

TE Verg Bescheid 2013/1/24 N/0113-BVA/12/2012-27

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.01.2013

Norm

BVergG 2006 §22

BVergG 2006 §138 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1 Z8

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.01.2008 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 22 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 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 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 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Ministerialrat i.R. Mag. Franz Pachner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrike Ledòchowski als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Mobilfunk 2012" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund) und 2. Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Ministerialrat i.R. Mag. Franz Pachner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrike Ledòchowski als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Mobilfunk 2012" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund) und 2.

Bundesbeschaffung GmbH, beide vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 3. Dezember 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag, das BVA möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Rahmen der Ausschreibung Mobilfunk 2012 - GZ 2401.01679 die Ausschreibungsunterlagen in der letztgültigen Fassung vom 22.11.2012 und die Festlegungen des AG im Übersichtsdokument Beilage ./3 für nichtig erklären, wobei auch Vorfassungen der Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklärt werden, soweit sie auch in der letztgültigen Fassung der Ausschreibungsunterlagen enthalten sind und durch die Nichtigerklärung der gegenständlichen Festlegung

"wiederaufleben" würden, wird teilweise stattgegeben.

Die Festlegung des Auftraggebers vom 22.11.2012, wird für nichtig erklärt.

Die Ausschreibungsunterlagen "Mobilfunk 2012, GZ 2401.01679" werden für nichtig erklärt.

Im Übrigen Umfang wird der Antrag als unzulässig zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 22, 138 Abs 1, 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1, 322 Abs 1 Z 8 und 325 Abs 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 22, 138, Absatz eins, 312, Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins, 322, Absatz eins, Ziffer 8 und 325 Absatz eins, BVergG 2006

1. 2.Ziffer 2

Dem Antrag, "der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühren auferlegen", wird teilweise stattgegeben.

Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Antragstellerin zu Händen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr von insgesamt € 960,00 binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Soweit sich der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr auf das Begehren der einstweiligen Verfügung bezieht, wird dieser abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 3. Dezember 2012, beim BVA am 4. Dezember 2012 eingelangt, die im Spruch ersichtlichen Begehren und brachte insbesondere nachfolgendes vor:

Die Bundesbeschaffung GmbH schreibe als vergebende Stelle der Auftraggeber Republik Österreich (Bund) und der Bundesbeschaffung GmbH (BBG) als zentrale Beschaffungsstelle Mobilfunkleistungen über eine Rahmenvereinbarung im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich aus.

Leistungsgegenstand seien Mobilfunkleistungen für die weltweite mobile Sprach- und Datenkommunikation, damit verbundene Dienstleistungen und Endgeräte. Die Ausschreibung sei ursprünglich in 3 Losen erfolgt. Mit der 5. Fragebeantwortung/3. Berichtung vom 22.11.2012 (FBA5) sei das Los 1 gestrichen worden; Los 2 und 3 seien zu

einem Los zusammengefasst worden (sodass nur ein Gesamtangebot für beide Lose abgegeben werden könne). Lediglich die Bezeichnung "Los 2 - Individualpakete" und "Los 3 - "Pools" sei zur besseren Übersichtlichkeit erhalten geblieben.

Die 1. Fragenbeantwortung/Berichtigung sei am 13.7.2012 erfolgt; dabei seien zahlreiche Dokumente berichtigt und neu übermittelt worden. Die 2. Fragenbeantwortung sei am 18.7.2012 (ohne, dass weitere Dokumente mit übermittelt worden seien) erfolgt. Die 3. Fragenbeantwortungen/2. Berichtigung sei am 20.7.2012 erfolgt, wobei wiederum zahlreiche Dokumente berichtigt und neu übermittelt worden seien. Angebotsfristende sei ursprünglich der 8.8.2012 gewesen; die Angebotsfrist sei in der ersten Fragenbeantwortung auf den 21.8.2012, 10.00 Uhr, erstreckt worden.

Mit Schreiben vom 18.7.2012 habe die Antragstellerin den Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung bis spätestens am 23.7.2012, 11.00 Uhr, aufgefordert und dazu am 23.7.2012 eine ablehnende Antwort erhalten. Die Antragstellerin habe deshalb am 23.7.2012 ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet, in dem zwischenzeitig das BVA mit einstweiliger Verfügung vom 30.7.2012, N/0073-BVA/12/2012-EV12, den Lauf der Angebotsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt habe. Am 14.9.2012 habe ein Schlichtungsgespräch im Bundesvergabeamt stattgefunden, bei welchem die für die Antragstellerin wichtigsten Anfechtungspunkte mit dem Auftraggeber besprochen worden seien. Mit E-Mail vom 21.9.2012 habe die Antragstellerin die in der Verhandlung angesprochenen Vorschläge nochmals schriftlich unterbreitet und weiters Vorschläge für die nach der Verhandlung noch offenen Themen erstattet. Am 4.10.2012 habe der Auftraggeber seine beabsichtigten Änderungen per E-Mail mitgeteilt, zu denen die Antragstellerin mit E-Mail vom 18.10.2012 ihre Änderungsersuchen übermittelt habe. Der Auftraggeber habe am 22.11.2012 die 5. Fragebeantwortung/3. Berichtigung (FBA5) zum Download bereitgestellt. Mit E-Mail vom 29.11.2012 habe die Antragstellerin den Auftraggeber auf Rechtswidrigkeiten in der FBA5 hingewiesen und zur Berichtigung aufgefordert.

Die 5. Fragebeantwortung/3. Berichtigung verstoße gegen eine Vielzahl von Bestimmungen des BVergG, welche beide Lose betreffen:

Zur Losaufteilung brachte die Antragstellerin vor, dass sie mit E-Mail vom 29.11.2012 darauf hingewiesen habe, dass ein zentraler Punkt für die Antragstellerin sei, dass (wie im Schlichtungsgespräch besprochen) von den drei getrennt zu vergebenden Lose laut der ursprünglichen Ausschreibung zumindest zwei Lose beibehalten würden, bei denen weiterhin die Möglichkeit der getrennten Vergabe bestehen bliebe. Die derzeitige Fassung der Ausschreibungsunterlagen würde die Kunden der BBG zwingen, vom günstigsten Tarifanbieter abzurufen, obwohl den BBG-Kunden durch diesen Abruf erhebliche Folgekosten entstünden, die bislang in der Ausschreibung nicht

berücksichtigt würden. Wie sich aus der EuGH-Rechtsprechung ergebe, sei der Auftraggeber nicht verpflichtet, Leistungen zweimal zu vergüten bzw. die Grundsätze der Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit zugunsten der Förderung des Wettbewerbs zu verletzen.

Die Auftraggeber teilten am 5. Dezember 2012 mit, dass nach Bekanntmachung der Ausschreibung insgesamt 5 Fragebeantwortungen und 4 Berichtigungen veröffentlicht worden seien. Die anfechtungsgegenständliche 5. Fragebeantwortung/3. Berichtigung sei am 21.11.2012 an das Amtsblatt versandt und am 22.11.2012 veröffentlicht worden. Am 4.12.2012 sei die 4. Berichtigung der Ausschreibungsunterlage erfolgt. Dabei sei die mit der 3. Berichtigung festgesetzte Angebotsfrist auf 31.1.2013, 10.00 Uhr, verlängert worden.

Die Auftraggeber erstatteten am 13. Dezember 2012 eine inhaltliche Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag und führten insbesondere aus:

Die Bekanntmachung der angefochtenen Auftraggeberentscheidung sei erstmals am 22.11.2012 verfügbar gewesen. Die 10-tägige Frist zur Erhebung des Nachprüfungsantrages habe folglich am 3.12.2012 geendet. Aus den den Auftraggebern seitens des BVA übermittelten Unterlagen sei ersichtlich, dass der Nachprüfungsantrag am 4.12.2012, 9.22 Uhr, an das Bundesvergabeamt im E-Mail-Weg übermittelt worden sei, und dort - gemäß Eingangsstempel - am 4.12.2012 eingelangt sei. Diesen Unterlagen folgend, müssten die Auftraggeber deshalb nach ihrem derzeitigen Kenntnisstand davon ausgehen, dass sämtliche Anträge nach Ablauf der Anfechtungsfrist von der Antragstellerin abgesendet bzw. beim BVA eingelangt, und somit verfristet und bereits aus diesem Grund als verspätet zurückzuweisen seien. Zum Punkt "Losaufteilung/Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen" wurde vorgebracht, dass die diesbezüglichen Ausführungen der Antragstellerin insofern nicht nachvollziehbar seien, als die Antragstellerin in ihrem ersten Nachprüfungsantrag einerseits noch ausgeführt habe, dass auf Grund des Umstandes,

dass den einzelnen Losen keine Auftraggeber fix zugeordnet seien, der jeweilige Auftraggeber "ein schrankenloses, keinerlei Kriterien unterliegendes Ermessen" habe, aus welchem Los er Abrufe, sowie weiters, dass mangels transparenter Festlegung, wann ein Abruf aus welchem Los erfolgen sollte, die Loseinteilung für nichtig zu erklären sei. Durch die gegenständliche Regelung, Los 2 und 3 ungeteilt zu vergeben, hätten die Auftraggeber diese im ursprünglichen Nachprüfungsantrag enthaltenen Anregungen der Antragstellerin aufgegriffen und umgesetzt: Gerade dadurch werde nämlich der Fall ausgeschlossen, dass im Falle der getrennten Vergabe überhaupt kein Abruf aus einem Los erfolgen könnte und sohin das von Seiten der Antragstellerin im ursprünglichen Nachprüfungsantrag aufgezeigte Problem, dass dadurch erhebliche Einmalkosten und erhebliche laufende Kosten frustriert sein könnten, beseitigt werde. Im Übrigen sei in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des BVA vom 30.09.2002, 01N-41/02-27, zu verweisen, wonach eine Verknüpfung der Vergabe von einzelnen Losen nur dann als unzulässig angesehen werde, wenn damit eine drastische Einschränkung des möglichen Bieterkreises einhergehe. Dies sei gegenständlich jedoch nicht der Fall.

