

TE Verg Bescheid 2013/4/24 F/0004-BVA/02/2011-29

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.04.2013

Norm

BVergG 2006 §2 Z50

BVergG 2006 §3

BVergG 2006 §312 Abs3 Z1

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §331 Abs1 Z1

BVergG 2006 §331 Abs2

BVergG 2006 §332 Abs1

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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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, 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, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, „das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde“, wird stattgegeben.

Es wird festgestellt, 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.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, „das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeber zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren zu Handen ihres rechtsfreundlichen Vertreters verpflichten“, wird stattgegeben.

Die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Y***, hat der A***, vertreten durch X***, die für den Feststellungsantrag entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt Euro 1.328,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen deren Rechtsvertreters X*** zu ersetzen.

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***, Wipplingerstrasse 32, 1010 Wien, 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 Bundesvergabeamtes vom 6.9.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-EV8, insoweit stattgegeben, als den Auftraggebern 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 diskriminierenden 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 für 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 hinaus wurde dieser Eventualantrag abgewiesen (Spruchpunkt II.). Dem auf die Streichung von für die Antragstellerin diskriminierenden 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 für 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 hinaus wurde dieser Eventualantrag abgewiesen (Spruchpunkt römisch zwei.).

Zur verfügten Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung führte das Bundesvergabeamt aus, sowohl die Ausschreibung als auch die 2. Ausschreibungsberichtigung enthielten keine Mängel, die eine gänzliche Nichtigerklärung der Ausschreibung rechtfertigen würden. Trotz Nichtigerklärung von bestimmten Ausschreibungsbestimmungen sei eine Ermittlung eines Bestbieters aufgrund der verbliebenen Ausschreibung einschließlich der erfolgten vier Ausschreibungsberichtigungen weiterhin möglich. 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.). Zur verfügten Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung führte das Bundesvergabeamt aus, sowohl die Ausschreibung als auch die 2. Ausschreibungsberichtigung enthielten keine Mängel, die eine gänzliche Nichtigerklärung der Ausschreibung rechtfertigen würden. Trotz Nichtigerklärung von bestimmten Ausschreibungsbestimmungen sei eine Ermittlung eines Bestbieters aufgrund der verbliebenen Ausschreibung einschließlich der erfolgten vier Ausschreibungsberichtigungen weiterhin möglich. 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 die unter den Spruchpunkten I und II wiedergegebenen Anträge und begehrte weiters die Gewährung von Akteneinsicht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Nach Abschluss der Rahmenvereinbarung stellte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 3.3.2011 die unter den Spruchpunkten römisch eins und römisch zwei wiedergegebenen Anträge und begehrte weiters die Gewährung von Akteneinsicht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend brachte die Antragstellerin zu diesem Feststellungsbegehren im Wesentlichen vor, nach einer Nichtigserklärung 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 erfolversprechendes Angebot zu legen.

Bei den für nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen (P 21, P 24, P 60, P 61, P 75, P 80, P 90, P 91 und P 92) handle es sich um wesentliche Bestandteile der Ausschreibung. Gemessen am Auftragswert mache das Volumen der betroffenen Positionen für beide Lose mehr als 32 % aus. Infolge der Einschränkung des möglichen Bieterkreises - nicht nur die Antragstellerin, sondern auch andere Unternehmen seien von einer Angebotsabgabe abgehalten worden - seien diese Rechtswidrigkeiten kausal für die Bestbieterermittlung und der Zuschlag sei nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot iSd § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG erteilt worden. Bei den für nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen (P 21, P 24, P 60, P 61, P 75, P 80, P 90, P 91 und P 92) handle es sich um wesentliche Bestandteile der Ausschreibung. Gemessen am Auftragswert mache das Volumen der betroffenen Positionen für beide Lose mehr als 32 % aus. Infolge der Einschränkung des möglichen Bieterkreises - nicht nur die Antragstellerin, sondern auch andere Unternehmen seien von einer Angebotsabgabe abgehalten worden - seien diese Rechtswidrigkeiten kausal für die Bestbieterermittlung und der Zuschlag sei nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot iSd Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG erteilt worden.

