

TE Verg Bescheid 2013/4/12 N/0018-BVA/06/2013-23

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.04.2013

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322 Abs2 Z1

BVergG 2006 §322 Abs2 Z2

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 § 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 § 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 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 303 BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie durch Mag. Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite und MR Mag. Franz Pachner als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Liefen und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl nach Losen österreichweit" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch X***, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 11. März 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 303, BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie durch Mag. Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite und MR Mag. Franz Pachner als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Liefen und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl nach Losen österreichweit" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch X***, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 11. März 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I. römisch eins.

Der Antrag, das "Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die folgenden Entscheidungen bzw Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung für nichtig erklären: ...

I.1. in der 5. Berichtigung zu L1, 1.2.1.5. die Streichung der Eintragung in die EFL als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Punkt 1.2.1.5. erster Halbsatz). Die Festlegung bzw. Entscheidung der Auftraggeberin, dass die Eintragung bzw. der Einzelnachweis nur noch als Nachweis der Produkteigenschaft der Ausschreibung gelten" wird römisch eins.1. in der 5. Berichtigung zu L1, 1.2.1.5. die Streichung der Eintragung in die EFL als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Punkt 1.2.1.5. erster Halbsatz). Die Festlegung bzw. Entscheidung der Auftraggeberin, dass die Eintragung bzw. der Einzelnachweis nur noch als Nachweis der Produkteigenschaft der Ausschreibung gelten" wird

zurückgewiesen.

I.2. in der Anfragebeantwortung vom 17.1.2013 zu Frage 12: die Festlegung bzw. Entscheidung, dass sich der Einzelfall (auch gemäß Punkt 3.2.1.2 Absatz 3 der Ausschreibung) auf eine konkrete Ausschreibung.' bezieht und dass ,bei der römisch eins.2. in der Anfragebeantwortung vom 17.1.2013 zu Frage 12: die Festlegung bzw. Entscheidung, dass sich der Einzelfall (auch gemäß Punkt 3.2.1.2 Absatz 3 der Ausschreibung) auf eine konkrete Ausschreibung.' bezieht und dass ,bei der

Angebotsabgabe ... das Verfahren zum Erlangen der Nachweise ...

(nur) eingeleitet (aber nicht abgeschlossen) sein muss." wird zurückgewiesen.

I.3. in der Anfragebeantwortung vom 25.2.2013 zu Frage 11: die Festlegung zu Punkt 3.2.1.2 Absatz 3 der

Ausschreibung, „... dass der Hinweis auf den ‚Einzelfall‘ in dieser Bestimmung sich auf Produkte bezieht, die bei der gegenständlichen Ausschreibung angeboten werden sollen, obwohl sie über keine Einsatzfreigabe des BMVIT verfügen.“ wird zurückgewiesen. I.4. die in den Anfragebeantwortungen vom 17.01.2013 und 25.02.2013 sowie in der 5. Berichtigung zur Ausschreibung ‚Lieferrückhalte- und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl österreichweit‘ getroffene Festlegung, dass ein Einzelnachweis im Sinn der ÖNORM V 1317 sowohl für die gesamte Ausschreibung als auch für einzelne Lose generell als Ersatz für eine Eintragung in die EFL des BMVIT zugelassen wird“, wird zurückgewiesen. römisch eins.3. in der Anfragebeantwortung vom 25.2.2013 zu Frage 11: die Festlegung zu Punkt 3.2.1.2 Absatz 3 der Ausschreibung, „... dass der Hinweis auf den ‚Einzelfall‘ in dieser Bestimmung sich auf Produkte bezieht, die bei der gegenständlichen Ausschreibung angeboten werden sollen, obwohl sie über keine Einsatzfreigabe des BMVIT verfügen.“ wird zurückgewiesen. römisch eins.4. die in den Anfragebeantwortungen vom 17.01.2013 und 25.02.2013 sowie in der 5. Berichtigung zur Ausschreibung ‚Lieferrückhalte- und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl österreichweit‘ getroffene Festlegung, dass ein Einzelnachweis im Sinn der ÖNORM römisch fünf 1317 sowohl für die gesamte Ausschreibung als auch für einzelne Lose generell als Ersatz für eine Eintragung in die EFL des BMVIT zugelassen wird“, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 16 lit a sublit ii, 321 Abs 1, 322 Abs 2 Z 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i., 321 Absatz eins, 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG

II. römisch zwei.

Der in eventu gestellte Antrag, das "Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die folgenden Entscheidungen bzw Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung für nichtig erklären: ...

die in den Anfragebeantwortungen vom 17.01.2013 und 25.02.2013 sowie in der 5. Berichtigung zur Ausschreibung ‚Lieferrückhalte- und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl

österreichweit‘ getroffene Festlegung, dass ein Einzelnachweis im Sinn der ÖNORM V 1317 sowohl für die gesamte Ausschreibung als auch für einzelne Lose generell als Ersatz für eine Eintragung in die EFL des BMVIT auch dann zugelassen wird, wenn sich der Einzelnachweis auf mehr als nur wenige Meter lange Strecken(in eventu: auf mehr als nur ganz kurze Strecken) bezieht oder auf Situationen, die mehr als bloß vereinzelt vorkommen.“ wird zurückgewiesen. österreichweit‘ getroffene Festlegung, dass ein Einzelnachweis im Sinn der ÖNORM römisch fünf 1317 sowohl für die gesamte Ausschreibung als auch für einzelne Lose generell als Ersatz für eine Eintragung in die EFL des BMVIT auch dann zugelassen wird, wenn sich der Einzelnachweis auf mehr als nur wenige Meter lange Strecken(in eventu: auf mehr als nur ganz kurze Strecken) bezieht oder auf Situationen, die mehr als bloß vereinzelt vorkommen.“ wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 16 lit a sublit ii, 321 Abs 1, 322 Abs 2 Z 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i., 321 Absatz eins, 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG

III. römisch drei.

Der in eventu gestellte Antrag, das "Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung der Auftraggeberin, Angebote über das Lieferrückhalte- und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl österreichweit zuzulassen, welche eine der im Folgenden angeführten Festlegungen enthalten, für nichtig erklären:

1.1. in der 5. Berichtigung zu L1, 1.2.1.5. die Streichung der Eintragung in die EFL als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Punkt 1.2.1.5. erster Halbsatz). Die Festlegung bzw. Entscheidung der Auftraggeberin, dass die Eintragung bzw. der Einzelnachweis nur noch als Nachweis der Produkteigenschaft der Ausschreibung gelten;

1.2. in der Anfragebeantwortung vom 17.1.2013 zu Frage 12: die Festlegung bzw. Entscheidung, dass sich der Einzelfall (auch gemäß Punkt 3.2.1.2 Absatz 3 der Ausschreibung) „... auf eine konkrete Ausschreibung.“ bezieht und dass ‚bei der Angebotsabgabe ... das Verfahren zum Erlangen der Nachweise ...

(nur) eingeleitet (aber nicht abgeschlossen) sein muss.‘

1.3. in der Anfragebeantwortung vom 25.2.2013 zu Frage 11: die Festlegung zu Punkt 3.2.1.2 Absatz 3 der Ausschreibung, „... dass der Hinweis auf den ‚Einzelfall‘ in dieser Bestimmung sich auf Produkte bezieht, die bei der gegenständlichen Ausschreibung angeboten werden sollen, obwohl sie über keine Einsatzfreigabe des BMVIT verfügen.‘

1.4. die in den Anfragebeantwortungen vom 17.01.2013 und 25.02.2013 sowie in der 5. Berichtigung zur Ausschreibung ‚Liefen und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl österreichweit‘ getroffene Festlegung, dass ein Einzelnachweis im Sinn der ÖNORM V 1317 sowohl für die gesamte Ausschreibung als auch für einzelne Lose generell als Ersatz für eine Eintragung in die EFL des BMVIT zugelassen wird“, wird zurückgewiesen. 1.4. die in den Anfragebeantwortungen vom 17.01.2013 und 25.02.2013 sowie in der 5. Berichtigung zur Ausschreibung ‚Liefen und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl österreichweit‘ getroffene Festlegung, dass ein Einzelnachweis im Sinn der ÖNORM römisch fünf 1317 sowohl für die gesamte Ausschreibung als auch für einzelne Lose generell als Ersatz für eine Eintragung in die EFL des BMVIT zugelassen wird“, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 16 lit a sublit ii, 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1, 322 Abs 1 Z 7 und Abs 2 Z 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i., 312 Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins, 322, Absatz eins, Ziffer 7 und Absatz 2, Ziffer eins, BVergG

IV.römisch vier.

Der Antrag, "ferner möge das Bundesvergabeamt die Auftraggeberin zum Ersatz der Kosten der Antragstellerin für die Teilnahme am Vergabeverfahren verpflichten, insbesondere zum Ersatz der Pauschalgebühren des Nachprüfungsverfahrens und des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung", wird, sofern sich der Antrag auf den Ersatz der Pauschalgebühren richtet, abgewiesen.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 318 Abs 1 Z 1, 4 und 5, 319 Abs1, 2 und 3 BVergG; §§ 1, 2 und 3 BVA-GebV 2012
Rechtsgrundlage: Paragraphen 318, Absatz eins, Ziffer eins, 4 und 5, 319 Abs1, 2 und 3 BVergG; Paragraphen eins, 2 und 3 BVA-GebV 2012

Begründung

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 6. März 2013, beim Bundesvergabeamt am 11. März 2013 eingebracht und eingelangt, das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Kosten- bzw Gebührenersatz sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Darüber hinaus stellte sie folgenden Antrag auf Nichtigklärung:

"Das Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die folgenden Entscheidungen bzw. Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung für nichtig erklären, in eventu: das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung der Auftraggeberin, Angebote über das Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl österreichweit zuzulassen, welche eine der im Folgenden angeführten Festlegungen enthalten, für nichtig erklären:

1.1. in der 5. Berichtigung zu L1, 1.2.1.5. die Streichung der Eintragung in die EFL als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Punkt 1.2.1.5. erster Halbsatz). Die Festlegung bzw. Entscheidung der Auftraggeberin, dass die Eintragung bzw. der Einzelnachweis nur noch als Nachweis der Produkteigenschaft der Ausschreibung gelten;

1.2. in der Anfragebeantwortung vom 17.1.2013 zu Frage 12: die Festlegung bzw. Entscheidung, dass sich der Einzelfall (auch gemäß Punkt 3.2.1.2 Absatz 3 der Ausschreibung) "....

auf eine konkrete Ausschreibung." bezieht und dass "bei der

Angebotsabgabedas Verfahren zum Erlangen der Nachweise

.... (nur) eingeleitet (aber nicht abgeschlossen) sein muss."

