

TE Verg Bescheid 2012/9/7 N/0075-BVA/05/2012-27

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.09.2012

Norm

BVergG 2006 §78 Abs3

BVergG 2006 §79 Abs3

BVergG 2006 §105 Abs5

BVergG 2006 §138 Abs1

BVergG 2006 §138 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §318 Abs1 Z4

BVergG 2006 §318 Abs1 Z5

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2

AVG 1991 §43 Abs5

1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 138 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 138 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

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

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

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

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 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 § 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 5, Mag. Bernhard Ditz sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Anfechtung der Widerrufsentscheidung vom 20. Juli 2012 im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien, GZ 02/H173/2011" der Universität für Bodenkultur Wien, Peter Jordan Straße 70, 1190

Wien, wie folgt entschieden:

Spruch:

I.römisch eins.

Der Antrag vom 30. Juli 2012 der A***, vertreten durch X***, "das BVA möge nach Durchführung einer mündlichen

Verhandlung die Widerrufsentscheidung der Antragsgegnerin vom 20.07.2012 (zugestellt der Antragstellerin per Fax und E-Mail am selben Tag.) betreffend dem Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien" für nichtig erklären",

wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 78 Abs. 3, 105 Abs. 5, 138 Abs. 1 und 2 und 312 Abs. 1 und 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006/BGBl. I Nr. 17/2006 idgF (BVerG) Rechtsgrundlage: Paragraphen 78, Absatz 3, 105, Absatz 5, 138, Absatz eins und 2 und 312 Absatz eins und 2 Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, idgF (BVerG)

II.römisch zwei.

Die Anträge vom 30. Juli 2012 der A***, vertreten durch X***, "das BVA möge der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren für diesen Antrag auf Nichtigerklärung zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter auferlegen.",

und

"das BVA möge der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren für diesen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen ihrer ausgewiesenen

Rechtsvertreter auferlegen.",

werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs. 1 und 2 BVerG Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVerG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 30. Juli 2012 (elektronisch am selben Tag innerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabebeamtes (BVA) eingebracht) stellte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, das in den Spruchpunkten I und II dieses Bescheides wörtlich wiedergegebene Antragsbegehren und beantragte darüber hinaus die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Mit Schriftsatz vom 30. Juli 2012 (elektronisch am selben Tag innerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabebeamtes (BVA) eingebracht) stellte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, das in den Spruchpunkten römisch eins und römisch zwei dieses Bescheides wörtlich wiedergegebene Antragsbegehren und beantragte darüber hinaus die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Antragstellerin führte dazu aus, dass die Universität für Bodenkultur Wien, Peter Jordan Straße 70, 1190 Wien (im Weiteren: Auftraggeberin) ein Verhandlungsverfahren zum Abschluss einer "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien" durchführe. Die Antragstellerin - welche die nun mehr ausgeschriebenen Leistungen bisher für die Auftraggeberin erbracht habe - habe einen Teilnahmeantrag gestellt und sei zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen worden.

Die Antragstellerin habe am 2. Februar 2012 betreffend diesem Vergabeverfahren beim BVA einen Nachprüfungsantrag (GZ: N/0013-BVA/05/2012) mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen eingebracht. Mit dem am 9. Februar 2012 der Antragstellerin zugestellten Bescheid habe das BVA der Antragsgegnerin für die Dauer des zu N/0013-BVA/05/2012 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren einlangende Angebote zu öffnen. Zusätzlich sei das in der Ausschreibungsunterlage (in der Fassung nach der 2. Berichtigung vom 3. Februar 2012) des Vergabeverfahrens auf den Seiten 7 und 16 festgesetzte "Ende der Angebotsfrist 10. Februar 2012, 13:00 Uhr (Einlangen)" ausgesetzt worden. Am 13. Februar 2012 habe die Antragstellerin betreffend diesem Vergabeverfahren beim BVA einen Nachprüfungsantrag (GZ: N/0018-BVA/05/2012) mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der "1. Anfragenbeantwortung und 2. Berichtigung zu den Ausschreibungsunterlagen der 2. Stufe" eingebracht. Mit dem am 15. Februar 2012 der Antragstellerin zugestellten Bescheid habe das BVA der Antragsgegnerin "für die Dauer des zu N/0018-BVA/05/2012 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren einlangende Angebote zu öffnen. Zusätzlich sei das in der Ausschreibungsunterlage (in der Fassung nach der 2. Berichtigung vom 3. Februar 2012) des Vergabeverfahrens auf den Seiten 7 und 16 festgesetzte "Ende der Angebotsfrist 10. Februar 2012, 13:00 Uhr (Einlangen)" ausgesetzt worden. Am 23. Februar 2012 habe die Antragstellerin betreffend diesem Vergabeverfahren

beim BVA einen weiteren Nachprüfungsantrag (GZ: N/0026-BVA/05/2012) mit dem Antrag auf Nichtigerklärung diverser Festlegung der Auftraggeberin eingebracht. Mit Bescheid vom 6. März 2012 habe das BVA den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Am 9. März 2012 habe die Antragstellerin eine VwGH-Beschwerde gegen diesen Bescheid des BVA eingebracht. Mit Beschluss vom 17. April 2012 sei vom VwGH die Behandlung der Beschwerde abgelehnt worden.

Am 22. Februar 2012 habe im Bundesvergabeamt zu den zwei erstgenannten Vergabeverfahren (Nachprüfungsverfahren I und II) ein Schlichtungsgespräch zwischen den Verfahrensparteien und dem zuständigen Senatsvorsitzenden stattgefunden. Im Aktenvermerk zum Schlichtungsgespräch sei unter anderem wie folgt festgehalten worden: "[...]Die Antragstellerin als derzeitige DL-Erbringerin wurde von der AG gebeten, diverse Unterlagen hinsichtlich der Berichtigung der Ausschreibungsunterlage zur Verfügung zu stellen. Die Antragstellerin sagte dies zu und behält sich eine allfällige Preisgestaltung vor. Die Unterlagenweitergabe zur Konkretisierung der Ausschreibungsunterlagen wird vom Senatsvorsitzenden als erforderlich erachtet." Am 22. Februar 2012 habe im Bundesvergabeamt zu den zwei erstgenannten Vergabeverfahren (Nachprüfungsverfahren römisch eins und römisch zwei) ein Schlichtungsgespräch zwischen den Verfahrensparteien und dem zuständigen Senatsvorsitzenden stattgefunden. Im Aktenvermerk zum Schlichtungsgespräch sei unter anderem wie folgt festgehalten worden: "[...]Die Antragstellerin als derzeitige DL-Erbringerin wurde von der AG gebeten, diverse Unterlagen hinsichtlich der Berichtigung der Ausschreibungsunterlage zur Verfügung zu stellen. Die Antragstellerin sagte dies zu und behält sich eine allfällige Preisgestaltung vor. Die Unterlagenweitergabe zur Konkretisierung der Ausschreibungsunterlagen wird vom Senatsvorsitzenden als erforderlich erachtet."

Mit Schreiben vom 20. März 2012 an die Verfahrensparteien habe das BVA wie folgt festgehalten: "Seitens des Bundesvergabeamts wird dazu ausgeführt, dass ersucht wird, die von der Antragstellerin versprochenen Unterlagen ehestmöglich - allenfalls auch früher als im Zeitplan angekündigt - an das Bundesvergabeamt zu übermitteln. Auch aus Sicht des Bundesvergabeamts besteht kein Einwand, für die Weitergabe der erforderlichen Unterlagen drei Sammeltermine vorzusehen. Diesbezüglich geht das Bundesvergabeamt davon aus, dass das erste Unterlagenkonvolut bis spätestens Dienstag, 10. April 2012, 12.00 Uhr, das zweite Unterlagenkonvolut bis spätestens Freitag, 11. Mai 2012, 10.00 Uhr und das dritte Unterlagenkonvolut bis spätestens Freitag, 15. Juni 2012, 10.00 Uhr (jeweils im Bundesvergabeamt einlangend) übermittelt wird."

In einer E-Mail der Antragstellerin vom 23. März 2012 an das BVA, welches wie vereinbart diese E-Mail an die Auftraggeberin weitergeleitet habe, sei wie folgt erklärt worden: "[...] Wir möchten darauf hinweisen, dass unsere Mandantin in Vertrauen auf eine vergabekonforme Weiterführung und Zuendeführung (sprich: Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung mit dem Bestbieter) des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens, sich bereit erklärt hat, der BOKU unentgeltlich jene Unterlagen zur Verfügung zu stellen, welche für die Erstellung einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung erforderlich sind. An dieser Stelle sei nochmals ausdrücklich hervorgehoben, dass die Aufbereitung der Unterlagen für unsere Mandantin personell und zeitmäßig einen großen - jedoch unentschädigten - Aufwand bedeutet. [...]"

Die Antragstellerin habe an den drei dafür vorgesehenen Terminen dem BVA sämtliche der von ihr in Aussicht gestellten Unterlagen überreicht. Für die Antragstellerin sei nach derzeitiger Schätzung ein Aufwand in der Höhe von rund EUR XXXX für die Aufbereitung der Unterlagen angefallen. Die Antragstellerin habe an den drei dafür vorgesehenen Terminen dem BVA sämtliche der von ihr in Aussicht gestellten Unterlagen überreicht. Für die Antragstellerin sei nach derzeitiger Schätzung ein Aufwand in der Höhe von rund EUR römisch 40 für die Aufbereitung der Unterlagen angefallen.

Mit Telefax vom 20. Juli 2012 sei der Antragstellerin die Widerrufsentscheidung zugegangen.

Da die Antragstellerin betreffend dem gegenständlichen Vergabeverfahren fristgerecht einen Teilnahmeantrag gestellt habe und zur zweiten Stufe zugelassen worden wäre, habe sie jedenfalls ein Interesse am Abschluss der Rahmenvereinbarung. Werde die rechtswidrige Entscheidung aufrechterhalten, so drohe ihr ein großer finanzieller und sonstiger Schaden. Dieser bestehe im Verlust einer Chance auf Teilnahme am Verhandlungsverfahren und Abschluss der Rahmenvereinbarung mit ihr sowie in der Beteiligung an einem gesetzeskonformen, insbesondere mit dem BVergG 2006 im Einklang stehenden Vergabeverfahren und Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen. Zudem würde ihr zusätzlich ein Schaden in der Höhe der

bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen sowie die Erstellung des Teilhabeantrages drohen. Des Weiteren sei ihr ein vielfacher Aufwand durch ihre Bemühungen in den Nachprüfungsverfahren zu den GZ N/0013-BVA/05/2012, N/0018-BVA/05/2012 und N/0026-BVA/05/2012 sowie hohe Kosten für die anwaltliche Betreuung in den genannten Nachprüfungsverfahren angefallen.

Ausdrücklich wies die Antragstellerin darauf hin, dass sie sich im Vertrauen auf eine vergabekonforme Weiterführung und Zuendeführung (sprich: Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung mit dem Bestbieter) des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens bereit erklärt habe, der Auftraggeberin unentgeltlich jene Unterlagen zur Verfügung zu stellen, welche für die Erstellung einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung erforderlich wären.

Überdies habe selbst das BVA im Aktenvermerk vom 22. Februar 2012 zum Schlichtungsgespräch betreffend der Nachprüfungsverfahren I und II wie folgt festgehalten: "[...]Die Antragstellerin als derzeitige DL-Erbringerin wurde von der AG gebeten, diverse Unterlagen hinsichtlich der Berichtigung der Ausschreibungsunterlage zur Verfügung zu stellen. Die Antragstellerin sagte dies zu und behält sich eine allfällige Preisgestaltung vor. Die Unterlagenweitergabe zur Konkretisierung der Ausschreibungsunterlagen wird vom Senatsvorsitzenden als erforderlich erachtet." Überdies habe selbst das BVA im Aktenvermerk vom 22. Februar 2012 zum Schlichtungsgespräch betreffend der Nachprüfungsverfahren römisch eins und römisch zwei wie folgt festgehalten: "[...]Die Antragstellerin als derzeitige DL-Erbringerin wurde von der AG gebeten, diverse Unterlagen hinsichtlich der Berichtigung der Ausschreibungsunterlage zur Verfügung zu stellen. Die Antragstellerin sagte dies zu und behält sich eine allfällige Preisgestaltung vor. Die Unterlagenweitergabe zur Konkretisierung der Ausschreibungsunterlagen wird vom Senatsvorsitzenden als erforderlich erachtet."

