spruchpunkten I bis III wiedergegebenen Feststellungsanträge und begehrte die Gewährung von Akteneinsicht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Feststellungsverfahren BVA, GZ F/0005-BVA/02/2011 Zusätzlich zu dem oben (unter 2.) angeführten Feststellungsantrag stellte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 3.3.2011 weitere unter den Spruchpunkten römisch eins bis römisch drei wiedergegebenen Feststellungsanträge und begehrte die Gewährung von Akteneinsicht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend brachte die Antragstellerin zu diesen Feststellungsbegehren im Wesentlichen vor, wegen des Fehlens eines Widerrufs der Ausschreibung oder einer Verlängerung der Angebotsfrist durch die Auftraggeber habe für sie keine Möglichkeit bestanden, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Der vorliegende Fall entspreche jenen Fällen, die der EuGH in seiner Rechtsprechung (vgl. EuGH 29.4.2004, RS C-496/99, "Succi di Frutta"; 19.6.2008, RS C-454/06, "presstext"; 13.4.2010, RS C-91/09 "Wall") entschieden habe. Demnach sei eine nachträgliche Änderung eines bereits abgeschlossenen Leistungsvertrages als ein rechtswidriges, weil ohne Bekanntmachung vorgenommenes, neues Vergabeverfahren anzusehen, wenn diese Änderung im Vergleich zu den ursprünglichen Bedingungen dazu führe, dass andere als die ursprünglich zugelassenen Bieter zugelassen würden oder ein erheblich abweichendes Angebot abgegeben bzw. angenommen bzw. ein anderes als das ursprünglich angenommene Angebot erlaubt werde. Der Vertrag werde in beiden Fällen auf Grundlage anderer Inhalte geschlossen, als jenen, die Grundlage des entsprechend den Anforderungen der Transparenz und Publizität bekannt gemachten Vergabeverfahrens gewesen seien. Die Annahme einer rechtswidrigen Neuvergabe müsse umso mehr gelten, wenn, wie im vorliegenden Fall, von den Bedingungen der bekannt gemachten Ausschreibung in einem Zeitpunkt abgewichen werde, zu dem der Vertrag noch nicht abgeschlossen worden sei. Begründend brachte die Antragstellerin zu diesen Feststellungsbegehren im Wesentlichen vor, wegen des Fehlens eines Widerrufs der Ausschreibung oder einer Verlängerung der Angebotsfrist durch die Auftraggeber habe für sie keine Möglichkeit bestanden, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Der vorliegende Fall entspreche jenen Fällen, die der EuGH in seiner Rechtsprechung vergleiche EuGH 29.4.2004, RS C-496/99, "Succi di Frutta"; 19.6.2008, RS C-454/06, "presstext"; 13.4.2010, RS C-91/09 "Wall") entschieden habe. Demnach sei eine nachträgliche Änderung eines bereits abgeschlossenen Leistungsvertrages als ein rechtswidriges, weil ohne Bekanntmachung vorgenommenes, neues Vergabeverfahren anzusehen, wenn diese Änderung im Vergleich zu den ursprünglichen Bedingungen dazu führe, dass andere als die ursprünglich zugelassenen Bieter zugelassen würden oder ein erheblich abweichendes Angebot abgegeben bzw. angenommen bzw. ein anderes als das ursprünglich angenommene Angebot erlaubt werde. Der Vertrag werde in beiden Fällen auf Grundlage anderer Inhalte geschlossen, als jenen, die Grundlage des entsprechend den Anforderungen der Transparenz und Publizität bekannt gemachten Vergabeverfahrens gewesen seien. Die Annahme einer rechtswidrigen Neuvergabe müsse umso mehr gelten, wenn, wie im vorliegenden Fall, von den Bedingungen der bekannt gemachten Ausschreibung in einem Zeitpunkt abgewichen werde, zu dem der Vertrag noch nicht abgeschlossen worden sei.

Eine wesentliche Abänderung der ursprünglichen Vergabebedingungen im Sinne dieser EuGH-Rechtsprechung liege vor. Dies ergebe sich einerseits aus dem Umstand, dass bei Geltung der veränderten Ausschreibungsbedingungen andere Bieter zum Vergabeverfahren zugelassen bzw. in wesentlichen Punkten andere Angebote angenommen hätten werden können und andererseits aus der Feststellung des Bundesvergabeamtes, dass die Gesetzesverstöße für den Ausgang des Verfahrens relevant gewesen seien bzw. bei Einhaltung des Gesetzes ein anderes Verfahrensergebnis denkbar gewesen wäre. Demnach sei die Vergabe der Rahmenvereinbarung zu diesen Bedingungen als rechtswidrige Vergabe ohne Bekanntmachung anzusehen und das BVA habe die Nichtigerklärung der Rahmenvereinbarung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG auszusprechen. Eine wesentliche Abänderung der ursprünglichen Vergabebedingungen im Sinne

dieser EuGH-Rechtsprechung liege vor. Dies ergebe sich einerseits aus dem Umstand, dass bei Geltung der veränderten Ausschreibungsbedingungen andere Bieter zum Vergabeverfahren zugelassen bzw. in wesentlichen Punkten andere Angebote angenommen hätten werden können und andererseits aus der Feststellung des Bundesvergabeamtes, dass die Gesetzesverstöße für den Ausgang des Verfahrens relevant gewesen seien bzw. bei Einhaltung des Gesetzes ein anderes Verfahrensergebnis denkbar gewesen wäre. Demnach sei die Vergabe der Rahmenvereinbarung zu diesen Bedingungen als rechtswidrige Vergabe ohne Bekanntmachung anzusehen und das BVA habe die Nichtigerklärung der Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG auszusprechen.

Die Antragstellerin sei seit vielen Jahren ein erfolgreiches und in Österreich führendes Unternehmen im Hygieneartikelbereich, sie sei zweimal als Bestbieter für die Auftraggeber aus vorangegangenen Vergabeverfahren hervorgegangen. Bereits mit dem Einholen der Ausschreibungsunterlagen habe sie ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet. Von der Angebotslegung habe sie jedoch abgesehen und zunächst die als rechtswidrig erachteten Ausschreibungsbedingungen angefochten, um erst nach entsprechender Abänderung der Ausschreibung, ein Angebot zu legen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Teilnahme am Vergabeverfahren, auf eine gesetzmäßige und vergaberechtskonforme Ausschreibung, insbesondere eine nichtdiskriminierende Leistungsbeschreibung, auf Abschluss der Rahmenvereinbarung, auf den Zuschlag, auf ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren, auf eine materiell rechtsrichtige Auftraggeberentscheidung, auf Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, sowie des Diskriminierungsverbotes und Beachtung der Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes, auf Ausschreibungsunterlagen, in denen keine diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit enthalten sind und auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter verletzt.

Durch die rechtswidrige Vergabe der Rahmenvereinbarung sei der Antragstellerin ein erheblicher finanzieller und sonstiger Schaden entstanden und zwar in Form des durch Entgang des Auftrages bewirkten Verlustes des branchenüblich mit 6 % des Auftragswerts anzusetzenden Gewinns aus dem nach Abschluss der Rahmenvereinbarung zu erwartenden Leistungsabruf, in Form der Rechtsberatungskosten, in Form der für die Vorbereitung der Teilnahme am Vergabeverfahren und der Angebotserstellung entstanden Kosten von mindestens EUR 60.000,00 und in Form des entgangenen sehr wichtigen Referenzprojektes.

Die Auftraggeber brachten mit Schriftsatz vom 18.3.2011 im Wesentlichen vor, bei Rahmenvereinbarungen mit nur einem Unternehmer seien Feststellungsanträge gemäß § 312 Abs. 3 BVergG unzulässig. Der Abschluss dieser Rahmenvereinbarung beende gemäß § 150 und § 2 lit.a leg cit das Vergabeverfahren. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes knüpfe jedoch gemäß § 312 Abs. 3 BVergG an der Zuschlagsentscheidung an. Die Auftraggeber brachten mit Schriftsatz vom 18.3.2011 im Wesentlichen vor, bei Rahmenvereinbarungen mit nur einem Unternehmer seien Feststellungsanträge gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG unzulässig. Der Abschluss dieser Rahmenvereinbarung beende gemäß Paragraph 150 und Paragraph 2, Litera a, leg cit das Vergabeverfahren. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes knüpfe jedoch gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG an der Zuschlagsentscheidung an.

Im Falle der Streichung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage habe der Auftraggeber die Möglichkeit, das Vergabeverfahren fortzusetzen. Die Bieter hätten ihre Angebote lediglich den geänderten Bestimmungen anzupassen, jedoch nicht gänzlich neu zu erstellen (vgl. Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Reisner zu § 325 BVergG, Rz 20). Durch die Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung nach § 325 Abs. 2 BVergG seien diese Teile mit Wirkung ex tunc aufgehoben, sie würden als nicht gesetzt gelten und seien auch nicht mehr dem Rechtsbestand angehörig. Eine "Fortwirkung" der nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen auf den Inhalt der Angebote oder auf das Vergabeverfahren fände demzufolge nicht statt. Daher habe der Auftraggeber in diesem Fall das Vergabeverfahren mit jenen Bietern, die Angebote abgegeben haben fortgeführt. Er habe die Angebote unter Beachtung dieser ex tunc Wirkung geprüft und die geänderten Ausschreibungsbestimmungen auf die unverändert gebliebenen Angebote angewendet. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung sei rechtmäßig. Im Falle der Streichung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage habe der Auftraggeber die Möglichkeit, das Vergabeverfahren fortzusetzen. Die Bieter hätten ihre Angebote lediglich den geänderten Bestimmungen anzupassen, jedoch nicht gänzlich neu zu erstellen vergleiche Schramm, Aicher, Fruhmann,

Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Reisner zu Paragraph 325, BVergG, Rz 20). Durch die Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung nach Paragraph 325, Absatz 2, BVergG seien diese Teile mit Wirkung ex tunc aufgehoben, sie würden als nicht gesetzt gelten und seien auch nicht mehr dem Rechtsbestand angehörig. Eine "Fortwirkung" der nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen auf den Inhalt der Angebote oder auf das Vergabeverfahren fände demzufolge nicht statt. Daher habe der Auftraggeber in diesem Fall das Vergabeverfahren mit jenen Bietern, die Angebote abgegeben haben fortgeführt. Er habe die Angebote unter Beachtung dieser ex tunc Wirkung geprüft und die geänderten Ausschreibungsbestimmungen auf die unverändert gebliebenen Angebote angewendet. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung sei rechters.