1.3. in der Anfragebeantwortung vom 25.2.2013 zu Frage

11: die Festlegung zu Punkt 3.2.1.2 Absatz 3 der

Ausschreibung, ".... dass der Hinweis auf den "Einzelfall" in

dieser Bestimmung sich auf Produkte bezieht, die bei der gegenständlichen Ausschreibung angeboten werden sollen, obwohl sie über keine Einsatzfreigabe des BMVIT verfügen."

1.4. die in den Anfragebeantwortungen vom 17.01.2013 und 25.02.2013 sowie in der 5. Berichtigung zur Ausschreibung "Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl österreichweit" getroffene Festlegung, dass ein Einzelnachweis im Sinn der ÖNORM V 1317 sowohl für die gesamte Ausschreibung als auch für einzelne Lose generell als Ersatz für eine Eintragung in die EFL des BMVIT zugelassen wird, 1.4. die in den

Anfragebeantwortungen vom 17.01.2013 und 25.02.2013 sowie in der 5. Berichtigung zur Ausschreibung "Lieferrn und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl österreichweit" getroffene Festlegung, dass ein Einzelnachweis im Sinn der ÖNORM römisch fünf 1317 sowohl für die gesamte Ausschreibung als auch für einzelne Lose generell als Ersatz für eine Eintragung in die EFL des BMVIT zugelassen wird,

In eventu: die in den Anfragebeantwortungen vom 17.01.2013 und 25.02.2013 sowie in der 5. Berichtigung zur Ausschreibung "Lieferrn und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl österreichweit" getroffene Festlegung, dass ein Einzelnachweis im Sinn der ÖNORM V 1317 sowohl für die gesamte Ausschreibung als auch für einzelne Lose generell als Ersatz für eine Eintragung in die EFL des BMVIT auch dann zugelassen wird, wenn sich der Einzelnachweis auf mehr als nur wenige Meter lange Strecken (in eventu: auf mehr als nur ganz kurze Strecken) bezieht oder auf Situationen, die mehr als bloß vereinzelt vorkommen."In eventu: die in den Anfragebeantwortungen vom 17.01.2013 und 25.02.2013 sowie in der 5. Berichtigung zur Ausschreibung "Lieferrn und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl österreichweit" getroffene Festlegung, dass ein Einzelnachweis im Sinn der ÖNORM römisch fünf 1317 sowohl für die gesamte Ausschreibung als auch für einzelne Lose generell als Ersatz für eine Eintragung in die EFL des BMVIT auch dann zugelassen wird, wenn sich der Einzelnachweis auf mehr als nur wenige Meter lange Strecken (in eventu: auf mehr als nur ganz kurze Strecken) bezieht oder auf Situationen, die mehr als bloß vereinzelt vorkommen."

Begründend führte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 6. März 2013 (OZ 1) und vom 26. März 2013 (OZ 13) sowie in der mündlichen Verhandlung vom 5. April 2013 zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus: Das gegenständliche Vergabeverfahren werde von der ASFINAG Service GmbH als vergebender Stelle im Namen und im Auftrag der ASFINAG als offenes Verfahren zum Zwecke des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung über das "Lieferrn und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl nach Losen österreichweit" geführt und sei als Lieferauftrag im Oberschwellenbereich bekannt gemacht worden.

Die Auftraggeberin habe mit der 5. Berichtigung der Ausschreibung den Punkt 1.2.1.5. betreffend den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gestrichen. Damit fordere sie die Eintragung in die Einsatzfreigabeliste bzw den Einzelnachweis "nur noch" als Nachweis der Produkteigenschaft. Damit verstoße die Auftraggeberin gegen die Verpflichtung zur Festlegung von Nachweisen gemäß § 70 BVergG. Es stehe nicht in ihrem Belieben, ob sie bei der Ausschreibung einer österreichweiten Rahmenvereinbarung einen gesetzmäßigen Nachweis verlange oder nicht. Der Umstand, dass in einer Ausschreibung keine konkreten Nachweise für das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit begehrt werden, könne von jedem Bieter im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden (VwGH vom 18. Mai 2005, 2004/04/0094). Der Bieter müsse bereits zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung seine technische Leistungsfähigkeit durch Vorlage der geforderten Prüfzeugnisse nachweisen. Wer nicht ein den nationalen Anforderungen (insbesondere EN 1317 und ÖNORM V 1317 sowie RVS)Die Auftraggeberin habe mit der 5. Berichtigung der Ausschreibung den Punkt 1.2.1.5. betreffend den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gestrichen. Damit fordere sie die Eintragung in die Einsatzfreigabeliste bzw den Einzelnachweis "nur noch" als Nachweis der Produkteigenschaft. Damit verstoße die Auftraggeberin gegen die Verpflichtung zur Festlegung von Nachweisen gemäß Paragraph 70, BVergG. Es stehe nicht in ihrem Belieben, ob sie bei der Ausschreibung einer österreichweiten Rahmenvereinbarung einen gesetzmäßigen Nachweis verlange oder nicht. Der Umstand, dass in einer Ausschreibung keine konkreten Nachweise für das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit begehrt werden, könne von jedem Bieter im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden (VwGH vom 18. Mai 2005, 2004/04/0094). Der Bieter müsse bereits zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung seine technische Leistungsfähigkeit durch Vorlage der geforderten Prüfzeugnisse nachweisen. Wer nicht ein den nationalen Anforderungen (insbesondere EN 1317 und ÖNORM römisch fünf 1317 sowie RVS)

entsprechendes Produkt anbiete, verfüge nicht über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit. Gemäß § 70 Abs 5 BVergG bestehe die Möglichkeit, den Nachweis der Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis einer Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten zu führen. Im konkreten Fall handle es sich dabei um die Einsatzfreigabeliste des BMVIT.entsprechendes Produkt anbiete, verfüge nicht über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit. Gemäß Paragraph 70, Absatz 5, BVergG bestehe die Möglichkeit, den Nachweis der Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis einer Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten zu führen. Im konkreten Fall handle es sich dabei um die Einsatzfreigabeliste des BMVIT.

Das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technik (BMVIT) erstelle schon seit langem Einsatzfreigabelisten,

die taxativ angeben, welche Systeme welcher Hersteller die erforderlichen Kriterien gemäß der ÖNORM EN 1317-1 bis 8, der ÖNORM V 1317 und den einschlägigen RVS (insbesondere RVS 15.04.71, RVS 05.02.31, RVS 08.23.05 und RVS 08.23.06) erfüllen und daher von der Öffentlichen Hand eingesetzt werden dürfen. Der Grundsatz der primären bzw vorrangigen Eintragung in die Einsatzfreigabeliste ergebe sich aus dem auf Basis des Ermächtigungsgesetzes abgeschlossenen Fruchtgenussvertrag zwischen der Republik Österreich (bzw. dem BMVIT) einerseits und der ASFINAG andererseits. Das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technik (BMVIT) erstelle schon seit langem Einsatzfreigabelisten, die taxativ angeben, welche Systeme welcher Hersteller die erforderlichen Kriterien gemäß der ÖNORM EN 1317-1 bis 8, der ÖNORM römisch fünf 1317 und den einschlägigen RVS (insbesondere RVS 15.04.71, RVS 05.02.31, RVS 08.23.05 und RVS 08.23.06) erfüllen und daher von der Öffentlichen Hand eingesetzt werden dürfen. Der Grundsatz der primären bzw vorrangigen Eintragung in die Einsatzfreigabeliste ergebe sich aus dem auf Basis des Ermächtigungsgesetzes abgeschlossenen Fruchtgenussvertrag zwischen der Republik Österreich (bzw. dem BMVIT) einerseits und der ASFINAG andererseits.

Grundsätzlich seien im österreichischen Straßennetz immer wieder gleichartige Standardsituationen anzutreffen, die mit den marktgängigen und erprobten Produkten von FRS bestens abgedeckt werden können. Es komme allerdings in eher seltenen Einzelfällen vor, dass für einen räumlich sehr eingeschränkten Teil einer FRS-Strecke ein technischer Sonderfall eintrete. Wenn aber in einem Ausnahmefall eine rasche Lösung im Interesse der Verkehrssicherheit nötig sei und daher eine vertiefte Prüfung eines an sich offenbar tauglichen Systems beim BMVIT zu viel Zeit in Anspruch nehmen würde, liege es nahe, sich mit einem Prüfzertifikat einer notifizierten Stelle zu begnügen. Nur für solche Ausnahmefälle soll der Einzelnachweis zulässig sein. Dieser Einzelnachweis habe dieselben Anforderungen zu erfüllen wie sie im "Merkblatt zur Erlangung einer Einsatzfreigabe für Fahrzeugrückhaltesysteme durch das BMVIT" definiert sind. Bisher habe das BMVIT die Übereinstimmung der vorgelegten Unterlagen mit den

gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere mit den

österreichischen nationalen Vorgaben überprüft. Auch in einem derartigen Einzelfall sei nachträglich ein Einsatzfreigabeantrag zu stellen, da andernfalls das für den Einzelfall zugelassene System für andere ausschreibende Stellen nicht ersichtlich sei.

Die Eintragung in die Einsatzfreigabeliste müsse weiterhin den Regelfall bilden. Das BMVIT unterliege im Gegensatz zu notifizierten Prüfstellen keinem Erfolgsdruck einer Rentabilität bzw Marktakzeptanz und sei als Behörde allein der Einhaltung der Gesetze verpflichtet. So sei es in der Vergangenheit vorgekommen, dass von notifizierten Prüfstellen Zertifikate für Produkte ausgestellt wurden, obwohl hierfür keine Zertifikate hätten ausgestellt werden dürfen.

In ihren Anfragebeantwortungen vom 17. Jänner 2013 zu Frage 12 und vom 25. Februar 2013 zu Frage 11 habe die Auftraggeberin allerdings rechtswidrigerweise festgelegt, dass als "Einzelfall" das gesamte österreichische Straßennetz mit sämtlichen ausgeschriebenen Losen qualifiziert werde und damit auch in diesem Fall, obwohl es sich nicht um einen begründeten Ausnahmefall handle, die Nachweisführung mittels

Einzelnachweis möglich sei.