Für die Aufbereitung der Unterlagen sei ihr nach derzeitiger Schätzung ein Aufwand in der Höhe von rund EUR XXXX (ohne USt) angefallen. Im Falle des Widerrufs sei ihr zudem auch in dieser Höhe ein Schaden angefallen. Weiters drohe ihr ein Schaden in Form des Verlustes eines Referenzprojektes. Die weitere Beauftragung würde ein wichtiges Referenzprojekt darstellen. Für die Aufbereitung der Unterlagen sei ihr nach derzeitiger Schätzung ein Aufwand in der Höhe von rund EUR römisch 40 (ohne USt) angefallen. Im Falle des Widerrufs sei ihr zudem auch in dieser Höhe ein Schaden angefallen. Weiters drohe ihr ein Schaden in Form des Verlustes eines Referenzprojektes. Die weitere Beauftragung würde ein wichtiges Referenzprojekt darstellen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen, insbesondere dem § 19 BVergG 2006 entsprechenden, Vergabeverfahrens verletzt. Dabei werde die Antragstellerin insbesondere in ihrem Recht auf Abgabe und Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebots und als Folge auch in ihrem Recht auf Fortführung des Vergabeverfahrens und auf Transparenz und Nachprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin verletzt. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen, insbesondere dem Paragraph 19, BVergG 2006 entsprechenden, Vergabeverfahrens verletzt. Dabei werde die Antragstellerin insbesondere in ihrem Recht auf Abgabe und Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebots und als Folge auch in ihrem Recht auf Fortführung des Vergabeverfahrens und auf Transparenz und Nachprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin verletzt.

Der gegenständliche Antrag richte sich gegen die Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin vom 20. Juli 2012 betreffend dem Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien".

Gem. § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006 stelle im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Widerrufsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Die gegenständlich angefochtene Widerrufsentscheidung vom 20. Juli 2012 sei somit als gesondert anfechtbare Entscheidung iSd BVergG 2006 zu qualifizieren. Des Weiteren habe die bekämpfte Rechtswidrigkeit wesentlichen Einfluss auf die Angebotslegung der Bieter und somit auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Nach der Rechtsprechung genüge schon die potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Die Widerrufsentscheidung sei der Antragstellerin per Fax am 20. Juli 2012 zugestellt worden. Der gegenständliche Antrag auf Nachprüfung sei daher gemäß § 321 Abs. 1 BVergG 2006 binnen offener Frist eingebracht worden und sei daher rechtzeitig. Gem. Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, BVergG 2006 stelle im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Widerrufsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Die gegenständlich angefochtene Widerrufsentscheidung vom 20. Juli 2012

sei somit als gesondert anfechtbare Entscheidung iSd BVergG 2006 zu qualifizieren. Des Weiteren habe die bekämpfte Rechtswidrigkeit wesentlichen Einfluss auf die Angebotslegung der Bieter und somit auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Nach der Rechtsprechung genüge schon die potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Die Widerrufsentscheidung sei der Antragstellerin per Fax am 20. Juli 2012 zugestellt worden. Der gegenständliche Antrag auf Nachprüfung sei daher gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 binnen offener Frist eingebracht worden und sei daher rechtzeitig.

Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung. Die erforderlichen Pauschalgebühren seien vergaberechtskonform entrichtet worden.

Die Zulässigkeit des Widerrufs sei im BVergG in den §§ 138 bis 140 BVergG geregelt, wobei § 138 BVergG für einen Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist und § 139 für einen Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist anwendbar sei. Das gegenständliche Vergabeverfahren befinde sich in der Phase vor Ablauf der Angebotsfrist. Im Ergebnis sei im konkreten Fall § 138 BVergG anwendbar. § 138 Abs. 1 BVergG nenne jene Widerrufsgründe, die jedenfalls den Widerruf eines Vergabeverfahrens zur Folge haben müssten und dem Auftraggeber somit kein Ermessen zukomme. Demnach müsse ein Auftraggeber vor Ablauf der Angebotsfrist ein Vergabeverfahren 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. Unstrittig sei, dass kein zwingender Widerrufsgrund gemäß § 138 Abs. 1 vorliege. Der Auftraggeber stütze sich in seinem Schreiben vom 20. Juli 2012 ausdrücklich auf § 138 Abs. 2 BVergG, also auf - angeblich bestehende - fakultative Widerrufsgründe. Eine nähere Auseinandersetzung mit § 138 Abs. 1 BVergG könne daher unterbleiben. Die Zulässigkeit des Widerrufs sei im BVergG in den Paragraphen 138 bis 140 BVergG geregelt, wobei Paragraph 138, BVergG für einen Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist und Paragraph 139, für einen Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist anwendbar sei. Das gegenständliche Vergabeverfahren befinde sich in der Phase vor Ablauf der Angebotsfrist. Im Ergebnis sei im konkreten Fall Paragraph 138, BVergG anwendbar. Paragraph 138, Absatz eins, BVergG nenne jene Widerrufsgründe, die jedenfalls den Widerruf eines Vergabeverfahrens zur Folge haben müssten und dem Auftraggeber somit kein Ermessen zukomme. Demnach müsse ein Auftraggeber vor Ablauf der Angebotsfrist ein Vergabeverfahren 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. Unstrittig sei, dass kein zwingender Widerrufsgrund gemäß Paragraph 138, Absatz eins, vorliege. Der Auftraggeber stütze sich in seinem Schreiben vom 20. Juli 2012 ausdrücklich auf Paragraph 138, Absatz 2, BVergG, also auf - angeblich bestehende - fakultative Widerrufsgründe. Eine nähere Auseinandersetzung mit Paragraph 138, Absatz eins, BVergG könne daher unterbleiben.

Der Auftraggeber stütze seinen beabsichtigten Widerruf auf § 138 Abs. 2 BVergG (fakultativer Widerruf) und führe in seinem Schreiben vom 20. Juli 2012 zwei Gründe an: Der Auftraggeber stütze seinen beabsichtigten Widerruf auf Paragraph 138, Absatz 2, BVergG (fakultativer Widerruf) und führe in seinem Schreiben vom 20. Juli 2012 zwei Gründe an:

1. 1) Ziffer eins

Es bestünden nicht unwesentliche Fehler bzw. Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen

2. 2) Ziffer 2

Der Antragstellerin wäre im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens vor dem BVA die Anzahl und die Namen der zur Angebotsabgabe eingeladenen Bieter bekannt geworden, sodass ein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens (vgl. § 19 BVergG) nicht ausgeschlossen werden könnte. Der Antragstellerin wäre im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens vor dem BVA die Anzahl und die Namen der zur Angebotsabgabe eingeladenen Bieter bekannt geworden, sodass ein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens vergleiche Paragraph 19, BVergG) nicht ausgeschlossen werden könnte.

Gemäß § 138 Abs. 2 BVergG könne ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn dafür sachliche Gründe bestünden. Konkret müsse ein - objektiv zu beurteilender - sachlicher Grund vorliegen; also sei (in Anlehnung an die frühere Judikatur zum BVergG 2002, vgl. z.B. 2006/04/0019) zu prüfen, ob ein besonnener Auftraggeber sinnvollerweise eine Widerrufsentscheidung treffen würde. Gemäß Paragraph 138, Absatz 2, BVergG könne ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn dafür sachliche Gründe bestünden. Konkret müsse ein - objektiv zu

beurteilender - sachlicher Grund vorliegen; also sei (in Anlehnung an die frühere Judikatur zum BVergG 2002, vergleiche z.B. 2006/04/0019) zu prüfen, ob ein besonnener Auftraggeber sinnvollerweise eine Widerrufsentscheidung treffen würde.

In diesem Sinne sei ein Widerruf nur dann zulässig, wenn er im Einklang mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens (§ 19 Abs. 1 BVergG) erfolge. Ein Widerruf, der willkürlich (ohne Bestehen eines sachlichen Grundes) oder missbräuchlich (als "Vorwand", unter Verstoß gegen die vergaberechtlichen Grundsätze) erfolge, sei rechtswidrig. Kein sachlicher Grund liege vor, wenn durch den Widerruf eine Wiederholung des Vergabeverfahrens und damit eine Zuschlagserteilung an den "Wunschbieter" erreicht werden sollte. Auch sei ein Widerruf nach Ansicht des BVA dann unzulässig, wenn es sich lediglich um "vorgetäuschte Gründe" handle, um eine rechtswidrige freihändige Vergabe zu ermöglichen. Es sei unstrittig, dass die in den Materialien genannten Beispiele jedenfalls nicht vorliegen würden. Es würde auch sonst kein sachlicher Grund für einen Widerruf vorliegen. Grundlegend sei festzuhalten, dass die Regeln des Widerrufs auch dem Schutz der Bieter dienen würden, um beim Bieter keine "vergeblichen" Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens an bestimmte - wenn auch nicht allzu strenge - Voraussetzungen sollte dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. In diesem Sinne sei ein Widerruf nur dann zulässig, wenn er im Einklang mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens (Paragraph 19, Absatz eins, BVergG) erfolge. Ein Widerruf, der willkürlich (ohne Bestehen eines sachlichen Grundes) oder missbräuchlich (als "Vorwand", unter Verstoß gegen die vergaberechtlichen Grundsätze) erfolge, sei rechtswidrig. Kein sachlicher Grund liege vor, wenn durch den Widerruf eine Wiederholung des Vergabeverfahrens und damit eine Zuschlagserteilung an den "Wunschbieter" erreicht werden sollte. Auch sei ein Widerruf nach Ansicht des BVA dann unzulässig, wenn es sich lediglich um "vorgetäuschte Gründe" handle, um eine rechtswidrige freihändige Vergabe zu ermöglichen. Es sei unstrittig, dass die in den Materialien genannten Beispiele jedenfalls nicht vorliegen würden. Es würde auch sonst kein sachlicher Grund für einen Widerruf vorliegen. Grundlegend sei festzuhalten, dass die Regeln des Widerrufs auch dem Schutz der Bieter dienen würden, um beim Bieter keine "vergeblichen" Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens an bestimmte - wenn auch nicht allzu strenge - Voraussetzungen sollte dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden.

Die Antragstellerin habe im Vertrauen auf eine vergabekonforme Weiterführung und Zuendeführung (sprich: Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung mit dem Bestbieter) des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens sich bereit erklärt, der Auftraggeberin unentgeltlich jene Unterlagen zur Verfügung zu stellen, welche für die Erstellung einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung erforderlich wären. Dies sei auch im Aktenvermerk zum Schlichtungsgespräch vom 22. Februar 2012 im Bundesvergabeamt zu den Nachprüfungsverfahren GZ: N/0013- BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 festgehalten. Für die Unterlagenaufbereitung wären der Antragstellerin nach eigener Schätzung Kosten in der Höhe von rund EUR XXXX angefallen. Für die unentgeltliche Aufbereitung der Unterlagen habe es die Antragstellerin zur Bedingung gesetzt, dass das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren vergabekonform weitergeführt und zu Ende geführt werde. Es sei festzuhalten, dass die Antragstellerin erhebliche Aufwendungen gehabt habe, das konkrete Vergabeverfahren am Leben zu halten. Im Falle des Widerrufs wären diese Aufwendungen nutzlos. Dies würde in gravierendem Missverhältnis zur VwGH Judikatur (VwGH vom 28. Jänner 2008, 2008/04/0001) stehen, wonach die Regeln des Widerrufs auch dem Schutz der Bieter dienen würden, um beim Bieter keine vergeblichen Aufwendungen zu erzeugen. Aus der Rechtsprechung zum Widerruf ergebe sich, dass dem Widerruf Ausnahmecharakter zukomme (BVA vom 3. April 2003, 10F-14/02-25). Der Fortführung des Verfahrens sei daher grundsätzlich der Vorzug vor einem Widerruf zu geben. Auch aus der vergaberechtlichen Literatur gehe hervor, dass eben kein sachlicher Grund für einen Widerruf vorliege, wenn eine Sanierung des Verfahrens möglich sei. Vom Schrifttum hervorgehoben werde die Möglichkeit einer Berichtigung oder Anpassungen durch sonstige Festlegungen des Auftraggebers. Die Antragstellerin habe im Vertrauen auf eine vergabekonforme Weiterführung und Zuendeführung (sprich: Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung mit dem Bestbieter) des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens sich bereit erklärt, der Auftraggeberin unentgeltlich jene Unterlagen zur Verfügung zu stellen, welche für die Erstellung einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung erforderlich wären. Dies sei auch im Aktenvermerk zum Schlichtungsgespräch vom 22. Februar 2012 im Bundesvergabeamt zu den Nachprüfungsverfahren GZ: N/0013- BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 festgehalten. Für die Unterlagenaufbereitung wären der Antragstellerin nach eigener Schätzung Kosten in der Höhe von rund EUR römisch 40 angefallen. Für die unentgeltliche Aufbereitung der Unterlagen habe es die Antragstellerin

zur Bedingung gesetzt, dass das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren vergabekonform weitergeführt und zu Ende geführt werde. Es sei festzuhalten, dass die Antragstellerin erhebliche Aufwendungen gehabt habe, das konkrete Vergabeverfahren am Leben zu halten. Im Falle des Widerrufs wären diese Aufwendungen nutzlos. Dies würde in gravierendem Missverhältnis zur VwGH Judikatur (VwGH vom 28. Jänner 2008, 2008/04/0001) stehen, wonach die Regeln des Widerrufs auch dem Schutz der Bieter dienen würden, um beim Bieter keine vergeblichen Aufwendungen zu erzeugen. Aus der Rechtsprechung zum Widerruf ergebe sich, dass dem Widerruf Ausnahmecharakter zukomme (BVA vom 3. April 2003, 10F-14/02-25). Der Fortführung des Verfahrens sei daher grundsätzlich der Vorzug vor einem Widerruf zu geben. Auch aus der vergaberechtlichen Literatur gehe hervor, dass eben kein sachlicher Grund für einen Widerruf vorliege, wenn eine Sanierung des Verfahrens möglich sei. Vom Schrifttum hervorgehoben werde die Möglichkeit einer Berichtigung oder Anpassungen durch sonstige Festlegungen des Auftraggebers.