Schließlich führten die Auftraggeber aus, dass die gestellten Anträge unzulässig seien. Die Antragstellerin begehre nämlich nicht nur die Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung (FBA 5), sondern beantrage darüber hinaus auch "die Ausschreibungsunterlage in der letztgültigen Fassung vom 22.11.2012 und die Festlegungen des Auftraggebers im Übersichtsdocument Beilage /3 für nichtig zu erklären", sowie weiters, auch Vorfassungen der Ausschreibung für nichtig zu erklären, sofern diese "wiederaufleben" sollten. Im zweiten Antragsbegehren werde darüber hinaus die Nichtigerklärung von Bestimmungen in bereits zuvor übermittelten Dokumentenfassungen, die "wiederaufleben" würden, begehrt. Nicht nur, dass die diesbezüglich gestellten Begehren völlig unkonkret seien - es werde gerade nicht dargelegt, welche Festlegungen

"wiederaufleben" würden -, würden die gestellten Anträge von der konkret bezeichneten gesondert anfechtbaren Festlegung abweichen. Ein verbesserungsfähiger Mangel im Sinne des § 13 Abs 3 AVG liege auf Grund der verfehlten Begehren nicht vor."wiederaufleben" würden -, würden die gestellten Anträge von der konkret bezeichneten gesondert anfechtbaren Festlegung abweichen. Ein verbesserungsfähiger Mangel im Sinne des Paragraph 13, Absatz 3, AVG liege auf Grund der verfehlten Begehren nicht vor.

Die B*** (im Folgenden: mitbeteiligte Partei) erstattete am 14. Jänner 2013 eine Stellungnahme und wandte sich darin insbesondere gegen die vermeintlich unzulässige Losvergabe. Mit dieser Berichtigung sei keine inhaltliche Änderung der Ausschreibung bzw. des Leistungsgegenstandes dahingehend erfolgt, dass Leistungen, die aufgrund der ursprünglichen Ausschreibung zu erbringen gewesen wären, nun nicht mehr Gegenstand der Ausschreibung seien oder umgekehrt. Vielmehr trage die Ausschreibung idF 3. Berichtigung nunmehr dem - von Anfang an bestehenden - Umstand Rechnung, dass es sich bei den "Losen" ungeachtet ihrer Bezeichnung um keine Lose iSd BVergG handle, sondern vielmehr bloß um unterschiedliche Modelle der Verrechnung von ein und derselben Leistung. Daher liege auch kein zwingender Widerrufsgrund vor, da sowohl aufgrund der ursprünglichen Ausschreibung, als auch aufgrund der Ausschreibung idF 3. Berichtigung inhaltlich die gleichen Leistungen anzubieten gewesen seien. Im Übrigen sei davon auszugehen, dass die vorgenommene Berichtigung jedenfalls nicht "wesentlich" iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG sei, da sich im Fall eines Widerrufs und einer neuerlichen Ausschreibung keine "anderen Unternehmen" für das Vergabeverfahren interessieren und an diesem beteiligen würden. Die B*** (im Folgenden: mitbeteiligte Partei) erstattete am 14. Jänner 2013 eine Stellungnahme und wandte sich darin insbesondere gegen die vermeintlich unzulässige Losvergabe. Mit dieser Berichtigung sei keine inhaltliche Änderung der Ausschreibung bzw. des Leistungsgegenstandes dahingehend erfolgt, dass Leistungen, die aufgrund der ursprünglichen Ausschreibung zu erbringen gewesen wären, nun nicht mehr Gegenstand der Ausschreibung seien oder umgekehrt. Vielmehr trage die Ausschreibung in der Fassung 3. Berichtigung nunmehr dem - von Anfang an bestehenden - Umstand Rechnung, dass es sich bei den "Losen" ungeachtet ihrer Bezeichnung um keine Lose iSd BVergG handle, sondern vielmehr bloß um unterschiedliche Modelle der Verrechnung von ein und derselben Leistung. Daher liege auch kein zwingender Widerrufsgrund vor, da sowohl aufgrund der ursprünglichen Ausschreibung, als auch aufgrund der Ausschreibung in der Fassung 3. Berichtigung inhaltlich die gleichen Leistungen anzubieten gewesen seien. Im Übrigen sei davon auszugehen, dass die vorgenommene Berichtigung jedenfalls nicht "wesentlich" iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sei, da sich im Fall eines Widerrufs und einer neuerlichen Ausschreibung keine "anderen Unternehmen" für das Vergabeverfahren interessieren und an diesem beteiligen würden.

Die Auftraggeber erstatteten am 15. Jänner 2013 eine weitere Stellungnahme und führten aus, dass die Antragstellerin

durch ihren Hinweis im ersten Nachprüfungsantrag, wonach sich die Lose "nur im Verrechnungsmodus" unterscheiden würden, selbst zugestehen, dass der Leistungsgegenstand aller drei Lose inhaltlich ident sei, sodass durch die Berichtigung gerade keine Änderung im Sinn der Judikatur des BVA einhergehe. Festzuhalten sei an dieser Stelle, dass sämtliche im Los 1 enthaltenen Leistungen von Anbeginn an auch im Los 2 enthalten gewesen seien.

Am 16. Jänner 2013 fand vor dem BVA eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der der Vorsitzende den Parteien die heutige (9.18 per Mail eingelangte) Stellungnahme der Antragstellerin auszugsweise (soweit entscheidungserheblich) zur Kenntnis brachte. In dieser führte die Antragstellerin insbesondere aus, dass es - aufgrund der zahlreichen und umfangreichen Berichtigungen und Änderungen - evident sei, dass die Auftraggeber im gegenständlichen Fall ein Verhandlungsverfahren hätten wählen müssen. Zudem stehe das Vorbringen der mitbeteiligten Partei, wonach kein zwingender Widerruf erforderlich sei, in diametralem Widerspruch zu dem Vorbringen in ihrem Nachprüfungsantrag vom 26.7.2012, Seite 27, in dem vorgebracht worden sei, dass die gegenständliche Ausschreibung keiner formalen Berichtigung zugänglich und daher zwingend zu widerrufen sei. Auftraggeber, B*** sowie C*** brachten zum Vorbringen "Wahl des Vergabeverfahrens" vor, dass diese Entscheidung nicht fristgerecht bereits im verfahrenseinleiteten Schriftsatz angefochten und dieser Punkt daher präkludiert sei. Die Auftraggeber bestätigten, dass mit dem Wort "Vorgängerversionen" unter den Ausführungen "allgemeines" zur 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen die zeitlich davor erfolgten Berichtigungen und Fassungen der Ausschreibungsunterlagen gemeint seien. D.h. alle Dokumente, in denen Berichtigungen vorgenommen worden seien, seien in der Folge in konsolidierter Fassung versandt worden. Abschließend beantragten die Auftraggeber ein Sachverständigengutachten aus dem Bereich Telekommunikation unter Heranziehung eines allfällig notwendigen Gutachtens eines Betriebswirtschaftlers zum Beweis dafür, dass sich die Kalkulationsgrundlagen durch die Streichung des Loses 1 nicht geändert hätten.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen, Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Aus einem "Aktenvermerk zu Losaufteilung Mobilfunk 2012, GZ 2401.01679" vom 6.6.2012 (Ergänzung am 20.7.2012) geht hervor:

Aufgrund der oben angeführten Überlegungen hat sich also folgende Losaufteilung ergeben:

- -Strichaufzählung
Los 1: Pauschalpakete:
- -Strichaufzählung
Den üblichen Markttarifen entsprechend
- -Strichaufzählung
Einfach administrierbar
- -Strichaufzählung
Möglichst kostengünstig (maximale Einsparung)
- -Strichaufzählung
Los 2: Individualpakete:
- -Strichaufzählung
Übliche Markttarife sollen ebenso wie "Spezial-Tarife" für
- -Strichaufzählung
besondere Anforderungen abbildbar sein (z.B. nur SMS für - Messstationen)
- -Strichaufzählung
Alle Features verfügbar
- -Strichaufzählung
Los 3: Pools
- -Strichaufzählung
Für alle Kunden, die über eine zentrale Verrechnung verfügen

Am 13.6.2012 erstellte die BBG einen "Aktenvermerk zu Mengengerüst Preisblatt, GZ 2401.01679". Unter der Überschrift "allgemeine Mengen für das Mengengerüst" wird insbesondere festgehalten:

- -Strichaufzählung

es wird von insgesamt 120.000 SIM-Karten ausgegangen

- -Strichaufzählung
die Positionspreise beziehen sich auf 1 Monat
- -Strichaufzählung
der Angebotspreis ist die Summe der Positionspreise bezogen

auf 1 Jahr

- die Aufteilung auf die Lose erfolgt gleichmäßig (jedes Los 40.000 SIM-Karten)

Die gegenständliche Ausschreibung ("Mobilfunk 2012") wurde am 20.6.2012 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekanntgemacht.

In der Rubrik "Lose" wurde festgehalten:

Aufteilung des Auftrags in Lose: ja

Angebote sind möglich für ein oder mehrere Lose

Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lauten auszugsweise:

2.1 Ziel dieses Vergabeverfahrens

Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung je ausgeschriebenem Los gemäß §§ 25 Abs. 7 und 32 i. V. m. §§ 150 ff BVergG 2006 über Mobilfunk-Leistungen (Sprachen und Daten) ab Abschluss der Rahmenvereinbarung bis 31.12.2014 in ganz Österreich für registrierte Kunden der BBG. Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung je ausgeschriebenem Los gemäß Paragraphen 25, Absatz 7 und 32 i. römisch fünf. m. Paragraphen 150, ff BVergG 2006 über Mobilfunk-Leistungen (Sprachen und Daten) ab Abschluss der Rahmenvereinbarung bis 31.12.2014 in ganz Österreich für registrierte Kunden der BBG.

...

2.2 Auftragsgegenstand (Leistungsbeschreibung)

Der zu vergebende Auftrag umfasst die Bereitstellung der jeweils ausgeschriebenen Mobilfunk-Leistungen für die weltweite mobile Sprach- und Datenkommunikation sowie die damit verbundenen Dienstleistungen (Service, Betrieb, Reporting etc.).

Das Leistungsverzeichnis enthält eine detaillierte Leistungsbeschreibung.