Die Antragstellerin, die grob fahrlässig die Möglichkeit sich noch vor Ablauf der Angebotsfrist und unter Außerachtlassung der von ihr als rechtswidrig bezeichneten Ausschreibungsbestimmungen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ein Angebot zu legen in der Hoffnung mit dem Nachprüfungsantrag zur Gänze durchzudringen ungenützt verstreichen habe lassen, sei nicht schutzwürdig.

Die Antragstellerin verkenne - wie im Übrigen auch bei der Frage der Verlängerung der Angebotsfrist - den wesentlichen Unterschied zwischen Berichtigung und Nichtigerklärung. Die Streichung einzelner Bestimmungen iSd § 325 Abs. 2 BVergG erfolge ausschließlich durch das BVA und nicht durch den Auftraggeber. An diese zwei völlig unterschiedlichen Sachverhalte, knüpften zu Recht unterschiedliche Rechtsfolgen an. § 57 Abs. 2 BVergG richte sich ausdrücklich an den Auftraggeber. Für eine analoge Anwendung verbleibe kein Raum. Die Antragstellerin verkenne - wie im Übrigen auch bei der Frage der Verlängerung der Angebotsfrist - den wesentlichen Unterschied zwischen Berichtigung und Nichtigerklärung. Die Streichung einzelner Bestimmungen iSd Paragraph 325, Absatz 2, BVergG erfolge ausschließlich durch das BVA und nicht durch den Auftraggeber. An diese zwei völlig unterschiedlichen Sachverhalte, knüpften zu Recht unterschiedliche Rechtsfolgen an. Paragraph 57, Absatz 2, BVergG richte sich ausdrücklich an den Auftraggeber. Für eine analoge Anwendung verbleibe kein Raum.

Die von der Antragstellerin genannte EUGH-Judikatur betreffend die Änderung eines bereits geschlossenen Leistungsvertrages sei auf den vorliegenden Fall (Abänderung von Ausschreibungsbestimmungen) unanwendbar. Anderfalls wäre jede Berichtigung der Ausschreibung eine rechtswidrige Neuvergabe, zumal es Berichtigungen immanent sei, dass von den Bedingungen der bekannt gemachten Ausschreibung vor Abschluss des Vertrages abgewichen werde. Damit wären Bestimmungen im BVergG, die sich mit der Berichtigung von Ausschreibungen befassen, überflüssig. Die Richtigkeit der Annahme der Antragstellerin unterstellend, verbliebe der Nachprüfungsbehörde - im Widerspruch zum klaren Wortlaut von § 325 Abs. 2 BVergG - dann nur die Möglichkeit, die gesamte Ausschreibung aufzuheben. Die Streichung von einzelnen Bestimmungen käme jedoch nicht in Betracht. Weder dem europarechtlichen noch dem nationalen Gesetzgeber sei zu unterstellen, er habe sinnwidrige Bestimmungen oder totes Recht geschaffen. Die abgeschlossene verfahrensgegenständliche Rahmenvereinbarung stelle daher keine Neuvergabe dar. Der auf die Feststellung, ein Vergabeverfahren sei ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden, gerichtete Antrag sei verfehlt. Die von der Antragstellerin genannte EUGH-Judikatur betreffend die Änderung eines bereits geschlossenen Leistungsvertrages sei auf den vorliegenden Fall (Abänderung von Ausschreibungsbestimmungen) unanwendbar. Anderfalls wäre jede Berichtigung der Ausschreibung eine rechtswidrige Neuvergabe, zumal es Berichtigungen immanent sei, dass von den Bedingungen der bekannt gemachten Ausschreibung vor Abschluss des Vertrages abgewichen werde. Damit wären Bestimmungen im BVergG, die sich mit der Berichtigung von Ausschreibungen befassen, überflüssig. Die Richtigkeit der Annahme der Antragstellerin unterstellend, verbliebe der Nachprüfungsbehörde - im Widerspruch zum klaren Wortlaut von Paragraph 325, Absatz 2, BVergG - dann nur die Möglichkeit, die gesamte Ausschreibung aufzuheben. Die Streichung von einzelnen Bestimmungen käme jedoch nicht in Betracht. Weder dem europarechtlichen noch dem nationalen Gesetzgeber sei zu unterstellen, er habe sinnwidrige Bestimmungen oder totes Recht geschaffen. Die abgeschlossene verfahrensgegenständliche Rahmenvereinbarung stelle daher keine Neuvergabe dar. Der auf die Feststellung, ein Vergabeverfahren sei ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden, gerichtete Antrag sei verfehlt.

Mit Schriftsatz vom 1.4.2011 erwiderte die Antragstellerin im Wesentlichen, ein Analogieschluss sei sowohl aus europarechtlichen, als auch aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend geboten, um die Kompetenzen des Bundesvergabeamtes gemäß § 312 Abs. 3 BVergG auch auf den Fall des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung anwendbar zu machen. Mit Schriftsatz vom 1.4.2011 erwiderte die Antragstellerin im Wesentlichen, ein Analogieschluss

sei sowohl aus europarechtlichen, als auch aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend geboten, um die Kompetenzen des Bundesvergabesamtes gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG auch auf den Fall des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung anwendbar zu machen.

Bei den Regelungen gemäß § 325 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG handle es sich stets um Willens- oder Absichtserklärungen des Auftraggebers, nicht jedoch um Nichtigerklärungen von Angeboten oder sonstigen Willenserklärungen von Bietern. Da der Bescheid des BVA vom 3.12.2010 weder der Zuschlagsempfängerin noch anderen Teilnehmern am Vergabeverfahren zugestellt worden sei, bliebe er für diese ohne Wirkung (VwSlg 8039 A/1971, VwSlg 9127 A/1976, VwGH 9.11.1987, 1986/12/0158). Weil diese Nichtigerklärung keine Rechtswirkungen auf den Inhalt der Angebote der Bieter habe, seien die Angebote von den Bietern an die nach Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen geänderten Bestimmungen in der Ausschreibungsunterlage anzupassen. Bei den Regelungen gemäß Paragraph 325, Absatz eins und Absatz 2, BVergG handle es sich stets um Willens- oder Absichtserklärungen des Auftraggebers, nicht jedoch um Nichtigerklärungen von Angeboten oder sonstigen Willenserklärungen von Bietern. Da der Bescheid des BVA vom 3.12.2010 weder der Zuschlagsempfängerin noch anderen Teilnehmern am Vergabeverfahren zugestellt worden sei, bliebe er für diese ohne Wirkung (VwSlg 8039 A/1971, VwSlg 9127 A/1976, VwGH 9.11.1987, 1986/12/0158). Weil diese Nichtigerklärung keine Rechtswirkungen auf den Inhalt der Angebote der Bieter habe, seien die Angebote von den Bietern an die nach Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen geänderten Bestimmungen in der Ausschreibungsunterlage anzupassen.

Der EUGH habe in der Rechtssache Grossmann nicht zwischen Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren differenziert. Die der Entscheidung zugrundeliegende Bestimmung des Art. 1 Abs. 1 RL 89/665/EWG gelte für alle Verfahrensarten. Auch im Urteil vom 30.9.2010, RS C-314/09, Stadt Graz gegen Strabag AG u.a. (vgl. Rz 39), habe der EuGH klargestellt, dass die Möglichkeiten schadenersatzrechtlichen Rechtsschutz zu erlangen, nicht anders zu behandeln seien, als bei vergaberechtlichem Rechtsschutz. Der EUGH habe in der Rechtssache Grossmann nicht zwischen Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren differenziert. Die der Entscheidung zugrundeliegende Bestimmung des Artikel eins, Absatz eins, RL 89/665/EWG gelte für alle Verfahrensarten. Auch im Urteil vom 30.9.2010, RS C-314/09, Stadt Graz gegen Strabag AG u.a. vergleiche Rz 39), habe der EuGH klargestellt, dass die Möglichkeiten schadenersatzrechtlichen Rechtsschutz zu erlangen, nicht anders zu behandeln seien, als bei vergaberechtlichem Rechtsschutz.

Mit dem Vorhalt, der Antragstellerin sei "grobe Fahrlässigkeit" vorzuwerfen, weil sie die Angebotsfrist ungenützt verstreichen habe lassen, verkennten die Auftraggeber, dass in diesem Zusammenhang von Fahrlässigkeit bzw Verschulden nicht gesprochen werden könne. Verschulden komme nach allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätzen nur bei Pflichtverletzungen zum Tragen. Der Bieter habe jedoch ein Recht und keine Pflicht, einen Antrag zu stellen und dieses Bieterrecht sei zu schützen. Nicht schutzwürdig seien hingegen die Auftraggeber, die es unterlassen hätten, die Angebotsfrist zeitgerecht zu erstrecken.

Zur Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens führte die Antragstellerin insbesondere aus, Gegenstand dieses Feststellungsantrages seien - je nach Sachverhaltsvariante - jene Vergabeverstöße, hinsichtlich derer das Bundesvergabeamt dem Antrag der Antragstellerin stattgegeben habe bzw. neue Vergabeverstöße, die in einer allenfalls vorgenommenen unzulässigen Abänderung der Angebote im offenen Verfahren nach dem Bescheid vom 3.12.2010 gelegen seien. Die VwGH-Entscheidung vom 1.3.2004, Zl. 2004/04/0012, sei nicht einschlägig. Die vom BVA im Nachprüfungsverfahren anerkannten Vergabeverstöße seien im Feststellungsverfahren nicht mehr anhängig. Betreffend diese Vergabeverstöße gebe es kein anhängiges Bescheidbeschwerdeverfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts. Im vorliegenden Antrag werde gerügt, dass der Antragstellerin nicht durch Verlängerung der Angebotsfrist die europarechtlich gebotene Möglichkeit eingeräumt worden sei, sich nach Nichtigerklärung angefochtener Ausschreibungsbestimmungen noch am Vergabeverfahren zu beteiligen. Im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren sei es hingegen um eine allfällige Verlängerung der Angebotsfrist vor der Entscheidung des Bundesvergabesamtes gegangen.

Dass sich § 57 Abs. 2 BVergG ausdrücklich an den Auftraggeber und nicht an das Bundesvergabeamt richte, sage nichts darüber aus, ob die von der Antragstellerin vertretene Analogie gerechtfertigt sei. Die beiden Sachverhalte seien unter dem wesentlichen Gesichtspunkt, den Bietern sei in beiden Fällen ausreichend Gelegenheit zu geben, ihre Angebotslegung an die geänderten Ausschreibungsbestimmungen anzupassen, gleichzuhalten. Dass sich Paragraph 57, Absatz 2, BVergG ausdrücklich an den Auftraggeber und nicht an das Bundesvergabeamt richte, sage nichts darüber

aus, ob die von der Antragstellerin vertretene Analogie gerechtfertigt sei. Die beiden Sachverhalte seien unter dem wesentlichen Gesichtspunkt, den Bietern sei in beiden Fällen ausreichend Gelegenheit zu geben, ihre Angebotslegung an die geänderten Ausschreibungsbestimmungen anzupassen, gleichzuhalten.