Eine Sanierung des Verfahrens im konkreten Fall sei ohne weitere Probleme möglich. Die vom Auftraggeber in seinem Schreiben zum beabsichtigten Widerruf vom 20. Juli 2012 in Pkt. 1 aufgelisteten Fehler bzw. Unklarheiten würden sich ohne weiteres durch eine Berichtigung bzw. sonstige Festlegungen beheben lassen. Dies sei vor allem vor dem Umstand zu sehen, dass konkret ein Verhandlungsverfahren durchgeführt werde und eine entsprechende Anpassung bzw. Berichtigung nichts Ungewöhnliches sei. Eine Neuausschreibung sei nicht erforderlich.

Zum zweiten von der Auftraggeberin geltend gemachten Widerrufsgrund sei Folgendes vorzubringen:

Wie bereits ausgeführt, müsse ein objektiv zu beurteilender, sachlicher Grund für den Widerruf vorliegen. Der Auftraggeber habe keinen objektiv zu beurteilenden, sachlichen Grund genannt, sondern es nur "nicht ausgeschlossen", dass ein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens nach § 19 BVergG vorliegen könnte. Die Begründungspflicht lasse sich aber sowohl aus der EuGH Rsp ableiten (Rs C-244/02) als auch der nationalen Norm (§ 140 Abs. 1); letzteres auch im Zusammenhang damit, dass die Regeln des Widerrufs Schutzregeln der Bieter wären, um beim Bieter keine 'vergeblichen' Aufwendungen zu erzeugen. In diesem Zusammenhang sei auf die Entscheidung des VwGH vom 8. Oktober 2010, 2009/04/0214 (zu § 68 Abs. 1 Z. 5) hinzuweisen: "Es muss daher einerseits eine schwere Verfehlung - objektivierbar - vorliegen und andererseits diese schwere Verfehlung bereits vom Auftraggeber festgestellt worden sein. Da aber die mitbeteiligte Auftraggeberin in ihrer Ausscheidungsentscheidung die Begehung der in Rede stehenden Bestechung nicht "nachweislich festgestellt" hat, sondern diesbezüglich lediglich den "Verdacht" einer strafbaren Handlung festgehalten hat, war § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006 von vornherein nicht erfüllt". Die Auftraggeberin habe auch hier keinen - objektivierbar - vorliegenden Widerrufsgrund genannt, sondern nur den "Verdacht", dass ein solcher vorliegen könnte. Ein solcher sei auch nicht zu sehen. So habe der VwGH kürzlich (VwGH vom 18. Juni 2012, Zl. 2010/04/0011) (mit Bezug zur Rechtsprechung des EuGH (Rs C- 376/08, Serrantoni und Rs C-538/07, Assitur) etwa festgestellt, dass "eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer nicht - wie von der beschwerdeführenden Auftraggeberin angenommen - automatisch und in jedem Fall als eine wettbewerbswidrige Abrede beurteilt werden dürfte, führe doch eine solche Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer rein zahlenmäßig zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation, nämlich zu mehr Bietern, was auch im Interesse des Wettbewerbs gelegen sein könnte. Vielmehr müsse den betroffenen Bietern durch den öffentlichen Auftraggeber (bzw. die vergebende Stelle) im Rahmen einer Aufklärung (vgl. § 123 Abs. 2 Z. 1 iVm §§ 126 und 127 BVergG) die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, ob der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden sei bzw. dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden wären und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht bestehe. In diesem Sinne habe auch das BVA ua. ausgesprochen (BVA vom 7. September 2004, 16F-5/04), dass eine fehlerhafte Verlesung im Rahmen der Angebotsöffnung, keinen Wiederaufnahmegrund darstelle, wenn dieser Fehler keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens habe. Das "Bekanntwerden" der Anzahl und der Namen der zur Angebotsabgabe eingeladenen Bieter habe keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens. Tatsächlich sei der Bietermarkt für den konkreten Leistungsgegenstand so klein, dass man sich faktisch bewusst sei, wer die anderen Mitbieter wären. Aus dem Bekanntwerden der Namen der Mitbieter könnte insofern auch keine Gefahr im Hinblick auf etwaige Absprachen entstehen. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG einen eigenen Ausscheidenstatbestand für allfällige Abreden zwischen Bietern vorsehe. Für den Fall von Absprachen zwischen den Bietern habe der Auftraggeber insofern einen gesetzlich ausdrücklich vorgegebenen "Handlungsweg". Sollte anschließend zB. nur mehr einer oder gar kein Bieter mehr "übrig" bleiben, bestehe noch immer die Möglichkeit eines Widerrufs. Ein Widerruf im jetzigen Stadium würde dagegen zu weit gehen, die Interessen der Antragstellerin massiv

schädigen und sei jedenfalls auch nicht vom Gesetzgeber gewollt. Auch die Auftraggeberin habe in ihrer Stellungnahme im Verfahren zur GZ: N/0026-BVA/05/2012 argumentiert, dass ein Unternehmer, der sich am Vergabeverfahren beteiligt habe, auch im Verfahren bezüglich der Anfechtung einer Ausschreibung Parteistellung bekommen müsse, sofern er fristgerecht Einwendungen erheben würde. Im Rahmen eines zweistufigen Vergabeverfahrens sei die vom Gesetzgeber für die Begründung der Parteistellung notwendige Beteiligung am Vergabeverfahren in der Legung eines Teilnahmeantrages zu sehen. Jeder Unternehmer, der sohin im Verhandlungsverfahren einen Teilnahmeantrag gestellt habe, könnte sich folglich als mitbeteiligte Partei am Nachprüfungsverfahren beteiligen. Wenn jedoch die Nachprüfungskontrollbehörde in diesem Fall verpflichtet wäre, Name und Anzahl der am Verfahren Beteiligten geheim zu halten, sei weder für die Antragstellerin, noch für die mitbeteiligte Partei ein im Sinne der RMRL sowie der Judikatur des EuGH geforderter effektiver Rechtsschutz gewährleistet. Im Ergebnis berechtige auch der zweite von der Auftraggeberin in ihrem Schreiben vom 20. Juli 2012 genannte Grund nicht zum Widerruf. Der beabsichtigte Widerruf sei nicht zulässig. Wie bereits ausgeführt, müsse ein objektiv zu beurteilender, sachlicher Grund für den Widerruf vorliegen. Der Auftraggeber habe keinen objektiv zu beurteilenden, sachlichen Grund genannt, sondern es nur "nicht ausgeschlossen", dass ein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens nach Paragraph 19, BVergG vorliegen könnte. Die Begründungspflicht lasse sich aber sowohl aus der EuGH Rsp ableiten (Rs C-244/02) als auch der nationalen Norm (Paragraph 140, Absatz eins,); letzteres auch im Zusammenhang damit, dass die Regeln des Widerrufs Schutzregeln der Bieter wären, um beim Bieter keine 'vergeblichen' Aufwendungen zu erzeugen. In diesem Zusammenhang sei auf die Entscheidung des VwGH vom 8. Oktober 2010, 2009/04/0214 (zu Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5,) hinzuweisen: "Es muss daher einerseits eine schwere Verfehlung - objektivierbar - vorliegen und andererseits diese schwere Verfehlung bereits vom Auftraggeber festgestellt worden sein. Da aber die mitbeteiligte Auftraggeberin in ihrer Ausscheidungsentscheidung die Begehung der in Rede stehenden Bestechung nicht "nachweislich festgestellt" hat, sondern diesbezüglich lediglich den "Verdacht" einer strafbaren Handlung festgehalten hat, war Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 von vornherein nicht erfüllt". Die Auftraggeberin habe auch hier keinen - objektivierbar - vorliegenden Widerrufsgrund genannt, sondern nur den "Verdacht", dass ein solcher vorliegen könnte. Ein solcher sei auch nicht zu sehen. So habe der VwGH kürzlich (VwGH vom 18. Juni 2012, Zl. 2010/04/0011) (mit Bezug zur Rechtsprechung des EuGH (Rs C- 376/08, Serrantoni und Rs C-538/07, Assitur) etwa festgestellt, dass "eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer nicht - wie von der beschwerdeführenden Auftraggeberin angenommen - automatisch und in jedem Fall als eine wettbewerbswidrige Abrede beurteilt werden dürfte, führe doch eine solche Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer rein zahlenmäßig zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation, nämlich zu mehr Bietern, was auch im Interesse des Wettbewerbs gelegen sein könnte. Vielmehr müsse den betroffenen Bietern durch den öffentlichen Auftraggeber (bzw. die vergebende Stelle) im Rahmen einer Aufklärung vergleiche Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraphen 126 und 127 BVergG) die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, ob der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden sei bzw. dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden wären und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht bestehe. In diesem Sinne habe auch das BVA ua. ausgesprochen (BVA vom 7. September 2004, 16F-5/04), dass eine fehlerhafte Verlesung im Rahmen der Angebotsöffnung, keinen Wiederaufnahmegrund darstelle, wenn dieser Fehler keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens habe. Das "Bekanntwerden" der Anzahl und der Namen der zur Angebotsabgabe eingeladenen Bieter habe keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens. Tatsächlich sei der Bietermarkt für den konkreten Leistungsgegenstand so klein, dass man sich faktisch bewusst sei, wer die anderen Mitbieter wären. Aus dem Bekanntwerden der Namen der Mitbieter könnte insofern auch keine Gefahr im Hinblick auf etwaige Absprachen entstehen. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG einen eigenen Ausscheidenstatbestand für allfällige Abreden zwischen Bietern vorsehe. Für den Fall von Absprachen zwischen den Bietern habe der Auftraggeber insofern einen gesetzlich ausdrücklich vorgegebenen "Handlungsweg". Sollte anschließend zB. nur mehr einer oder gar kein Bieter mehr "übrig" bleiben, bestehe noch immer die Möglichkeit eines Widerrufs. Ein Widerruf im jetzigen Stadium würde dagegen zu weit gehen, die Interessen der Antragstellerin massiv schädigen und sei jedenfalls auch nicht vom Gesetzgeber gewollt. Auch die Auftraggeberin habe in ihrer Stellungnahme im Verfahren zur GZ: N/0026-BVA/05/2012 argumentiert, dass ein Unternehmer, der sich am Vergabeverfahren beteiligt habe, auch im Verfahren bezüglich der Anfechtung einer Ausschreibung Parteistellung bekommen müsse, sofern er fristgerecht Einwendungen erheben würde. Im Rahmen eines zweistufigen Vergabeverfahrens sei die vom Gesetzgeber für die Begründung der

Parteistellung notwendige Beteiligung am Vergabeverfahren in der Legung eines Teilnahmeantrages zu sehen. Jeder Unternehmer, der sohin im Verhandlungsverfahren einen Teilnahmeantrag gestellt habe, könnte sich folglich als mitbeteiligte Partei am Nachprüfungsverfahren beteiligen. Wenn jedoch die Nachprüfungskontrollbehörde in diesem Fall verpflichtet wäre, Name und Anzahl der am Verfahren Beteiligten geheim zu halten, sei weder für die Antragstellerin, noch für die mitbeteiligte Partei ein im Sinne der RMRL sowie der Judikatur des EuGH geforderter effektiver Rechtsschutz gewährleistet. Im Ergebnis berechtige auch der zweite von der Auftraggeberin in ihrem Schreiben vom 20. Juli 2012 genannte Grund nicht zum Widerruf. Der beabsichtigte Widerruf sei nicht zulässig.