Auf Grund des ermittelten durchschnittlichen Telefonieverhaltens und der aktuellen Marktpreise geht die BBG von einem jährlichen Gesamtvolumen von ca. € 13.000.000,-- für ca. 120.000 angemeldeten SIM-Karten der potentiellen Kunden dieser Ausschreibung aus, welche sich voraussichtlich zu gleichen Teilen auf die ausgeschriebenen Lose aufteilen werden. Eine Mengenüberschreitung von Abrufen aus dieser Rahmenvereinbarung betreffend die Anzahl der SIM-Karten ist bis zu 100 % je Los zulässig, Abweichungen des Telefonieverhaltens und hinsichtlich des Hardwarebezugs sind in jedem Ausmaß möglich.

...

7.1. Teilangebot

Die Abgabe von Teilangeboten ist in Hinblick auf die Losaufteilung zulässig. Der Bieter kann sowohl ein Teilangebot (für eines oder mehrere Lose) oder ein Gesamtangebot (für alle Lose) legen.

...

8.2. Zuschlagskriterien

Die Entscheidung, mit welchem geeigneten Unternehmer die Rahmenvereinbarung für das jeweilige Los geschlossen wird, wird nach dem Billigstbieterprinzip getroffen:

8.3 Ermittlung des (der) Bestangebote(s)

Für jedes ausgeschriebene Los wird jeweils ein Bestangebot ermittelt. Das Bestangebot ist jenes Angebot, welches formal und inhaltlich entspricht, sämtliche geforderten Funktionen abdecken kann und den günstigsten Angebotspreis aufweist.

...

Die Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (Rahmenvereinbarung) lauten auszugsweise:

4.1 Ziel dieser Rahmenvereinbarung

Gegenstand dieser Rahmenvereinbarung ist die Bereitstellung der jeweils ausgeschriebenen Mobilfunk-Leistungen für die weltweite mobile Sprach- und Datenkommunikation sowie die damit verbundenen Dienstleistungen (Service, Betrieb, Reporting, etc.).

Der Leistungsgegenstand gliedert sich in 3 Lose, welche im Leistungsverzeichnis detailliert beschrieben sind.

4.2 Mengengerüst

Aufgrund der vorliegenden Auswertungen der bestehenden Verträge ergibt sich derzeit folgendes durchschnittliches Telefonieverhalten der BBG-Kunden: Das im Leistungsverzeichnis und Preisblatt angeführte Mengengerüst dient lediglich als Grundlage für die Bestbieterermittlung.

Die jeweils angeführten Durchschnittswerte sollten als unverbindliche Kalkulationsgrundlage dienen:

Wert

Anzahl SIM-Karten 120.000

SMS + MMS 10

Daten 50 MB (nur Inland)

0,05 MB (nur Ausland)

Sprachtelefonie im

und ins Inland 185 Minuten

Sprachtelefonie ins

Ausland 2 Minuten

Sprach-Roaming

(aktiv + passiv) 3,5 Minuten

Den kommerziellen Ausschreibungsbedingungen waren für die 3 Lose jeweils drei Leistungsverzeichnisse + Preisblatt angeschlossen:

Los 1: "Pauschalpakete"

Los 2: "Individualpakete"

Los 3: "zentraler Pool"

Am 13.7.2012 erfolgte die 1. Fragenbeantwortung bzw. 1. Berichtigung zur gegenständlichen Ausschreibung. Die Losregelung bzw. die Angaben zum Mengengerüst wurden beibehalten.

Am 20.7.2012 erfolgte die 3. Fragenbeantwortung bzw. 2. Berichtigung. Wiederum erfolgte keine Änderung hinsichtlich Losaufteilung bzw. Angaben zum Mengengerüst.

Am 23.7.2012 stellte die Antragstellerin ein erstes Nachprüfungsverfahren (ZI. N/0073-BVA/12/2012) mit Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen sowie einen Antrag auf Erlassung einstweiliger Verfügungen.

In der allgemeinen Auskunftserteilung vom 27. Juli 2013 zu den Anträgen im Verfahren N/0073-BVA/12/2012 gaben die Auftraggeber den geschätzten Auftragswert wie folgt bekannt:

Aufteilung in Lose:

Geschätzter Auftragswert aller Lose: ca. EUR 39,000.000,--

Auftragswert/Los:

Los 1 "Pauschalpakete": ca. EUR 13,000.000,--

Los 2 "Individualpakete": ca. EUR 13,000.000,--

Los 3 "Pools": ca. EUR 13.000.000,--

Das BVA erlies mit Bescheid vom 30.7.2012, N/0073-BVA/12/2012- EV12, eine einstweilige Verfügung, in welcher der Lauf der Angebotsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt wurde. Ferner erfolgten zwei weitere Anträge auf Nachprüfung bzw. Erlassung einstweiliger Verfügungen von Mitbewerbern der Antragstellerin (Zl. N/0074-BVA/12/2012 und N/0078-BVA/12/2012). Auch in diesen Verfahren erlies das BVA einstweilige Verfügungen.

Am 13. August 2012 ersuchten die Auftraggeber in den Verfahren N/0073-BVA/12/2012 und N/0074-BVA/12/2012 - zwecks in Aussicht genommener Durchführung von Vergleichsgesprächen - um Erstreckung der Stellungnahmefrist. Ferner wurde auf den Einwand, über Anträge auf Nichtigkeitsklärung von Entscheidungen des Auftraggebers spätestens 6 Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden, verzichtet.

Am 13., 14. sowie 17. September 2012 fanden unter Anwesenheit des Vorsitzenden des Senates 12 sogenannte "Schlichtungsgespräche" in den Räumen des Bundesvergabeamtes statt.

Am 21.9.2012 übermittelte die Antragstellerin der vergebenden Stelle Formulierungs- bzw. Änderungsvorschläge für die im Schlichtungsgespräch nicht behandelten Punkte des verfahrenseinleitenden Nachprüfungsantrages.

Am 4.10.2012 übermittelte die vergebende Stelle der Antragstellerin die beabsichtigten Änderungen der BBG-Ausschreibung und wies ausdrücklich darauf hin, dass es sich diesbezüglich um keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG handelt. Diese lauten auszugsweise: Am 4.10.2012 übermittelte die vergebende Stelle der Antragstellerin die beabsichtigten Änderungen der BBG-Ausschreibung und wies ausdrücklich darauf hin, dass es sich diesbezüglich um keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG handelt. Diese lauten auszugsweise:

allgemeines

- -Strichaufzählung
Los 1 wird gestrichen.
- -Strichaufzählung
Die Lose 2 und 3 gelangen ungeteilt zur Vergabe und können

daher mit einer gemeinsamen und garantierten Mindestmenge von 40.000 SIM-Karten unterlegt werden.

- -Strichaufzählung
Die geschätzte Gesamtmenge bleibt unverändert bei 120.000 SIM-Karten - davon 80.000 betr. Los 2 bzw. 40.000 betr. Los 3.
- -Strichaufzählung
Die maximale Abrufmenge wird von 240.000 SIM-Karten auf 180.000 SIM-Karten reduziert.
- -Strichaufzählung
Der Call-Mix wird entsprechend angepasst.
- -Strichaufzählung
Die maximale Vertragsdauer der auf Basis der Rahmenvereinbarung zu errichtenden Einzelverträge wird auf 7 Jahre festgesetzt.
- -Strichaufzählung
Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung wird auf 3 Jahre (ohne Option) verlängert.

Mit E-Mail vom 18.10.2012 übermittelte die Antragstellerin der BBG ihre Anmerkungen zu den beabsichtigten Änderungen der Ausschreibung. Diese lauten auszugsweise:

Ad Allgemeines:

Punkt 1: Die beabsichtigte Berichtigung dahingehend, dass es künftig nur mehr ein Los anstatt wie bisher 3 Lose geben soll, wird von A*** nicht akzeptiert, wie im Schlichtungsgespräch besprochen, bitte weiterhin zumindest 2 Lose beibehalten, bei denen die Möglichkeit besteht, sie getrennt zu vergeben.

Weiterer Vorschlag: Ein Los "roamingorientiert", ein Los mit untergeordneten Roaminganteil.

Am 22.11.2012 übermittelten die Auftraggeber die 5. Fragenbeantwortung bzw. 3. Berichtigung. Diese lauten auszugsweise:

allgemeines

- -Strichaufzählung
Los 1 wird gestrichen.
- -Strichaufzählung
Die Lose 2 und 3 gelangen ungeteilt zur Vergabe. Der Übersichtlichkeit halber bleiben die Bezeichnungen "Los 2" (Individualpakete) und "Los 3" (Pools) trotz Wegfall von Los 1 unverändert erhalten.
- -Strichaufzählung
Es wird eine Mindestabnahme von 40.000 SIM-Karten garantiert.
- -Strichaufzählung
Die geschätzte Gesamtmenge wird wie folgt aufgeteilt:
- -Strichaufzählung
80.000 SIM-Karten für Los 2
- -Strichaufzählung
40.000 SIM-Karten für Los 3
- -Strichaufzählung
Die maximale Abrufmenge wird von 240.000 SIM-Karten auf

180.000 SIM-Karten reduziert.

- -Strichaufzählung
Die Angebotsöffnung wird auf den 20.12.2012, 10.00 Uhr verschoben.
- -Strichaufzählung
Die maximale Vertragsdauer der auf Basis der Rahmenvereinbarung zu errichtenden Einzelverträge wird auf 7 Jahre festgesetzt.
- -Strichaufzählung
Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung wird auf 3 Jahre (ohne Option) verlängert.
- -Strichaufzählung
Die mit dieser Berichtigung veröffentlichten Dokumente werden entsprechend den hier angeführten Punkten berichtigt und ersetzen die jeweiligen Vorgängerversionen. Sonstige Tipp- und Formfehler werden ohne gesonderte Aufzählung in diesem Dokument ebenfalls korrigiert, soweit diese bekannt waren.

- Das neue Preisblatt und Leistungsverzeichnis ersetzt die
davor für die Lose 1 bis 3 veröffentlichten drei Dokumente.

...