Gemäß § 19 Abs 2 BVergG bleibe die zulässige unterschiedliche Behandlung von Bietern aus Gründen des Warenursprungs vom Grundsatz der Gleichbehandlung unberührt. Die Zulassung eines Einzelnachweises als Regelfall würde dagegen die
Gemäß Paragraph 19, Absatz 2, BVergG bleibe die zulässige unterschiedliche Behandlung von Bietern aus Gründen des Warenursprungs vom Grundsatz der Gleichbehandlung unberührt. Die Zulassung eines Einzelnachweises als Regelfall würde dagegen die

österreichischen Bieter und auch die zahlreichen ausländischen Hersteller benachteiligen, die sich in die Einsatzfreigabeliste eintragen ließen. Von einer Benachteiligung ausländischer Bieter könnte nur die Rede sein, wenn diese durch das Verfahren zur Eintragung in die Einsatzfreigabeliste in irgendeiner Weise gegenüber inländischen Bietern behindert oder finanziell mehr als diese belastet wären, was aber gegenständlich nicht der Fall sei. Das Verfahren sei kostenlos. Bereits zahlreiche etablierte Anbieter aus ganz Europa seien längst darin zu finden. Die europarechtlichen Grundsätze der Freiheit des Waren- und Dienstleistungsverkehrs dürften nicht zu Lasten der österreichischen Bieter exzessiv ausgelegt werden. Zu berücksichtigen sei, dass die gegenständliche Regelung dem Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit und dem Schutz des Eigentums diene. Diese Rechtsgüter seien höherrangiger als die vorerwähnten Grundfreiheiten.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 5. April 2013 stellte die Antragstellerin außer Streit, dass der Antragstellerin die

1. 2. Ziffer 2

Berichtigung und 2. Anfragebeantwortung am 17. Jänner 2013 sowie die 5. Berichtigung und 3.

Anfragebeantwortung am 25. Februar 2013 zugegangen sind. Zumal die im Rahmen der mündlichen Verhandlung der Antragstellerin vorgelegte, von der Auftraggeberin erstellte Zusammenfassung der Logfiles die D*** betreffe, werde allerdings die Richtigkeit der betreffenden Daten in der Zusammenfassung in Frage gestellt. Im Übrigen führte die Antragstellerin zur Rechtzeitigkeit aus, dass die Frist für die Angebotsabgabe aufgrund der Fristverlängerung im Rahmen der 4. Berichtigung am 19. März 2013 ende und mehr als 17 Tage betrage, weswegen der hiermit gestellte Nachprüfungsantrag sowie der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung rechtzeitig seien. Die Ausschreibung sei ebenso wie andere Festlegungen während der Angebotsfrist eine gesondert anfechtbare Entscheidung

(§ 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG); sie sei allerdings ein Spezialfall davon. Zusätzlich zu den allgemeinen Anfechtungsfristen von Entscheidungen habe der Gesetzgeber mit der Bestimmung über die Nachprüfung der Ausschreibung (§ 321 Abs 4 BVergG) eine weitere Frist eingeräumt (arg.: "... über die in den Abs. 1 und 2 genannten Zeiträume hinaus..."). Die Fristen der Absätze 1 und 4 leg.cit. würden einander nicht ausschließen, sondern einander ergänzen. (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG); sie sei allerdings ein Spezialfall davon. Zusätzlich zu den allgemeinen Anfechtungsfristen von Entscheidungen habe der Gesetzgeber mit der Bestimmung über die Nachprüfung der Ausschreibung (Paragraph 321, Absatz 4, BVergG) eine weitere Frist eingeräumt (arg.: "... über die in den Absatz eins und 2 genannten Zeiträume hinaus..."). Die Fristen der Absätze 1 und 4 leg.cit. würden einander nicht ausschließen, sondern einander ergänzen.

Die gegenständlich angefochtenen Festlegungen seien als Ausschreibung iSd § 321 BVergG zu qualifizieren. Die Ausschreibung sei die Erklärung des Auftraggebers, in der er "festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte". Dazu gehören auch die Ausschreibungsunterlagen und Informationen über die zu vergebenden Leistungen. Die gegenständlich angefochtenen Festlegungen seien als Ausschreibung iSd Paragraph 321, BVergG zu qualifizieren. Die Ausschreibung sei die Erklärung des Auftraggebers, in der er "festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte". Dazu gehören auch die Ausschreibungsunterlagen und Informationen über die zu vergebenden Leistungen

(§ 2 Z 10 BVergG). Anfragebeantwortungen und Berichtigungen der Ausschreibung seien also nach der Legaldefinition des Begriffes der Ausschreibung Teile der Ausschreibung selbst, wenn und soweit darin die Leistung oder die dafür festgelegten Bestimmungen geändert oder neu festgelegt werden. Demnach seien alle Festlegungen, welche die Leistung oder die Bestimmungen der Leistungserbringung betreffen, Teil der Ausschreibung. Dagegen seien Festlegungen, für welche dies nicht zutreffe (zB Festlegung der Angebotsfrist; Ort der Angebotseröffnung; Zulässigkeit der Anwesenheit von bestimmten Personen; Zulassung oder Nichtzulassung von Bietern etc.), "sonstige" Festlegungen. Dem Gesetz sei nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Es gebe keinen gerechtfertigten Grund, warum ein eindeutig integrierender Bestandteil einer Ausschreibung entgegen der Legaldefinition nur deshalb nicht Teil der Ausschreibung und daher nur nach § 321 Abs 1 BVergG anfechtbar sein sollte, weil er im Wege einer Berichtigung oder Anfragebeantwortung erfolgte. Ein derartiges Abgrenzungskriterium sei dem Gesetz keinesfalls zu entnehmen. (Paragraph 2, Ziffer 10, BVergG). Anfragebeantwortungen und Berichtigungen der Ausschreibung seien also nach der Legaldefinition des Begriffes der Ausschreibung Teile der Ausschreibung selbst, wenn und soweit darin die Leistung oder die dafür festgelegten Bestimmungen geändert oder neu festgelegt werden. Demnach seien alle Festlegungen, welche die Leistung oder die Bestimmungen der Leistungserbringung betreffen, Teil der Ausschreibung. Dagegen seien Festlegungen, für welche dies nicht zutreffe (zB Festlegung der Angebotsfrist; Ort der Angebotseröffnung; Zulässigkeit der Anwesenheit von bestimmten Personen; Zulassung oder Nichtzulassung von Bietern etc.), "sonstige" Festlegungen. Dem Gesetz sei nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Es gebe keinen gerechtfertigten Grund, warum ein eindeutig integrierender Bestandteil einer Ausschreibung entgegen der Legaldefinition nur deshalb nicht Teil der Ausschreibung und daher nur nach Paragraph 321, Absatz eins, BVergG anfechtbar sein sollte, weil er im Wege einer Berichtigung oder Anfragebeantwortung erfolgte. Ein derartiges Abgrenzungskriterium sei dem Gesetz keinesfalls zu entnehmen.

Es wäre auch ein unerklärlicher Widerspruch, würde das Gesetz die Anfechtungsfrist für die erste Fassung der

Ausschreibung viel später (§ 321 Abs 4 BVergG) enden lassen als die Anfechtungsfrist für spätere Änderungen der Ausschreibung (§ 321 Abs 1 BVergG). Es wäre auch ein unerklärlicher Widerspruch, würde das Gesetz die Anfechtungsfrist für die erste Fassung der Ausschreibung viel später (Paragraph 321, Absatz 4, BVergG) enden lassen als die Anfechtungsfrist für spätere Änderungen der Ausschreibung (Paragraph 321, Absatz eins, BVergG).

Ausschreibungen bzw Teile davon können somit jedenfalls innerhalb der Frist des § 321 Abs 4 BVergG bekämpft werden, gleichgültig ob sie nun von Anfang an Teil der Ausschreibung waren oder erst im Laufe der Ausschreibungsfrist Ausschreibungsbestandteil wurden. Ausschreibungen bzw Teile davon können somit jedenfalls innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG bekämpft werden, gleichgültig ob sie nun von Anfang an Teil der Ausschreibung waren oder erst im Laufe der Ausschreibungsfrist Ausschreibungsbestandteil wurden.

Daran würden auch die seitens des BVA in Erwägung gezogenen Bescheide N/0076-BVA/02/2010-36 und N/0060-BVA/12/2012-19 nichts ändern können. Diesen Entscheidungen sei nämlich nicht zu entnehmen, worauf der Standpunkt gestützt werde, dass Anfragebeantwortungen und Berichtigungen nicht als Teil der Ausschreibung zu qualifizieren wären.

Haltlos sei das Argument der Auftraggeberin, dass es die hier vertretene Auslegung einer Auftraggeberin ermöglichen würde, innerhalb von sieben Tagen vor Ende der Angebotsfrist Berichtigungen im Angebot vorzunehmen, die von den Bietern nicht bekämpft werden könnten. Nach der hier vertretenen Auslegung handle es sich nämlich bei der Frist des Abs 4 eben um eine zusätzliche Frist zu der immer noch offen bleibenden Frist nach Abs 1 leg.cit., sodass den Bietern für Fälle, in denen der Auftraggeber innerhalb von sieben Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist eine Berichtigung vornehmen sollte, immer noch Rechtsschutz offen stehe. Haltlos sei das Argument der Auftraggeberin, dass es die hier vertretene Auslegung einer Auftraggeberin ermöglichen würde, innerhalb von sieben Tagen vor Ende der Angebotsfrist Berichtigungen im Angebot vorzunehmen, die von den Bietern nicht bekämpft werden könnten. Nach der hier vertretenen Auslegung handle es sich nämlich bei der Frist des Absatz 4, eben um eine zusätzliche Frist zu der immer noch offen bleibenden Frist nach Absatz eins, leg.cit., sodass den Bietern für Fälle, in denen der Auftraggeber innerhalb von sieben Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist eine Berichtigung vornehmen sollte, immer noch Rechtsschutz offen stehe.

Im vorliegenden Fall würden durch die angefochtenen Festlegungen der Auftraggeberin ausschließlich Änderungen der ursprünglichen Fassung der Ausschreibung bewirkt, mit denen sie verbindlich erklärt habe, "zu welchen Bestimmungen" sie die ausgeschriebenen Leistungen erhalten will. Insbesondere ändere die Auftraggeberin ihre ursprünglichen Anforderungen und lege fest, ob bzw welche Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit bzw die Produktauglichkeit erforderlich seien. Dies falle in den klassischen Bereich des Begriffes der Ausschreibung im Sinn des § 2 Ziffer 10 BVergG. Der Nachprüfungsantrag sei daher jedenfalls innerhalb der Anfechtungsfrist überreicht worden. Im vorliegenden Fall würden durch die angefochtenen Festlegungen der Auftraggeberin ausschließlich Änderungen der ursprünglichen Fassung der Ausschreibung bewirkt, mit denen sie verbindlich erklärt habe, "zu welchen Bestimmungen" sie die ausgeschriebenen Leistungen erhalten will. Insbesondere ändere die Auftraggeberin ihre ursprünglichen Anforderungen und lege fest, ob bzw welche Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit bzw die Produktauglichkeit erforderlich seien. Dies falle in den klassischen Bereich des Begriffes der Ausschreibung im Sinn des Paragraph 2, Ziffer 10 BVergG. Der Nachprüfungsantrag sei daher jedenfalls innerhalb der Anfechtungsfrist überreicht worden.