In einer weiteren Stellungnahme vom 31. August 2012 (OZ 19) bestritt die Antragstellerin das Vorbringen der Auftraggeberin im Schriftsatz vom 9. August 2012, ergänzte ihre Ausführungen hinsichtlich des ihr drohenden bzw. bereits eingetretenen Schadens, wiederholte ihre Ansicht, wonach einer Sanierung des Vergabeverfahrens der Vorrang gegenüber einem Widerruf einzuräumen sei bzw., dass das Bekanntwerden der anderen Bieter vor Zuschlagsentscheidung im Verhandlungsverfahren oder das Vorliegen eines Nachprüfungsverfahrens niemals ein sachlicher Grund für einen Widerruf bilden könne. Sie führte auch aus, dass die Auftraggeberin in Punkt 2.20 der Ausschreibungsunterlage in einem "Änderungsvorbehalt" festgelegt habe, dass sie sich gemäß § 105 Abs. 5 BVergG vorbehalten habe, die Zuschlagskriterien im Laufe des Verhandlungsverfahrens zu ändern oder zu präzisieren. Die Auftraggeberin werde eine allfällige Änderung den Bietern jedenfalls so rechtzeitig bekannt geben, dass die Bieter auf die Änderungen im Rahmen der Abgabe eines neuen Angebots oder im Rahmen der Verhandlungen reagieren bzw. ihr Angebot entsprechend anpassen könnten. Das bedeute, dass auf der Grundlage dieser in der Ausschreibungsunterlage enthaltenen Bestimmung Fehler bei den Zuschlagskriterien im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens saniert werden könnten. In einer weiteren Stellungnahme vom 31. August 2012 (OZ 19) bestritt die Antragstellerin das Vorbringen der Auftraggeberin im Schriftsatz vom 9. August 2012, ergänzte ihre Ausführungen hinsichtlich des ihr drohenden bzw. bereits eingetretenen Schadens, wiederholte ihre Ansicht, wonach einer Sanierung des Vergabeverfahrens der Vorrang gegenüber einem Widerruf einzuräumen sei bzw., dass das Bekanntwerden der anderen Bieter vor Zuschlagsentscheidung im Verhandlungsverfahren oder das Vorliegen eines Nachprüfungsverfahrens niemals ein sachlicher Grund für einen Widerruf bilden könne. Sie führte auch aus, dass die Auftraggeberin in Punkt 2.20 der Ausschreibungsunterlage in einem "Änderungsvorbehalt" festgelegt habe, dass sie sich gemäß Paragraph 105, Absatz 5, BVergG vorbehalten habe, die Zuschlagskriterien im Laufe des Verhandlungsverfahrens zu ändern oder zu präzisieren. Die Auftraggeberin werde eine allfällige Änderung den Bietern jedenfalls so rechtzeitig bekannt geben, dass die Bieter auf die Änderungen im Rahmen der Abgabe eines neuen Angebots oder im Rahmen der Verhandlungen reagieren bzw. ihr Angebot entsprechend anpassen könnten. Das bedeute, dass auf der Grundlage dieser in der Ausschreibungsunterlage enthaltenen Bestimmung Fehler bei den Zuschlagskriterien im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens saniert werden könnten.

In der mündliche Verhandlung am 6. September 2012 verwies die Antragstellerin im Wesentlichen zusammenfassend auf ihre bisherigen Ausführungen und replizierte auf das Vorbringen der Auftraggeberin.

Die Auftraggeberin entgegnete in ihrer Stellungnahme vom 9. August 2012, dass die Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Auftragnehmer für die Erbringung der technischen Betriebsführung an den Standorten Muthgasse 18, 11 und Nußdorfer Lände 11 für 36 Monate, voraussichtlich beginnend mit dem Abschluss der Rahmenvereinbarung, mit dem einseitigen Recht der Auftraggeberin, den Vertrag zweimal um jeweils weitere 12 Monate zu verlängern, durchführe. Verfahrensgegenständlich sei sohin die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwabenbereich; die Auftragsvergabe sei im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 23. August 2011 bekannt gemacht worden.

Nach Prüfung der Teilnahmeanträge wäre unter anderem auch die Antragstellerin unter gleichzeitiger Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe zur Erstangebotslegung eingeladen worden. Die Frist zur Erstangebotslegung sei mit 6. Februar 2012, 13.00 Uhr festgelegt worden. In Folge des Umfanges der von der Antragstellerin an die Auftraggeberin herangetragenen Fragen, und des Umstands, dass in der Ausschreibungsunterlage eine Fragebeantwortung bis spätestens 4 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist vorgesehen gewesen sei, wäre es der Auftraggeberin nicht möglich gewesen, die Fragen bis zum 2. Februar 2012 zu beantworten,

sodass die Auftraggeberin mittels 1. Berichtigung vom 2. Februar 2012 die Erstangebotsfrist auf 10. Februar 2012, 13.00 Uhr verlängert habe. Mit E-Mail der Auftraggeberin vom 3. Februar 2012, 17.06 Uhr, sei der Antragstellerin nachweislich die Fragebeantwortung sowie die 2. Berichtigung zur Ausschreibung übermittelt worden.

Die Antragstellerin habe mit Schriftsatz vom 2. Februar 2012 einen Nachprüfungsantrag, verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim BVA zur GZ N/0013-BVA/05/2012 eingebracht. Darin wären insbesondere die Qualitätskriterien "Behebungszeit" und "Reaktionszeit" als rechtswidrig moniert worden. Die Antragstellerin habe im dortigen Verfahren beantragt, die Ausschreibungsunterlagen für nichtig zu erklären.

Mit weiterem Schriftsatz vom 13. Februar 2012 (GZ N/0018-BVA/05/2012-1) sei die

1. 1.Ziffer eins

Anfragebeantwortung und 2. Berichtigung zu den Ausschreibungsunterlagen der

2. 2.Ziffer 2

Stufe angefochten worden, und in mehr als 80 DIN A4-Seiten dargelegt worden, weshalb die angefochtenen Entscheidungen mit Rechtswidrigkeit behaftet wären. So habe die Antragstellerin auf den Seiten 15ff ausgeführt, dass die in Pkt. 29.2. und 29.4. des Leistungsverzeichnisses angegebenen Werte bzw. angeführten Anlagen unrichtig bzw. unvollständig wären, weiters, dass der Leistungsumfang des Brandschutzbeauftragten nicht eindeutig festgelegt (S. 31), der Wert der Schließsysteme nicht bekannt (S. 46), keine Abgrenzung zwischen den Verpflichtungen des Mieters und Vermieters erfolgt (S. 50f), und auch nicht klar sei, welche Anlagen sich noch in Gewährleistung befänden (S. 77); schließlich seien die Qualitätskriterien untauglich (S. 68f), usw.

Im Zuge des zu den Nachprüfungsverfahren N/0013-BVA/05/2012 und N/0018- BVA/05/2012 am 22. Februar 2012 vor dem BVA gem. § 43 Abs. 5 AVG geführten Gespräches zwischen den Streitteilen sei es zwar zu keiner Einigung gekommen, die zu einer Beilegung der geführten Nachprüfungsverfahren geführt habe; die Antragstellerin als derzeitige Dienstleistungserbringerin habe jedoch zugesagt, diverse Unterlagen hinsichtlich der zu diesem Zeitpunkt von der Auftraggeberin ins Auge gefassten Berichtigung der Ausschreibungsunterlage zur Verfügung zu stellen. Im Zuge des zu den Nachprüfungsverfahren N/0013-BVA/05/2012 und N/0018- BVA/05/2012 am 22. Februar 2012 vor dem BVA gem. Paragraph 43, Absatz 5, AVG geführten Gespräches zwischen den Streitteilen sei es zwar zu keiner Einigung gekommen, die zu einer Beilegung der geführten Nachprüfungsverfahren geführt habe; die Antragstellerin als derzeitige Dienstleistungserbringerin habe jedoch zugesagt, diverse Unterlagen hinsichtlich der zu diesem Zeitpunkt von der Auftraggeberin ins Auge gefassten Berichtigung der Ausschreibungsunterlage zur Verfügung zu stellen.

Die Antragstellerin habe mit Schriftsatz vom 23. Februar 2012 einen dritten Nachprüfungsantrag eingebracht, und diverse "Festlegungen" der Auftraggeberin angefochten (zB die "Entscheidung" der Auftraggeberin betreffend die Teilnahme am Schlichtungsgespräch vom 22. Februar 2012 sowie die Festlegung im Aktenvermerk zu diesem Schlichtungsgespräch, wonach die Auftraggeberin eine Berichtigung verschiedener Punkte der angefochtenen Ausschreibungsunterlagen und der 1. Fragebeantwortung anbot), dies mit der rechtlichen Begründung, dass die Auftraggeberin - trotz Vorliegens eines zwingenden Widerrufsgrundes - die Ausschreibung nicht widerrufen habe. Mit Bescheid vom 6. März 2012, N/0026- BVA/05/2012-16, sei der Antrag auf Nichtigerklärung dieser "Festlegungen" zurück-, sowie jener auf Auferlegung der Pauschalgebühren abgewiesen worden.

Mit Schreiben vom 20. Juli 2012 (per Telefax an die Antragstellerin übermittelt) habe die Auftraggeberin ihre Absicht bekannt gegeben, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen; dies nachdem sich nach Sichtung der von der Antragstellerin zur Verfügung gestellten Unterlagen einzig der Widerruf der Ausschreibung als gangbarer Weg herausgestellt habe. Im Sinne der Bestimmung des § 138 Abs. 2 BVergG 2006 wären darin die entsprechenden Gründe zur sachlichen Rechtfertigung eingehend dargelegt worden. Mit Schreiben vom 20. Juli 2012 (per Telefax an die Antragstellerin übermittelt) habe die Auftraggeberin ihre Absicht bekannt gegeben, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen; dies nachdem sich nach Sichtung der von der Antragstellerin zur Verfügung gestellten Unterlagen einzig der Widerruf der Ausschreibung als gangbarer Weg herausgestellt habe. Im Sinne der Bestimmung des Paragraph 138, Absatz 2, BVergG 2006 wären darin die entsprechenden Gründe zur sachlichen Rechtfertigung eingehend dargelegt worden.

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 könne ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Vertragsabschluss behaupte und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei

oder zu entstehen drohe. Diese gesetzlichen Voraussetzungen würden gegenständlich aus nachfolgenden Gründen nicht zutreffen: Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 könne ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Vertragsabschluss behaupte und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Diese gesetzlichen Voraussetzungen würden gegenständlich aus nachfolgenden Gründen nicht zutreffen:

Die Antragstellerin fuße ihren Nachprüfungsantrag in wesentlichen Teilen auf die Behauptung eines angeblich drohenden finanziellen Schadens im Falle eines Widerrufs, da sie sämtliche Unterlagen "in Vertrauen auf eine vergabekonforme Weiterführung und Zuendeführung (sprich: Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung mit dem Bestbieter) des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens" unentgeltlich zur Verfügung gestellt habe.

Diese Argumentationslinie der Antragstellerin verwundere in ebenso vielerlei Hinsicht wie sie ins Leere führe: Nur einen Tag nach dem Schlichtungsgespräch, in dem sich die Antragstellerin zur Zurverfügungstellung von Unterlagen bereit erklärt habe, habe sie einen Nachprüfungsantrag zu GZ N/0026-BVA/05/2012 eingebracht, und expressis verbis nicht nur die Teilnahme der Auftraggeberin an diesem Schlichtungsgespräch als rechtswidrig bekämpft, sondern auch das "Angebot" der Auftraggeberin, die Ausschreibung zu berichtigen. All dies, weil nach ihrer Ansicht die Auftraggeberin verpflichtet gewesen wäre, die Ausschreibung zu widerrufen (Rz 26 des Nachprüfungsantrags vom 23. Februar 2012). Die Antragstellerin habe in eben diesem Nachprüfungsantrag also nichts anderes als einen zwingenden Widerrufsgrund im Sinne der Bestimmung des § 138 Abs. 1 BVergG moniert. Diese Argumentationslinie der Antragstellerin verwundere in ebenso vielerlei Hinsicht wie sie ins Leere führe: Nur einen Tag nach dem Schlichtungsgespräch, in dem sich die Antragstellerin zur Zurverfügungstellung von Unterlagen bereit erklärt habe, habe sie einen Nachprüfungsantrag zu GZ N/0026-BVA/05/2012 eingebracht, und expressis verbis nicht nur die Teilnahme der Auftraggeberin an diesem Schlichtungsgespräch als rechtswidrig bekämpft, sondern auch das "Angebot" der Auftraggeberin, die Ausschreibung zu berichtigen. All dies, weil nach ihrer Ansicht die Auftraggeberin verpflichtet gewesen wäre, die Ausschreibung zu widerrufen (Rz 26 des Nachprüfungsantrags vom 23. Februar 2012). Die Antragstellerin habe in eben diesem Nachprüfungsantrag also nichts anderes als einen zwingenden Widerrufsgrund im Sinne der Bestimmung des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG moniert.