Rahmenvereinbarung

Der Callmix wird wie folgt angepasst

- Wert [Minuten bzw. MB
- bzw. SMS/SIM/Monat]

Sprachnetze in andere Mobilnetze 46,19

Netzintern 55,45

Sprache ins Festnetz 33,68

Sprache ins Ausland 5,77

Aktives Roaming 14,49

Passives Roaming 5,12

SMS im Inland 71,83

SMS im Ausland 6,70

SMS ins Ausland 1,74

MMS im Inland 1,37

Daten im Inland 634,84

Daten Roaming 3,71

Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (AAB) der letztgültigen Fassung lauten auszugsweise:

2.2 Auftragsgegenstand (Leistungsbeschreibung)

...

Aufgrund des ermittelten durchschnittlichen Telefonieverhaltens und der aktuellen Marktpreise geht die BBG von einem jährlichen Gesamtvolumen von ca. € 13.000.000,-- für ca. 120.000 angemeldeten SIM-Karten der potentiellen Kunden dieser Ausschreibung aus, von denen eine Mindestabnahme von 40.000 SIM-Karten garantiert wird und welche sich voraussichtlich wie folgt auf die ausgeschriebenen Lose aufteilen werden:

- -Strichaufzählung
ca. 80.000 SIM-Karten Los 2 (Individualpakete)
- -Strichaufzählung
ca. 40.000 SIM-Karten Los 3 (zentrale Pools)

Eine Mengenüberschreitung von Abrufen aus dieser Rahmenvereinbarung betreffend die Anzahl der SIM-Karten ist bis zu 50 % zulässig, Abweichungen des Telefonieverhaltens und hinsichtlich des Hardwarebezugs sind in jedem Ausmaß möglich.

...

7.1. Teilangebot

Die Abgabe von Teilangeboten ist unzulässig.

...

8.2. Zuschlagskriterien

Die Entscheidung, mit welchem geeigneten Unternehmer die Rahmenvereinbarung geschlossen wird, wird nach dem Billigstbieterprinzip getroffen:

8.3 Ermittlung des (der) Bestangebote(s)

Für die gesamte Ausschreibung wird ein Bestangebot ermittelt. Das Bestangebot ist jenes Angebot, welches formal und inhaltlich entspricht, sämtliche geforderten Funktionen abdecken kann und den günstigsten Angebotspreis ausweist.

Punkt 4.2 der Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen sieht ein neues "Mengengerüst" vor. Inhalt und Werte entsprechen dem Punkt "Rahmenvereinbarung" ("Callmix") der 5. Fragenbeantwortung und

1. 3.Ziffer 3
Berichtigung.

Mit Auskunftserteilung vom 21. Jänner 2013 gaben die Auftraggeber die geschätzten Auftragswerte der beiden übriggebliebenen Lose bekannt, die sich wie folgt darstellen:

Los 2: € 26 Mio.

Los 3: € 13 Mio.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Republik Österreich (Bund) ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevante Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Die Republik Österreich (Bund) ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz

eins, Ziffer eins, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevante Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. 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 a B-VG ist sohin gegeben. Da darüber das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. 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 a, B-VG ist sohin gegeben. Da darüber das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antrag den formalen

Vorraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG genügt. Ein GrundVorraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG genügt. Ein Grund

für die Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Soweit die Auftraggeber Unzulässigkeit wegen verspäteter Antragstellung behaupten, ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Antragsfristen um verfahrensrechtliche Fristen handelt, deren Berechnung nach den §§ 32 f AVG zu erfolgen hat (RV 1171 BlgNR 22. GP 137). Die Antragstellerin wies per E-Mail daraufhin, dass der Nachprüfungsantrag samt Beilagen eingeschrieben (per Post) am 3.12.2012 versendet worden sei. Aus OZ 4 des gegenständlichen Nachprüfungsaktes geht hervor, dass der Antrag am 3.12.2012, sohin innerhalb der zehntägigen Anfechtungsfrist gegen die gesondert anfechtbare Entscheidung "FBA5", eingebracht worden ist (vgl. Poststempel, 3.12.2012, 21.50 Uhr). Eine verspätete Antragstellung liegt somit nicht vor (siehe dazu bereits BVA 11.12.2012, N/0113-BVA/12/2012-EV7). für die Unzulässigkeit nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Soweit die Auftraggeber Unzulässigkeit wegen verspäteter Antragstellung behaupten, ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Antragsfristen um verfahrensrechtliche Fristen handelt, deren Berechnung nach den Paragraphen 32, f AVG zu erfolgen hat Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 137). Die Antragstellerin wies per E-Mail daraufhin, dass der Nachprüfungsantrag samt Beilagen eingeschrieben (per Post) am 3.12.2012 versendet worden sei. Aus OZ 4 des gegenständlichen Nachprüfungsaktes geht hervor, dass der Antrag am 3.12.2012, sohin innerhalb der zehntägigen Anfechtungsfrist gegen die gesondert anfechtbare Entscheidung "FBA5", eingebracht worden ist vergleiche Poststempel, 3.12.2012, 21.50 Uhr). Eine verspätete Antragstellung liegt somit nicht vor (siehe dazu bereits BVA 11.12.2012, N/0113-BVA/12/2012-EV7).

Soweit die Auftraggeber Unzulässigkeit der gestellten Anträge behaupten, verkennen sie, dass sowohl aus dem Inhalt des Antragsvorbringens, als auch aus dem Nichtigerklärungsbegehren klar und unmissverständlich hervorgeht, dass die Antragstellerin die gesondert anfechtbare Entscheidung "sonstige Festlegung während der Angebotsfrist", in concreto die Festlegung der Auftraggeber vom 22.11.2012, bekämpft. Zu den typischen "sonstigen Festlegungen während der Angebotsfrist" gehören aber - neben Bieteranfragebeantwortungen - Berichtigungen der Ausschreibung durch den Auftraggeber (Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1983). Die 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlage vom 22.11.2012 stellt aber als "sonstige Festlegung während der Angebotsfrist" eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar; der Antrag ist schon deshalb zulässig. Dass aber die Antragstellerin im unter Punkt 1 gestellten Begehren ausdrücklich die "Ausschreibungsunterlagen in der letztgültigen Fassung vom 22.11.2012" sowie die "Festlegungen des AG im Übersichtsdocument" anführt, stellt keinen Widerspruch zum inhaltlichen Vorbringen dar. Durch die 3. Berichtigung der Auftraggeber vom 22.11.2012 wurde die Ausschreibung - wie sogleich unten ausführlich darzulegen sein wird - umfassend geändert, sodass die Auftraggeber folgerichtig auch ein neues Konvolut der Ausschreibungsunterlagen an die Bewerber versandt haben. Dieses ersetzt aber - wie die Auftraggeber selbst bestätigt haben - die Ausschreibungsunterlagen in den Vorgängerversionen. Demnach führte die sonstige Festlegung vom 22.11.2012 zur berichtigten Ausschreibungsunterlage in der letztgültigen Fassung. Diese hat aber die Antragstellerin mit einem zulässigen Antrag auf Nichtigerklärung bekämpft. Hingegen ist der Antrag im

Übrigen Umfang (Nichtigerklärung von "Vorfassungen der Ausschreibungsunterlagen") schon deshalb unzulässig, da dieses Begehren letztlich auf eine Wiederholung der bereits im Verfahren unter der Zahl N/0073-BVA/12/2012 gestellten Anträge hinausläuft und somit im nunmehrigen Nachprüfungsverfahren jedenfalls verfristet ist.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Zu Spruchpunkt 1:

§ 90 BVergG (Berichtigung der Ausschreibung) lautet: Paragraph 90, BVergG (Berichtigung der Ausschreibung) lautet:

Abs. 1: Werden während der Angebotsfrist Änderungen der Ausschreibung erforderlich, so sind die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern. Absatz eins: , Werden während der Angebotsfrist Änderungen der Ausschreibung erforderlich, so sind die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern.

Abs. 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. Absatz 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.

Gemäß § 138 Abs 1 BVergG ist ein Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Gemäß Paragraph 138, Absatz eins, BVergG ist ein Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

Abs. 1 umschreibt den Fall der Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Es handelt sich um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber nicht wusste (zB erst nachträglich zur Kenntnis gelangte mangelnde budgetäre Bedeckung; die Angebotspreise liegen trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz; eine Vorfrage wurde rechtskräftig anders entschieden). Auch ein rechtswidriges Zuschlagskriterium kann unter den Tatbestand des Abs. 1 fallen, da durch ein entsprechendes Erkenntnis einer Vergabekontrollbehörde oder des EuGH nachträglich ein Umstand bekannt wird (nämlich der Umstand, dass ein bestimmtes Kriterium rechtswidrig ist), der die Ausschreibung zumindest in dieser Form ausgeschlossen hätte (RV 1171 BlgNR 22. GP 89). Absatz eins, umschreibt den Fall der Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Es handelt sich um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber nicht wusste (zB erst nachträglich zur Kenntnis gelangte mangelnde budgetäre Bedeckung; die Angebotspreise liegen trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz; eine Vorfrage wurde rechtskräftig anders entschieden). Auch ein rechtswidriges Zuschlagskriterium kann unter den Tatbestand des Absatz eins, fallen, da durch ein entsprechendes Erkenntnis einer Vergabekontrollbehörde oder des EuGH nachträglich ein Umstand bekannt wird (nämlich der Umstand, dass ein bestimmtes Kriterium rechtswidrig ist), der die Ausschreibung zumindest in dieser Form ausgeschlossen hätte (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 89).