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich schon daraus, dass sie im Vergabeverfahren ein frist- und formgerechtes Angebot erstellen werde und in Österreich bereits zahlreiche Straßen erfolgreich mit ihren Systemen ausgestattet habe. Sie verfüge über bestausgebildete Spezialisten, die technisch hochwertigste Produkte erzeugen, welche sowohl den innerstaatlichen als auch den europäischen Normen entsprechen. Sie habe daher ein relevantes Interesse, nur mit solchen Unternehmen konkurrenzieren zu müssen, welche ebenfalls die Auflagen erfüllen, welche in den EN 1317-Reihe, der ÖNORM V 1317, in den RVS und den anderen Normen festgelegt seien. Bei rechtmäßiger Durchführung des Vergabeverfahrens sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin als Bestbieterin ermittelt würde. Es drohe daher ein Schaden in Höhe des Gewinnentganges bzw des Verlusts des Deckungsbeitrages einschließlich der Regiegemeinkosten und sei dieser mit rund € 30.000,-- zu beziffern. Darüber hinaus sei die Antragstellerin auch insofern geschädigt, als die Kosten der Angebotslegung, der anwaltlichen Vertretung und der entrichteten Pauschalgebühren frustriert wären. Schließlich handle es sich auch um ein wichtiges Referenzprojekt im Bereich der Stahlleitschienen. Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich schon daraus, dass

sie im Vergabeverfahren ein frist- und formgerechtes Angebot erstellen werde und in Österreich bereits zahlreiche Straßen erfolgreich mit ihren Systemen ausgestattet habe. Sie verfüge über bestausgebildete Spezialisten, die technisch hochwertigste Produkte erzeugen, welche sowohl den innerstaatlichen als auch den europäischen Normen entsprechen. Sie habe daher ein relevantes Interesse, nur mit solchen Unternehmen konkurrenzieren zu müssen, welche ebenfalls die Auflagen erfüllen, welche in den EN 1317-Reihe, der ÖNORM römisch fünf 1317, in den RVS und den anderen Normen festgelegt seien. Bei rechtmäßiger Durchführung des Vergabeverfahrens sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin als Bestbieterin ermittelt würde. Es drohe daher ein Schaden in Höhe des Gewinnentganges bzw des Verlusts des Deckungsbeitrages einschließlich der Regiegemeinkosten und sei dieser mit rund € 30.000,-- zu beziffern. Darüber hinaus sei die Antragstellerin auch insofern geschädigt, als die Kosten der Angebotslegung, der anwaltlichen Vertretung und der entrichteten Pauschalgebühren frustriert wären. Schließlich handle es sich auch um ein wichtiges Referenzprojekt im Bereich der Stahlleitschienen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf ein faires, transparentes und klares Vergabeverfahren,

insbesondere auf Gleichbehandlung mit den anderen Bietern, auf eine klare und transparente Ausschreibung und die Bindung auch des Auftraggebers an seine Ausschreibung, auf gesetzmäßige Anwendung des BVergG sowie in ihrem Recht darauf, dass keine Bestimmungen in der Ausschreibung enthalten sein dürfen, welche die Sicherheit von Personen und Sachen gefährden, als verletzt.

Die Auftraggeberin, die ASFINAG, verwies in ihrer

Stellungnahme vom 14. März 2013 (OZ 7, eingelangt beim BVA am 15. März 2013) hinsichtlich der angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren auf die im Verfahren N/0003- BVA/06/2013 erteilten Auskünfte und übermittelte am 12. März 2013 und am 4. und 5. April 2013 weitere Unterlagen des Vergabeverfahrens. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG (CPV-Code 45233110). Als Art des Vergabeverfahrens iSd § 25 BVergG bezeichnet die Auftraggeberin ein offenes Verfahren. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Am 25. Februar 2013 habe die Auftraggeberin eine Stellungnahme vom 14. März 2013 (OZ 7, eingelangt beim BVA am 15. März 2013) hinsichtlich der angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren auf die im Verfahren N/0003- BVA/06/2013 erteilten Auskünfte und übermittelte am 12. März 2013 und am 4. und 5. April 2013 weitere Unterlagen des Vergabeverfahrens. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG (CPV-Code 45233110). Als Art des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 25, BVergG bezeichnet die Auftraggeberin ein offenes Verfahren. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Am 25. Februar 2013 habe die Auftraggeberin eine

1. 5.Ziffer 5

Berichtigung der Ausschreibung sowie eine 3. Beantwortung von Bieteranfragen und am 28. Februar 2013 eine

2. 6.Ziffer 6

Berichtigung vorgenommen. Weder sei der Zuschlag erteilt worden noch sei ein Widerruf erfolgt.

Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die Anfragebeantwortung vom 17. Jänner 2013, die Anfragebeantwortung vom 25. Februar 2013 sowie die

1. 5.Ziffer 5

Berichtigung der Ausschreibung. Dabei handle es sich um sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist

(§ 2 Z 16 lit aa BVergG), welche gemäß § 321 Abs 1 BVergG bei Übermittlung auf elektronischem Weg binnen zehn Tagen anzufechten seien. Die Frist beginne mit der Absendung der Entscheidung bzw mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.(Paragraph 2, Ziffer 16, lit aa BVergG), welche gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG bei Übermittlung auf elektronischem Weg binnen zehn Tagen anzufechten seien. Die Frist beginne mit der Absendung der Entscheidung bzw mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

Die Anfragebeantwortung vom 17.Jänner 2013 sei am 17. Jänner 2013, 10.22 Uhr, versandt worden und habe die Antragstellerin diese am 22. Jänner 2013 um 10.21 Uhr gelesen. Hierzu habe die Antragstellerin bereits in ihrem Nachprüfungsantrag vom 22. Jänner 2013 Feststellungen getroffen, weswegen die Antragsfrist jedenfalls spätestens am 1. Februar 2013 geendet habe. Die Anfragebeantwortung vom 25. Februar 2013 sowie die

1. 5.Ziffer 5

Berichtigung seien am 25. Februar 2013 um 19.19 Uhr versandt worden. Der Download sei am 25. Februar 2013

um 20.15 und 20.34 Uhr durch die Antragstellerin erfolgt. Dies ergebe sich aus den Logfiles von AVA-Online(r). Die Anfechtungsfrist habe daher am 7. März 2013 geendet. Zum Zeitpunkt der Einbringung des Nachprüfungsantrages am 11. März 2013 sei die Zehn-Tages-Frist sohin bereits abgelaufen gewesen. Der Nachprüfungsantrag erweise sich sohin als verfristet.

Dass vorliegend nur die Zehn-Tages-Frist von Bedeutung sein könne, zeige sich schon daran, dass die Auslegung der Antragstellerin Auftraggebern ermöglichen würde, innerhalb von sieben Tagen vor Ende der Angebotsfrist Berichtigungen vorzunehmen, die von Bietern nicht bekämpft werden könnten (da die in § 321 Abs 4 Satz 1 BVergG festgelegte Frist bereits abgelaufen wäre). Eine derartige Rechtsschutzlücke könne dem BVergG nicht zugesonnen werden; ausschlaggebend seien im vorliegenden Fall daher alleine die Zehn-Tages-Fristen für Anträge auf Nachprüfung gesondert anfechtbarer Entscheidungen. Dass vorliegend nur die Zehn-Tages-Frist von Bedeutung sein könne, zeige sich schon daran, dass die Auslegung der Antragstellerin Auftraggebern ermöglichen würde, innerhalb von sieben Tagen vor Ende der Angebotsfrist Berichtigungen vorzunehmen, die von Bietern nicht bekämpft werden könnten (da die in Paragraph 321, Absatz 4, Satz 1 BVergG festgelegte Frist bereits abgelaufen wäre). Eine derartige Rechtsschutzlücke könne dem BVergG nicht zugesonnen werden; ausschlaggebend seien im vorliegenden Fall daher alleine die Zehn-Tages-Fristen für Anträge auf Nachprüfung gesondert anfechtbarer Entscheidungen.

Am 5. April 2013 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt. Darin wurden die Zeugen, Herr B***, als Angestellter der Antragstellerin ua für die E-Mail-Verwaltung zuständig, sowie Herr C***, technischer Leiter der Softwareentwicklung der Ausschreibungsplattform AVA-Online(r), vernommen.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens, der Einschau auf die Vergabepattform AVA-Online(r) sowie aufgrund des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung vom 5. April 2013 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, die ASFINAG, hat die gegenständliche Leistung im offenen Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L- 518290-2c5; Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2012/S 237-390266). Leistungsgegenstand ist das Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen (FRS) aus Stahl (CPV-Code 45233110).

Die maßgeblichen Bestimmungen der Ausschreibung lauten auszugsweise wie folgt:

L.1. Ausschreibungsbestimmungen Lieferleistungen:

1.1.20 Verfahrensabwicklung und Informationsübermittlung

Im Angebotsdeckblatt wird unter "Ansprechpartner und Informationsübermittlung" festgelegt, ob die Informationsübermittlung über www.ava-online.at oder konventionell per Fax erfolgt. Auf Basis dieser Festlegung sind die zugehörigen Kapitel weiter unten zu beachten.

1.1.20.1 Elektronische Verfahrensabwicklung

Wurde im Angebotsdeckblatt festgelegt, dass die Informationsübermittlung über www.ava-online.at erfolgt, so gilt:

Unter Bezug auf § 43 BVergG wird festgelegt, dass Unter Bezug auf Paragraph 43, BVergG wird festgelegt, dass sämtliche Mitteilungen, Anträge, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Bietern und der

vergebenden Stelle ausschließlich an jene elektronische Adresse erfolgt, die auf der Vergabepattform @-AVA-Online(r) eingetragen (Login des Unternehmers) bzw. die am Angebotsdeckblatt unter "Informationsübermittlung"

angegeben ist.