Die Nonchalance, mit der die Antragstellerin nunmehr ihren Sinneswandel darzulegen versuche, und selbst einen sachlichen Widerrufsgrund im Sinne des § 138 Abs. 2 BVergG 2006 negiere, sei beeindruckend: Ein "Vertrauen auf eine vergabekonforme Weiterführung und Zuendeführung (sprich: Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung mit dem Bestbieter) des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens" am 22. Februar 2012 seitens der Antragstellerin zu erkennen, wenn bloß einen Tag darauf in einem entsprechenden Nachprüfungsantrag der zwingende Widerruf des Vergabeverfahrens als einzig gangbare Lösung statuiert werde, fiel selbst fantasiebegabten und wohlmeinenden Geistern schwer. Faktum sei, dass ein derartiges Vertrauen zum Zeitpunkt der Zusage der Unterlagenübermittlung nicht bestanden habe, sondern die Antragstellerin am 22. Februar 2012 bereits in völliger Kenntnis der Einbringung des 3. Nachprüfungsantrages am 23. Februar 2012 am Schlichtungsgespräch teilgenommen habe. Ihr wäre der von ihr im letztgenannten Verfahren vorgetragene Widerrufsgrund bereits nach eigenen Angaben seit 13. Februar 2012 bekannt gewesen. Die Nonchalance, mit der die Antragstellerin nunmehr ihren Sinneswandel darzulegen versuche, und selbst einen sachlichen Widerrufsgrund im Sinne des Paragraph 138, Absatz 2, BVergG 2006 negiere, sei beeindruckend: Ein "Vertrauen auf eine vergabekonforme Weiterführung und Zuendeführung (sprich: Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung mit dem Bestbieter) des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens" am 22. Februar 2012 seitens der Antragstellerin zu erkennen, wenn bloß einen Tag darauf in einem entsprechenden Nachprüfungsantrag der zwingende Widerruf des Vergabeverfahrens als einzig gangbare Lösung statuiert werde, fiel selbst fantasiebegabten und wohlmeinenden Geistern schwer. Faktum sei, dass ein derartiges Vertrauen zum Zeitpunkt der Zusage der Unterlagenübermittlung nicht bestanden habe, sondern die Antragstellerin am 22. Februar 2012 bereits in völliger Kenntnis der Einbringung des 3. Nachprüfungsantrages am 23. Februar 2012 am Schlichtungsgespräch teilgenommen habe. Ihr wäre der von ihr im letztgenannten Verfahren vorgetragene Widerrufsgrund bereits nach eigenen Angaben seit 13. Februar 2012 bekannt gewesen.

Vergaberechtlich sei der Antragstellerin somit jegliches Rechtsschutzbedürfnis abzusprechen. Das Vergaberecht diene nicht dazu, willkürliche (Rechts)Positionsänderungen einzelner am Vergabeverfahren beteiligter Personen zu Lasten Dritter, in diesem Fall zu Lasten der Auftraggeberin, zu dulden bzw. zu ermöglichen.

Die Antragstellerin führe zu diesem Tatbestandsmerkmal aus, dass ihr für die Unterlagenaufbereitung nach derzeitiger Schätzung Kosten iHv Euro XXXX, weiters Anwaltskosten für die Beeinspruchung der Ausschreibungsunterlagen und schließlich eigene persönliche Aufwände (zB Besprechungstermine) entstanden seien. Im Rahmen des zur GZ N/0026-BVA/05/2012 geführten Verfahrens hingegen habe sie zum drohenden Schaden vorgebracht, dass dieser bei Fortführung des Verfahrens (bei Unterbleiben des Widerrufs) im Verlust einer Chance auf Angebotsabgabe und Die Antragstellerin führe zu diesem Tatbestandsmerkmal aus, dass ihr für die Unterlagenaufbereitung nach derzeitiger Schätzung Kosten iHv Euro römisch 40 , weiters Anwaltskosten für die Beeinspruchung der Ausschreibungsunterlagen und schließlich eigene persönliche Aufwände (zB Besprechungstermine) entstanden seien. Im Rahmen des zur GZ N/0026-BVA/05/2012 geführten Verfahrens hingegen habe sie zum drohenden Schaden vorgebracht, dass dieser bei Fortführung des Verfahrens (bei Unterbleiben des Widerrufs) im Verlust einer Chance auf Angebotsabgabe und

-bewertung läge, weiters in den frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen und schließlich im bereits angefallenen Rechtsanwalts honorar. Auch in diesem Punkt widerspreche sich somit die Antragstellerin mehrfach: Es werde gefragt, ob der Antragstellerin nun ein Schaden bei Widerruf hinsichtlich der Anwaltskosten und persönlicher Aufwände, oder bei Unterbleiben des Widerrufs entstehe.

Was die behaupteten Kosten der Unterlagenaufbereitung anlange, so bestehe dazu nicht nur aufgrund der bestehenden Verträge eine Verpflichtung zur Übergabe an die Auftraggeberin. Der Geschäftsführer der Antragstellerin selbst habe im Zuge des Schlichtungsgesprächs auf ausdrückliche Nachfrage der Finanzprokurator mit welchen Kosten gerechnet werden müsste, dies mit einer "lässigen" Handbewegung und dem Hinweis, dass dafür nur ein Druckbefehl im antragstellerinneninternen EDV-System notwendig wäre, abgetan. Schließlich seien die von der Antragstellerin hier unter dem Mantel des Schadens dargelegten Kosten nicht solche, die unter die Bestimmung des § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG fallen würden bzw. vom VwGH in der zitierten Entscheidung gemeint wären. Die Kosten der Unterlagenaufbereitung würden gerade nicht mit der Angebotslegung zusammenhängen, und hätten deshalb bei der Frage des Vorliegens eines Schadens außer Betracht zu bleiben, was sich schon aus Gründen der Gleichbehandlung zwingend ergeben würde. Wäre die Rechtsansicht der Antragstellerin richtig, und würden die pauschal behaupteten Kosten iHv Euro XXXX tatsächlich einen Schaden iSd § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG darstellen, so müsste in einem Verfahren eines beeinspruchenden Bieters, der einerseits aktuelle Auftragnehmer der ausschreibungsgegenständlichen Leistung sei, und der andererseits der Auftraggeberin Unterlagen zur Erstellung des Leistungsverzeichnisses zur Verfügung stellen würde bzw. gestellt habe, das Tatbestandsmerkmal des Schadens somit immer bejaht werden. Dies würde aber gleichzeitig zu einer unzulässigen Diskriminierung jener Bieter führen, die in keinem aufrechten Vertragsverhältnis zur Auftraggeberin stünden und somit keine Unterlagen bereit gestellt hätten. Was die behaupteten Kosten der Unterlagenaufbereitung anlange, so bestehe dazu nicht nur aufgrund der bestehenden Verträge eine Verpflichtung zur Übergabe an die Auftraggeberin. Der Geschäftsführer der Antragstellerin selbst habe im Zuge des Schlichtungsgesprächs auf ausdrückliche Nachfrage der Finanzprokurator mit welchen Kosten gerechnet werden müsste, dies mit einer "lässigen" Handbewegung und dem Hinweis, dass dafür nur ein Druckbefehl im antragstellerinneninternen EDV-System notwendig wäre, abgetan. Schließlich seien die von der Antragstellerin hier unter dem Mantel des Schadens dargelegten Kosten nicht solche, die unter die Bestimmung des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG fallen würden bzw. vom VwGH in der zitierten Entscheidung gemeint wären. Die Kosten der Unterlagenaufbereitung würden gerade nicht mit der Angebotslegung zusammenhängen, und hätten deshalb bei der Frage des Vorliegens eines Schadens außer Betracht zu bleiben, was sich schon aus Gründen der Gleichbehandlung zwingend ergeben würde. Wäre die Rechtsansicht der Antragstellerin richtig, und würden die pauschal behaupteten Kosten iHv Euro römisch 40 tatsächlich einen Schaden iSd Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG darstellen, so müsste in einem Verfahren eines beeinspruchenden Bieters, der einerseits aktuelle Auftragnehmer der ausschreibungsgegenständlichen Leistung sei, und der andererseits der Auftraggeberin Unterlagen zur Erstellung des Leistungsverzeichnisses zur Verfügung stellen würde bzw. gestellt habe, das Tatbestandsmerkmal des Schadens somit immer bejaht werden. Dies würde aber gleichzeitig zu einer unzulässigen Diskriminierung jener Bieter führen, die in keinem aufrechten Vertragsverhältnis zur Auftraggeberin stünden und somit keine Unterlagen bereit gestellt hätten.

Zum Wesen des fakultativen Widerrufs gemäß § 138 Abs. 2 BVergG 2006 gehöre es, dass bloß eine einzige Voraussetzung zur Beurteilung der Zulässigkeit desselben vorzuliegen habe, nämlich das Vorliegen eines oder mehrerer sachlicher Gründe. Weiters sei nach den Gesetzesmaterialien an die Bestimmung des § 138 Abs. 2 BVergG 2006 jedenfalls kein strenger Maßstab anzulegen, insbesondere sei der Widerruf, in Anlehnung an die Rechtsprechung

des EuGH, auch nicht auf Ausnahmefälle begrenzt oder setze dieser in jedem Fall voraus, dass schwerwiegende Gründe anzuführen wären. In diesem Sinne führe auch das BVA (unter Berufung auf EuGH 16.9.1999, Rs C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA u Leitschutz Handels- und Montage GmbH/Amt der Salzburger Landesregierung für den BMWA, Slg 1999, I-5697 Rn 23 ff) aus, dass der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig sei (BVA vom 3. Juni 2008, N/0049-BVA/12/2008-23). Bereits aus diesen allgemeinen Grundsätzen zeige sich, dass der gegenständliche Widerruf sachlich gerechtfertigt sei. Zum Wesen des fakultativen Widerrufs gemäß Paragraph 138, Absatz 2, BVergG 2006 gehöre es, dass bloß eine einzige Voraussetzung zur Beurteilung der Zulässigkeit desselben vorzuliegen habe, nämlich das Vorliegen eines oder mehrerer sachlicher Gründe. Weiters sei nach den Gesetzesmaterialien an die Bestimmung des Paragraph 138, Absatz 2, BVergG 2006 jedenfalls kein strenger Maßstab anzulegen, insbesondere sei der Widerruf, in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH, auch nicht auf Ausnahmefälle begrenzt oder setze dieser in jedem Fall voraus, dass schwerwiegende Gründe anzuführen wären. In diesem Sinne führe auch das BVA (unter Berufung auf EuGH 16.9.1999, Rs C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA u Leitschutz Handels- und Montage GmbH/Amt der Salzburger Landesregierung für den BMWA, Slg 1999, I-5697 Rn 23 ff) aus, dass der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig sei (BVA vom 3. Juni 2008, N/0049-BVA/12/2008-23). Bereits aus diesen allgemeinen Grundsätzen zeige sich, dass der gegenständliche Widerruf sachlich gerechtfertigt sei.

Der Antragstellerin sei durchaus zuzustimmen wenn sie vermeine, dass objektiv zu prüfen sei, ob ein besonnener Auftraggeber sinnvollerweise eine Widerrufsentscheidung treffen würde (Rz. 29 ihres Nachprüfungsantrages) - gleichzeitig verschweige die Antragstellerin jedoch, dass dabei lediglich zu untersuchen sei, ob der Widerruf in der konkreten Situation für den Auftraggeber eine sinnvolle Handlungsalternative bzw. ein taugliches Mittel zur Problembeseitigung darstelle.

Wenn die Antragstellerin in Rz. 39 ihres Nachprüfungsantrags ins Treffen führe, dass dem Widerruf an sich Ausnahmecharakter zukomme und dies im selben Atemzug mit der "Sanierungsmöglichkeit" durch Berichtigung der Ausschreibung in Verbindung setze, so sei dem entgegenzuhalten, dass selbst die zitierte Entscheidung des BVA (BVA vom 3. April 2003, 10F-14/02-25) einerseits noch zur Rechtslage des BVergG 1997 ergangen sei, und andererseits die Vergabekontrollbehörde im Rahmen dieses genannten Verfahrens den Widerruf in Relation zur Vergabeabsicht (§ 19 Abs. 4 BVergG 2006) des Auftraggebers setzte und bloß dahingehend den Ausnahmecharakter der Widerrufsbestimmungen manifestiert habe. Dass ein Primat der Berichtigung bestünde, habe das BVA in dieser Entscheidung gerade nicht ausgesprochen. Wenn die Antragstellerin in Rz. 39 ihres Nachprüfungsantrags ins Treffen führe, dass dem Widerruf an sich Ausnahmecharakter zukomme und dies im selben Atemzug mit der "Sanierungsmöglichkeit" durch Berichtigung der Ausschreibung in Verbindung setze, so sei dem entgegenzuhalten, dass selbst die zitierte Entscheidung des BVA (BVA vom 3. April 2003, 10F-14/02-25) einerseits noch zur Rechtslage des BVergG 1997 ergangen sei, und andererseits die Vergabekontrollbehörde im Rahmen dieses genannten Verfahrens den Widerruf in Relation zur Vergabeabsicht (Paragraph 19, Absatz 4, BVergG 2006) des Auftraggebers setzte und bloß dahingehend den Ausnahmecharakter der Widerrufsbestimmungen manifestiert habe. Dass ein Primat der Berichtigung bestünde, habe das BVA in dieser Entscheidung gerade nicht ausgesprochen.