Öhler/Schramm führen zu § 90 BVergG aus, dass der Begriff "inhaltlich wesentlich andere Ausschreibung" im BVergG nicht näher konkretisiert ist. Nach Ansicht der Autoren ist - dem Zweck des § 90 entsprechend, nämlich "vergebliche" Aufwendungen beim Bieter und wohl auch Auftraggeber zu verhindern - dieser Begriff eng und damit die Berichtigungsmöglichkeit weit auszulegen. Denn jeder Widerruf und jedes nachfolgende Vergabeverfahren mit geänderten Unterlagen erzeuge mehr Aufwendungen bei Bietern und vor allem bei dem Auftraggeber als eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen. Dies wäre kaum mit den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit vereinbar. Solange also der Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz gewahrt werde, sei der Berichtigung gegenüber dem Widerruf der Vorzug zu geben. Die Wahrung der Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz schließe insbesondere die Pflicht zur Übermittlung der Berichtigung an alle Bewerber und - insbesondere falls sich durch die Änderung der Bieterkreis ändern könnte - auch die Berichtigung der Bekanntmachung sowie gegebenenfalls auch die Pflicht zur Verlängerung der Angebotsfrist ein (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel BVergG2 [2009] § 90 Rz 4). Öhler/Schramm führen zu Paragraph 90, BVergG aus,

dass der Begriff "inhaltlich wesentlich andere Ausschreibung" im BVergG nicht näher konkretisiert ist. Nach Ansicht der Autoren ist - dem Zweck des Paragraph 90, entsprechend, nämlich "vergebliche" Aufwendungen beim Bieter und wohl auch Auftraggeber zu verhindern - dieser Begriff eng und damit die Berichtigungsmöglichkeit weit auszulegen. Denn jeder Widerruf und jedes nachfolgende Vergabeverfahren mit geänderten Unterlagen erzeuge mehr Aufwendungen bei Bietern und vor allem bei dem Auftraggeber als eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen. Dies wäre kaum mit den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit vereinbar. Solange also der Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz gewahrt werde, sei der Berichtigung gegenüber dem Widerruf der Vorzug zu geben. Die Wahrung der Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz schließe insbesondere die Pflicht zur Übermittlung der Berichtigung an alle Bewerber und - insbesondere falls sich durch die Änderung der Bieterkreis ändern könnte - auch die Berichtigung der Bekanntmachung sowie gegebenenfalls auch die Pflicht zur Verlängerung der Angebotsfrist ein (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel BVergG2 [2009] Paragraph 90, Rz 4).

Nach Sturm sind, soweit Änderungen der Ausschreibung in zulässiger Weise im Wege einer Berichtigung erfolgen können, die die Änderung auslösenden Umstände noch nicht als wesentlich anzusehen und sohin keine Gründe, die den Auftraggeber zu einem Widerruf des Vergabeverfahrens verpflichten. Andernfalls bliebe für die Berichtigung der Ausschreibung kein Raum, wenn der Auftraggeber bei Umständen, die zu einer Berichtigung der Ausschreibung führen können, stets zum Widerruf verpflichtet wäre (Sturm in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 1497).

Demgegenüber ist nach der der Rechtsprechung des VwGH eine Berichtigung der Ausschreibung nur insoweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt. Diesfalls wäre nämlich die Ausschreibung wegen Vorliegens zwingender Gründe zu widerrufen (VwGH 29.6.2005, 2002/04/0180).

Auftraggeberentscheidungen, die geeignet sind, den Kreis der Bewerber oder Bieter zu beeinflussen, sind jedenfalls als wesentliche Verletzungen des Vergaberechtes anzusehen. Der AG ist - wenn er die Rechtswidrigkeit seiner Entscheidung erkennt - zum Widerruf der Ausschreibung verpflichtet (Strobl in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 76 zu § 139). Auftraggeberentscheidungen, die geeignet sind, den Kreis der Bewerber oder Bieter zu beeinflussen, sind jedenfalls als wesentliche Verletzungen des Vergaberechtes anzusehen. Der AG ist - wenn er die Rechtswidrigkeit seiner Entscheidung erkennt - zum Widerruf der Ausschreibung verpflichtet (Strobl in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 76 zu Paragraph 139,).

Ein zwingender Grund zum Widerruf ist jedenfalls zu bejahen, wenn eine Änderung bzw. Ergänzung des Leistungsverzeichnisses notwendig wird, welche die Kalkulation nicht unwesentlich beeinflussen kann, bzw. wenn sich die Massenänderungen in Folge einer unterschiedlichen kalkulatorischen Gewichtung der Einzelpositionen auf die Angebotssummen auswirken können (Strobl in Gast, E 90 zu § 139). Ein zwingender Grund zum Widerruf ist jedenfalls zu bejahen, wenn eine Änderung bzw. Ergänzung des Leistungsverzeichnisses notwendig wird, welche die Kalkulation nicht unwesentlich beeinflussen kann, bzw. wenn sich die Massenänderungen in Folge einer unterschiedlichen kalkulatorischen Gewichtung der Einzelpositionen auf die Angebotssummen auswirken können (Strobl in Gast, E 90 zu Paragraph 139,).

Ein zwingender Grund zum Widerruf der Ausschreibung liegt vor, wenn die Unbestimmtheit des Leistungsumfanges von wesentlichen Teilen der Ausschreibung und die daraus folgende Unvergleichbarkeit der Angebote zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, sofern sie dem Auftraggeber schon früher bekannt gewesen wären (Strobl in Gast, E 92 zu § 139). Ein zwingender Grund zum Widerruf der Ausschreibung liegt vor, wenn die Unbestimmtheit des Leistungsumfanges von wesentlichen Teilen der Ausschreibung und die daraus folgende Unvergleichbarkeit der Angebote zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, sofern sie dem Auftraggeber schon früher bekannt gewesen wären (Strobl in Gast, E 92 zu Paragraph 139,).

Das Fehlen eines zur Kalkulation geeigneten, nachvollziehbaren Mengengerüsts führt dazu, dass die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet und eine Bestbieterermittlung nicht möglich ist. Damit liegt ein den Auftraggeber zum Widerruf berechtigter Grund vor (Strobl in Gast, E 93 zu § 139). Das Fehlen eines zur Kalkulation geeigneten, nachvollziehbaren Mengengerüsts führt dazu, dass die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet und eine Bestbieterermittlung nicht möglich ist. Damit liegt ein den Auftraggeber zum Widerruf berechtigter Grund vor (Strobl in Gast, E 93 zu Paragraph 139,).

Bereits in seiner Entscheidung vom 15. März 2012, N/0006- BVA/12/2012-29, hatte sich das BVA (im nicht prioritären Bereich) mit der Problematik "Abgrenzung zwischen (noch zulässiger) Berichtigung und zwingendem Widerruf" auseinanderzusetzen und insbesondere festgehalten:

Wenngleich die Bestimmungen des BVergG 2006 über die Berichtigung der Ausschreibung (vgl. § 90 BVergG) nicht explizit auf das gegenständliche Vergabeverfahren Anwendung finden, darf - insbesondere aufgrund der in § 141 Abs 2 BVergG definierten allgemeinen Grundsätze - auch im nicht prioritären Bereich ein Auftraggeber die Möglichkeit von Berichtigungen nicht "exzessiv" bzw. "über Gebühr" in Anspruch nehmen. Dies bereits vor dem Hintergrund, wonach die Grenze der Berichtigung der Widerruf bildet. Eine Berichtigung der Ausschreibung ist nur soweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt, da in diesem Fall die Ausschreibung zwingend zu widerrufen wäre. Die Berichtigung darf daher nicht dazu verwendet werden, einen verpflichteten Widerruf der Ausschreibung zu umgehen (Auprich in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1315). Ob es gegenständlich tatsächlich zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung gekommen ist, ist eine (auch mit dem nötigen technischen Sachverstand) zu beantwortende Auslegungsfrage, die jedoch dahinstehen kann. Bereits aufgrund der Summe der seit dem 17.1.2012 vorgenommenen Änderungen, die insbesondere die neue Regelung des Bewertungsverfahrens, Änderungen im Rahmen der Eignungsanforderungen, technische Änderungen sowie Änderungen im Leistungsverzeichnis, die Einfluss auf die Kalkulation der Bieter haben (vgl. etwa die Berichtigungen 5, 9 sowie 20 der Anfragebeantwortung 42), tritt offenkundig zutage, dass die Ausschreibung in der letztaktualisierten Version (12.3.2012) eine in relevantem Ausmaß andere ist, als jene zum Zeitpunkt des verfahrenseinleitenden Antrages (17.1.2012). Wenngleich die Bestimmungen des BVergG 2006 über die Berichtigung der Ausschreibung vergleiche Paragraph 90, BVergG) nicht explizit auf das gegenständliche Vergabeverfahren Anwendung finden, darf - insbesondere aufgrund der in Paragraph 141, Absatz 2, BVergG definierten allgemeinen Grundsätze - auch im nicht prioritären Bereich ein Auftraggeber die Möglichkeit von Berichtigungen nicht "exzessiv" bzw. "über Gebühr" in Anspruch nehmen. Dies bereits vor dem Hintergrund, wonach die Grenze der Berichtigung der Widerruf bildet. Eine Berichtigung der Ausschreibung ist nur soweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt, da in diesem Fall die Ausschreibung zwingend zu widerrufen wäre. Die Berichtigung darf daher nicht dazu verwendet werden, einen verpflichteten Widerruf der Ausschreibung zu umgehen (Auprich in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1315). Ob es gegenständlich tatsächlich zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung gekommen ist, ist eine (auch mit dem nötigen technischen Sachverstand) zu beantwortende Auslegungsfrage, die jedoch dahinstehen kann. Bereits aufgrund der Summe der seit dem 17.1.2012 vorgenommenen Änderungen, die insbesondere die neue Regelung des Bewertungsverfahrens, Änderungen im Rahmen der Eignungsanforderungen, technische Änderungen sowie Änderungen im Leistungsverzeichnis, die Einfluss auf die Kalkulation der Bieter haben vergleiche etwa die Berichtigungen 5, 9 sowie 20 der Anfragebeantwortung 42), tritt offenkundig zutage, dass die Ausschreibung in der letztaktualisierten Version (12.3.2012) eine in relevantem Ausmaß andere ist, als jene zum Zeitpunkt des verfahrenseinleitenden Antrages (17.1.2012).