Die Verstöße der Auftraggeber gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz seien von besonderer Qualität. Dabei berief sich die Antragstellerin auf die Urteile des EuGH vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-496/99, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen CAS Succhi di Frutta SpA, Slg. 2004, I-03801, vom 19. Juni 2008 in der Rechtssache 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, und vom 13. April 2010 in der Rechtssache C- 91/08, Wall AG gegen La ville de Francfort-sur-le-Main und Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, Slg. 2010, I- 02815. Wie in der angeführten Rechtsprechung des EuGH 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.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Teilnahme am Vergabeverfahren, auf eine gesetzmäßige und vergaberechtskonforme Ausschreibung, insbesondere einer nichtdiskriminierenden 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 entstandenen Kosten von mindestens Euro 60.000,00 und in Form des entgangenen sehr wichtigen Referenzprojekts.

Die Auftraggeber brachten mit Schriftsatz vom 18.3.2011 im Wesentlichen vor, im Falle der Streichung einzelner

Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage habe der Auftraggeber die Möglichkeit, das Vergabeverfahren fortzusetzen. Demzufolge hätten sie die geänderten Ausschreibungsbestimmungen an die unverändert gebliebenen Angebote anwenden dürfen.

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

Wenn ein Nachprüfungsantrag gestellt worden, aber nicht erfolgreich gewesen sei, sei ein Feststellungsantrag unzulässig (VwGH vom 1.3.2004, Zl. 2004/04/0012). Dieses implizit ebenfalls auf die vom Bundesvergabeamt getroffene negative Nachprüfungsentscheidung gerichtete Feststellungsbegehren sei demzufolge auch unzulässig. Die Folgen des Widerrufs einer Ausschreibung seien dieselben wie bei einer Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung. Daher stehe dem im Wesentlichen auf das gleiche Ziel gerichteten Feststellungsantrag, der Antrag auf Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung entgegen.

Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 1.4.2011 im Wesentlichen, es handle sich um ein Bieterrecht 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.

Die vom Bundesvergabeamt anerkannten Vergabeverstöße seien im Feststellungsverfahren nicht mehr anhängig. Mit diesem Antrag werde gerügt, dass der Antragstellerin durch die nicht erfolgte Verlängerung der Angebotsfrist die europarechtlich gebotene Möglichkeit genommen worden sei, sich nach Nichtigklärung angefochtener Ausschreibungsbestimmungen noch am Vergabeverfahren zu beteiligen. Im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren sei es hingegen um eine allfällige Verlängerung der Angebotsfrist vor der Entscheidung des Bundesvergabeamtes gegangen.

Nicht jede Berichtigung einer Ausschreibung stelle eine wesentliche Änderung der Ausschreibung 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. § 57 Abs. 2 BVergG sehe bei Berichtigung von für die Angebotserstellung wesentlichen Vorgaben die Verlängerung der Angebotsfrist vor, um interessierten Unternehmen die Teilnahmemöglichkeit zu den abgeänderten Bedingungen zu geben. Streichungen einzelner Ausschreibungsbestimmungen blieben für die Nachprüfungsbehörde durchaus möglich, solange deren Nichtigklärung noch vor Ablauf der Angebotsfrist erfolge oder wenn die Angebotsfrist entsprechend verlängert worden sei. Nicht jede Berichtigung einer Ausschreibung stelle eine wesentliche Änderung der Ausschreibung 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. Paragraph 57, Absatz 2, BVergG sehe bei Berichtigung von für die Angebotserstellung wesentlichen Vorgaben die Verlängerung der Angebotsfrist vor, um interessierten Unternehmen die Teilnahmemöglichkeit zu den abgeänderten Bedingungen zu geben. Streichungen einzelner Ausschreibungsbestimmungen blieben für die Nachprüfungsbehörde durchaus möglich, solange deren Nichtigklärung noch vor Ablauf der Angebotsfrist erfolge oder wenn die Angebotsfrist entsprechend verlängert worden sei.