Die Rechtsprechung des EuGH betreffend die rechtswidrige Neuvergabe behandle zwar bereits abgeschlossene Verträge, dieser Fall sei jedoch dem vorliegenden gleichzuhalten, denn Angebote bzw. Ausschreibungsbedingungen seien in wesentlicher Weise abgeändert worden. Damit sei in beiden Fällen potenziell am Auftrag interessierten Unternehmen die Möglichkeit genommen worden, sich um diesen Auftrag zu bewerben. In beiden Fällen sei der potenzielle Bieterkreis irre geführt worden.

Als Folge dieser Rechtsansicht der Antragstellerin sei nicht jede Ausschreibungs-berichtigung einer rechtswidrigen Neuvergabe gleichzuhalten. Nicht jede Berichtigung einer Ausschreibung stelle eine solche wesentliche Änderung dar. Im Regelfall sei eine mit einer Verlängerung der Angebotsfrist gekoppelte Ausschreibungsberichtigung unschädlich, weil bisher nicht am Auftrag interessierte Bieter die Möglichkeit erhielten, noch Angebote zu legen.

Mit Replik vom 8.4.2011 wiesen die Auftraggeber ua darauf hin, dass als logische Konsequenz der Teilnichterklärung von Ausschreibungsbestimmungen die gelegten Angebote so zu lesen gewesen wären, als wären die für nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen niemals Bestandteil derselben gewesen. Jene Angebotsteile, die sich auf die später für nichtig erklärten Bestimmungen bezogen hätten, hätten als nicht angeboten zu gelten.

Mit Schriftsatz vom 21.4.2011 wiederholte die Antragstellerin im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen, die Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen durch das Bundesvergabeamt ändere nach zivilrechtlichen Grundsätzen keinesfalls automatisch den Inhalt von in einem Vergabeverfahren bereits abgegebenen Angeboten. Sowohl durch eine nachträgliche verbotene Angebotsänderung als auch durch die Nichtigerklärung mit Bescheid werde vor oder bei Abschluss der Rahmenvereinbarung von jenen Inhalten der Ausschreibungsunterlage abgegangen, die jenem Vergabeverfahren zugrunde gelegen seien, das öffentlich bekannt gemacht worden sei, sodass inhaltlich ein Verfahren ohne Bekanntmachung geführt werde.

Zum Beweis, dass diese Abänderungen der Inhalte der Rahmenvereinbarung infolge des potentiell anderen Bieterkreises in Kenntnis der "bereinigten" Ausschreibungsunterlage wesentlich seien, beantragte die Antragstellerin die zeugenschaftliche Einvernahme informierter Vertreter jener 12 Unternehmen, die zunächst ihr Interesse am Auftrag durch Abruf der Ausschreibungsunterlagen bekundet und dennoch von der Abgabe eines Angebotes abgesehen hätten sowie die Einvernahme des Geschäftsführers der Antragstellerin. Weiters begehrte die Antragstellerin die Einholung eines Gutachtens eines branchenerfahrenen Sachverständigen aus den Bereichen Steuer- und Rechnungswesen zur Frage der betriebswirtschaftlichen Relevanz der geänderten Ausschreibungsbestimmungen für eine mögliche Angebotslegung.

Auf Aufforderung des Bundesvergabeamtes zur erweiterten Aktenvorlage legten die Auftraggeber am 26.4.2011 insbesondere die Unterlagen vor, die nach erfolgtem Abschluss der Rahmenvereinbarung in Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung zwischen den Auftraggebern und der Rahmenvereinbarungspartnerin im streitgegenständlichen Vergabeverfahren stehen.

Hiezu führten die Auftraggeber insbesondere aus, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung sei zu keinem Zeitpunkt durchgeführt worden. Der verfahrensgegenständliche Lieferauftrag sei nach einem offenen Verfahren nach entsprechenden nationalen und EU-weiten Bekanntmachungen durchgeführt worden. Der Antragstellerin, die sich an diesem Vergabeverfahren nicht durch die Abgabe eines Angebotes beteiligt habe, sei das Interesse an diesem Auftrag abzuerkennen. Auch der verfahrensgegenständliche Antrag auf Feststellung habe dieselben Vergabeverstöße zum Gegenstand, die die Antragstellerin bereits im Nachprüfungsverfahren (vgl. BVA, 3.12.2011, N/0076-BVA/02/2010-36) und im Feststellungsverfahren (vgl. BVA 11.4.2011, F/0004-BVA/02/2011-16) moniert habe. Hiezu führten die Auftraggeber insbesondere aus, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung sei zu keinem Zeitpunkt durchgeführt worden. Der verfahrensgegenständliche Lieferauftrag sei nach einem offenen Verfahren nach entsprechenden nationalen und EU-weiten Bekanntmachungen durchgeführt worden. Der Antragstellerin, die sich an diesem Vergabeverfahren nicht durch die Abgabe eines Angebotes beteiligt habe, sei das Interesse an diesem Auftrag abzuerkennen. Auch der verfahrensgegenständliche Antrag auf Feststellung habe

dieselben Vergabeverstöße zum Gegenstand, die die Antragstellerin bereits im Nachprüfungsverfahren vergleiche BVA, 3.12.2011, N/0076-BVA/02/2010-36) und im Feststellungsverfahren vergleiche BVA 11.4.2011, F/0004-BVA/02/2011-16) moniert habe.

Wie sich aus diesen genannten Vorentscheidungen ergebe, handle es sich beim Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der Bestbieterin weder um einen Vergabeverstoß, noch könne diese Vorgehensweise der Auftraggeber als Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gesehen werden.

Mit Erwidern vom 18.5.2011 gab die Antragstellerin insbesondere zum Grundgedanken ihres Vorbringens an, das Weglassen der mit Bescheid des Bundesvergabeamtes für nichtig erklärten diskriminierenden Ausschreibungsbestimmungen, stelle eine wesentliche Änderung des Ausschreibungsinhaltes im Vergleich zu jenem Inhalt dar, der dem europaweit bekanntgemachten Vergabeverfahren zugrunde gelegen sei. Es sei willkürlich und ein logisch nicht auflösbarer Widerspruch, wollte man die Wesentlichkeit der gestrichenen Ausschreibungsbestimmungen für den Ausgang des Vergabeverfahrens im ersten Kontrollverfahren bejahen, weil ohne diese ein anderer Unternehmer als Partner der Rahmenvereinbarung denkbar gewesen wäre und andererseits die Wesentlichkeit im nunmehrigen Verfahren verneinen, wenn es um die gleiche Frage gehe, nämlich, ob ein Außerrachtlassen derselben Ausschreibungsbestimmungen von wesentlicher Bedeutung für den Verfahrensausgang sei.

Die juristische Konstruktion der ex tunc-Wirkung der Nichtigerklärung ändere nichts daran, dass die faktischen Gegebenheiten dadurch nicht (rückwirkend) geändert würden. Jene Unternehmen, die wegen der für nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen von der Angebotslegung abgesehen hätten, hätten infolge der ex tunc-Wirkung keine Gelegenheit erhalten, auf Basis der geänderten Bedingungen anzubieten. Der Bieterkreis sei daher zu Gunsten der Anbieter von Tork Produkten verzerrt worden. Da nur Firmen, die Tork-Produkte anzubieten hätten, ein ausschreibungskonformes Angebot hätten legen können, werde der Beweisantrag gestellt, anhand der abgegebenen Angebote festzustellen, ob Angebote von Firmen mit anderen als Tork-Produkten ausschreibungskonform gewesen seien.

In der mündlichen Verhandlung vom 19.5.2011 führte die Antragstellerin zum Vorliegen eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung insbesondere aus, dass in den von ihr herangezogenen Entscheidungen des EuGH eine nachträgliche Änderung des bereits abgeschlossenen Vertrages beurteilt worden sei. Vergleichbar dazu handle es sich im vorliegenden Fall um eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Die Nichtigerklärung durch das Bundesvergabeamt habe eine wesentliche Änderung der Ausschreibung bedingt. Da die geänderten Ausschreibungsbedingungen niemals bekannt gemacht worden seien, habe der ursprünglich diskriminierende Effekt den Bieterkreis weiterhin eingeschränkt.

Durch das Nichtberichtigen der Ausschreibungsunterlage, durch das Nichtbekanntmachen der veränderten Ausschreibung und durch die Nichtverlängerung der Angebotsfrist seien die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz verletzt worden. Die Auftraggeber hätten diese Handlungen nach Vorliegen des Bescheides des Bundesvergabeamtes über die Nichtigerklärung von Ausschreibungsteilen zu setzen gehabt.

Die Auftraggebervertreterin brachte vor, infolge der ex tunc wirkenden Nichtigerklärung von Ausschreibungsteilen durch den Bescheid des Bundesvergabeamtes, habe es keine Verpflichtung des Auftraggebers zur Bekanntmachung gegeben. Etwas rechtlich nie Existentes könne nicht berichtigt werden. Die Auftraggeber hätten keine (weiteren) Veränderungen an der Ausschreibung vorgenommen. Technische Spezifikationen seien nicht bekannt zu machen gewesen.

Die Antragstellerin erwiderte, die diskriminierenden Teile der Ausschreibung seien ursprünglich bekannt gemacht worden. Daran ändere selbst eine ex tunc-Wirkung nichts. Potenzielle Interessenten hätten lediglich die ursprüngliche Ausschreibung in der diskriminierenden Form wahrnehmen können. Diese potenziellen Interessenten seien nicht Parteien des Nachprüfungsverfahrens gewesen und hätten daher keine Möglichkeit gehabt, von der berichtigten Ausschreibung Kenntnis zu erlangen. Eine Teilnichtigkeit käme nur bei einer unwesentlichen Änderung der Ausschreibung in Betracht. Wenn der Bieterkreis eingeschränkt werde, könne es sich niemals um eine unwesentliche Änderung handeln. § 325 Abs. 2 BVergG sage nicht, dass der Auftraggeber die Angebote öffnen dürfe. Die Antragstellerin erwiderte, die diskriminierenden Teile der Ausschreibung seien ursprünglich bekannt gemacht worden. Daran ändere selbst eine ex tunc-Wirkung nichts. Potenzielle Interessenten hätten lediglich die ursprüngliche Ausschreibung in der diskriminierenden Form wahrnehmen können. Diese potenziellen Interessenten seien nicht

Parteien des Nachprüfungsverfahrens gewesen und hätten daher keine Möglichkeit gehabt, von der berechtigten Ausschreibung Kenntnis zu erlangen. Eine Teilnichtigkeit käme nur bei einer unwesentlichen Änderung der Ausschreibung in Betracht. Wenn der Bieterkreis eingeschränkt werde, könne es sich niemals um eine unwesentliche Änderung handeln. Paragraph 325, Absatz 2, BVergG sage nicht, dass der Auftraggeber die Angebote öffnen dürfe.