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass es - ausgenommen in den Grenzen einer formalisierten Berichtigung - grundsätzlich unzulässig ist, die Leistungsbeschreibung im Laufe des Vergabeverfahrens zu verändern (siehe dazu Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 966). Nach Reckerzügl/Schwarz ist eine Berichtigung immer dann sinnvoll, wenn eine widersprechende oder unklare Ausschreibung vorliegt und die Auswirkungen auf die Angebotsinhalte nicht unverhältnismäßig groß sind (Reckerzügl/Schwarz, Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechts, Teil 1, RPA 2001, 62). Nach Ansicht des Senates wurden die Grenzen einer lediglich "formalen" Berichtigung im gegenständlichen Vergabeverfahren bei weitem überschritten. In Punkt A3.3 des Teils C ("Option: Task Force - Leistungsumfang") wurde die Kalkulationsgrundlage von 900 auf 4.500 Stunden erhöht. Diese Änderung steht überdies im Zusammenhang mit dem (15% gewichteten) Zuschlagskriterium "Reaktionszeit für die Zurverfügungstellung von 35 Securities für Task Force". Auch Punkt A3.6 des Teils C ("Option: Brandschutzbeauftragter für definierte Objekte") wurde dahingehend berichtigt, das von den ursprünglich vorgesehenen 300 Stunden nunmehr 4.000 Stunden anzubieten sind. Allein durch diese Berichtigungen hat der Auftraggeber jedenfalls den Leistungsumfang (nicht unwesentlich) erhöht, was naturgemäß Auswirkungen auf die Kalkulationsgrundlagen der Angebote haben muss.

In der Entscheidung vom 5. November 2012, N/0090-BVA/12/2012-18, ging das BVA auf die Lehrmeinungen von Öhler/Schramm bzw. Sturm ein und hielt fest:

Die oben zitierte Rechtsauffassung von Öhler/Schramm bzw. Sturm zu § 90 BVergG liefe nach Ansicht des Senates im Ergebnis darauf hinaus, dass die Bestimmung des § 138 Abs 1 BVergG im Wesentlichen sinnentleert wäre. Wenn beispielsweise - nach Ansicht von Öhler/Schramm - auch im Falle einer Änderung des Bieterkreises eine Berichtigung im Sinne des § 90 BVergG zulässig sein soll, so tritt offenkundig zutage, dass für eine Anwendung des § 138 Abs 1 BVergG kein Raum mehr verbliebe. Abgesehen davon, dass diese Rechtsmeinung der oben zitierten Rechtsprechung widerspricht, steht dieser auch die Bestimmung des § 325 Abs 1 Z 2 BVergG entgegen. Demnach hat das BVA eine gesondert anfechtbare Entscheidung dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Nach den Materialien ist ein wesentlicher Einfluss bereits dann anzunehmen, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben "könnte" (RV 1171 BlgNR 22. GP 141). Es genügt somit eine bloß potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens (siehe dazu Walter/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 2048 und die dort zitierte Judikatur). Bei Anfechtung einer Ausschreibung, die sich nachträglich als rechtswidrig herausstellt, ist bezüglich des Zeitpunktes der Wesentlichkeit somit auf die ursprüngliche Einleitung eines Vergabeverfahrens abzustellen und zu prüfen, ob die Änderung der Ausschreibung dergestalt ist, dass möglicherweise andere Bieter ihr Interesse am Vergabeverfahren bekundet hätten. Die Bestimmung des § 90 BVergG kann somit nicht solcherart (weit) ausgelegt werden, dass für das Erfordernis des Auftraggebers, eine Ausschreibung iSd § 138 Abs 1 BVergG zu widerrufen, kein Spielraum mehr übrigbliebe, zumal die Berichtigung nicht dazu verwendet werden darf, einen verpflichteten Widerruf der Ausschreibung zu umgehen (Auprich in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 1315).

Die oben zitierte Rechtsauffassung von Öhler/Schramm bzw. Sturm zu Paragraph 90, BVergG liefe nach Ansicht des Senates im Ergebnis darauf hinaus, dass die Bestimmung des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG im Wesentlichen sinnentleert wäre. Wenn beispielsweise - nach Ansicht von Öhler/Schramm - auch im Falle einer Änderung des Bieterkreises eine Berichtigung im Sinne des Paragraph 90, BVergG zulässig sein soll, so tritt offenkundig zutage, dass für eine Anwendung des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG kein Raum mehr verbliebe. Abgesehen davon, dass diese Rechtsmeinung der oben zitierten Rechtsprechung widerspricht, steht dieser auch die Bestimmung des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG entgegen. Demnach hat das BVA eine gesondert anfechtbare Entscheidung dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Nach den Materialien ist ein wesentlicher Einfluss bereits dann anzunehmen, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben "könnte" (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 141). Es genügt somit eine bloß potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens (siehe dazu Walter/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 2048 und die dort zitierte Judikatur). Bei Anfechtung einer Ausschreibung, die sich nachträglich als rechtswidrig herausstellt, ist bezüglich des Zeitpunktes der Wesentlichkeit somit auf die ursprüngliche Einleitung eines Vergabeverfahrens abzustellen und zu prüfen, ob die Änderung der Ausschreibung dergestalt ist, dass möglicherweise andere Bieter ihr Interesse am Vergabeverfahren bekundet hätten. Die Bestimmung des Paragraph 90, BVergG kann somit nicht solcherart (weit) ausgelegt werden, dass für das Erfordernis des Auftraggebers, eine Ausschreibung iSd Paragraph 138, Absatz eins, BVergG zu widerrufen, kein Spielraum mehr übrigbliebe, zumal die Berichtigung nicht dazu verwendet werden darf, einen verpflichteten Widerruf der Ausschreibung zu umgehen (Auprich in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 1315).

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Wortlaut des § 138 Abs 1 BVergG (vgl. die Wortfolge "ist zu widerrufen") dem Auftraggeber keinen Spielraum lässt. Wenn also die Voraussetzungen vorliegen (in concreto "wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten") ist der Auftraggeber zum Widerruf verpflichtet und kann nicht - alternativ - mit einer bloßen Berichtigung nach § 90 BVergG das Vergabeverfahren fortführen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Wortlaut des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG (vergleiche die Wortfolge "ist zu widerrufen") dem Auftraggeber keinen Spielraum lässt. Wenn also die Voraussetzungen vorliegen (in concreto "wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten") ist der Auftraggeber zum Widerruf verpflichtet und kann nicht - alternativ - mit einer bloßen Berichtigung nach Paragraph 90, BVergG das Vergabeverfahren fortführen.

In einer Gegenüberstellung des Anhang 1 der ursprünglichen Version der Ausschreibungsunterlage mit jener der berichtigten tritt jedenfalls deutlich zutage, dass die Änderungen nicht von derart untergeordneter Bedeutung sind, dass sie keinen Einfluss auf die Kalkulationsgrundlage für die Angebotslegung hätten. Allein durch die in der berichtigten Version neu hinzugefügten Positionen in der ersten Tabellenzeile, die im Zusammenhang mit der neuen

Berechnung des Zuschlagskriteriums "Preis" stehen, wird offenkundig, dass diese nunmehr eine gänzlich andere Kalkulationsgrundlage für die Bieter bei Erstellung ihres Angebotes bilden. Nach der oben zitierten Judikatur ist aber ein zwingender Grund zum Widerruf jedenfalls zu bejahen, wenn eine Änderung bzw. Ergänzung des Leistungsverzeichnisses notwendig wird, welche die Kalkulation nicht unwesentlich beeinflussen kann (Strobl in Gast, E 90 zu § 139). In einer Gegenüberstellung des Anhang 1 der ursprünglichen Version der Ausschreibungsunterlage mit jener der berichtigten tritt jedenfalls deutlich zutage, dass die Änderungen nicht von derart untergeordneter Bedeutung sind, dass sie keinen Einfluss auf die Kalkulationsgrundlage für die Angebotslegung hätten. Allein durch die in der berichtigten Version neu hinzugefügten Positionen in der ersten Tabellenzeile, die im Zusammenhang mit der neuen Berechnung des Zuschlagskriteriums "Preis" stehen, wird offenkundig, dass diese nunmehr eine gänzlich andere Kalkulationsgrundlage für die Bieter bei Erstellung ihres Angebotes bilden. Nach der oben zitierten Judikatur ist aber ein zwingender Grund zum Widerruf jedenfalls zu bejahen, wenn eine Änderung bzw. Ergänzung des Leistungsverzeichnisses notwendig wird, welche die Kalkulation nicht unwesentlich beeinflussen kann (Strobl in Gast, E 90 zu Paragraph 139,).