Bei Bietergemeinschaften gilt:

- -Strichaufzählung
bei elektronischer Abgabe die elektronische Adresse desjenigen Partners, der das Angebot einreicht (Upload);
- -Strichaufzählung
bei gegebenenfalls schriftlicher Abgabe die

elektronische Adresse desjenigen Partners, der als federführend angegeben ist

Bitte beachten Sie, dass es sich bei der Vergabeplattform @-AVA-Online(r) um eine internetbasierende Softwarelösung handelt (Internet-Applikation), deren Funktionsfähigkeit von den Einstellungen Ihres Browsers abhängt. Die Vergabeplattform @-AVA-Online(r) wurde für den Internet Explorer (ab Version 7) optimiert. ...

Im Angebotsdeckblatt ist vermerkt, dass die Informationsübermittlung über www.ava-online.at erfolgt. Bei der Verfahrensplattform AVA-Online(r) handelt es sich um die Internetvergabeplattform der ASFINAG und der ÖBB. Mithilfe der individuellen Zugangsdaten (E-Mail Adresse und Passwort), dem sog "Account", erhalten die potentiellen Bieter Zugriff auf die elektronische Plattform. Sie können sich für die veröffentlichten Ausschreibungen registrieren lassen und erhalten sodann Zugang zu den Unterlagen des jeweiligen Vergabeverfahrens (Leitfaden 1.0 - Übersicht-Einstiegsseite, abrufbar auf www.ava-online.at).

Am 17. Jänner 2013, 10.22 Uhr, setzte die Auftraggeberin die Antragstellerin per e-mail an die Adresse B***@A***.com über das Vorliegen einer 2. Berichtigung und einer

1. 2.Ziffer 2

Anfragebeantwortung in Kenntnis. Dieses Schreiben hat folgenden Wortlaut:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

wir dürfen Sie darüber in Kenntnis setzen, dass die Ausschreibung zum Vergabeverfahren

ID-Nr.: 14748

Zentraler Einkauf Leiteinrichtungen

Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl

nach Losen österreichweit

eine Änderung erfahren hat.

Art bzw. Begründung der Änderung:

1. 2.Ziffer 2

Berichtigung und 2. Anfragebeantwortung

Beachten Sie bitte, dass eventuell neue Dokumente in der Registerkarte "Ausschreibungsdokumente" zur Verfügung stehen. Solche neuen Dokumente finden Sie ggf. unter der Überschrift

"ÄNDERUNG VOM [DATUM/UHRZEIT]".

Wir ersuchen Sie daher, auf Ihre Seite zuzugreifen und die durchgeführten Änderungen in Ihrem Angebot zu berücksichtigen. Sollten Sie Ihr Angebot bereits eingereicht haben, nutzen Sie bitte die Funktion "Angebot zurückziehen". Damit können Sie Ihr Angebot zurückziehen, die Änderungen berücksichtigen und das Angebot erneut einreichen.

Besten Dank für Ihr Verständnis. ..."

Herr B*** lud das bezugnehmende Dokument "2_Berichtigung_u_2_Anfragebeantwortung_FRS_Stahl.zip" am 17. Jänner 2013 von der Vergabeplattform herunter (Aussage des Zeugen B***; Logfile Applikationsserver). Die Antragstellerin nahm in ihrem Nachprüfungsantrag vom 21. Jänner 2013 mehrfach auf die "Antwort der Auftraggeberin vom 17.03.2013" (zu den Fragen 1, 2, 5, 21 und 27) Bezug.

Die Verständigung der Antragstellerin über das Vorliegen einer

1. 5.Ziffer 5

Berichtigung der Ausschreibung und einer neuerlichen

2. 3.Ziffer 3

Beantwortung von Bieteranfragen erfolgte am 25. Februar 2013 um 19.19 Uhr per e-mail wiederum an die Adresse B***@A***.com. Dieses Schreiben gleicht dem ob Schreiben mit der Abänderung, dass bei der Art bzw Begründung der Änderung Folgendes angeführt ist: "5. Berichtigung und 3. Anfragebeantwortung".

Laut Logfile Applikationsserver und der insofern übereinstimmenden Aussage des Zeugen B*** erfolgte noch am 25. Februar 2013 ein Download des betreffenden Dokumentes "5_Berichtigung_u_3_Fragebeantwortung_FRS_Stahl.zip".

Als Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 29. Jänner 2013, 11.00 Uhr, festgelegt. Im Rahmen der 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen wurde die Angebotsfrist auf den 19. Februar 2013, 11.00 Uhr, mit der 4. Berichtigung auf den 19. März 2013, 11.00 Uhr, mit der 7. Berichtigung auf den 4. April, 11.00 Uhr, und mit der 8. Berichtigung auf den 22. April 2013, 11.00 Uhr, erstreckt.

Am 11. März 2013 brachte die Antragstellerin den

gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Mit Bescheid vom 19. März 2013, N/0018-BVA/06/2013-8, erließ das Bundesvergabeamt eine einstweilige Verfügung, mit der der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsöffnung untersagt wurde.

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Auch lassen die Aussagen der einvernommenen Zeugen keinen Widerspruch erkennen; vielmehr deckt sich die Aussage des Zeugen B*** hinsichtlich der Daten und Zeitpunkte der Versendung der verfahrensgegenständlichen Berichtigungen und Anfragebeantwortungen mit jener des Zeugen C***, welcher auf die diesbezüglichen Aufzeichnungen in den Logfiles von AVA-Online(r) verwies. Die von der Antragstellerin geäußerten Zweifel an der Richtigkeit dieser Protokolle, da sich die Daten gemäß der Zusammenfassung der Auftraggeberin auf die D*** und nicht auf die antragstellende A*** beziehen würden, teilt der erkennende Senat nicht, zumal eine eindeutige Zuordnung der Daten über den Account der sich interessierenden Unternehmer für das jeweilige Vergabeverfahren erfolgt und die glaubwürdige Aussage des Zeugen B*** hiermit unstrittig in Einklang steht.

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ASFINAG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe ua BVA vom 19. Oktober 2012, N/0088-BVA/11/2012-21). Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG (CPV-Code 45233110), der in Form eines offenen Verfahrens mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer vergeben werden soll. Leistungsgegenstand ist das Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen (FRS) aus Stahl nach Losen österreichweit. Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeberin von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist (§ 15 Abs 3 und 4 BVergG). Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ASFINAG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe ua BVA vom 19. Oktober 2012, N/0088-BVA/11/2012-21). Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG (CPV-Code 45233110), der in Form eines offenen Verfahrens mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer vergeben werden soll. Leistungsgegenstand ist das Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen (FRS) aus Stahl nach Losen österreichweit. Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeberin von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist (Paragraph 15, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Da nach Auskunft der Auftraggeberin weder eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen noch der Zuschlag erteilt und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben. Da nach Auskunft der Auftraggeberin weder eine Rahmenvereinbarung

abgeschlossen noch der Zuschlag erteilt und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigserklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig.

II. Spruchpunkt Irömischi zwei. Spruchpunkt römisch eins

Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Fraglich ist allerdings, ob der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht wurde. Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG lauten: Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Fraglich ist allerdings, ob der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht wurde. Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG lauten:

Begriffsbestimmungen

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

1. 1. Ziffer eins

...

2. 10. Ziffer 10

Ausschreibung ist die an eine bestimmte oder

unbestimmte Zahl von Unternehmern gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte (Bekanntmachung, Aufruf zum Wettbewerb, Ausschreibungs-, Wettbewerbs- und Auktionsunterlagen, Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim wettbewerblichen Dialog, Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb).

1. 11. Ziffer 11

...

2. 16. Ziffer 16

Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

1. a) Litera a

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

1. aa) Sub-Litera, a, a

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

2. bb) Sub-Litera, b, b

...

3. ii) Sub-Litera, i, i

bei der Rahmenvereinbarung gemäß § 25 Abs. 7 bei der Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 25, Absatz 7 :

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

1. jj) Sub-Litera, j, j

...

Übermittlung von Unterlagen oder Informationen zwischen Auftraggebern und Unternehmern

§ 43. (1) Die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Aufforderungen und

Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern kann, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist oder der Auftraggeber nicht ausnahmsweise anderes festlegt, wahlweise per Telefax oder elektronisch - in begründeten Ausnahmefällen auch brieflich - erfolgen. Minder bedeutsame Mitteilungen, Aufforderungen, Benachrichtigungen und Informationen können auch mündlich oder telefonisch übermittelt werden. Paragraph 43, (1) Die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern kann, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist oder der Auftraggeber nicht ausnahmsweise anderes festlegt, wahlweise per Telefax oder elektronisch - in begründeten Ausnahmefällen auch brieflich - erfolgen. Minder bedeutsame Mitteilungen, Aufforderungen, Benachrichtigungen und Informationen können auch mündlich oder telefonisch übermittelt werden.

(2) ...

(6) Auftraggeber und Unternehmer haben zwingend eine Faxnummer oder eine elektronische Adresse bekannt zu geben, an die sämtliche Unterlagen und Informationen rechtsgültig übermittelt werden können. Elektronisch übermittelte Sendungen gelten als übermittelt, sobald ihre Daten in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers gelangt sind.

(7) ...

Berichtigung der Ausschreibung

§ 90. (1) Werden während der Angebotsfrist Änderungen der Ausschreibung erforderlich, so sind die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls auch die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern. Paragraph 90, (1) Werden während der Angebotsfrist Änderungen der Ausschreibung erforderlich, so sind die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls auch die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern.

(2) Ist eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so ist allen Bewerbern oder Bietern die Berichtigung nachweislich zu übermitteln. Ist dies nicht möglich, so ist die Berichtigung in gleicher Weise wie die Ausschreibung bekannt zu machen.

Fristen für Nachprüfungsanträge

§ 321. (1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Paragraph 321, (1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

(2) ...

(4) Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages können über die in den Abs. 1 und 2 genannten Zeiträume hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Wenn die Ausschreibungs-, Wettbewerbs- oder Auktionsunterlagen, Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim wettbewerblichen Dialog, Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb bzw. die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages auf brieflichem Weg übermittelt werden, tritt die Verlängerung der Nachprüfungsfrist erst ein, wenn die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder die Teilnahmefrist mehr als 22 Tage beträgt. (4) Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages können über die in den Absatz eins und 2 genannten Zeiträume hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Wenn die Ausschreibungs-, Wettbewerbs- oder Auktionsunterlagen, Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim

wettbewerblichen Dialog, Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb bzw. die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages auf brieflichem Weg übermittelt werden, tritt die Verlängerung der Nachprüfungsfrist erst ein, wenn die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder die Teilnahmefrist mehr als 22 Tage beträgt.

Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

§ 322. (1) Ein Antrag gemäß § 320 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten Paragraph 322, (1) Ein Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, hat jedenfalls zu enthalten:

1. 1.Ziffer eins

die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren

Entscheidung,

1. 2.Ziffer 2

die genaue Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder

elektronischer Adresse,

1. 3.Ziffer 3

eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes

einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, insbesondere bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Bezeichnung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters,

1. 4.Ziffer 4

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

2. 5.Ziffer 5

die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet,

3. 6.Ziffer 6

die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,

4. 7.Ziffer 7

einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung, und

5. 8.Ziffer 8

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

(2) Der Antrag ist jedenfalls in folgenden Fällen

unzulässig, wenn

1. 1.Ziffer eins

er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare

Entscheidung richtet,

1. 2.Ziffer 2

er nicht innerhalb der in § 321 genannten Fristen gestellt wird, oder er nicht innerhalb der in Paragraph 321, genannten Fristen gestellt wird, oder

2. 3.Ziffer 3

er trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht

ordnungsgemäß vergebührt wurde.

(3) ...

Die Antragstellerin begehrt die Nichtigerklärung von Festlegungen "in der 5. Berichtigung" sowie "in der Anfragebeantwortung vom 17. Jänner 2013" und "vom 25. Februar 2013". Der Nachprüfungsantrag richtet sich somit gegen die

1. 5.Ziffer 5

Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen einerseits sowie gegen die Bieteranfragenbeantwortungen vom 17. Jänner 2013 und vom 25. Februar 2013 andererseits.

Nach Ansicht der Antragstellerin handelt es sich bei den bekämpften Entscheidungen der Auftraggeberin um die Ausschreibung bzw Teile der Ausschreibung, für welche die Anfechtungsfrist des § 321 Abs 4 BVergG maßgeblich sei. Nach Ansicht der Antragstellerin handelt es sich bei den bekämpften Entscheidungen der Auftraggeberin um die Ausschreibung bzw Teile der Ausschreibung, für welche die Anfechtungsfrist des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG maßgeblich sei.

In nunmehr ständiger Rechtsprechung vertritt das Bundesvergabeamt die Auffassung, dass es sich bei der Berichtigung einer Ausschreibung sowie bei Bieteranfragenbeantwortungen um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG und zwar um sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist iSd § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG handelt (ua BVA vom 27. März 2006, N/0008-BVA/08/2006-136 = ZVB 2006/51 [Grasböck]; BVA vom 18. Dezember 2007, N/0089-BVA/11/2007-28; BVA vom 28. August 2008, N/0101-BVA/12/2008-34; BVA vom 13. August 2009, N/0059-BVA/02/2009-19 = ZVB 2010,28 [Lesniak]; BVA vom 12. Juli 2012, N/0060-BVA/12/2012-19; BVA vom 24. Jänner 2013, N/0113-BVA/02/2012-27). Diese sind innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 BVergG im Allgemeinen für die Anfechtung gesondert anfechtbarer Entscheidungen relevanten Fristen anzufechten. Der erkennende Senat sieht sich nicht veranlasst, von dieser Rechtsprechung abzugehen. In nunmehr ständiger Rechtsprechung vertritt das Bundesvergabeamt die Auffassung, dass es sich bei der Berichtigung einer Ausschreibung sowie bei Bieteranfragenbeantwortungen um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG und zwar um sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG handelt (ua BVA vom 27. März 2006, N/0008-BVA/08/2006-136 = ZVB 2006/51 [Grasböck]; BVA vom 18. Dezember 2007, N/0089-BVA/11/2007-28; BVA vom 28. August 2008, N/0101-BVA/12/2008-34; BVA vom 13. August 2009, N/0059-BVA/02/2009-19 = ZVB 2010,28 [Lesniak]; BVA vom 12. Juli 2012, N/0060-BVA/12/2012-19; BVA vom 24. Jänner 2013, N/0113-BVA/02/2012-27). Diese sind innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG im Allgemeinen für die Anfechtung gesondert anfechtbarer Entscheidungen relevanten Fristen anzufechten. Der erkennende Senat sieht sich nicht veranlasst, von dieser Rechtsprechung abzugehen.

Mit dem System der Differenzierung der Auftraggeberentscheidungen in gesondert und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen verfolgt der Gesetzgeber des BVergG eine Strukturierung des Vergabeverfahrens einerseits und angesichts der Fristgebundenheit der Anträge eine möglichst rasche und effiziente Durchführung der Rechtsschutzverfahren andererseits (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 13f; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1902; Sachs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 16, Rz 2). Erlangt sohin eine Entscheidung mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft bedeutet das in weiterer Folge auch, dass es dem Bundesvergabeamt verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054 = RPA 2005, 24 [Latzenhofer]; VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; VwGH vom 7. September 2009, 2007/04/0090 mwN; ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29 mwN). Mit dem System der Differenzierung der Auftraggeberentscheidungen in gesondert und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen verfolgt der Gesetzgeber des BVergG eine Strukturierung des Vergabeverfahrens einerseits und angesichts der Fristgebundenheit der Anträge eine möglichst rasche und effiziente Durchführung der Rechtsschutzverfahren andererseits (EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 13f; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1902; Sachs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 16., Rz 2). Erlangt sohin eine Entscheidung mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft bedeutet das in weiterer Folge auch, dass es dem Bundesvergabeamt verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054 = RPA 2005, 24 [Latzenhofer]; VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; VwGH vom 7. September 2009, 2007/04/0090 mwN; ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29 mwN).

Hinsichtlich der Antragsfrist ist danach zu unterscheiden, welche gesondert anfechtbare Entscheidung Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens ist. Grundsätzlich ist bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich ein Antrag auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung gemäß § 321 Abs 1 BVergG binnen der an die Regelungen des Art 2c der RMRLEN angepassten Regelfrist von zehn bzw 15 Tagen einzubringen. Abweichend davon steht im Fall der Anfechtung der Ausschreibung sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages gemäß § 321 Abs 4 BVergG gegebenenfalls (also wenn die Angebotsfrist mehr als 17 bzw 22

Tage beträgt) über die Frist des Absatz 1 hinaus eine längere, an das Ende der Angebotsfrist gekoppelte Anfechtungsfrist offen. In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtsprechung des VfGH zu verweisen. Dieser lehnte die Behandlung einer die Verfassungswidrigkeit der differenzierenden Fristenregelungen des § 321 Abs 1 und Abs 4 BVergG im Hinblick auf Ausschreibungsberichtigungen und Fragebeantwortungen geltend machenden Beschwerde mit der Begründung ab, die "sich gegen § 321 Abs. 1 und 4 iVm § 2 Z 16 lit. a sublit. iiHinsichtlich der Antragsfrist ist danach zu unterscheiden, welche gesondert anfechtbare Entscheidung Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens ist. Grundsätzlich ist bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich ein Antrag auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG binnen der an die Regelungen des Artikel 2 c, der RMRLen angepassten Regelfrist von zehn bzw 15 Tagen einzubringen. Abweichend davon steht im Fall der Anfechtung der Ausschreibung sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages gemäß Paragraph 321, Absatz 4, BVergG gegebenenfalls (also wenn die Angebotsfrist mehr als 17 bzw 22 Tage beträgt) über die Frist des Absatz 1 hinaus eine längere, an das Ende der Angebotsfrist gekoppelte Anfechtungsfrist offen. In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtsprechung des VfGH zu verweisen. Dieser lehnte die Behandlung einer die Verfassungswidrigkeit der differenzierenden Fristenregelungen des Paragraph 321, Absatz eins und Absatz 4, BVergG im Hinblick auf Ausschreibungsberichtigungen und Fragebeantwortungen geltend machenden Beschwerde mit der Begründung ab, die "sich gegen Paragraph 321, Absatz eins und 4 in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i

und sublit. aa Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I 17/2006 idF BGBl. I 15/2010, richtenden Bedenken bestehen schon deswegen nicht zu Recht, weil diese Normen in Umsetzung der Richtlinie 2007/66/EG im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. 2007, L 335, S 31 f., und unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH zu gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen sowie zur Zulässigkeit von Fristen und Präklusionsregelungen in Vergabeverfahren erlassen wurden (vgl. EuGH 12.12.2002, Rs. C-470/99, Universale Bau; 15.5.2005, Rs. C-214/00, Kommission gg. Spanien). Angesichts des Interesses an einem raschen Rechtsschutz im Vergabeverfahren bestehen auch unter dem Gesichtspunkt des Sachlichkeitsgebotes keine Bedenken gegen die eingangs genannten gesetzlichen Regelungen" (VfGH vom 29. Juni 2011, B 90/11-10).und Sub-Litera, a, a, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 15 aus 2010,, richtenden Bedenken bestehen schon deswegen nicht zu Recht, weil diese Normen in Umsetzung der Richtlinie 2007/66/EG im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, Amtsblatt 2007, L 335, S 31 f., und unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH zu gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen sowie zur Zulässigkeit von Fristen und Präklusionsregelungen in Vergabeverfahren erlassen wurden vergleiche EuGH 12.12.2002, Rs. C-470/99, Universale Bau; 15.5.2005, Rs. C-214/00, Kommission gg. Spanien). Angesichts des Interesses an einem raschen Rechtsschutz im Vergabeverfahren bestehen auch unter dem Gesichtspunkt des Sachlichkeitsgebotes keine Bedenken gegen die eingangs genannten gesetzlichen Regelungen" (VfGH vom 29. Juni 2011, B 90/11-10).

Vorliegend führt die Auftraggeberin ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer durch. Als gesondert anfechtbare Entscheidungen kommen sohin gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG jene unter sublit aa leg cit bezüglich eines offenen Verfahrens bezeichneten Entscheidungen mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung in Betracht. Neben der "Ausschreibung" werden als gesondert anfechtbare Entscheidungen (soweit hier interessierend) "sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist" normiert.Vorliegend führt die Auftraggeberin ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer durch. Als gesondert anfechtbare Entscheidungen kommen sohin gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG jene unter Sub-Litera, a, a, leg cit bezüglich eines offenen Verfahrens bezeichneten Entscheidungen mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung in Betracht. Neben der "Ausschreibung" werden als gesondert anfechtbare Entscheidungen (soweit hier interessierend) "sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist" normiert.

Bei der Ausschreibung handelt es sich um jenen Schritt des Auftraggebers, mit dem er erstmals interessierte Bieter darüber informiert, einen bestimmten Auftrag zu bestimmten Bedingungen vergeben zu wollen (vgl § 2 Z 10 BVergG arg.Bei der Ausschreibung handelt es sich um jenen Schritt des Auftraggebers, mit dem er erstmals interessierte Bieter darüber informiert, einen bestimmten Auftrag zu bestimmten Bedingungen vergeben zu wollen vergleiche Paragraph 2, Ziffer 10, BVergG arg.