Mit Bescheid vom 24.5.2011, GZ F/0005-BVA/02/2011-19, wies das Bundesvergabeamt die in den Spruchpunkten I, II und IV wiedergegebenen Anträge ab (Spruchpunkte I. und II.). In der Begründung dieses Bescheides führte das Bundesvergabeamt im Wesentlichen aus, beantragt sei eine Feststellung nach § 312 Abs. 3 Z. 3 BVergG 2006, somit die Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde. In diesem Fall handle es sich jedoch nicht um ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Mit Bescheid vom 24.5.2011, GZ F/0005-BVA/02/2011-19, wies das Bundesvergabeamt die in den Spruchpunkten römisch eins, römisch zwei und römisch vier wiedergegebenen Anträge ab (Spruchpunkte römisch eins. und römisch zwei.). In der Begründung dieses Bescheides führte das Bundesvergabeamt im Wesentlichen aus, beantragt sei eine Feststellung nach Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006, somit die Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde. In diesem Fall handle es sich jedoch nicht um ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung.

Das vorliegende Vergabeverfahren und die Vergabe dieses Lieferauftrages seien jeweils national und europaweit bekannt gemacht worden.

Im Gegensatz zu der von der Antragstellerin angeführten EUGH-Rechtsprechung sei die ex tunc wirkende Nichtigkeitsklärung von Teilen der Ausschreibung nicht von den Auftraggebern, sondern vom Bundesvergabeamt vorgenommen worden. Folge dieser ex tunc wirkenden Nichtigkeitsklärung sei, dass kein diesbezüglicher weiterer Handlungsbedarf beim Auftraggeber bestehe. Dies schon deshalb, weil eine öffentliche Bekanntmachung der durch die Nichtigkeitsklärung geänderten Ausschreibungsbestimmungen durch den Auftraggeber (gemäß § 2 Z. 16 lit. a BVergG 2006) wieder gesondert anfechtbar und damit einer neuerlichen Nachprüfung zugänglich wäre. Dieses dem System des vergaberechtlichen Rechtsschutzes widersprechende Ergebnis sei weder dem nationalen Gesetzgeber noch dem europäischen "Rechtsregime" zu unterstellen. Im Gegensatz zu der von der Antragstellerin angeführten EUGH-Rechtsprechung sei die ex tunc wirkende Nichtigkeitsklärung von Teilen der Ausschreibung nicht von den Auftraggebern, sondern vom Bundesvergabeamt vorgenommen worden. Folge dieser ex tunc wirkenden Nichtigkeitsklärung sei, dass kein diesbezüglicher weiterer Handlungsbedarf beim Auftraggeber bestehe. Dies schon deshalb, weil eine öffentliche Bekanntmachung der durch die Nichtigkeitsklärung geänderten Ausschreibungsbestimmungen durch den Auftraggeber (gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006) wieder gesondert anfechtbar und damit einer neuerlichen Nachprüfung zugänglich wäre. Dieses dem System des vergaberechtlichen Rechtsschutzes widersprechende Ergebnis sei weder dem nationalen Gesetzgeber noch dem europäischen "Rechtsregime" zu unterstellen.

Mangels einer entsprechenden Verpflichtung bzw. rechtlicher Möglichkeiten zur Berichtigung der Ausschreibung oder zur Veröffentlichung der veränderten Ausschreibung durch die Auftraggeber komme eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes bzw. des Transparenzgrundsatzes durch "Nichthandeln" der Auftraggeber nicht in Betracht.

Dieser Bescheid des Bundesvergabeamtes wurde von der Antragstellerin mit unter Zl. 2011/04/0130 protokollierten Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof bekämpft.

Auf das Wesentlichste zusammengefasst brachte die Beschwerdeführerin darin vor, die Änderung einer Ausschreibung durch eine teilweise Nichterklärung von Ausschreibungsbestimmungen sei einer nachträglichen Vertragsänderung durch den Auftraggeber gleichzuhalten. Der EuGH habe entschieden, dass eine Abänderung von Ausschreibungsbestandteilen während des laufenden Vergabeverfahrens zu einer Verletzung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz führe (vgl. EUGH 4.12.2003, RS C-448/01, EVN AG und Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich, Slg. 2003, I-14527, Randnr. 92f.). Beim Verbot der Änderung wesentlicher Vertragsbedingungen nach Vertragsabschluss ginge es um das gleiche Ziel wie bei dem Verbot von wesentlichen Änderungen während eines laufenden Vergabeverfahrens. Durch beide Arten von Änderungen würden bestimmte Bieter bevorzugt bzw. jene Bieter, welche keine Kenntnis von den Änderungen hätten, unter Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes benachteiligt. Auf das Wesentlichste zusammengefasst brachte die Beschwerdeführerin darin vor, die Änderung einer Ausschreibung durch eine teilweise Nichterklärung von Ausschreibungsbestimmungen sei einer nachträglichen Vertragsänderung durch den Auftraggeber gleichzuhalten. Der EuGH habe entschieden, dass eine Abänderung von

Ausschreibungsbestandteilen während des laufenden Vergabeverfahrens zu einer Verletzung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz führe vergleiche EUGH 4.12.2003, RS C-448/01, EVN AG und Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich, Slg. 2003, I-14527, Randnr. 92f.). Beim Verbot der Änderung wesentlicher Vertragsbedingungen nach Vertragsabschluss ginge es um das gleiche Ziel wie bei dem Verbot von wesentlichen Änderungen während eines laufenden Vergabeverfahrens. Durch beide Arten von Änderungen würden bestimmte Bieter bevorzugt bzw. jene Bieter, welche keine Kenntnis von den Änderungen hätten, unter Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes benachteiligt.

Auch sei die öffentliche Bekanntmachung der Änderung von Ausschreibungsbestimmungen infolge einer Nichtigerklärung durch die Vergabekontrollbehörde keine anfechtbare neue Entscheidung des Auftraggebers, gehe es doch nur darum den interessierten Unternehmen Kenntnis davon zu verschaffen, dass die Ausschreibungsbedingungen geändert worden seien.

Auch hätten die Auftraggeber die Angebotsfrist rechtzeitig verlängern können.

Mit Schriftsatz vom 15.7.2011 stellte die Antragstellerin einen weiteren unter Spruchpunkt IV wiedergegebenen Antrag. Betreffend dieser auf Rückerstattung zu Unrecht entrichteter Pauschalgebühren und in eventu auf bescheidmäßigen Abspruch über deren Gebührlichkeit gerichteten Begehren führte die Antragstellerin insbesondere aus, sie habe mit Eingabe vom 3.3.2011 sowohl einen Antrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 als auch gemäß § 331 Abs 1 Z 2 2006, jeweils betreffend dasselbe Vergabeverfahren gestellt. Die begehrte Feststellung, dass der Zuschlag im Vergabeverfahren "Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens gemäß BVergG 2006 betreffend Lieferung von Hygienepapier 2011 (EU-weite Bekanntmachung vom 23.07.2010)" der Auftraggeber Bund und BBG wegen Verletzungen des Bundesvergabegesetzes nicht dem Bestbieter erteilt wurde, sei vom BVA zu ZI. F/0004-BVA/02/2011 protokolliert worden und die ebenfalls beantragte Feststellung, dass die Durchführung dieses Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung wegen Verletzung des Bundesvergabegesetzes rechtswidrig war, habe das BVA unter ZI. F/0005BVA/02/2011 protokolliert. Mit Schriftsatz vom 15.7.2011 stellte die Antragstellerin einen weiteren unter Spruchpunkt römisch vier wiedergegebenen Antrag. Betreffend dieser auf Rückerstattung zu Unrecht entrichteter Pauschalgebühren und in eventu auf bescheidmäßigen Abspruch über deren Gebührlichkeit gerichteten Begehren führte die Antragstellerin insbesondere aus, sie habe mit Eingabe vom 3.3.2011 sowohl einen Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 als auch gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, 2006, jeweils betreffend dasselbe Vergabeverfahren gestellt. Die begehrte Feststellung, dass der Zuschlag im Vergabeverfahren "Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens gemäß BVergG 2006 betreffend Lieferung von Hygienepapier 2011 (EU-weite Bekanntmachung vom 23.07.2010)" der Auftraggeber Bund und BBG wegen Verletzungen des Bundesvergabegesetzes nicht dem Bestbieter erteilt wurde, sei vom BVA zu ZI. F/0004-BVA/02/2011 protokolliert worden und die ebenfalls beantragte Feststellung, dass die Durchführung dieses Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung wegen Verletzung des Bundesvergabegesetzes rechtswidrig war, habe das BVA unter ZI. F/0005BVA/02/2011 protokolliert.

Dem erstgenannten Feststellungsbegehren sei die Annahme zugrunde gelegen, die Auftraggeber hätten nach Nichtigerklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen durch den Bescheid des BVA vom 3.12.2010 das Vergabeverfahren fortgesetzt, ohne die Entfernung der für rechtswidrig erkannten Bestimmungen aus den abgegebenen Angeboten und sohin aus der schließlich geschlossenen Rahmenvereinbarung zu veranlassen. Dieser Abschluss der Rahmenvereinbarung sei daher rechtswidrig.

Im Gegensatz dazu sei dem zweitgenannten Feststellungsbegehren die Annahme zugrunde gelegen, die Auftraggeber hätten nach Nichtigerklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen mit Bescheid des BVA vom 03.12.2010 die Entfernung der für rechtswidrig erkannten Bestimmungen aus den abgegebenen Angeboten veranlasst, sodass im Vergabeverfahren in wesentlicher Hinsicht von den Festlegungen der Ausschreibungsunterlage, welche dem bekanntgemachten Verfahren zu Grunde gelegen seien, abgewichen und so inhaltlich ein Verfahren ohne Bekanntmachung geführt worden sei.