Die Antragstellerin äußerte schließlich die Vermutung, dass die Rahmenvereinbarung von den Auftraggebern auf Grundlage eines Angebotes abgeschlossen worden sei, das Positionen enthalten habe, die vom Bundesvergabeamt für rechtswidrig erklärt worden seien. Daher könne das Bundesvergabeamt die Entscheidung im gegenständlichen Fall unter Zugrundelegung der im Vorverfahren geäußerten Rechtsansicht und unter Verweis auf die dort gegebene Begründung treffen.

Mit Schriftsatz vom 8.4.2011 gaben die Auftraggeber an, dass die nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr geänderten Angebote an Hand der nach Nichtigklärung einzelner Teile der Ausschreibungsbestimmungen abgeänderten Ausschreibungsbestimmungen geprüft worden seien. Jene Angebotsteile, die sich auf die später für nichtig erklärten Bestimmungen bezogen hätten, hätten als nicht angeboten gegolten.

Weiters machten die Auftraggeber darauf aufmerksam, dass die Antragstellerin es verabsäumt habe, spätestens zum Zeitpunkt der Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 6.9.2010, GZ N/0076- BVA/02/2010-EV8, wo den Auftraggebern – entsprechend dem gestellten Begehren – lediglich untersagt worden sei, die im Vergabeverfahren

eingelangten Angebote zu öffnen, jedoch nicht gleichzeitig der Ablauf der Angebotsfrist ausgesetzt worden sei, zur Wahrung ihrer Rechte ein Angebot zu legen.

In der am 11.4.2011 durchgeführten mündlichen Verhandlung wiederholte die Antragstellerin im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen, sie habe jene Teile der Ausschreibungsbestimmungen, die für nichtig erklärt worden seien, angefochten.

Sie legte zu den Positionen 40, 60, 71 und 25 Produktbeschreibungen vor und führte aus, nach ihren Informationen habe die erfolgreiche Bestbieterin diese Produkte angeboten. Bei den Positionen 40, 60 und 71 sei die flächenbezogene Masse mit einem Maximalwert von $32,4\text{g/m}^2$ ausgeschrieben worden. Angeboten sei jedoch bei Position 40 ein Produkt mit einer flächenbezogenen Masse von 28g/m^2 , bei der Position 60 ein Artikel mit einer flächenbezogenen Masse von $25,99\text{g/m}^2$ und bei der Position 71 ein Produkt mit einer flächenbezogenen Masse von $24,5\text{g/m}^2$. Bei Position 25, wo die Ausschreibung einen Grenzwert $> 33\text{g/m}^2$ vorgegeben habe, betrage die flächenbezogene Masse nur $32,01\text{g/m}^2$. Der Zuschlag sei demnach nicht dem Bestbieter erteilt worden.

Der Auftraggeber erwiderte, infolge der 2.

Ausschreibungsberichtigung, Pkt. 30, sei bei den Positionen 40, 60 und 71 allein die Wasseraufnahmekapazität maßgeblich und die flächenbezogene Masse stelle nur einen Richtwert, welcher auch unterschritten werden könne, dar. Bei Position 25 sei nach den Ausschreibungsbestimmungen allein der Prüfbericht der TU Graz oder vergleichbarer Institutionen maßgeblich. Nach dem vorliegenden Prüfbericht der TU Graz vom 6.4. bis 16.4.2010 liege im Angebot der Bestbieterin zu Position 25 die flächenbezogene Masse über dem Grenzwert von 33g/m^2 .

Die Antragstellerin wies auf die 3. Ausschreibungsberichtigung (Rz 132 1. Satz AAB) hin, wonach es sich bei der flächenbezogenen Masse um einen Mindestwert handle. Atteste seien nach den Produktspezifikationsblättern für die genannten Positionen 40, 60, 71 und 25 vorzulegen.