"Ausschreibung ist die an ... Unternehmer gerichtete Erklärung

des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung ... er

erhalten möchte (Bekanntmachung ...").

Der Begriff der "sonstigen Festlegungen" wird weder im BVergG noch in den Gesetzesmaterialien definiert. Während Sachs und Walther/Hauck eine restriktive Auslegung des Begriffs der "sonstigen Festlegungen" vor Augen haben (Sachs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 16, Rz 47; Der Begriff der "sonstigen Festlegungen" wird weder im BVergG noch in den Gesetzesmaterialien definiert. Während Sachs und Walther/Hauck eine restriktive Auslegung des Begriffs der "sonstigen Festlegungen" vor Augen haben (Sachs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 16,, Rz 47;

Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1982), können nach Thienel angesichts der ausdrücklichen Benennung auch der "sonstigen Festlegungen" als gesondert anfechtbare Entscheidungen im Rahmen des § 2 Z 16 BVergG grundsätzlich alle nach außen in Erscheinung tretenden Entscheidungen der Auftraggeberin in dieser Phase des Vergabeverfahrens Gegenstand einer Anfechtung sein. Dies bedeutet folgedessen allerdings auch, dass die betroffenen Unternehmer jede ihnen rechtswidrig erscheinende Entscheidung fristgerecht anfechten müssen, weil sie sonst die Möglichkeit der Rüge dieses Mangels verlieren (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 312, Rz 155, 156/1). Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1982), können nach Thienel angesichts der ausdrücklichen Benennung auch der "sonstigen Festlegungen" als gesondert anfechtbare Entscheidungen im Rahmen des Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG grundsätzlich alle nach außen in Erscheinung tretenden Entscheidungen der Auftraggeberin in dieser Phase des Vergabeverfahrens Gegenstand einer Anfechtung sein. Dies bedeutet folgedessen allerdings auch, dass die betroffenen Unternehmer jede ihnen rechtswidrig erscheinende Entscheidung fristgerecht anfechten müssen, weil sie sonst die Möglichkeit der Rüge dieses Mangels verlieren (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 312,, Rz 155, 156/1).

Es handelt sich demnach bei "sonstigen Festlegungen während der Angebotsfrist" um jene außenwirksamen Auftraggeberentscheidungen, welche in der zeitlichen Abfolge erst nach der ursprünglichen Veröffentlichung der Ausschreibung, also "während der Angebotsfrist" getroffen werden. Folgerichtig ist die Ausschreibung gemäß § 2 Z 16 lit a BVergG regelmäßig die erste gesondert anfechtbare Entscheidung. Es handelt sich demnach bei "sonstigen Festlegungen während der Angebotsfrist" um jene außenwirksamen Auftraggeberentscheidungen, welche in der zeitlichen Abfolge erst nach der ursprünglichen Veröffentlichung der Ausschreibung, also "während der Angebotsfrist" getroffen werden. Folgerichtig ist die Ausschreibung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG regelmäßig die erste gesondert anfechtbare Entscheidung.

Bei der Berichtigung einer Ausschreibung handelt es sich gemäß § 90 BVergG - und insofern ist der Antragstellerin zuzustimmen - um eine Änderung der Ausschreibung, welche zwingend während offener Angebotsfrist erfolgt. Sie tritt als selbstständiger Teilakt des Vergabeverfahrens durch persönliche Mitteilung an die Bewerber oder Bieter oder durch entsprechende Bei der Berichtigung einer Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 90, BVergG - und insofern ist der Antragstellerin zuzustimmen - um eine Änderung der Ausschreibung, welche zwingend während offener Angebotsfrist erfolgt. Sie tritt als selbstständiger Teilakt des Vergabeverfahrens durch persönliche Mitteilung an die Bewerber oder Bieter oder durch entsprechende

Bekanntmachung nach außen in Erscheinung (§ 90 Abs 2 BVergG) Bekanntmachung nach außen in Erscheinung (Paragraph 90, Absatz 2, BVergG).

In Anbetracht der unterschiedlichen Definitionen ist die Berichtigung daher eindeutig von der Ausschreibung

abzugrenzen. Wie sich aus der Diktion des § 90 BVergG deutlich ergibt, handelt es sich bei einer Berichtigung um eine bloße Abänderung, nicht aber wie die Antragstellerin vermeint um eine Erneuerung oder Neufassung der gesamten Ausschreibung (VKS Wien vom 12. August 2010, VKS-8443/10 = RPA 210, 340 [Zoidl]). Des weiteren ist die Ausschreibung einer Berichtigung zeitlich jedenfalls vorgelagert. Aufgrund des unmissverständlichen und abschließenden Wortlauts der einschlägigen Bestimmungen bleibt daher kein Raum für jene von der Antragstellerin geltend gemachte Subsumption der Berichtigung unter den Begriff der Ausschreibung. Da vom Vorliegen unterschiedlicher Auftraggeberentscheidungen auszugehen ist, ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin in den unterschiedlich langen Anfechtungsfristen auch kein unerklärlicher Widerspruch zu erblicken. abzugrenzen. Wie sich aus der Diktion des Paragraph 90, BVergG deutlich ergibt, handelt es sich bei einer Berichtigung um eine bloße Abänderung, nicht aber wie die Antragstellerin vermeint um eine Erneuerung oder Neufassung der gesamten

Ausschreibung (VKS Wien vom 12. August 2010, VKS-8443/10 = RPA 210, 340 [Zoidl]). Des weiteren ist die Ausschreibung einer Berichtigung zeitlich jedenfalls vorgelagert. Aufgrund des unmissverständlichen und abschließenden Wortlauts der einschlägigen Bestimmungen bleibt daher kein Raum für jene von der Antragstellerin geltend gemachte Subsumption der Berichtigung unter den Begriff der Ausschreibung. Da vom Vorliegen unterschiedlicher Auftraggeberentscheidungen auszugehen ist, ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin in den unterschiedlich langen Anfechtungsfristen auch kein unerklärlicher Widerspruch zu erblicken.

Insofern ist auch den Überlegungen des Gesetzgebers zur Differenzierung der Anfechtungsfristen Beachtung zu schenken. Den Materialien zu § 321 BVergG ist zu entnehmen, dass die für die Anfechtung der Ausschreibung maßgebliche "Sonderregelung" darin begründet liegt, dass "hier ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung bzw Absendung in der Praxis häufig dazu führen würde, dass bei der (üblicher Weise erst gegen Ende der Angebotsfrist stattfindenden) Angebotserstellung entdeckte Probleme im Zusammenhang mit den Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen von den Unternehmern wegen der zwischenzeitig eingetretenen Präklusion nicht mehr releviert werden könnten" (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 138). Der Gesetzgeber hat somit gewissermaßen die Ausschreibung zu Beginn der Angebotsfrist in ihrer Gesamtheit und der damit einhergehenden Komplexität vor Augen, welche eine von der für alle übrigen gesondert anfechtbaren Entscheidungen geltenden Frist abweichende Regelung zu rechtfertigen vermag. Diese Überlegungen treffen aber auf eine konkrete, leicht identifizierbare Entscheidung wie die Berichtigung der Ausschreibung, welche gerade keine Folgefassung der Ausschreibung darstellt, oder eine Bieteranfragebeantwortung in aller Regel nicht zu, mögen diese Entscheidungen auch die Ausschreibung verändern oder zumindest für deren

Insofern ist auch den Überlegungen des Gesetzgebers zur Differenzierung der Anfechtungsfristen Beachtung zu schenken. Den Materialien zu Paragraph 321, BVergG ist zu entnehmen, dass die für die Anfechtung der Ausschreibung maßgebliche "Sonderregelung" darin begründet liegt, dass "hier ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung bzw Absendung in der Praxis häufig dazu führen würde, dass bei der (üblicher Weise erst gegen Ende der Angebotsfrist stattfindenden) Angebotserstellung entdeckte Probleme im Zusammenhang mit den Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen von den Unternehmern wegen der zwischenzeitig eingetretenen Präklusion nicht mehr releviert werden könnten" (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 138). Der Gesetzgeber hat somit gewissermaßen die Ausschreibung zu Beginn der Angebotsfrist in ihrer Gesamtheit und der damit einhergehenden Komplexität vor Augen, welche eine von der für alle übrigen gesondert anfechtbaren Entscheidungen geltenden Frist abweichende Regelung zu rechtfertigen vermag. Diese Überlegungen treffen aber auf eine konkrete, leicht identifizierbare Entscheidung wie die Berichtigung der Ausschreibung, welche gerade keine Folgefassung der Ausschreibung darstellt, oder eine Bieteranfragebeantwortung in aller Regel nicht zu, mögen diese Entscheidungen auch die Ausschreibung verändern oder zumindest für deren

Interpretation relevant sein.

Bei einer Ausschreibungsberichtigung und bei einer, die Ausschreibung unmittelbar ohnehin nicht verändernden Anfragebeantwortung handelt es sich demnach um der Ausschreibung zeitlich nachfolgende "sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist" (siehe auch Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 322, Rz 91, 94). Auch Walther/Hauck bezeichnen diese Auftraggeberentscheidungen als typische "sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist". Eine Verlängerung der Frist nach § 321 Abs 4 BVergG ist in diesen Fällen gesetzlich nicht explizit vorgesehenBei einer Ausschreibungsberichtigung und bei einer, die Ausschreibung unmittelbar ohnehin nicht verändernden Anfragebeantwortung handelt es sich demnach um der Ausschreibung zeitlich nachfolgende "sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist" (siehe auch Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 322,, Rz 91, 94). Auch Walther/Hauck bezeichnen diese Auftraggeberentscheidungen als typische "sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist". Eine Verlängerung der Frist nach Paragraph 321, Absatz 4, BVergG ist in diesen Fällen gesetzlich nicht explizit vorgesehen

(Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1983). Sie sind als gesondert anfechtbare Entscheidungen einer eigenständigen Nichtigerklärung durch die Vergabekontrollbehörden zugänglich.