Bei Einbringung dieser Feststellungsbegehren habe die Antragstellerin Pauschalgebühren in Höhe von gesamt EUR 1.660,-

entrichtet. Mit Aufforderung vom 19.04.2011, ZI. F/0005- BVA/02/2011-6, habe das Bundesvergabeamt die Antragstellerin aufgefordert, für den, auf die Feststellung, dass ein Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung

durchgeführt wurde, gerichteten Antrag die gesetzlichen Antragserfordernisse in Form der Entrichtung der Pauschalgebühren gemäß § 318 BVergG 2006 iVm § 1 BVA-GebV 2010 zu erfüllen. Um die Zurückweisung dieses Antrages wegen nicht erfolgter Behebung des "Mangels" zu vermeiden, habe die Antragstellerin fristgerecht nochmals Pauschalgebühren in Höhe von EUR 1.660,- bezahlt.entrichtet. Mit Aufforderung vom 19.04.2011, Zl. F/0005-BVA/02/2011-6, habe das Bundesvergabeamt die Antragstellerin aufgefordert, für den, auf die Feststellung, dass ein Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung durchgeführt wurde, gerichteten Antrag die gesetzlichen Antragserfordernisse in Form der Entrichtung der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph eins, BVA-GebV 2010 zu erfüllen. Um die Zurückweisung dieses Antrages wegen nicht erfolgter Behebung des "Mangels" zu vermeiden, habe die Antragstellerin fristgerecht nochmals Pauschalgebühren in Höhe von EUR 1.660,- bezahlt.

Gemäß § 331 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 sei für Anträge jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, jedoch sei kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung bei Kumulierung mehrerer Feststellungsbegehren nur von einem Antrag auszugehen, weshalb in diesem Fall die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten sei [vgl dazu die EB zu § 331 Abs. 1 2. Satz BVergG wo klargestellt werde, dass im Fall einer "Antragskumulierung" ein Antrag gestellt werden könne, in dem mehrere Feststellungen begehrt würden, für die aber - da es sich eben nur um einen Antrag handle - auch nur eine Gebühr zu entrichten sei (RV 327 BlgNR XXIV. GP zu § 331)].Gemäß Paragraph 331, Absatz eins und 2 BVergG 2006 sei für Anträge jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, jedoch sei kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung bei Kumulierung mehrerer Feststellungsbegehren nur von einem Antrag auszugehen, weshalb in diesem Fall die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten sei [vgl dazu die EB zu Paragraph 331, Absatz eins, 2. Satz BVergG wo klargestellt werde, dass im Fall einer "Antragskumulierung" ein Antrag gestellt werden könne, in dem mehrere Feststellungen begehrt würden, für die aber - da es sich eben nur um einen Antrag handle - auch nur eine Gebühr zu entrichten sei Regierungsvorlage 327 BlgNR römisch 24 . Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 331,)].

Bei der Eingabe der Antragstellerin vom 03.03.2011 liege ein solcher Fall der Kumulierung mehrerer Feststellungsbegehren in einem Antrag vor. Es bestehe kein Zweifel, dass mehrere Feststellungsbegehren nach § 331 Abs. 1 Z 1 und 2 BVergG 2006 (aber eben nicht nach einer anderen Bestimmung) in einem Schriftsatz, also einem (physischen) Antrag zusammengefasst worden seien. Obwohl zwei unterschiedliche Begehren gestellt worden seien, sei von der Antragstellerin die Pauschalgebühr daher auch nur einmal zu entrichten. Der aufgrund der zu Unrecht ergangenen Aufforderung zur nochmaligen Entrichtung der Pauschalgebühr für den "Antrag" nach § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 von der Antragstellerin geleisteten Zahlung mangle es an einer Rechtsgrundlage. Sie sei entsprechend dem Legalitätsprinzip an die Antragstellerin zurückzuzahlen.Bei der Eingabe der Antragstellerin vom 03.03.2011 liege ein solcher Fall der Kumulierung mehrerer Feststellungsbegehren in einem Antrag vor. Es bestehe kein Zweifel, dass mehrere Feststellungsbegehren nach Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins und 2 BVergG 2006 (aber eben nicht nach einer anderen Bestimmung) in einem Schriftsatz, also einem (physischen) Antrag zusammengefasst worden seien. Obwohl zwei unterschiedliche Begehren gestellt worden seien, sei von der Antragstellerin die Pauschalgebühr daher auch nur einmal zu entrichten. Der aufgrund der zu Unrecht ergangenen Aufforderung zur nochmaligen Entrichtung der Pauschalgebühr für den "Antrag" nach Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 von der Antragstellerin geleisteten Zahlung mangle es an einer Rechtsgrundlage. Sie sei entsprechend dem Legalitätsprinzip an die Antragstellerin zurückzuzahlen.

1. 4.Ziffer 4

Erkenntnis des VwGH vom 6.3.2013, Zlen 2011/04/0115-10, 2011/04/0130-10 und 2011/04/0139

4.1. Mit Erkenntnis vom 6.3.2013, hob der Verwaltungsgerichtshof zu Zl 2011/04/0139 die vom Bundesvergabeamt im Nachprüfungsverfahren getroffenen Entscheidungen (Bescheid 3.12.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-36) im gesamtem Umfang gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf.4.1. Mit Erkenntnis vom 6.3.2013, hob der Verwaltungsgerichtshof zu Zl 2011/04/0139 die vom Bundesvergabeamt im Nachprüfungsverfahren getroffenen Entscheidungen (Bescheid 3.12.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-36) im gesamtem Umfang gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf.

Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof zu diesem Beschwerdeverfahren aus wie folgt:

"Wesentlich ist, dass im Spruchpunkt II. dieses angefochtenen Bescheides einem Eventualantrag der Beschwerdeführerin stattgegeben wurde und gestützt auf § 325 Abs. 2 des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr.

17 in der Fassung BGBl. I Nr. 15/2010 (BVerG 2006), die angefochtene Ausschreibung (in der Fassung der zweiten Berichtigung) teilweise für nichtig erklärt wurde. Die übrigen Spruchpunkte des angefochtenen Bescheides, mit denen die sonstigen (darüber hinausgehenden) Anträge auf Nichtigerklärung (unter anderem der gesamten Ausschreibung) bzw. Pauschalgebührenersatz zurück- bzwabgewiesen wurden, stehen mit diesem Spruchpunkt in einem untrennbaren Zusammenhang."Wesentlich ist, dass im Spruchpunkt römisch zwei. dieses angefochtenen Bescheides einem Eventualantrag der Beschwerdeführerin stattgegeben wurde und gestützt auf Paragraph 325, Absatz 2, des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. römisch eins Nr. 17 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVerG 2006), die angefochtene Ausschreibung (in der Fassung der zweiten Berichtigung) teilweise für nichtig erklärt wurde. Die übrigen Spruchpunkte des angefochtenen Bescheides, mit denen die sonstigen (darüber hinausgehenden) Anträge auf Nichtigerklärung (unter anderem der gesamten Ausschreibung) bzw. Pauschalgebührenersatz zurück- bzwabgewiesen wurden, stehen mit diesem Spruchpunkt in einem untrennbaren Zusammenhang.

Gemäß § 325 Abs. 2 BVerG 2006 kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Gemäß Paragraph 325, Absatz 2, BVerG 2006 kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.

§ 325 Abs. 2 BVerG 2006 sieht somit als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen, wie dies auch in Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 22. April 2010, ZI. 2008/04/0077, und vom 22. Juni 2011, ZI. 2009/04/0128). Paragraph 325, Absatz 2, BVerG 2006 sieht somit als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen, wie dies auch in Artikel 2, Absatz eins, Litera b, der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären (vergleiche die hg. Erkenntnisse vom 22. April 2010, ZI. 2008/04/0077, und vom 22. Juni 2011, ZI. 2009/04/0128).

Die Beschwerdeführerin hat die vorliegende Ausschreibung im Nachprüfungsverfahren bei der belangten Behörde angefochten, selbst jedoch kein Angebot gelegt (eine solche Vorgangsweise entspricht nach der Rechtsprechung des EuGH der Richtlinie 89/665/EWG: vgl. das Urteil des EuGH vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG gegen Republik Österreich, Slg. 2004, I-01829, Randnr. 28; vgl. aus der darauf verweisenden hg. Rechtsprechung zum Nachprüfungsverfahren das Erkenntnis vom 26. September 2012, ZI. 2008/04/0161, mwN). Die Beschwerdeführerin hat die vorliegende Ausschreibung im Nachprüfungsverfahren bei der belangten Behörde angefochten, selbst jedoch kein Angebot gelegt (eine solche Vorgangsweise entspricht nach der Rechtsprechung des EuGH der Richtlinie 89/665/EWG: vergleiche das Urteil des EuGH vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG gegen Republik Österreich, Slg. 2004, I-01829, Randnr. 28; vergleiche aus der darauf verweisenden hg. Rechtsprechung zum Nachprüfungsverfahren das Erkenntnis vom 26. September 2012, ZI. 2008/04/0161, mwN).

Durch den bei der belangten Behörde eingelangten Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin hat diese entsprechend der oben angeführten Rechtsprechung des EuGH ihr Interesse am gegenständlichen Auftrag bekundet.

Der belangten Behörde musste daher bewusst sein, dass durch die Streichung einzelner Spezifikationen in der Ausschreibung ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die antragstellende Beschwerdeführerin, angesprochen wird.

Damit war aber nach der oben dargestellten Rechtslage des § 325 Abs. 2 BVergG 2006 eine Streichung dieser Spezifikationen nach dem BVergG 2006 unzulässig. Vielmehr hätte die belangte Behörde die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären gehabt. Damit war aber nach der oben dargestellten Rechtslage des Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 eine Streichung dieser Spezifikationen nach dem BVergG 2006 unzulässig. Vielmehr hätte die belangte Behörde die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären gehabt.

Dieser angefochtene Bescheid war daher im gesamten Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. "Dieser angefochtene Bescheid war daher im gesamten Umfang gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben."

Dieses Rechtsschutzverfahren vor dem Bundesvergabeamt ruht gemäß § 331 Abs 4 BVergG bis ein Feststellungsantrag gemäß § 332 Abs 2 BVergG gestellt wird. Dieses Rechtsschutzverfahren vor dem Bundesvergabeamt ruht gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG bis ein Feststellungsantrag gemäß Paragraph 332, Absatz 2, BVergG gestellt wird.

4.2. Mit Erkenntnis vom 6.3.2013, hob der Verwaltungsgerichtshof zu ZI2011/04/0115 die vom Bundesvergabeamt im Feststellungsverfahren getroffenen Entscheidungen (Bescheid 11.4.2011, GZ F/0004-BVA/02/2011-16) im gesamtem Umfang gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. 4.2. Mit Erkenntnis vom 6.3.2013, hob der Verwaltungsgerichtshof zu ZI 2011/04/0115 die vom Bundesvergabeamt im Feststellungsverfahren getroffenen Entscheidungen (Bescheid 11.4.2011, GZ F/0004-BVA/02/2011-16) im gesamtem Umfang gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf.

Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof zu diesem Beschwerdeverfahren aus wie folgt:

"Wesentlich ist, dass mit diesem Bescheid der Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin gemäß § 332 Abs. 5 BVergG 2006 als unzulässig zurückgewiesen wurde, weil dieselben Vergabeverstöße geltend gemacht worden seien, über die bereits mit Bescheid vom 3. Dezember 2011 angesprochen worden sei." Wesentlich ist, dass mit diesem Bescheid der Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin gemäß Paragraph 332, Absatz 5, BVergG 2006 als unzulässig zurückgewiesen wurde, weil dieselben Vergabeverstöße geltend gemacht worden seien, über die bereits mit Bescheid vom 3. Dezember 2011 angesprochen worden sei.

Gemäß § 332 Abs. 5 BVergG 2006 ist ein Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320 ff hätte geltend gemacht werden können. Gemäß Paragraph 332, Absatz 5, BVergG 2006 ist ein Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den Paragraphen 320, ff hätte geltend gemacht werden können.

Mit dem Vorbringen im Feststellungsantrag, die Auftraggeber hätten nach teilweiser Nichtigerklärung ihrer Ausschreibung das Vergabeverfahren nicht auf Grund der unverändert gebliebenen Angebote fortführen und die Rahmenvereinbarung abschließen dürfen, wird durch die Beschwerdeführerin ein neuer Verstoß gegen Vergaberecht behauptet. Es geht der Beschwerdeführerin nämlich nicht um die Inhalte der Ausschreibung, sondern um das Verhalten der mitbeteiligten Auftraggeber nach der teilweisen Nichtigerklärung der Ausschreibung.

Insoweit hat die belangte Behörde der Beschwerdeführerin zu Unrecht den Unzulässigkeitstatbestand des § 332 Abs. 5 BVergG 2006 entgegengehalten. Insoweit hat die belangte Behörde der Beschwerdeführerin zu Unrecht den Unzulässigkeitstatbestand des Paragraph 332, Absatz 5, BVergG 2006 entgegengehalten.

Dieser angefochtene Bescheid war daher schon aus diesem Grund gemäß § 42 Abs. 1 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. "Dieser angefochtene Bescheid war daher schon aus diesem Grund gemäß Paragraph 42, Absatz eins, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben."

Über die in diesem Rechtsschutzverfahren gestellten und neuerlich zu behandelnden Anträge hat das Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 24.4.2013, GZ F/0004-BVA/02/2011-29 bereits abgesprochen. Das Bundesvergabeamt stellte fest, dass im Vergabeverfahren "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde (Spruchpunkt I.). Auch den Antrag auf Gebührenersatz durch die Auftraggeber gegenüber der Antragstellerin wurde stattgegeben. Die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffung GmbH (BBG) haben demnach der Antragstellerin, die für diesen Feststellungsantrag entrichteten Pauschlagegebühren von insgesamt Euro 1.328,- binnen

14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen deren Rechtsverteters zu ersetzen (Spruchpunkt II.).Über die in diesem Rechtsschutzverfahren gestellten und neuerlich zu behandelnden Anträge hat das Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 24.4.2013, GZ F/0004-BVA/02/2011-29 bereits abgesprochen. Das Bundesvergabeamt stellte fest, dass im Vergabeverfahren "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde (Spruchpunkt römisch eins.). Auch den Antrag auf Gebührenersatz durch die Auftraggeber gegenüber der Antragstellerin wurde stattgegeben. Die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffung GmbH (BBG) haben demnach der Antragstellerin, die für diesen Feststellungsantrag entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt Euro 1.328,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen deren Rechtsverteters zu ersetzen (Spruchpunkt römisch zwei.).

Unter Bezugnahme auf das oben auszugsweise wiedergegebene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes führte das Bundesvergabeamt in diesem Feststellungsverfahren begründend im Wesentlichen aus, dass durch die Streichung einzelner Spezifikationen in der Ausschreibung ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die Antragstellerin angesprochen wird. Nach der Rechtslage zu § 325 Abs. 2 BVergG 2006 kommt somit eine Streichung der vom Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 3.12.2010, N/0076-BVA/02/2010-36 zuvor für nichtig erklärten Spezifikationen nicht in Betracht. Vielmehr ist in solchen Fällen, wie dem vorliegenden, die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Unter Bezugnahme auf das oben auszugsweise wiedergegebene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes führte das Bundesvergabeamt in diesem Feststellungsverfahren begründend im Wesentlichen aus, dass durch die Streichung einzelner Spezifikationen in der Ausschreibung ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die Antragstellerin angesprochen wird. Nach der Rechtslage zu Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 kommt somit eine Streichung der vom Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 3.12.2010, N/0076-BVA/02/2010-36 zuvor für nichtig erklärten Spezifikationen nicht in Betracht. Vielmehr ist in solchen Fällen, wie dem vorliegenden, die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Folglich wurde im dem diesem Feststellungsverfahren zugrunde liegenden Vergabeverfahren "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" durch Abschluss der Rahmenvereinbarung zwischen den Auftraggebern und der von ihnen zuvor ermittelten Bestbieterin mittels Faxmitteilung vom 1.2.2011, der Zuschlag auf der Grundlage einer rechtswidrigen, für nicht zu erklärenden Ausschreibung in der Fassung der 2. Ausschreibungsberichtigung, nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt.

4.3. Gleichzeitig hob der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 6.3.2013, zu ZI 2011/04/0130 die vom Bundesvergabeamt im vorliegenden zweiten Feststellungsverfahren getroffenen Entscheidungen (Bescheid vom 24.5.2011, GZ F/0005-BVA/02/2011- 19) ebenfalls gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. 4.3. Gleichzeitig hob der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 6.3.2013, zu ZI 2011/04/0130 die vom Bundesvergabeamt im vorliegenden zweiten Feststellungsverfahren getroffenen Entscheidungen (Bescheid vom 24.5.2011, GZ F/0005-BVA/02/2011- 19) ebenfalls gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf.

Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof zu diesem Beschwerdeverfahren aus wie folgt:

"Hier ist wesentlich, dass die belangte Behörde ihre Entscheidung ausdrücklich auf die mit Bescheid vom 3. Dezember 2010 verfügte Nichtigklärung von Teilen der Ausschreibung stützt, durch welche nach Auffassung der belangten Behörde kein weiterer Handlungsbedarf bei den mitbeteiligten Auftraggebern bestehe.

Auf Grund der mit § 42 Abs. 3 VwGG angeordneten ex-tunc-Wirkung der nunmehrigen Aufhebung dieses Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof (vgl. zu dieser und den Auswirkungen auf ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren ausführlich das hg. Erkenntnis vom 22. Mai 2012, Zlen. 2010/04/0139 und 2012/04/0063, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird) kann der Bescheid vom 24. Mai 2011 schon aus diesem Grund keinen Bestand haben." Auf Grund der mit Paragraph 42, Absatz 3, VwGG angeordneten ex-tunc-Wirkung der nunmehrigen Aufhebung dieses Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof vergleiche zu dieser und den Auswirkungen auf ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren ausführlich das hg. Erkenntnis vom 22. Mai 2012, Zlen. 2010/04/0139 und 2012/04/0063, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG verwiesen wird) kann der Bescheid vom 24. Mai 2011 schon aus diesem Grund keinen Bestand haben."

Mit Schriftsatz vom 10.6.2013 machten die Auftraggeber insbesondere darauf aufmerksam, dass den obgenannten

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zu entnehmen sei, dass das in diesem Feststellungsverfahren gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG gestellte und zu beurteilende Begehren mangels Vorliegens des Tatbestandsmerkmals "ohne vorherige Bekanntmachung" als unzulässig zurückzuweisen sei. Mit Schriftsatz vom 10.6.2013 machten die Auftraggeber insbesondere darauf aufmerksam, dass den obgenannten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zu entnehmen sei, dass das in diesem Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG gestellte und zu beurteilende Begehren mangels Vorliegens des Tatbestandsmerkmals "ohne vorherige Bekanntmachung" als unzulässig zurückzuweisen sei.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 12.6.2013 durchgeführten mündlichen Verhandlung verwies der Antragstellerinnenvertreter zunächst auf sein bisheriges schriftliches Vorbringen und wiederholte im Wesentlichen den Vorwurf, es habe rechtswidriger Weise ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung stattgefunden. Den Erkenntnissen des VwGH vom 6.3.2013 sei - entgegen der Meinung der Auftraggeber - nicht zu entnehmen, dass eine Bekanntmachung der Ausschreibung unter Berücksichtigung der vom Bundesvergabeamt zuvor in Teilen für nichtig erklärten Ausschreibung in rechtlich gebotene Form auf nationaler und europäischer Ebene stattgefunden habe.

Es gehe der Antragstellerin um den Ersatz der in diesem Rechtsschutzverfahren angelaufenen Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung und die Rückerstattung der entrichteten Pauschalgebühren sowie um die Lösung der Rechtsfrage. Hiezu berief sich die Antragstellerin auf die Rechtsmeinung, wonach 2 Feststellungsbegehren nebeneinander eingebracht werden könnten und die bereits von ihr benannten Entscheidungen des EuGH (zB. Succi di Frutta, Preettext, EVN AG, etc.). Maßgeblich sei allein der Umstand, dass ein interessierter Bieter oder Interessent keine Möglichkeit gehabt hätte von den geänderten Ausschreibungsbedingungen infolge mangelnder Bekanntmachung Kenntnis zu erlangen.

Die Auftraggebervertreterin erwiderte die Ausschreibungsunterlage bzw. der Inhalt der Ausschreibung seien gemäß § 46 BVergG nicht öffentlich bekannt zu machen. Daher sei die Ausschreibungsunterlage nicht Bestandteil der Bekanntmachung und eine Änderung der Ausschreibungsunterlage könne nicht zu einer Änderung der Bekanntmachung führen bzw. sei nicht öffentlich bekanntzumachen. Im Vergabeverfahren sei daher im Ergebnis der Zuschlag zu den Bedingungen erteilt worden, die zuvor nach § 46 BVergG bekannt gemacht worden seien. Auch habe die Antragstellerin selbst Kenntnis von den geänderten Ausschreibungsbedingungen durch die Zustellung des diese für nichtig erklärenden Bescheides des Bundesvergabeamtes gehabt. Die Auftraggebervertreterin erwiderte die Ausschreibungsunterlage bzw. der Inhalt der Ausschreibung seien gemäß Paragraph 46, BVergG nicht öffentlich bekannt zu machen. Daher sei die Ausschreibungsunterlage nicht Bestandteil der Bekanntmachung und eine Änderung der Ausschreibungsunterlage könne nicht zu einer Änderung der Bekanntmachung führen bzw. sei nicht öffentlich bekanntzumachen. Im Vergabeverfahren sei daher im Ergebnis der Zuschlag zu den Bedingungen erteilt worden, die zuvor nach Paragraph 46, BVergG bekannt gemacht worden seien. Auch habe die Antragstellerin selbst Kenntnis von den geänderten Ausschreibungsbedingungen durch die Zustellung des diese für nichtig erklärenden Bescheides des Bundesvergabeamtes gehabt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Allgemein zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes römisch eins. Allgemein zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, sind Auftraggeber gemäß § 3 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 leg cit, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe gelangte. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers für beide zu vergebenden Lose EUR 3,4 Mio (ohne Ust.), wobei EUR 2 Mio (ohne Ust.) auf das Los 01 und EUR 1,4 Mio (ohne Ust.) auf das Los 02 entfallen. Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der Feststellungsantrag wurde fristgerecht gemäß § 332 Abs 2 3 BVergG eingebracht und entspricht den inhaltlichen Vorgaben gemäß § 332 Abs 1 BVergG. Die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, sind Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, leg cit, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe gelangte. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers für beide zu vergebenden Lose EUR 3,4 Mio (ohne Ust.), wobei EUR 2 Mio (ohne Ust.) auf das Los 01 und EUR 1,4 Mio (ohne Ust.) auf das Los 02 entfallen. Das Verfahren

ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der Feststellungsantrag wurde fristgerecht gemäß Paragraph 332, Absatz 2, 3 BVergG eingebracht und entspricht den inhaltlichen Vorgaben gemäß Paragraph 332, Absatz eins, BVergG.