Mit Bescheid vom 11.4.2011, GZ F/0004-BVA/02/2011-16, wies das Bundesvergabeamt den oben wiedergegebenen 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 wiedergegebenen 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 (BVergG 2006) vor. Jedoch sei ein Feststellungsantrag nach dieser Bestimmung gemäß § 332 Abs. 5 BVergG 2006 unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nach den §§ 320 ff BVergG 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 (BVergG 2006) vor. Jedoch sei ein Feststellungsantrag nach dieser Bestimmung gemäß Paragraph 332, Absatz 5, BVergG 2006 unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nach den Paragraphen 320, ff BVergG 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 BVergG 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, BVergG 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 BVergG 2006 unzulässig und auch der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren abzuweisen. Der Feststellungsantrag sei daher nach Paragraph 332, Absatz 5, BVergG 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 zur Zl. 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 hätten 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

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

3.1. 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. 3.1. 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 (BVergG 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- bzw. abgewiesen 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,

(BVerfG 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- bzw. abgewiesen wurden, stehen mit diesem Spruchpunkt in einem untrennbaren Zusammenhang.

Gemäß § 325 Abs. 2 BVerfG 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, BVerfG 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 BVerfG 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, BVerfG 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 BVerfG 2006 eine Streichung dieser Spezifikationen nach dem BVerfG 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, BVerfG 2006 eine Streichung dieser Spezifikationen nach dem BVerfG 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.

3.2. 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 gesamten Umfang gemäß § 42 Abs 1 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. 3.2. 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 gesamten Umfang gemäß Paragraph 42, Absatz eins, 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 2010 abgesprochen 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 2010 abgesprochen 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.“

3.3. Gleichzeitig hob der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 6.3.2013, ZI 2011/04/0130, die vom Bundesvergabeamt in einem weiteren Feststellungsverfahren getroffenen Entscheidungen (Bescheid 24.5.2011, GZ F/0005-BVA/02/2011-19) gleichfalls gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. Über die in diesem weiteren Rechtsschutzverfahren zu behandelnden Anträge wird das Bundesvergabeamt zu GZ F/0005-BVA/02/2011 gesondert absprechen. 3.3. Gleichzeitig hob der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 6.3.2013, ZI 2011/04/0130, die vom Bundesvergabeamt in einem weiteren Feststellungsverfahren getroffenen Entscheidungen (Bescheid 24.5.2011, GZ F/0005-BVA/02/2011-19) gleichfalls gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. Über die in diesem weiteren Rechtsschutzverfahren zu behandelnden Anträge wird das Bundesvergabeamt zu GZ F/0005-BVA/02/2011 gesondert absprechen.

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 BVerG. 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 der Auftraggeber 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 eingebracht und entspricht den inhaltlichen Vorgaben gemäß § 332 Abs 1 BVerG. Die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, sind Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVerG. 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 der Auftraggeber 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 eingebracht und entspricht den inhaltlichen Vorgaben gemäß Paragraph 332, Absatz eins, BVerG.

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

Gemäß § 312 Abs 3 Z 1 BVerG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVerG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Gemäß § 331 Abs 1 Z 1 BVerG 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 der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, BVerG 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 der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Nachdem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes bestimmte Anforderungen in der im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren bekämpften Ausschreibung vom 3.12.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010- 36, für nichtig erklärt worden waren, öffneten die Auftraggeber die 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 vom 1.2.2011 schlossen die Auftraggeber die Rahmenvereinbarung mit der Bestbieterin ab. Bei dieser Faxmitteilung vom 1.2.2011 handelt es sich um die an die Bestbieterin gerichtete schriftliche Mitteilung der Auftraggeber, ihr Angebot auf Abschluss der Rahmenvereinbarung anzunehmen (vgl. Zuschlagserteilung gemäß § 2 Z 50 BVerG). Am 3. März 2011 brachte die Antragstellerin vorliegenden Feststellungsantrag gemäß § 312 Abs 3 Z 1 ein. Nachdem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes bestimmte Anforderungen in der im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren bekämpften Ausschreibung vom 3.12.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010- 36, für nichtig erklärt worden waren, öffneten die Auftraggeber die 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 vom 1.2.2011 schlossen die Auftraggeber die Rahmenvereinbarung mit der Bestbieterin ab. Bei dieser Faxmitteilung vom 1.2.2011 handelt es sich um die an die Bestbieterin gerichtete schriftliche Mitteilung der Auftraggeber, ihr Angebot auf Abschluss der Rahmenvereinbarung anzunehmen vergleiche Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 2, Ziffer 50, BVergG). Am 3. März 2011 brachte die Antragstellerin vorliegenden Feststellungsantrag gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, ein.