Dem Hinweis der Antragstellerin auf eine Sanierungspflicht der Auftraggeberin sei vielmehr entgegenzuhalten, dass die Rechtsprechung der Bestimmung des § 138 Abs. 2 BVergG 2006 keine Einschränkung der Zulässigkeit für den Fall unterstelle, dass der Widerruf das gelindeste Mittel bilde (vgl. BVA vom 3. April 2007, N/0018-BVA/10/2007-029). Weder aus dem Gesetz noch aus der einschlägigen Rechtsprechung lasse sich also diese "Sanierungsgrenze" für den fakultativen Widerruf ableiten, sie werde lediglich in der vergaberechtlichen Literatur als Einzelmeinung genannt, wobei selbst an dieser Stelle von den Autoren, die im Übrigen der Kanzleipartnerschaft der die Antragstellerin vertretenden Rechtsanwaltskanzlei angehörten, auf die "engen Grenzen" solch einer "Sanierungspflicht" hingewiesen werde. Dem Hinweis der Antragstellerin auf eine Sanierungspflicht der Auftraggeberin sei vielmehr entgegenzuhalten, dass die Rechtsprechung der Bestimmung des Paragraph 138, Absatz 2, BVergG 2006 keine Einschränkung der Zulässigkeit für den Fall unterstelle, dass der Widerruf das gelindeste Mittel bilde (vergleiche BVA vom 3. April 2007, N/0018-BVA/10/2007-029). Weder aus dem Gesetz noch aus der einschlägigen Rechtsprechung lasse sich also diese "Sanierungsgrenze" für den fakultativen Widerruf ableiten, sie werde lediglich in der vergaberechtlichen Literatur als

Einzelmeinung genannt, wobei selbst an dieser Stelle von den Autoren, die im Übrigen der Kanzleipartnerschaft der die Antragstellerin vertretenden Rechtsanwaltskanzlei angehörten, auf die "engen Grenzen" solch einer "Sanierungspflicht" hingewiesen werde.

Dieses Faktum korreliere teleologisch mit der Hauptstoßrichtung der Widerrufsbestimmungen des BVergG 2006, nämlich dem Schutz der Allgemeinheit und der Auftraggeberin: Es sollte schlichtweg verhindert werden, dass unpassende oder unerwünschte Leistungen oder Leistungen zu unangemessenen Bedingungen beschafft werden müssten, womit der Widerruf den auftraggeberseitig zu beachtenden Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (vgl. Art 126b Abs. 5 B-VG) diene. Dieses Faktum korreliere teleologisch mit der Hauptstoßrichtung der Widerrufsbestimmungen des BVergG 2006, nämlich dem Schutz der Allgemeinheit und der Auftraggeberin: Es sollte schlichtweg verhindert werden, dass unpassende oder unerwünschte Leistungen oder Leistungen zu unangemessenen Bedingungen beschafft werden müssten, womit der Widerruf den auftraggeberseitig zu beachtenden Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit vergleiche Artikel 126 b, Absatz 5, B-VG) diene.

Im Lichte der obigen Ausführungen sei die Rechtsansicht der Antragstellerin, wonach der Widerruf primär dem Schutz der Bieter diene, jedenfalls verfehlt. Schließlich sei festzuhalten, dass subjektive Komponenten wie etwa Interessen der Verfahrensparteien keine Rolle bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Widerrufs bildeten. Für die Abwägung solcher Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegen Interessen des öffentlichen Auftraggebers am Widerruf bleibe kein Raum. Aufgrund der Beurteilung der Zulässigkeit eines Widerrufs nach objektiven Kriterien würde die Rechtmäßigkeit eines Widerrufs eben nicht davon abhängen, ob den Bietern dadurch ein Schaden entstehe. Die Ausführungen der Antragstellerin zur Interessensabwägung gingen sohin ins Leere.

Insgesamt sei sohin festzuhalten, dass einzige Zulässigkeitsvoraussetzung eines fakultativen Widerrufs das Vorliegen eines sachlichen Grundes sei; an diesen sei weiter kein strenger Maßstab anzulegen; schließlich habe bei der Beurteilung dieses Tatbestandsmerkmals eine Interessensabwägung zu unterbleiben.

Die Antragstellerin vermeine zusammengefasst, dass die in den Punkten 1.a. und

1. b. Litera b

der Widerrufsentscheidung dargelegten Ausführungen die angefochtene Entscheidung nicht rechtfertigen würden, was aus nachfolgenden Gründen jedoch nicht zutreffe:

Es sei ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass dieses Vorbringen in eklatantem Widerspruch zum Verfahrensstandpunkt in den Vorverfahren stehe. So habe die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag vom 2. Februar 2012 (zu GZ N/0013- BVA/05/2012) ausgeführt, wie folgt: "Sowohl die Behebungs- als auch Reaktionszeit sind abhängig von der Anlagennotwendigkeit und haben insofern Einfluss auf die Kalkulation. Bietern ist es daher faktisch nicht möglich seriöse Angaben zur Behebungs- und Reaktionszeit zu machen." (Rz 18 des Nachprüfungsantrags vom 2. Februar 2012), und weiter: "Im Ergebnis bewirkt das Qualitätskriterium 'Behebungszeit', dass die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet ist und Angebote nicht kalkulierbar sind". In ihrem Nachprüfungsantrag vom 13. Februar 2012 zu GZ N/0018-BVA/05/2012, Rz 275 ff und Rz 292 ff, habe die Antragstellerin (ebenso wie in ihrer konkretisierenden Stellungnahme vom 21. Februar 2012 zu BVA GZ N/0013-BVA/05/2012, Rz 310 ff) bereits die "Untauglichkeit" und "Unzulässigkeit" der Reaktions- und Behebungszeit betreffenden Qualitätskriterien moniert, und habe ua auch deshalb die Nichtigerklärung der Gesamtausschreibung beantragt. Festzuhalten sei somit, dass es sich bei den nunmehrigen Ausführungen um bloße (unbeachtliche) Schutzbehauptungen handle.

Fest stehe, dass der öffentliche Auftraggeber auch im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsehe, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben habe. Die Materialien hielten dazu explizit fest: "Diese Verpflichtung zur Transparenz (vgl. dazu auch die Aussagen von GA Colomer in seinen SA in der Rs C-331/04) und um jede Diskriminierung auszuschließen, fordert, dass allfällige Änderungen in der Anwendung der Zuschlagskriterien vorab fixiert und allen Teilnehmern am Verhandlungsverfahren bekannt gegeben werden. Zu den so vorgesehenen Zuschlagskriterien darf weder ein Zuschlagskriterium hinzugefügt noch eines weggelassen werden. Auch die einmal fixierte Gewichtung muss beibehalten werden" (EB RV 1171 Blg NR 22. GP 89). Somit sei nach dem klaren Willen des Gesetzgebers eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien vergaberechtlich unzulässig. Aus den Materialien gehe deshalb konsequenterweise weiters hervor, dass bereits ein (einziges) rechtswidriges Zuschlagskriterium in einer

Ausschreibung einen Widerrufsgrund darstellen könne. Fest stehe, dass der öffentliche Auftraggeber auch im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsehe, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben habe. Die Materialien hielten dazu explizit fest: "Diese Verpflichtung zur Transparenz vergleiche dazu auch die Aussagen von GA Colomer in seinen SA in der Rs C-331/04) und um jede Diskriminierung auszuschließen, fordert, dass allfällige Änderungen in der Anwendung der Zuschlagskriterien vorab fixiert und allen Teilnehmern am Verhandlungsverfahren bekannt gegeben werden. Zu den so vorgesehenen Zuschlagskriterien darf weder ein Zuschlagskriterium hinzugefügt noch eines weggelassen werden. Auch die einmal fixierte Gewichtung muss beibehalten werden" (EB Regierungsvorlage 1171 Blg NR 22. Gesetzgebungsperiode 89). Somit sei nach dem klaren Willen des Gesetzgebers eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien vergaberechtlich unzulässig. Aus den Materialien gehe deshalb konsequenterweise weiters hervor, dass bereits ein (einziges) rechtswidriges Zuschlagskriterium in einer Ausschreibung einen Widerrufsgrund darstellen könne.

Nach der Judikatur des EuGH sei selbst eine nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgte Neuverteilung der Gewichtung von Unterkriterien eines zuvor festgelegten Zuschlagskriteriums nur in engen Grenzen möglich, und setze (kumulativ) voraus, dass (i) sich die in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung des Auftrags bestimmten Zuschlagskriterien für den Auftrag nicht änderten, (ii) solch eine Entscheidung nichts enthalte, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können, sowie (iii) diese Verteilung nicht unter Berücksichtigung von Umständen erlassen werde, die zu einer Bieterdiskriminierung führen könne (EuGH vom 24. November 2005, Rs C-331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl u Viaggi di Maio Snc/ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia u Comune di Venezia, Slg 2005, I-10109).

In der Entscheidung "Lianakis" habe der Gerichtshof festgehalten, dass es den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz widerspreche, wenn der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens nachträglich Gewichtungskoeffizienten und Unterkriterien für die in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung genannten Zuschlagskriterien festlege (EuGH vom 24. Jänner 2008, Rs C-532/06, Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon u Nikolaos Vlachopoulos/Dimos Alexandroupolis ua, Slg 2008, I-251).

Der Grundsatz, dass die Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens aus Gründen der Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nicht geändert werden dürften, sei sohin als tragender Grundsatz des unionsrechtlichen Vergaberegimes zu qualifizieren (vgl. EuGH vom 4. Dezember 2003, Rs C-448/01, EVN AG u Wienstrom GmbH/Österreich, Slg 2003, I-14527, Rz. 93; vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi vom 29. Juni 2010, Rs C-226/09, Kommission/Irland, Rz. 58). Der Grundsatz, dass die Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens aus Gründen der Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nicht geändert werden dürften, sei sohin als tragender Grundsatz des unionsrechtlichen Vergaberegimes zu qualifizieren vergleiche EuGH vom 4. Dezember 2003, Rs C-448/01, EVN AG u Wienstrom GmbH/Österreich, Slg 2003, I-14527, Rz. 93; vergleiche auch die Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi vom 29. Juni 2010, Rs C-226/09, Kommission/Irland, Rz. 58).

Vollständigkeitshalber sei erwähnt, dass dieser restriktive unionsrechtliche Ansatz betreffend die nachträgliche Änderung von Zuschlagskriterium schließlich seinen Ausfluss im Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe [KOM(2011) 896/2, {SEK(2011) 1585} und {SEK(2011) 1586}] finde, in dessen

Artikel 27 Abs. 3 ("Verhandlungsverfahren") festgehalten werde: "Folgende Elemente dürfen im Laufe der Verhandlungen nicht geändert werden: [...] (c) die Zuschlagskriterien". Artikel 27 Absatz 3, ("Verhandlungsverfahren") festgehalten werde: "Folgende Elemente dürfen im Laufe der Verhandlungen nicht geändert werden: [...] (c) die Zuschlagskriterien".

Weiters habe nach der österreichischen Judikatur bei Vorliegen von Zuschlagskriterien, die etwa nicht dem BVergG entsprechend gestaltet wären, ein Widerruf der Ausschreibung zu erfolgen (BVA vom 14. Februar 2000, N-1/00-8 oder BVA vom 21. Februar 2000, N-7/00-5; uvam). Schließlich entspreche es der ständigen Judikatur, dass bei Entfall eines Zuschlagskriteriums ein Widerruf zulässig sei, da dies zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätte (vgl. etwa BVA 20. Juli 2005, 04N/-1/05-28). Weiters habe nach der österreichischen Judikatur bei Vorliegen von Zuschlagskriterien, die etwa nicht dem BVergG entsprechend gestaltet wären, ein Widerruf der Ausschreibung zu

erfolgen (BVA vom 14. Februar 2000, N-1/00-8 oder BVA vom 21. Februar 2000, N-7/00-5; uvam). Schließlich entspreche es der ständigen Judikatur, dass bei Entfall eines Zuschlagskriteriums ein Widerruf zulässig sei, da dies zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätte (vergleiche etwa BVA 20. Juli 2005, 04N/-1/05-28).

Im Lichte dieser Judikatur werde auch in der vergaberechtlichen Literatur festgehalten, dass § 105 Abs. 5 BVergG 2006 einschränkend auszulegen und sein Anwendungsbereich entsprechend zu reduzieren sei: "Der bloße Vorbehalt des öffentlichen Auftraggebers die Zuschlagskriterien im Laufe des Verhandlungsverfahrens zu ändern oder zu präzisieren reicht nicht, er würde zum Einfallstor von diskretionären Elementen des öffentlichen Auftraggebers werden" (vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, aaO, §§ 105 Rz 46). Im Lichte dieser Judikatur werde auch in der vergaberechtlichen Literatur festgehalten, dass Paragraph 105, Absatz 5, BVergG 2006 einschränkend auszulegen und sein Anwendungsbereich entsprechend zu reduzieren sei: "Der bloße Vorbehalt des öffentlichen Auftraggebers die Zuschlagskriterien im Laufe des Verhandlungsverfahrens zu ändern oder zu präzisieren reicht nicht, er würde zum Einfallstor von diskretionären Elementen des öffentlichen Auftraggebers werden" (vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, aaO, Paragraphen 105, Rz 46).