II. Zu Spruchpunkt I: römisch zwei. Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde.

Gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war.

Wie dem unter Spruchpunkt I wiedergegebenen gemäß § 332 Abs 3 BVergG fristgerecht eingebrachten Begehren zu entnehmen ist, wird von der Antragstellerin eine Feststellung gemäß § 312 Abs 3 Z 3 leg cit beantragt. Voraussetzung für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG ist, dass ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung in rechtswidriger Weise durchgeführt und mittels Zuschlagserteilung beendet wurde. Wie dem unter Spruchpunkt römisch eins wiedergegebenen gemäß Paragraph 332, Absatz 3, BVergG fristgerecht eingebrachten Begehren zu entnehmen ist, wird von der Antragstellerin eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, leg cit beantragt. Voraussetzung für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG ist, dass ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung in rechtswidriger Weise durchgeführt und mittels Zuschlagserteilung beendet wurde.

Der hier zu beurteilende aus 2 Losen bestehende Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG im Oberschwellenbereich "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" wurde in einem offenen Verfahren erstmals national am 22.7.2010 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-476642-0720 sowie europaweit am 23.7.2010 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 141-217311 bekannt gemacht. Nachdem das Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 3.12.2010, GZ N/0076- BVA/02/2010-36 einzelne Anforderungen in der von der Antragstellerin mit einem Nachprüfungsantrag bekämpften Ausschreibung für nichtig erklärt hatte, öffneten die Auftraggeber die bereits zuvor eingelangten Angebote, führten die Angebotsbewertung durch und gaben am 20.1.2011 gegenüber allen Bietern mittels Telefax die Auswahlentscheidung zum Abschluss der verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung bekannt. Diese gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeber blieb unbekämpft. Mit Faxmitteilung der vergebenden Stelle vom 1.2.2011 schlossen die Auftraggeber gemäß § 3 BVergG, 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, die Rahmenvereinbarung durch die auf Annahme der auf Abschluss der Rahmenvereinbarung gerichteten Angebote mit der Bestbieterin ab (vgl. Zuschlagserteilung gemäß § 2 Z 50 BVergG). Der hier zu beurteilende aus 2 Losen bestehende Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG im Oberschwellenbereich "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" wurde in einem offenen Verfahren erstmals national am 22.7.2010 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-476642-0720 sowie europaweit am 23.7.2010 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 141-217311 bekannt gemacht. Nachdem das Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 3.12.2010, GZ N/0076- BVA/02/2010-36 einzelne Anforderungen in der von der Antragstellerin mit einem Nachprüfungsantrag bekämpften Ausschreibung für nichtig erklärt hatte, öffneten die Auftraggeber die bereits zuvor eingelangten Angebote, führten die Angebotsbewertung durch und gaben am 20.1.2011 gegenüber allen Bietern mittels Telefax die Auswahlentscheidung zum Abschluss der

verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung bekannt. Diese gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeber blieb unbekämpft. Mit Faxmitteilung der vergebenden Stelle vom 1.2.2011 schlossen die Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG, 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, die Rahmenvereinbarung durch die auf Annahme der auf Abschluss der Rahmenvereinbarung gerichteten Angebote mit der Bestbieterin ab vergleiche Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 2, Ziffer 50, BVergG).

Die Bekanntmachung über den Abschluss dieser Rahmenvereinbarung erfolgte europaweit am 9.2.2011 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 27-043101 und national im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-484878- 128. Die Zuschlagserteilung als Voraussetzung für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 331 Abs 1 BVergG liegt demzufolge vor. Die Bekanntmachung über den Abschluss dieser Rahmenvereinbarung erfolgte europaweit am 9.2.2011 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 27-043101 und national im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-484878- 128. Die Zuschlagserteilung als Voraussetzung für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß Paragraph 331, Absatz eins, BVergG liegt demzufolge vor.

Das Vorbringen der Antragstellerin in diesem Feststellungsverfahren stützt sich im Wesentlichen auf die Annahme, dass das oben dargestellte weitere Vorgehen der Auftraggeber, die das Vergabeverfahren nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung, nur mit jenen Bietern fortgesetzt haben, die schon zuvor - also noch vor der Teilnichterklärung der Ausschreibung - ein Angebot abgegeben hatten, als ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu interpretieren sei.

Gemäß § 2 Z 10 BVergG ist die Ausschreibung, die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmen gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte. In der nach außen bekannt gemachten Ausschreibung erfolgt daher bereits die Wahl des Vergabeverfahrens im Sinn der §§ 23 ff BVergG. Sofern der Auftraggeber sich für die Durchführung eines bestimmten Verfahrenstypus entschieden hat, hat er dieses Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen. Ein Wechsel des Verfahrenstypus während des Verfahrens ist unzulässig [vgl. BVA 19.4.2013, N/0024-BVA/11/2013-16 unter Bezug auf VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234 mit Hinweisen zu den Materialien zu § 23 BVergG 2002 in AB 1118 BlgNR XXI. GP, 31 und das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94, Kommission gegen Belgien ("Wallonische Omnibusse"), Slg. 1996, Seite I- 2043: Rz 35 "Hierzu genügt der Hinweis darauf, daß die Auftraggeber, die die Verfahren der Richtlinie anzuwenden haben, nach Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie zwar in bezug auf das Verfahren für einen bestimmten Auftrag eine gewisse Wahl haben; sobald sie einen Auftrag nach einem bestimmten Verfahren ausgeschrieben haben, sind sie jedoch verpflichtet, die dafür geltenden Vorschriften bis zur endgültigen Vergabe des Auftrags einzuhalten"; ebenso VwGH 1.7.2010, 2009/04/0207; 14.4.2012, 2008/04/0112]. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 10, BVergG ist die Ausschreibung, die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmen gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte. In der nach außen bekannt gemachten Ausschreibung erfolgt daher bereits die Wahl des Vergabeverfahrens im Sinn der Paragraphen 23, ff BVergG. Sofern der Auftraggeber sich für die Durchführung eines bestimmten Verfahrenstypus entschieden hat, hat er dieses Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen. Ein Wechsel des Verfahrenstypus während des Verfahrens ist unzulässig [vgl. BVA 19.4.2013, N/0024-BVA/11/2013-16 unter Bezug auf VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234 mit Hinweisen zu den Materialien zu Paragraph 23, BVergG 2002 in Ausschussbericht 1118 BlgNR römisch 21 . GP, 31 und das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94, Kommission gegen Belgien ("Wallonische Omnibusse"), Slg. 1996, Seite I- 2043: Rz 35 "Hierzu genügt der Hinweis darauf, daß die Auftraggeber, die die Verfahren der Richtlinie anzuwenden haben, nach Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie zwar in bezug auf das Verfahren für einen bestimmten Auftrag eine gewisse Wahl haben; sobald sie einen Auftrag nach einem bestimmten Verfahren ausgeschrieben haben, sind sie jedoch verpflichtet, die dafür geltenden Vorschriften bis zur endgültigen Vergabe des Auftrags einzuhalten"; ebenso VwGH 1.7.2010, 2009/04/0207; 14.4.2012, 2008/04/0112].

Die Hypothese der Antragstellerin, das ursprünglich als offenes Verfahren ordnungsgemäß bekannt gemachte und mittlerweile durch Abschluss der Rahmenvereinbarung abgeschlossenen Vergabeverfahren "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" sei aufgrund der weiteren Handlungsweise der Auftraggeber im Zuge der

Fortsetzung dieses Vergabeverfahrens nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung als Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu werten, findet somit keine Grundlage im Bundesvergabegesetz bzw der dazu ergangenen nationalen oder europäischen Rechtsprechung.

Für eine analoge Anwendung der von der Antragstellerin unter Hinweis auf den Umstand, dass die Teilnichterklärung der Ausschreibung durch das Bundesvergabeamt erst nach Ablauf der Angebotsfrist am 5.10.2010 statt fand, ins Treffen geführten EUGH-Judikatur (EUGH 29.04.2004, Rs C-496/99, "Succi di Frutta"; 19.06.2008, Rs C-454/06, "Presstext"; 13.04.2010, Rs C-91/08, "Wall") bleibt schon aus diesem Grund kein Raum. Zudem ist dieser Meinung der Antragstellerin aufgrund der grundlegenden Unterschiede zwischen den Fällen, die der genannten europäischen Judikatur zu Grunde lagen und dem vorliegenden Fall auf Tatsachenebene nicht zu folgen. Während in den genannten EUGH-Verfahren, der Gerichtshof von den Auftraggebern vorgenommene Veränderungen an nicht mehr bekämpfbaren, also einer Nachprüfung nicht mehr zugänglichen Inhalten eines bereits abgeschlossenen Vertrages erst nach erfolgter Auftragsvergabe zu beurteilen hatte, wurden im vorliegenden Fall noch nicht bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen in einem noch laufenden Vergabeverfahren abgeändert bzw von der Rechtschutzbehörde rückwirkend für nicht erklärt. Demnach handelt es sich um keinen "ähnlichen Tatbestand", die Abweichungen im Sachverhalt sind vielmehr als nicht unerheblich zu werten (vgl. Koziol - Welser, Bürgerliches Recht¹², I, Koziol, S 27f).