Im Nachprüfungsverfahren, GZ N/0076-BVA/02/2010, begehrte die Antragstellerin, mit Anträgen vom 30. August 2010 (ergänzt am 28. September 2010) insbesondere die Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung und der gesamten 1. und 2.

Ausschreibungsberichtigung. Das Bundesvergabeamt wies einerseits mit Bescheid vom 3.12.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-36, den gestellten (Haupt)antrag, soweit er sich auf die Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung und der gesamten 2. Ausschreibungsberichtigung bezog, ab und soweit er sich auf die

1. Ausschreibungsberichtigung bezog, zurück und gab andererseits dem in eventu gestellten Antrag auf Streichung von für die Antragstellerin diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen teilweise statt.

Die auf § 325 Abs 2 BVergG gestützte Nichtigklärung von Teilen der Ausschreibung in der Fassung der 2. Paragraph 325, Absatz 2, BVergG gestützte Nichtigklärung von Teilen der Ausschreibung in der Fassung der 2.

Ausschreibungsberichtigung in dem diesem Feststellungsverfahren zugrundeliegenden Vergabeverfahren erfolgte erst nach Ablauf der verlängerten Angebotsfrist. Die übrigen Spruchpunkte des genannten Bescheides, mit denen die sonstigen (darüber hinausgehenden) Anträge auf Nichtigklärung (unter anderem der gesamten Ausschreibung) bzw. Pauschalgebührenersatz zurück- bzwabgewiesen wurden, stehen mit diesem Spruchpunkt in einem untrennbaren Zusammenhang.

Nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 6.3.2013, Zl. 2011/04/0139 wird durch die Streichung einzelner Spezifikationen in der Ausschreibung ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest die Antragstellerin angesprochen. Demnach kommt eine Streichung der vom Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 3.12.2010, N/0076-BVA/02/2010-36, für nichtig erklärten Spezifikationen nicht mehr in Betracht. Vielmehr ist in 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 nichtig zu erklärenden Ausschreibung in der Fassung der 2. Ausschreibungsberichtigung, nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt.

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

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Gemäß § 318 Abs 1 BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß §§ 320 Abs. 1, 328 Abs 1 und § 331 Abs 1 und 2 nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten: 5. Hat der Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß § 320 Abs 1 oder gemäß § 331 Abs 1 oder 2 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß § 320 Abs 1 oder gemäß § 331 Abs 1 oder 2 eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und Paragraph 331, Absatz eins und 2 nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten: 5. Hat der Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, oder gemäß Paragraph 331, Absatz eins, oder 2 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, oder gemäß Paragraph 331, Absatz eins, oder 2 eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten.

Die Antragstellerin hat die gemäß § 318 Abs 1 Z 5 BVergG iVm Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010 (BVA-

GebV 2010) für den Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs 1 Z 1 BVergG zu entrichtende Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 1.328,-- (Euro 1660,-- für den Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs 1 Z 1 reduziert um 20 vH, also Euro 332,-- infolge des zuvor bereits betreffend das selbe gegenständliche Vergabeverfahren gestellten Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibung gemäß § 320 Abs 1 BVergG) nachweislich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Antrag auf Feststellung gestellt und war somit rechtzeitig. Die Antragstellerin hat die gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG in Verbindung mit Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010 (BVA-GebV 2010) für den Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG zu entrichtende Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 1.328,-- (Euro 1660,-- für den Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, reduziert um 20 vH, also Euro 332,-- infolge des zuvor bereits betreffend das selbe gegenständliche Vergabeverfahren gestellten Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibung gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG) nachweislich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Antrag auf Feststellung gestellt und war somit rechtzeitig.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Antrag auf Feststellung obsiegt, weshalb auch ihrem Antrag auf Pauschalgebührenersatz in Höhe von insgesamt Euro 1.328,-- stattzugeben ist.

Schlagworte

Feststellungsverfahren, Nichtigerklärung Ausschreibung, Grenze Nichtigerklärung von Ausschreibungsteilen, Bieterkreis;

Zuletzt aktualisiert am

06.06.2013

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