Zusammenfassend führe der verallgemeinerungsfähige Grundsatz, dass die Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens aus Gründen der Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nicht geändert werden dürften, im vorliegenden Fall daher zum Vorliegen eines sachlichen Widerrufsgrundes im Sinne des § 138 Abs. 2 BVergG, da im konkreten Zusammenhang unbestritten feststehe, dass zur vergaberechtlich korrekten Durchführung des Verfahrens auftraggeberseitig in die Zuschlagskriterien eingegriffen werden müsste. Zusammenfassend führe der verallgemeinerungsfähige Grundsatz, dass die Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens aus Gründen der Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nicht geändert werden dürften, im vorliegenden Fall daher zum Vorliegen eines sachlichen Widerrufsgrundes im Sinne des Paragraph 138, Absatz 2, BVergG, da im konkreten Zusammenhang unbestritten feststehe, dass zur vergaberechtlich korrekten Durchführung des Verfahrens auftraggeberseitig in die Zuschlagskriterien eingegriffen werden müsste.

Wie in der Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung vom 20. Juli 2012 angeführt, würden noch weitere Gründe vorliegen, die einen Widerruf des Vergabeverfahrens aufgrund ihrer Anzahl, Relevanz und Wesentlichkeit im Sinne des oben dargelegten Verständnisses von § 138 Abs. 2 BVergG 2006 jedenfalls sachlich rechtfertigen würden: Wie in der Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung vom 20. Juli 2012 angeführt, würden noch weitere Gründe vorliegen, die einen Widerruf des Vergabeverfahrens aufgrund ihrer Anzahl, Relevanz und Wesentlichkeit im Sinne des oben dargelegten Verständnisses von Paragraph 138, Absatz 2, BVergG 2006 jedenfalls sachlich rechtfertigen würden:

Erneut sei in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass sich die Antragstellerin selbst im Rahmen ihrer Schriftsätze vom 13. Februar 2012 und vom 21. Februar 2012 zu den Widerrufsgründen gemäß Pkt. b. bis h. und j der angefochtenen Entscheidung schon in Richtung des Vorliegens eines Widerrufsgrundes geäußert habe (vgl. hierzu im Einzelnen den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 13. Februar 2012 zu BVA GZ N/0018-BVA/05/2012, insbesondere Rz 46 ff; Rz 53 ff; Rz 79 ff; Rz 107 ff; Rz 112 ff; Rz 176 ff; Rz 193 ff; Rz 206 ff; Rz 246 ff und Rz 309 ff; vgl. insofern auch die konkretisierende Stellungnahme der Antragstellerin vom 21. Februar 2012 zu BVA GZ N/0013-BVA/05/2012, insbesondere Rz 26 ff; Rz 35 ff; Rz 39 ff; Rz 48 ff; Rz 63 ff; Rz 78 ff; Rz 188 ff; Rz 201 ff; Rz 217 ff; Rz 261 ff; Rz 280 ff und Rz 374 ff). Nicht nur, dass ihr folglich kein Rechtsschutzbedürfnis zukomme, zeigten diese Ausführungen in den Vorverfahren deutlich, dass es sich bei den nunmehrigen Behauptungen nur um reine Schutzbehauptungen handle. Erneut sei in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass sich die Antragstellerin selbst im Rahmen ihrer Schriftsätze vom 13. Februar 2012 und vom 21. Februar 2012 zu den Widerrufsgründen gemäß Pkt. b. bis h. und j der angefochtenen Entscheidung schon in Richtung des Vorliegens eines Widerrufsgrundes geäußert habe (vergleiche hierzu im Einzelnen den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 13. Februar 2012 zu BVA GZ N/0018-BVA/05/2012, insbesondere Rz 46 ff; Rz 53 ff; Rz 79 ff; Rz 107 ff; Rz 112 ff; Rz 176 ff; Rz 193 ff; Rz 206 ff; Rz 246 ff und Rz 309 ff; vergleiche insofern auch die konkretisierende Stellungnahme der Antragstellerin vom 21. Februar 2012 zu BVA GZ N/0013-BVA/05/2012, insbesondere Rz 26 ff; Rz 35 ff; Rz 39 ff; Rz 48 ff; Rz 63 ff; Rz 78 ff; Rz 188 ff; Rz 201 ff; Rz 217 ff; Rz 261 ff; Rz 280 ff und Rz 374 ff). Nicht nur, dass ihr folglich kein Rechtsschutzbedürfnis zukomme, zeigten diese Ausführungen in den Vorverfahren deutlich, dass es sich bei den nunmehrigen Behauptungen nur um reine Schutzbehauptungen handle.

Jedoch auch inhaltlich würden diese weiteren Widerrufsgründe die angefochtene Entscheidung rechtfertigen: In diesem Zusammenhang sei neben dem Verweis auf die obigen Erläuterungen zum fakultativen Widerruf gemäß § 138

Abs. 2 BVergG 2006 festzuhalten, dass dann, wenn auftraggeberseitig der Leistungsumfang nicht unwesentlich erhöht werden sollte, dies naturgemäß Auswirkungen auf die Kalkulationsgrundlagen der Angebote habe und zumindest einen sachlicher Grund für einen fakultativen Widerruf gemäß der leg. cit. darstelle. Jedoch auch inhaltlich würden diese weiteren Widerrufsgründe die angefochtene Entscheidung rechtfertigen: In diesem Zusammenhang sei neben dem Verweis auf die obigen Erläuterungen zum fakultativen Widerruf gemäß Paragraph 138, Absatz 2, BVergG 2006 festzuhalten, dass dann, wenn auftraggeberseitig der Leistungsumfang nicht unwesentlich erhöht werden sollte, dies naturgemäß Auswirkungen auf die Kalkulationsgrundlagen der Angebote habe und zumindest einen sachlicher Grund für einen fakultativen Widerruf gemäß der leg. cit. darstelle.

Allein diese Gründe würden daher, einen Widerruf im Sinne der Bestimmung des § 138 Abs. 2 BVergG 2006 rechtfertigen. Allein diese Gründe würden daher, einen Widerruf im Sinne der Bestimmung des Paragraph 138, Absatz 2, BVergG 2006 rechtfertigen.

Die Publizität der Anzahl und Namen der Bieter sei ebenfalls ein sachlicher Widerrufsgrund. Grundsätzlich sei zu diesem Widerrufsgrund auszuführen, dass im Rahmen von Verhandlungsverfahren der Geheimhaltungspflicht besondere Bedeutung zukomme, weil der Wettbewerb in der Verhandlungsphase durch das Bekanntwerden von Konkurrenten, deren Anzahl oder deren Angebotsinhalte gefährdet oder ausgeschaltet werden könnte und ein Verstoß gegen diesen Grundsatz vergaberechtliche Konsequenzen nach sich ziehe.

Wenn die Antragstellerin also nun verneinen würde, dass "tatsächlich [...] der Bietermarkt für den konkreten Leistungsgegenstand so klein [ist], dass man sich faktisch bewusst ist, wer die anderen Mitbieter sind" und zudem durch § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 ein eigener Ausscheidenstatbestand für allfällige Abreden zwischen Bietern zur Verfügung stünde, während ein Widerruf in diesem Stadium zu weit führen würde, so sei dies als reine Schutzbehauptung der Antragstellerin zurückzuweisen, da sie in diesem Zusammenhang nicht nur Gründe, weshalb der "Bietermarkt" im konkreten Fall so "klein" sein sollte, schuldig bleiben würde, sondern sich auch in völligen Widerspruch zu ihrem Antragsvorbringen im Verfahren N/0026-BVA/05/2012 setze. Wenn die Antragstellerin also nun verneinen würde, dass "tatsächlich [...] der Bietermarkt für den konkreten Leistungsgegenstand so klein [ist], dass man sich faktisch bewusst ist, wer die anderen Mitbieter sind" und zudem durch Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 ein eigener Ausscheidenstatbestand für allfällige Abreden zwischen Bietern zur Verfügung stünde, während ein Widerruf in diesem Stadium zu weit führen würde, so sei dies als reine Schutzbehauptung der Antragstellerin zurückzuweisen, da sie in diesem Zusammenhang nicht nur Gründe, weshalb der "Bietermarkt" im konkreten Fall so "klein" sein sollte, schuldig bleiben würde, sondern sich auch in völligen Widerspruch zu ihrem Antragsvorbringen im Verfahren N/0026-BVA/05/2012 setze.

Die Antragstellerin versuche weiters die Judikatur des VwGH vom 8. Oktober 2008, ZI2009/04/0214, ins Treffen zu führen, wonach für die Anwendung des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 nicht nur entscheidend sei, dass eine schwere Verfehlung begangen worden wäre, sondern dass ebendiese Begehung auch vom Auftraggeber nachweislich festgestellt worden wäre. Eine Begründung, was eine Entscheidung zur Ausschlussbestimmung des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 mit der sachlichen Rechtfertigung eines Widerrufs zu tun haben sollte, unterlasse die Antragstellerin jedoch; vermutlich weil auch ihr ganz klar sei, dass diese nur "rein gar nichts" lauten könne. Das Gesetz nenne schließlich das "nachweisliche Feststellen" durch den Auftraggeber aus gutem Grund ausschließlich in der leg. cit (bzw. in der Parallelbestimmung für Sektorenauftraggeber in § 229 Abs. 1 Z 5 leg cit), und vermeide diese Wortfolge explizit in den Bestimmungen zum Widerruf des Vergabeverfahrens. Dieselbe sachliche Distanz zum System der Widerrufsgründe sei zur von der Antragstellerin angeführten Entscheidung des VwGH vom 18. Juni 2012, ZI. 2010/04/0011, zur Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer zu konstatieren. Die Antragstellerin versuche weiters die Judikatur des VwGH vom 8. Oktober 2008, ZI. 2009/04/0214, ins Treffen zu führen, wonach für die Anwendung des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 nicht nur entscheidend sei, dass eine schwere Verfehlung begangen worden wäre, sondern dass ebendiese Begehung auch vom Auftraggeber nachweislich festgestellt worden wäre. Eine Begründung, was eine Entscheidung zur Ausschlussbestimmung des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 mit der sachlichen Rechtfertigung eines Widerrufs zu tun haben sollte, unterlasse die Antragstellerin jedoch; vermutlich weil auch ihr ganz klar sei, dass diese nur "rein gar nichts" lauten könne. Das Gesetz nenne schließlich das "nachweisliche Feststellen" durch den Auftraggeber aus gutem Grund ausschließlich in der leg. cit (bzw. in der Parallelbestimmung für Sektorenauftraggeber in Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 5, leg cit), und

vermeide diese Wortfolge explizit in den Bestimmungen zum Widerruf des Vergabeverfahrens. Dieselbe sachliche Distanz zum System der Widerrufsgründe sei zur von der Antragstellerin angeführten Entscheidung des VwGH vom 18. Juni 2012, Zl. 2010/04/0011, zur Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer zu konstatieren.

In diesem Zusammenhang sei darüber hinaus von besonderem Interesse, dass die Materialien ganz eindeutig festhalten würden, dass die Regelungen zum Widerruf eben auch dann greifen sollten, wenn der öffentliche Auftraggeber eine Preisabsprache vermuten würde, diese aber nicht nachweisen könne [vgl. EB RV 1171 Blg NR 22. GP 89: "Ein Widerruf ist etwa auch bei festgestellten generell überhöhten Preisen zulässig, wenn der Auftraggeber etwa Preisabsprachen vermutet oder wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln (zB unvorhersehbare Verknappung von Ressourcen). Damit ist es dem Auftraggeber möglich, im Wege einer neuerlichen Ausschreibung vermuteten Preisabsprachen zu begegnen."] - und der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin diese Tatsache in seiner Kommentierung zu § 129 BVergG 2006 auch explizit erwähne (vgl. Öhler/ Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, aaO, §§ 129 Rz 102). In diesem Zusammenhang sei darüber hinaus von besonderem Interesse, dass die Materialien ganz eindeutig festhalten würden, dass die Regelungen zum Widerruf eben auch dann greifen sollten, wenn der öffentliche Auftraggeber eine Preisabsprache vermuten würde, diese aber nicht nachweisen könne [vgl. EB Regierungsvorlage 1171 Blg NR 22. Gesetzgebungsperiode 89: "Ein Widerruf ist etwa auch bei festgestellten generell überhöhten Preisen zulässig, wenn der Auftraggeber etwa Preisabsprachen vermutet oder wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln (zB unvorhersehbare Verknappung von Ressourcen). Damit ist es dem Auftraggeber möglich, im Wege einer neuerlichen Ausschreibung vermuteten Preisabsprachen zu begegnen."] - und der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin diese Tatsache in seiner Kommentierung zu Paragraph 129, BVergG 2006 auch explizit erwähne vergleiche Öhler/ Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, aaO, Paragraphen 129, Rz 102).