Für eine analoge Anwendung der von der Antragstellerin unter Hinweis auf den Umstand, dass die Teilnichterklärung der Ausschreibung durch das Bundesvergabeamt erst nach Ablauf der Angebotsfrist am 5.10.2010 statt fand, ins Treffen geführten EUGH-Judikatur (EUGH 29.04.2004, Rs C-496/99, "Succi di Frutta"; 19.06.2008, Rs C-454/06, "Presstext"; 13.04.2010, Rs C-91/08, "Wall") bleibt schon aus diesem Grund kein Raum. Zudem ist dieser Meinung der Antragstellerin aufgrund der grundlegenden Unterschiede zwischen den Fällen, die der genannten europäischen Judikatur zu Grunde lagen und dem vorliegenden Fall auf Tatsachenebene nicht zu folgen. Während in den genannten EUGH-Verfahren, der Gerichtshof von den Auftraggebern vorgenommene Veränderungen an nicht mehr bekämpfbaren, also einer Nachprüfung nicht mehr zugänglichen Inhalten eines bereits abgeschlossenen Vertrages erst nach erfolgter Auftragsvergabe zu beurteilen hatte, wurden im vorliegenden Fall noch nicht bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen in einem noch laufenden Vergabeverfahren abgeändert bzw von der Rechtschutzbehörde rückwirkend für nicht erklärt. Demnach handelt es sich um keinen "ähnlichen Tatbestand", die Abweichungen im Sachverhalt sind vielmehr als nicht unerheblich zu werten (vergleiche Koziol - Welser, Bürgerliches Recht¹², römisch eins, Koziol, S 27f).

Ausdrücklich festgehalten wird, dass in diesem Feststellungsverfahren auf jene Aspekte des umfangreichen Vorbringens der Antragstellerin, welche sich auf die rechtliche Beurteilung der von der Auftraggebern gesetzten bzw unterbliebenen Handlungen nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung durch das Bundesvergabeamt am 3.12.2010, N/0076- BVA/02/2010-36 nicht mehr einzugehen ist (vgl. VwGH 6.3.2013, Zl. 2011/04/0130). Gleiches gilt für das Vorbringen betreffend den mittlerweile mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24.4.2013, GZ F/0004-BVA/02/2011-29 stattgegebenen Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG oder die vom Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 6.3.2013, Zl. 2011/04/0139 erfolgte Bestätigung der Streichung einzelner rechtswidriger Spezifikationen in der Ausschreibung, wodurch ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die Antragstellerin angesprochen wird, sodass die gesamte Ausschreibung "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" für nichtig zu erklären gewesen wäre.

Ausdrücklich festgehalten wird, dass in diesem Feststellungsverfahren auf jene Aspekte des umfangreichen Vorbringens der Antragstellerin, welche sich auf die rechtliche Beurteilung der von der Auftraggebern gesetzten bzw unterbliebenen Handlungen nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung durch das Bundesvergabeamt am 3.12.2010, N/0076- BVA/02/2010-36 nicht mehr einzugehen ist (vergleiche VwGH 6.3.2013, Zl. 2011/04/0130). Gleiches gilt für das Vorbringen betreffend den mittlerweile mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24.4.2013, GZ F/0004-BVA/02/2011-29 stattgegebenen Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG oder die vom Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 6.3.2013, Zl. 2011/04/0139 erfolgte Bestätigung der Streichung einzelner rechtswidriger Spezifikationen in der Ausschreibung, wodurch ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die Antragstellerin angesprochen wird, sodass die gesamte Ausschreibung "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" für nichtig zu erklären gewesen wäre.

Von der beantragten weiteren Beweisaufnahme in Form der Prüfung aller im Vergabeverfahren gelegten Angebote durch das Bundesvergabeamt, sowie die Einvernahme von Zeugen und die Einholung eines Sachverständigengutachtens konnte somit aufgrund der eindeutigen Beweislage Abstand genommen werden.

Da es sich bei dem hier zu beurteilenden und bereits abgeschlossenen Vergabeverfahren um kein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung handelt, war das verfahrensgegenständlich zu beurteilende Feststellungsbegehren abzuweisen.

III. Zu Spruchpunkt II:römisch drei. Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 312 Abs 3 Z 6 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung in einem Verfahren gemäß Z 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages zuständig. Gemäß § 312 Abs 3 Z 7 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung in einem Verfahren gemäß Z 3 bis 5 zur Verhängung der Sanktionen gemäß § 334 Abs.7 zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 6, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung in einem Verfahren gemäß Ziffer 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 7, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung in einem Verfahren gemäß Ziffer 3 bis 5 zur Verhängung der Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7, zuständig.

Diesen gesetzlich vorgegebenen konstitutiven Befugnissen des Bundesvergabeamtes, bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen einen Vertrag für nichtig zu erklären oder ihn aufzuheben bzw Sanktionen, also zB eine Geldbuße zu verhängen, steht kein Parteienrecht, diese Zuständigkeiten des Bundesvergabe-amtes zu beantragen, gegenüber. Der Gesetzgeber hat für diese Ermächtigungen des Bundesvergabeamtes gemäß § 312 Abs 2 Z 6 und 7 leg cit in § 331 BVergG keine Legitimation vorgesehen, eine dieser Maßnahmen mittels Antrag zu begehren (vgl. dazu VwGH 22.06.2011, 2011/04/0116 zum insofern vergleichbaren TVergNG 2006: "bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen des § 17 TVergNG 2006 bedarf weder die Nichtigerklärung des Vertrages noch dessen Aufhebung eines diesbezüglichen Antrages im verfahrenseinleitenden Feststellungsantrages, ist doch ein solcher Antrag weder in § 17 TVergNG 2006 noch in Art. 2d der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG als Voraussetzung normiert). Diesen gesetzlich vorgegebenen konstitutiven Befugnissen des Bundesvergabeamtes, bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen einen Vertrag für nichtig zu erklären oder ihn aufzuheben bzw Sanktionen, also zB eine Geldbuße zu verhängen, steht kein Parteienrecht, diese Zuständigkeiten des Bundesvergabe-amtes zu beantragen, gegenüber. Der Gesetzgeber hat für diese Ermächtigungen des Bundesvergabeamtes gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 6 und 7 leg cit in Paragraph 331, BVergG keine Legitimation vorgesehen, eine dieser Maßnahmen mittels Antrag zu begehren vergleiche dazu VwGH 22.06.2011, 2011/04/0116 zum insofern vergleichbaren TVergNG 2006: "bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen des Paragraph 17, TVergNG 2006 bedarf weder die Nichtigerklärung des Vertrages noch dessen Aufhebung eines diesbezüglichen Antrages im verfahrenseinleitenden Feststellungsantrages, ist doch ein solcher Antrag weder in Paragraph 17, TVergNG 2006 noch in Artikel 2 d, der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG als Voraussetzung normiert).

Diese Anträge auf Nichtigerklärung und auf weitestgehende Aufhebung des Vertrages sowie auf Verhängung einer Geldbuße waren somit als unzulässig zurückzuweisen.

IV. Zu den Spruchpunkten III und IV:römisch vier. Zu den Spruchpunkten römisch drei und IV:

Für Anträge gemäß §§ 320 Abs. 1, 328 Abs 1 und § 331 Abs 1 und 2 hat der Antragsteller gemäß § 318 Abs 1 BVergG nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Für Anträge gemäß Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und Paragraph 331, Absatz eins und 2 hat der Antragsteller gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

Gemäß § 331 Abs 1 2 Satz BVergG kann der Antragsteller in einem Antrag mehrere Feststellungen gemäß § 312 Abs 3 Z 1 bis 4 beantragen. Nach den EB 327 BlgNR 24. GP soll durch den vorgeschlagenen 2. Satz des § 331 Abs 1 klargestellt werden, dass im Falle einer "Antragskumulierung" ein Antrag gestellt werden kann, in dem mehrere Feststellungen begehrt werden, für die aber - da es sich eben nur um einen Antrag handelt - auch nur eine Gebühr zu entrichten ist. Gemäß Paragraph 331, Absatz eins, 2 Satz BVergG kann der Antragsteller in einem Antrag mehrere Feststellungen gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, bis 4 beantragen. Nach den EB 327 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode soll durch den vorgeschlagenen 2. Satz des Paragraph 331, Absatz eins, klargestellt werden, dass im Falle einer "Antragskumulierung" ein Antrag gestellt werden kann, in dem mehrere Feststellungen begehrt werden, für die aber -

da es sich eben nur um einen Antrag handelt - auch nur eine Gebühr zu entrichten ist.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 3.3.2011 einen Feststellungsantrag, welcher zwei Feststellungsbegehren, nämlich ein Begehren gemäß § 331 Abs 1 Z 1 und Z 2 BVergG, beinhaltete. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 3.3.2011 einen Feststellungsantrag, welcher zwei Feststellungsbegehren, nämlich ein Begehren gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins und Ziffer 2, BVergG, beinhaltete.

Gemäß § 318 Abs 1 Z 5 BVergG iVm Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010 (BVA-GebV 2010) hat die Antragstellerin bereits für den Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs 1 Z 1 BVergG ordnungsgemäß Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 1.328,-- (Euro 1.660,-- für den Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs 1 Z 1 reduziert um 20 vH, also Euro 332,-- infolge der zuvor bereits betreffend dasselbe gegenständliche Vergabeverfahren gestellten Anträge auf Nachprüfung der Ausssschreibung gemäß § 320 Abs 1 BVergG) nachweislich bezahlt. Demzufolge waren der Antragstellerin die für das vorliegende Feststellungsbegehren gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG bezahlten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 1.660,- rückzuerstatten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG in Verbindung mit Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010 (BVA-GebV 2010) hat die Antragstellerin bereits für den Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG ordnungsgemäß Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 1.328,-- (Euro 1.660,-- für den Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, reduziert um 20 vH, also Euro 332,-- infolge der zuvor bereits betreffend dasselbe gegenständliche Vergabeverfahren gestellten Anträge auf Nachprüfung der Ausssschreibung gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG) nachweislich bezahlt. Demzufolge waren der Antragstellerin die für das vorliegende Feststellungsbegehren gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG bezahlten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 1.660,- rückzuerstatten.

Eine Verzinsung von bereits entrichteten übergebührlichen und von Amts wegen zurück zu erstattenden Pauschalgebühren, geht aus § 318 Abs 1 Z 7 letzter Satz BVergG nicht hervor. Eine Verzinsung von bereits entrichteten übergebührlichen und von Amts wegen zurück zu erstattenden Pauschalgebühren, geht aus Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 7, letzter Satz BVergG nicht hervor.

Das ebenfalls gestellte Begehren auf Rückerstattung dieser Pauschalgebühren durch die Auftraggeber war daher ebenso abzuweisen.

Schlagworte

Feststellungsverfahren, Änderung Typus Vergabeverfahren, unzulässige Anträge, Antragskumulierung, Pauschalgebühren, Rückerstattung Zinsen Mehrbeträge;

Zuletzt aktualisiert am

22.11.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at