Auch im gegenständlichen Sachverhalt hat das BVA die Rechtsfrage zu beantworten, ob die Auftraggeber durch die gesondert anfechtbare Entscheidung "sonstige Festlegung während der Angebotsfrist" die Grenze der zulässigen Berichtigung iSd § 90 BVergG überschritten haben. Die in der Entscheidung des BVA vom 15. März 2012, N/0006-BVA/12/2012-29, getroffenen Ausführungen lassen sich bereits aufgrund eines Größenschlusses auf den vorliegenden Fall übertragen. Wenn bereits im nicht prioritären Bereich der Auftraggeber die Möglichkeit von Berichtigungen nicht "exzessiv" bzw. "über Gebühr" in Anspruch nehmen darf, dann muss dies umso mehr für jene Sachverhalte gelten, in welchen die Bestimmungen der §§ 90 und 138 Abs 1 BVergG zur Anwendung gelangen. Der Sachverhalt in der Entscheidung vom 15. März 2012 ist auch insofern mit dem gegenständlich zu beurteilenden vergleichbar, als bereits aufgrund der Summe der seit dem 13.7.2012 seitens der Auftraggeber durchgeführten Berichtigungen, insbesondere jener umfassenden vom 22.11.2012 (vgl. dazu die Sachverhaltsfeststellungen), die Ausschreibung in der nunmehrigen Version (22.11.2012) eine in relevantem Ausmaß andere ist, als jene zum Zeitpunkt des ersten verfahrenseinleitenden Antrages vom 23.7.2012 (N/0073- BVA/12/2012). Dies zeigt sich schon anhand des Umstandes, dass durch die 3. Berichtigung Los 1 gestrichen und Los 2 und 3 ungeteilt zur Vergabe gelangen sollen. Hätte die ursprüngliche Aufteilung der Lose noch "gleichmäßig" (je 40.000 SIM-Karten) erfolgen sollen, sieht die nunmehrige Berichtigung eine Verdoppelung hinsichtlich des (nach wie vor aufrechten) Loses 2 vor. Dies erfordert eine völlig neue Zusammenstellung des Preisblattes beim Los 2 ("Individualpakete") und führt zwangsläufig zu einer geänderten Angebotserstellung im Vergleich mit dem ursprünglich vorgesehenen Angaben im Preisblatt. Auch im gegenständlichen Sachverhalt hat das BVA die Rechtsfrage zu beantworten, ob die Auftraggeber durch die gesondert anfechtbare Entscheidung "sonstige Festlegung während der Angebotsfrist" die Grenze der zulässigen Berichtigung iSd Paragraph 90, BVergG überschritten haben. Die in der Entscheidung des BVA vom 15. März 2012, N/0006-BVA/12/2012-29, getroffenen Ausführungen lassen sich bereits aufgrund eines Größenschlusses auf den vorliegenden Fall übertragen. Wenn bereits im nicht prioritären Bereich der Auftraggeber die Möglichkeit von Berichtigungen nicht "exzessiv" bzw. "über Gebühr" in Anspruch nehmen darf, dann muss dies umso mehr für jene Sachverhalte gelten, in welchen die Bestimmungen der Paragraphen 90 und 138 Absatz eins, BVergG zur Anwendung gelangen. Der Sachverhalt in der Entscheidung vom 15. März 2012 ist auch insofern mit dem gegenständlich zu beurteilenden vergleichbar, als bereits aufgrund der Summe der seit dem 13.7.2012 seitens der Auftraggeber durchgeführten Berichtigungen, insbesondere jener umfassenden vom 22.11.2012 (vergleiche dazu die Sachverhaltsfeststellungen), die Ausschreibung in der nunmehrigen Version (22.11.2012) eine in relevantem Ausmaß andere ist, als jene zum Zeitpunkt des ersten verfahrenseinleitenden Antrages vom 23.7.2012 (N/0073- BVA/12/2012). Dies zeigt sich schon anhand des Umstandes, dass durch die 3. Berichtigung Los 1 gestrichen und Los 2 und 3 ungeteilt zur Vergabe gelangen sollen. Hätte die ursprüngliche Aufteilung der Lose noch "gleichmäßig" (je 40.000 SIM-Karten) erfolgen sollen, sieht die nunmehrige Berichtigung eine Verdoppelung hinsichtlich des (nach wie vor aufrechten) Loses 2 vor. Dies erfordert eine völlig neue Zusammenstellung des Preisblattes beim Los 2 ("Individualpakete") und führt zwangsläufig zu einer geänderten Angebotserstellung im Vergleich mit dem ursprünglich vorgesehenen Angaben im Preisblatt.

Der Wortlaut des § 138 Abs 1 BVergG ("Umstände, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten"), ist aufgrund seiner demonstrativen Ausrichtung jeweils anhand des konkreten Sachverhaltes zu beurteilen. Als solche "Umstände" können jedenfalls auch Vergleichsgespräche über den Inhalt von Ausschreibungsbestimmungen, die aus Anlass eines Nachprüfungsantrages

zwischen Auftraggeber und Antragsteller geführt werden, in Betracht kommen und sind daher unter diese Bestimmung zu subsumieren. Wäre den Auftraggebern das abschließende Ergebnis dieser Vergleichsgespräche (in concreto die 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vom 22.11.2012) bereits zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, hätten sie sich möglicherweise schon damals für die ungeteilte Vergabe (anstelle der Losvergabe) entschieden. Der Wortlaut des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG ("Umstände, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten"), ist aufgrund seiner demonstrativen Ausrichtung jeweils anhand des konkreten Sachverhaltes zu beurteilen. Als solche "Umstände" können jedenfalls auch Vergleichsgespräche über den Inhalt von Ausschreibungsbestimmungen, die aus Anlass eines Nachprüfungsantrages zwischen Auftraggeber und Antragsteller geführt werden, in Betracht kommen und sind daher unter diese Bestimmung zu subsumieren. Wäre den Auftraggebern das abschließende Ergebnis dieser Vergleichsgespräche (in concreto die 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vom 22.11.2012) bereits zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, hätten sie sich möglicherweise schon damals für die ungeteilte Vergabe (anstelle der Losvergabe) entschieden.

Durch die 3. Berichtigung vom 22.11.2012, wonach das Vergabeverfahren - entgegen der ursprünglich angekündigten Bekanntmachung - plötzlich zur Gesamtvergabe mutieren soll, ist die Grenze der zulässigen Berichtigung iSd § 90 BVergG jedenfalls überschritten, sodass die Ausschreibung in der nunmehrigen Form eine inhaltlich wesentlich andere ist. Dies erhellt sich schon aus der Bestimmung des § 22 Abs 2 BVergG. Durch die 3. Berichtigung vom 22.11.2012, wonach das Vergabeverfahren - entgegen der ursprünglich angekündigten Bekanntmachung - plötzlich zur Gesamtvergabe mutieren soll, ist die Grenze der zulässigen Berichtigung iSd Paragraph 90, BVergG jedenfalls überschritten, sodass die Ausschreibung in der nunmehrigen Form eine inhaltlich wesentlich andere ist. Dies erhellt sich schon aus der Bestimmung des Paragraph 22, Absatz 2, BVergG.

Dieser lautet: "Ein Zuschlag in Teilen einer ausgeschriebenen Gesamtleistung ist ebenso wie ein bloßer Vorbehalt allfälliger Teilleistungsvergabe unzulässig. Soll die Möglichkeit für eine Vergabe in Teilen gewahrt bleiben, sind sowohl die Gesamtleistung als auch die allenfalls getrennt zu Vergabe gelangenden Teile der Leistung auszuschreiben. In diesem Fall ist dem Bieter auch die Möglichkeit einzuräumen, nur einzelne dieser Teile der Leistungen anzubieten." In concreto folgt daraus: Bis zum Zeitpunkt der 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen stand aufgrund der Festlegungen in den Punkten 7.1 iVm 8.3 der AAB die (theoretische) Möglichkeit im Raum, dass mehr als ein Unternehmer für die Rahmenvereinbarung (allenfalls auch nur für ein Los) aufgrund der abgegebenen Angebote in Betracht gezogen hätte werden können. Durch die nunmehrige 3. Berichtigung ist ein solches Szenario nicht mehr denkbar, da entsprechend Punkt 7.1. AAB die Abgabe von Teilangeboten unzulässig ist und folglich gemäß Punkt 8.3 AAB für die gesamte Ausschreibung nur noch ein Bestangebot ermittelt wird. Es macht eben einen relevanten Unterschied, ob aus einer Ausschreibung drei verschiedene Unternehmen jeweils ein Los mit einem Auftragswert von ca. € 13 Mio "gewinnen", oder ein Unternehmen die gesamte geschätzte Auftragssumme von ca. € 39 Mio lukriert. Dieser lautet: "Ein Zuschlag in Teilen einer ausgeschriebenen Gesamtleistung ist ebenso wie ein bloßer Vorbehalt allfälliger Teilleistungsvergabe unzulässig. Soll die Möglichkeit für eine Vergabe in Teilen gewahrt bleiben, sind sowohl die Gesamtleistung als auch die allenfalls getrennt zu Vergabe gelangenden Teile der Leistung auszuschreiben. In diesem Fall ist dem Bieter auch die Möglichkeit einzuräumen, nur einzelne dieser Teile der Leistungen anzubieten." In concreto folgt daraus: Bis zum Zeitpunkt der 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen stand aufgrund der Festlegungen in den Punkten 7.1 in Verbindung mit 8.3 der AAB die (theoretische) Möglichkeit im Raum, dass mehr als ein Unternehmer für die Rahmenvereinbarung (allenfalls auch nur für ein Los) aufgrund der abgegebenen Angebote in Betracht gezogen hätte werden können. Durch die nunmehrige 3. Berichtigung ist ein solches Szenario nicht mehr denkbar, da entsprechend Punkt 7.1. AAB die Abgabe von Teilangeboten unzulässig ist und folglich gemäß Punkt 8.3 AAB für die gesamte Ausschreibung nur noch ein Bestangebot ermittelt wird. Es macht eben einen relevanten Unterschied, ob aus einer Ausschreibung drei verschiedene Unternehmen jeweils ein Los mit einem Auftragswert von ca. € 13 Mio "gewinnen", oder ein Unternehmen die gesamte geschätzte Auftragssumme von ca. € 39 Mio lukriert.

Schon allein aus diesen Überlegungen tritt deutlich zutage, dass der "fliegende Wechsel" der Auftraggeber von Los- zur Gesamtvergabe den Ausgang des Vergabeverfahrens (im Hinblick auf die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll) wesentlich iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG beeinflussen kann. Zudem ist

im Hinblick auf § 325 Abs 1 Z 2 BVergG bei Anfechtung einer Ausschreibung, die sich nachträglich als rechtswidrig herausstellt, bezüglich des Zeitpunktes der Wesentlichkeit auf die ursprüngliche Einleitung eines Vergabeverfahrens abzustellen und zu prüfen, ob die Änderung der Ausschreibung dergestalt ist, dass möglicherweise ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens denkbar wäre (siehe in diesem Sinne bereits BVA 5.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18). Schon allein aus diesen Überlegungen tritt deutlich zutage, dass der "fliegende Wechsel" der Auftraggeber von Los- zur Gesamtvergabe den Ausgang des Vergabeverfahrens (im Hinblick auf die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll) wesentlich iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG beeinflussen kann. Zudem ist im Hinblick auf Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG bei Anfechtung einer Ausschreibung, die sich nachträglich als rechtswidrig herausstellt, bezüglich des Zeitpunktes der Wesentlichkeit auf die ursprüngliche Einleitung eines Vergabeverfahrens abzustellen und zu prüfen, ob die Änderung der Ausschreibung dergestalt ist, dass möglicherweise ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens denkbar wäre (siehe in diesem Sinne bereits BVA 5.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18).