Dies bedeutet für die vorliegende Konstellation: Unter Punkt

1.1.20. L.1. Ausschreibungsbestimmungen iVm dem Angebotsdeckblatt hat die Auftraggeberin - mangels Anfechtung bestandsfest - festgelegt, dass die Informationsübermittlung über www.ava-online.at erfolgt. Die Auftraggeberin hat - von der Antragstellerin außer Streit gestellt - die Antragstellerin jeweils per e-mail an die Adresse B***@A***.com

unter Hinweis auf neue Dokumente in der Registerkarte "Ausschreibungsdokumente" einerseits am 17. Jänner 2013 vom Vorliegen einer 2. Berichtigung der Ausschreibung und einer 1.1.20. L.1. Ausschreibungsbestimmungen in Verbindung mit dem Angebotsdeckblatt hat die Auftraggeberin - mangels Anfechtung bestandsfest - festgelegt, dass die Informationsübermittlung über www.ava-online.at erfolgt. Die Auftraggeberin hat - von der Antragstellerin außer Streit gestellt - die Antragstellerin jeweils per e-mail an die Adresse B***@A***.com unter Hinweis auf neue Dokumente in der Registerkarte "Ausschreibungsdokumente" einerseits am 17. Jänner 2013 vom Vorliegen einer 2. Berichtigung der Ausschreibung und einer

1. 2.Ziffer 2

Anfragebeantwortung und andererseits am 25. Februar 2013 vom Vorliegen einer 5. Berichtigung und einer

2. 3.Ziffer 3

Bieteranfragenbeantwortung in Kenntnis gesetzt. Die betreffenden Unterlagen hat die Auftraggeberin zuvor elektronisch auf der Internetvergabepattform AVA-Online(r) zum Download bereitgestellt. Die diesbezüglich relevanten Dokumente (5_Berichtigung_u_3_Fragebeantwortung_FRS_Stahl.zip sowie

2_Berichtigung_u_2_Anfragebeantwortung_FRS_Stahl.zip) hat die Antragstellerin jeweils am Tag der Versendung der emails, sohin am 17. Jänner 2013 bzw am 25. Februar 2013, von der Plattform heruntergeladen. Auf die Anfragenbeantwortung vom 17. Jänner 2013 ist die Antragstellerin bereits in ihrem Nachprüfungsantrag vom 21. Jänner 2013 inhaltlich eingegangen.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde am 11. März 2013 beim Bundesvergabeamt eingebracht. Zumal es sich wie oben dargelegt bei den angefochtenen Entscheidungen um sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist handelt, ist vorliegend die Anfechtungsfrist des § 321 Abs 1 BVergG beachtlich. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Gemäß §§ 321 Abs 1 und 56 Abs 1 BVergG iVm §§ 32 und 33 AVG wäre der Antrag hinsichtlich der 2. Berichtigung der Ausschreibung und der 2. Anfragebeantwortung vom 17. Jänner 2013 spätestens am 28. Jänner 2013 und hinsichtlich der 5. Berichtigung und derDer gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde am 11. März 2013 beim Bundesvergabeamt eingebracht. Zumal es sich wie oben dargelegt bei den angefochtenen Entscheidungen um sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist handelt, ist vorliegend die Anfechtungsfrist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG beachtlich. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Gemäß Paragraphen 321, Absatz eins und 56 Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Paragraphen 32 und 33 AVG wäre der Antrag hinsichtlich der 2. Berichtigung der Ausschreibung und der 2. Anfragebeantwortung vom 17. Jänner 2013 spätestens am 28. Jänner 2013 und hinsichtlich der 5. Berichtigung und der

1. 3.Ziffer 3

Anfragebeantwortung vom 25. Februar 2013 spätestens am 7. März 2013 beim Bundesvergabeamt einzubringen gewesen. Selbst wenn die "bloße" Verständigung über die Änderung der Ausschreibung bzw das Vorliegen von Anfragebeantwortungen allein noch nicht die Absendung der Entscheidung iSd § 321 Abs 1 BVergG darstellt, wovon der erkennende Senat allerdings nicht ausgeht, dann ist jedenfalls durch den jeweiligen Download der bezugnehmenden Unterlagen, welcher durch die Verständigung ermöglicht wurde und welcher nur nach entsprechender Identifikation des Unternehmers möglich ist, die Absendung der Entscheidung als bewirkt zu qualifizieren. Die Antragstellerin hat demnach die maßgebliche Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages hinsichtlich der angefochtenen Entscheidungen jedenfalls versäumt. Anfragebeantwortung vom 25. Februar 2013 spätestens am 7. März 2013 beim Bundesvergabeamt einzubringen gewesen. Selbst wenn die "bloße" Verständigung über die Änderung der Ausschreibung bzw das Vorliegen von Anfragebeantwortungen allein noch nicht die Absendung der Entscheidung iSd Paragraph 321, Absatz eins, BVergG darstellt, wovon der erkennende Senat allerdings nicht ausgeht, dann ist jedenfalls durch den jeweiligen Download der bezugnehmenden Unterlagen, welcher durch die Verständigung ermöglicht wurde und welcher nur nach entsprechender Identifikation des Unternehmers möglich ist, die Absendung der Entscheidung als bewirkt zu qualifizieren. Die Antragstellerin hat demnach die maßgebliche Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages hinsichtlich der angefochtenen Entscheidungen jedenfalls versäumt.

IV. Zu Spruchpunkt IIrömisches vier. Zu Spruchpunkt römisches zwei

Es wird auf die Ausführungen zu Spruchpunkt I verwiesen. Es wird auf die Ausführungen zu Spruchpunkt römisches eins verwiesen.

V. Zu Spruchpunkt III römisch fünf. Zu Spruchpunkt römisch drei

Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens ist in § 312 Abs 2 BVergG abschließend geregelt (vgl dazu auch Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 312, Rz 79f). Danach ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig 1. zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie 2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß § 322 Abs 2 Z 1 BVergG ist ein Nachprüfungsantrag jedenfalls dann unzulässig, wenn er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens ist in Paragraph 312, Absatz 2, BVergG abschließend geregelt vergleiche dazu auch Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 312,, Rz 79f). Danach ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig 1. zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie 2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG ist ein Nachprüfungsantrag jedenfalls dann unzulässig, wenn er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet.

Nach dem Konzept des Bundesvergabegesetzes können nur nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärungen "Entscheidungen" des Auftraggebers sein

(vgl § 2 Z 16 lit a BVergG; VfGH vom 2. März 2002, B 961/01, B 856/01; VwGH vom 30. Juni 2004/2004/04/0028; K. Hofer in Gast (Hrsg.), BVergG - Leitsatzkommentar, E 60 zu § 312). Bloße Beschlüsse im Rahmen der internen Willensbildung des Auftraggebers können keinesfalls Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 13f; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 312, Rz 119). vergleiche Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG; VfGH vom 2. März 2002, B 961/01, B 856/01; VwGH vom 30. Juni 2004, 2004/04/0028; K. Hofer in Gast (Hrsg.), BVergG - Leitsatzkommentar, E 60 zu Paragraph 312,). Bloße Beschlüsse im Rahmen der internen Willensbildung des Auftraggebers können keinesfalls Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 13f; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 312,, Rz 119).

Die Antragstellerin begehrt die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, Angebote zuzulassen, welche von ihr näher bezeichnete Festlegungen enthalten. Bei dieser (eventualiter) angefochtenen Auftraggeberentscheidung handelt es sich um keine einer Nichtigerklärung zugängliche gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im Sinne von § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG iVm § 312 Abs 2 Z 2 BVergG. Sie betrifft ausschließlich einen Akt der internen Die Antragstellerin begehrt die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, Angebote zuzulassen, welche von ihr näher bezeichnete Festlegungen enthalten. Bei dieser (eventualiter) angefochtenen Auftraggeberentscheidung handelt es sich um keine einer Nichtigerklärung zugängliche gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im Sinne von Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG. Sie betrifft ausschließlich einen Akt der internen

Willensbildung der Auftraggeberin. Es kommt ihr kein nach außen tretender Erklärungswert zu (siehe ua Hofer/Fink in Standpunkte zum Vergaberecht, 2ff; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 312, Rz 117, 156; Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 322, Rz 90). Damit mangelt es schon grundlegend am Vorliegen einer Entscheidung im Sinne des BVergG (siehe bereits ua BVA vom 11. Juni 2004, 05N-35/04-46). Willensbildung der Auftraggeberin. Es kommt ihr kein nach außen tretender Erklärungswert zu (siehe ua Hofer/Fink in Standpunkte zum Vergaberecht, 2ff; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 312,, Rz 117, 156; Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 322,, Rz 90). Damit mangelt es schon grundlegend am Vorliegen einer Entscheidung im Sinne des BVergG (siehe bereits ua BVA vom 11. Juni 2004, 05N-35/04-46).

Das genannte Begehren ist daher gemäß § 322 Abs 2 Z 1 BVergG als unzulässig zurückzuweisen. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nichtigerklärung ist mangels zulässigen Anfechtungsgegenstandes im Sinne des § 322 Abs 1 Z 7 BVergG nicht gegeben (ua BVA vom 23. März 2012, N/0027-BVA/04/2012- 30; BVA vom 24. September 2008, N/0112-BVA/04/2008-26). Das genannte Begehren ist daher gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG als unzulässig

zurückzuweisen. Die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Nichtigerklärung ist mangels zulässigen Anfechtungsgegenstandes im Sinne des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG nicht gegeben (ua BVA vom 23. März 2012, N/0027-BVA/04/2012- 30; BVA vom 24. September 2008, N/0112-BVA/04/2008-26).

VI. Zu Spruchpunkt IVrömisches sechs. Zu Spruchpunkt römisches vier

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2. Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt € 720,- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt.

Ungeachtet der Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, besteht ein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren nur unter der Voraussetzung, dass das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag zumindest teilweise stattgibt oder der Antragsteller teilweise klaglos gestellt wird (siehe ua BVA vom 4. Oktober 2006, N/0069-BVA/04/2006-28 = ZVB 2006/94 [Stiefelmeyer]). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Wie bereits festgehalten wurde, war dem Nachprüfungsantrag bereits mangels Rechtzeitigkeit der Antragstellung bzw mangels zulässigen Anfechtungsgegenstandes kein Erfolg beschieden. Folgedessen besteht weder ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag noch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Im Übrigen besteht keine Norm, nach der dem Bundesvergabebeamten die Zuständigkeit zukäme, über den Ersatz anderer Kosten als der Pauschalgebühren zu entscheiden, etwa die Kosten der anwaltlichen Vertretung oder gar der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren. Ein solcher Antrag ist unzulässig und daher zurückzuweisen (zB BVA vom 22. Dezember 2008, N/0147- BVA/10/2008-39 = ZVB 2009/20 [Hackl]; BVA vom 5. März 2010, N/0131-BVA/14/2009-35; BVA vom 17. August 2011, N/0062- BVA/06/2011-28 = RPA 2011, 248 [Stanonik] = ZVB 2011, 450 [Grasböck]).

Zuletzt aktualisiert am

27.05.2013

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