Hingegen würden die Ausführungen der mitbeteiligten Partei zur fehlenden Wesentlichkeit iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG im Ergebnis dazu führen, dass ein Auftraggeber nur dann im Stadium vor Angebotsöffnung zum Widerruf verpflichtet wäre, wenn jedenfalls feststünde, dass sich für das Vergabeverfahren ein anderer Bieterkreis beteiligt hätte. Ein solcher reduzierter Anwendungsbereich kann jedoch dem positiven Tatbestand des § 138 Abs 1 BVergG nicht entnommen werden, geht doch der (in demonstrativer Weise geregelte) Wortlaut der Bestimmung davon aus, dass Auftraggeber - aufgrund der unterschiedlichsten Einzelfallkonstellationen - angehalten sind, ein konkretes Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen (siehe dazu bereits ausführlich die oben zitierte Judikatur). Hingegen würden die Ausführungen der mitbeteiligten Partei zur fehlenden Wesentlichkeit iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG im Ergebnis dazu führen, dass ein Auftraggeber nur dann im Stadium vor Angebotsöffnung zum Widerruf verpflichtet wäre, wenn jedenfalls feststünde, dass sich für das Vergabeverfahren ein anderer Bieterkreis beteiligt hätte. Ein solcher reduzierter Anwendungsbereich kann jedoch dem positiven Tatbestand des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG nicht entnommen werden, geht doch der (in demonstrativer Weise geregelte) Wortlaut der Bestimmung davon aus, dass Auftraggeber - aufgrund der unterschiedlichsten Einzelfallkonstellationen - angehalten sind, ein konkretes Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen (siehe dazu bereits ausführlich die oben zitierte Judikatur).

Eine abschließende Beurteilung über die Frage, ob die nunmehrige Entscheidung der Auftraggeber, die gegenständlichen Leistungen ausschließlich im Wege der ungeteilten Vergabe auszuschreiben, rechtswidrig ist (wie von der Antragstellerin behauptet), oder (wie die mitbeteiligte Partei im Schriftsatz vom 26. Juli 2012 ausgeführt) gerade die Aufteilung nach Losen den Bestimmungen des § 22 BVergG widerspricht, kann im vorliegenden Fall schon deshalb dahinstehen, da die Rechtswidrigkeit der Auftraggeberentscheidung bereits in Verkennung der Rechtslage der Bestimmungen der §§ 90 und 138 Abs 1 BVergG ihre Ursache hat. Eine abschließende Beurteilung über die Frage, ob die nunmehrige Entscheidung der Auftraggeber, die gegenständlichen Leistungen ausschließlich im Wege der ungeteilten Vergabe auszuschreiben, rechtswidrig ist (wie von der Antragstellerin behauptet), oder (wie die mitbeteiligte Partei im Schriftsatz vom 26. Juli 2012 ausgeführt) gerade die Aufteilung nach Losen den Bestimmungen des Paragraph 22, BVergG widerspricht, kann im vorliegenden Fall schon deshalb dahinstehen, da die Rechtswidrigkeit der Auftraggeberentscheidung bereits in Verkennung der Rechtslage der Paragraphen 90 und 138 Absatz eins, BVergG ihre Ursache hat.

Insofern muss auch nicht auf den (impliziten) Einwand der mitbeteiligten Partei näher eingegangen werden, wonach die ursprüngliche Festlegung der Auftraggeber, die Rahmenvereinbarung in 3 Losen zu vergeben, von Anfang an rechtswidrig gewesen sei und daher die Auftraggeber mit der 3. Berichtigung "nur mehr" dem Umstand Rechnung getragen hätten, dass es sich bei den "Losen" ungeachtet ihrer Bezeichnung um keine Lose iSd BVergG, sondern vielmehr bloß um unterschiedliche Modelle der Verrechnung von ein und derselben Leistung handle. Auch die Auftraggeber bedienten sich in ihrem jüngsten Schriftsatz vom 15. Jänner 2013 einer ähnlichen Argumentation. Ob der Leistungsgegenstand aller drei Lose tatsächlich inhaltlich ident war bzw. ist, kann ebenso dahinstehen, da der Tatbestand des § 138 Abs 1 BVergG ("inhaltlich wesentliche andere Ausschreibung") schon dadurch erfüllt ist, dass - wie oben aufgezeigt - als Ergebnis der Rahmenvereinbarung verschiedene Bieter - je nachdem, ob man die Los- bzw. die Gesamtvergabe zur Anwendung gelangt - zum Zuge kommen könnten. Insofern muss auch nicht auf den (impliziten) Einwand der mitbeteiligten Partei näher eingegangen werden, wonach die ursprüngliche Festlegung der Auftraggeber, die Rahmenvereinbarung in 3 Losen zu vergeben, von Anfang an rechtswidrig gewesen sei und daher

die Auftraggeber mit der 3. Berichtigung "nur mehr" dem Umstand Rechnung getragen hätten, dass es sich bei den "Losen" ungeachtet ihrer Bezeichnung um keine Lose iSd BVergG, sondern vielmehr bloß um unterschiedliche Modelle der Verrechnung von ein und derselben Leistung handle. Auch die Auftraggeber bedienten sich in ihrem jüngsten Schriftsatz vom 15. Jänner 2013 einer ähnlichen Argumentation. Ob der Leistungsgegenstand aller drei Lose tatsächlich inhaltlich ident war bzw. ist, kann ebenso dahinstehen, da der Tatbestand des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG ("inhaltlich wesentliche andere Ausschreibung") schon dadurch erfüllt ist, dass - wie oben aufgezeigt - als Ergebnis der Rahmenvereinbarung verschiedene Bieter - je nachdem, ob man die Los- bzw. die Gesamtvergabe zur Anwendung gelangt - zum Zuge kommen könnten.

Soweit die Auftraggeber verneinen, dass dem Bieter kein "subjektives Recht" auf Erklärung des Widerrufs zukommt, ist festzuhalten, dass alle Bewerber bzw. Bieter eines Vergabeverfahrens darauf vertrauen können müssen, dass der Auftraggeber sämtliche Bestimmungen des BVergG 2006 auch einhält. Liegt somit ein Fall des § 138 Abs 1 BVergG vor, so hat der Bieter ein subjektiv durchsetzbares Recht auf Überprüfung von Auftraggeberentscheidungen durch die Nachprüfungsbehörde (vgl. §§ 312 Abs 2 Z 2 und 320 Abs 1 BVergG iVm Art 2 Abs 1 lit b RM-RL). Folgte man hingegen der Rechtsansicht der Auftraggeber, hätte dies die - zu Lasten des Rechtsschutzes gehende - Konsequenz, dass Bewerber im Stadium vor Ablauf der Angebotsfrist nie eine rechtswidrige Ausschreibung (bzw. eine rechtswidrige sonstige Festlegung während der Angebotsfrist) effektiv mit der (allfälligen) Konsequenz bekämpfen könnten, dass der Auftraggeber zum Widerruf eines Vergabeverfahrens verpflichtet ist. Soweit die Auftraggeber verneinen, dass dem Bieter kein "subjektives Recht" auf Erklärung des Widerrufs zukommt, ist festzuhalten, dass alle Bewerber bzw. Bieter eines Vergabeverfahrens darauf vertrauen können müssen, dass der Auftraggeber sämtliche Bestimmungen des BVergG 2006 auch einhält. Liegt somit ein Fall des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG vor, so hat der Bieter ein subjektiv durchsetzbares Recht auf Überprüfung von Auftraggeberentscheidungen durch die Nachprüfungsbehörde vergleiche Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2 und 320 Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Artikel 2, Absatz eins, Litera b, RM-RL). Folgte man hingegen der Rechtsansicht der Auftraggeber, hätte dies die - zu Lasten des Rechtsschutzes gehende - Konsequenz, dass Bewerber im Stadium vor Ablauf der Angebotsfrist nie eine rechtswidrige Ausschreibung (bzw. eine rechtswidrige sonstige Festlegung während der Angebotsfrist) effektiv mit der (allfälligen) Konsequenz bekämpfen könnten, dass der Auftraggeber zum Widerruf eines Vergabeverfahrens verpflichtet ist.

Ein zwingender Widerruf ist auch deshalb unumgänglich, da - infolge der Umstellung von Los- auf Gesamtvergabe - mit der 3. Berichtigung ein neues Preisblatt und Leistungsverzeichnis erstellt worden ist, welches naturgemäß eine völlig neue Angebotserstellung erfordert. Dies bereits vor dem Hintergrund, dass sich - nach Wegfall des Loses 1 - der geschätzte Auftragswert des Loses 2 auf € 26 Mio. verdoppelte.

Im Hinblick auf den seitens der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag wird abschließend klargestellt, dass die Frage, ob das zulässige Ausmaß einer Berichtigung iSd § 90 BVergG überschritten wurde (wie gegenständlich vom BVA bejaht), eine ausschließlich vom Senat zu beantwortende Rechtsfrage darstellt. Schon deshalb war aber die Einholung eines (oder mehrerer) Sachverständigengutachtens nicht erforderlich. Im Hinblick auf den seitens der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag wird abschließend klargestellt, dass die Frage, ob das zulässige Ausmaß einer Berichtigung iSd Paragraph 90, BVergG überschritten wurde (wie gegenständlich vom BVA bejaht), eine ausschließlich vom Senat zu beantwortende Rechtsfrage darstellt. Schon deshalb war aber die Einholung eines (oder mehrerer) Sachverständigengutachtens nicht erforderlich.

Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 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.

Wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt, wurde dem auf

Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen gerichteten Nachprüfungsbegehren stattgegeben. Somit steht der Antragstellerin als "obsiegender" Partei der Ersatz ihrer entrichteten Pauschalgebühr zu.

Soweit sich jedoch der unter Spruchpunkt 2. wiedergegebene Antrag auf den Ersatz der Pauschalgebühr für die einstweilige Verfügung bezieht, konnte diesem Begehren nicht stattgegeben werden, da der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom BVA 11.12.2012, N/0113-BVA/12/2012-EV7, abgewiesen wurde und kein Fall des § 319 Abs 2 BVergG vorliegt. Soweit sich jedoch der unter Spruchpunkt 2. wiedergegebene Antrag auf den Ersatz der Pauschalgebühr für die einstweilige Verfügung bezieht, konnte diesem Begehren nicht stattgegeben werden, da der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom BVA 11.12.2012, N/0113-BVA/12/2012-EV7, abgewiesen wurde und kein Fall des Paragraph 319, Absatz 2, BVergG vorliegt.

Schlagworte

Ausschreibung; Berichtigung, zwingender Widerruf, Antragslegitimation, gesondert anfechtbare Entscheidung;

Zuletzt aktualisiert am

08.04.2013

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