Auch aus diesem Grunde sei daher, unabhängig von den oben ausführlich dargelegten Widerrufsgründen, ein fakultativer Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens im Sinne der Bestimmung des § 138 Abs. 2 BVergG 2006 jedenfalls sachlich gerechtfertigt. Auch aus diesem Grunde sei daher, unabhängig von den oben ausführlich dargelegten Widerrufsgründen, ein fakultativer Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens im Sinne der Bestimmung des Paragraph 138, Absatz 2, BVergG 2006 jedenfalls sachlich gerechtfertigt.

Insgesamt sei sohin festzuhalten, dass die im Nachprüfungsantrag monierten Vergaberechtswidrigkeiten tatsächlich nicht vorliegen würden.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 6. September 2012 verwies auch die Auftraggeberin auf ihr schriftliches Vorbringen und replizierte auf Ausführungen der Antragstellerin.

Auf der Grundlage der Schriftsätze samt Beilagen der Antragstellerin vom 30. Juli 2012 (OZ 1 = OZ 6), vom 23. August 2012 (OZ 16) und vom 31. August 2012 (OZ 19), den Schriftsätzen der Auftraggeberin vom 31. Juli 2012 (OZ 3) und vom 9. August 2012 (OZ 10), dem Inhalt der Verfahrensakten der beim Bundesvergabeamt zu N/0013-BVA/05/2012, N/0018-BVA/05/2012 und zu N/0026-BVA/05/2012 geführten Nachprüfungsverfahren, der von der Auftraggeberin vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien, GZ 02/H173/2011", den in den zu N/0013- BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 von der Antragstellerin zur Verfügung gestellten Unterlagen betreffend die Richtigstellung bzw. Komplettierung der für das Vergabeverfahren erforderlichen Unterlagen und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 6. September 2012 wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Auftragnehmer für die Erbringung der technischen Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung an den Standorten 1190 Wien, Muthgasse 18, 11 und Nußdorfer Lände 11 für 36 Monate, mit dem einseitigen Recht der Auftraggeberin den Vertrag zweimal um jeweils weitere 12 Monate zu verlängern, durch. Verfahrensgegenständlich ist die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich; von der Auftraggeberin wurde der geschätzte Auftragswert mit Euro XXXX pro Jahr angegeben; die Auftragsvergabe wurde im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Union am 23. August 2011 bekannt gemacht. Die Auftraggeberin führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer

Rahmenvereinbarung mit einem Auftragnehmer für die Erbringung der technischen Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung an den Standorten 1190 Wien, Muthgasse 18, 11 und Nußdorfer Lände 11 für 36 Monate, mit dem einseitigen Recht der Auftraggeberin den Vertrag zweimal um jeweils weitere 12 Monate zu verlängern, durch. Verfahrensgegenständlich ist die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellerbereich; von der Auftraggeberin wurde der geschätzte Auftragswert mit Euro römisch 40 pro Jahr angegeben; die Auftragsvergabe wurde im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Union am 23. August 2011 bekannt gemacht.

Die Antragstellerin war bzw. ist auch derzeit mit der technischen Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung der nunmehr ausschreibungsgegenständlichen Objekte beauftragt und daher mit diesen Objekten vertraut.

Die Antragstellerin wurde auf der Grundlage des abgeschlossenen Auswahlverfahrens in der 1. Stufe des Vergabeverfahrens unter gleichzeitiger Übermittlung einer Ausschreibungsunterlage für die 2. Stufe zur Erstangebotslegung eingeladen.

Die Ausschreibungsunterlagen für die Legung eines Erstangebotes sehen folgende Zuschlagskriterien vor:

Zuschlagskriterien	Gewichtung
1 Preis	60% (60 Punkte)
2 Qualität (aus Punkt 2.32 -2.33)	40% (40 Punkte)
2.4 Reaktionszeit	25% (25 Punkte)
2.5 Reaktionszeit	15% (15 Punkte)

Unter Punkt "2.33 Behebungszeit (15 Punkte):" wird dazu in der Ausschreibungsunterlage Folgendes ausgeführt:

"Bewertet wird hier das Unterschreiten der im Leistungsverzeichnis, Punkt 29.23. festgehaltenen Behebungszeiten [(vgl. Punkt 29.23: 1. Sehr dringend > 3 Stunden, 2. Dringend > 24 Stunden und 3. Weniger dringend > 3 Werktage)], wie folgt:

1. a.Litera a

Behebungszeit: "1. Sehr dringend" (bewertet werden nur volle Minuten):

0-60 Minuten.....5 Punkte

61-120 Minuten.....2 Punkte

121-179 Minuten.....1 Punkt

b. Behebungszeit: "2. Dringend" (bewertet werden nur volle Stunden):

0-10 Stunden.....5 Punkte

11-20 Stunden.....2 Punkte

21-23 Stunden.....1 Punkt

c. Behebungszeit: "3. Weniger dringend" (bewertet werden nur volle Stunden):

0-24 Stunden.....5 Punkte

25-48 Stunden.....2 Punkte

49-71 Stunden.....1 Punkt

Beispiel: Höchstpunkteanzahl beträgt 15. Der Bieter bietet bei "1. Sehr dringend" 95 Minuten, bei "2. Dringend" 22 Stunden und bei "3. Weniger dringend" 5 Stunden an. Die sich daraus ergebenden Punkte (2+1+5) werden addiert, woraus sich die Summe 8 ergibt."

Punkt "29.23 Reaktions- und Behebungszeiten bei Störfällen" der Ausschreibungsunterlage hat folgenden Inhalt:

"Störmeldungen erfolgen über die Gebäudeleittechnik, Begehungen und Kontrollen des AN, sowie den Departments und weiteren Vertretern des Auftraggebers. Der AN hat dafür Sorge zu tragen, dass alle für den Betrieb der Objekte wesentlichen Anlagen und Systeme in das Störungsmanagement eingebunden sind, sowie den AG auf mögliche Probleme oder in die GLT einzubindende Anlagen aufmerksam zu machen.

Reaktionszeit, ist jene Zeit von Eingang der Störmeldung bis zur Aufnahme der Störung an der Anlage vor Ort sowie der etwaig erforderlichen Sicherung. Insoweit eine Aufnahme vor Ort nicht ausdrücklich im Rahmen der Ausschreibung vorgeschrieben wird, kann der AN alternative Methoden der Störungsaufnahme vorschlagen bzw. umsetzen, jedoch auf eigenes Risiko.

Behebungszeit, ist jene Zeit von der Störungsaufnahme an der Anlage vor Ort, bis zum wieder hergestellten störungsfreien Betrieb der Anlage. Ist keine Störungsaufnahme vor Ort erforderlich, so ist der Zeitpunkt des Einganges der Störungsmeldung maßgeblich.

Standard Reaktions- und Behebungszeit

Insoweit keine Erfordernisse aus dem Betrieb des Objektes entgegenstehen, ist eine Behebungszeit für eine Störung von einem Werktag vorzusehen. Längere Behebungszeiten sind mit dem AG im Einzelfall vorher abzustimmen. Für die Gewerke lt. Anlage A gelten gesonderte Behebungs- und Reaktionszeiten.

Bereitschaftsdienst

Außerhalb der Regelarbeitszeit, also 24h / 365 Tage, an Samstagen sowie Sonn- und Feiertagen, erfolgt die Überwachung der Objekte über das Gebäudeleitsystem. Dieses ist an die vom AN zu betreibende Alarmzentrale anzubinden. Der Bereitschaftsdienst wird automatisch über die Alarmzentrale verständigt.

In gleicher Weise wird verfahren, wenn der Bereitschaftsdienst durch den AG Sicherheitsdienst oder Nutzer verständigt wird.

Sämtliche Bereitschaftstechniker des AN sind verpflichtet, sich mit den Anlagen des AN in den verschiedenen Objekten vertraut zu machen. Bei Ausfall oder Störung von Systemen mit Aufnahmepflicht vor Ort muss ein mit dem System vertrauter Bereitschaftstechniker des AN innerhalb von 50 Minuten beginnend ab dem Eingang der Störmeldung, in sämtlichen Objekten vor Ort sein.

Die durch Nichteinhalten der Zeiten entstehenden Schäden werden dem Auftragnehmer in Rechnung gestellt. Außerhalb der Dienstzeit wird außerdem bei Nichterscheinen in der geforderten Reaktionszeit eine Pönale in Höhe von Euro 20.000,- eingefordert.

Die Organisation des Bereitschaftsdienstes steht dem AN frei. Der AN hat in einer Beilage mittels eines Workflows das Konzept und den Ablauf des Bereitschaftsdienstes sowie des Störungsmanagements zu präsentieren. Die Kosten für Bereitschaftsdienst sind in das Anbot einzukalkulieren. Störungsmanagement ist die Gesamtheit aller Aktivitäten zur Aufrechterhaltung eines normalen Betriebs und die Behandlung von Ereignismeldungen, die Informationen über einen nicht normalen Betrieb technischer Anlagen geben. Seitens des AN ist ein Konzept - Workflow-Plan vorzulegen und in Beilage ./7 einzuordnen, indem mindestens folgende Kriterien erfüllt werden:

Verbesserung der Qualität von Prozessabläufen

Vereinheitlichen von Prozessen

Bearbeitungszeiten und Kosten senken

Informationsverfügbarkeit

Aufzeichnen von Abläufen und Prozessen Abarbeitungsprozedere

Sollte im Bereitschaftsdienst ein Einsatz erforderlich sein, so wird diese über die angeführten Regiepositionen abgerechnet.

Sämtliche anfallende Zusatzkosten wie amtliches Kilometergeld und amtliche Diäten sind in das Anbot einzukalkulieren.

Reaktionszeit vor Ort:

- -Strichaufzählung
Sehr dringend (50 Minuten)
- -Strichaufzählung
Dringend (24 Stunden)
- -Strichaufzählung

Weniger dringend (Nächster Werktag)

A. Vorort Aufnahme wenn erforderlich.

- -Strichaufzählung
Behebungszeit:
- -Strichaufzählung
Sehr dringend > 3 Stunden
- -Strichaufzählung
Dringend > 24 Stunden
- -Strichaufzählung
Weniger dringend > 3 Werktage

Gewerk Reaktio Behebungs- Anmerkung

Kühl- und Klimaräume	A1	1	Rückstufung auf 3 bei erfolgter Abstimmung mit dem Department
Bruträume	A1	1	Rückstufung auf 3 bei erfolgter Abstimmung mit dem Department
Kühl- und Gefrierschränke	A1	1	Rückstufung auf 3 bei erfolgter Abstimmung mit dem Department
Autoklaven	1	2	
Thermo- desinfektion	A2	3	
Digestorien	1	2	
HQ-Wasser	A2	2	
Punkt- absaugungen	A2	3	
Dampferzeuger für Bruträume		1	
Kühlwasser 4C	A1	2	
RO-Wasser	A1	2	
Raumkühlung	A2	2	
Raumheizung	A2	2	
Raumlüftung	A2	2 (Labor 1)	
Technische			
Gase	1	1	
Druckluft	1	2	

Erdgas	1	1	
Isotopenlabor			
Abluft	1	1	Fallweise
			Rückstufung auf 3 bei
			Abstimmung mit dem
			Department
Reinraum-	1	1	Fallweise
schränke für			Rückstufung auf 3 bei
Lebendtiere			Abstimmung mit dem
			Department
Zusätzliche	A1	1	Fallweise
Umluftkühlung			Rückstufung auf 3 bei
für Raumkühlung			Abstimmung mit dem
			Department
Sicherheits-	1	1	
einrichtung			
Gasschnüffler			
Dezentrale	1	1	
Gasversorgung			
Wasser	1	1	SIG
Versorgungspumpen			
Abwasserpumpen	1	1	SIG
aus Kanal			
Muthgasse			
Digstorien	1	1	Fallweise
Abluft			Rückstufung auf 3 bei
			Abstimmung mit dem
			Department
Allgemein			
Fördertechnik	2	3	
mit Ausnahme Lifts			
ZLT	1	1	
Heizung	A1	2	
Gasversorgung	1	1	
Sanitäranlagen		2	
Sicherheits-	1	1	
technik BMA,			
Beleuchtung			

Elektro, 1 1
Notstrom
Dampf- 1 1
erzeugung
Technikum
"

Auf Seite 20 der Ausschreibungsunterlage ist unter Punkt 2.20 "Änderungsvorbehalt" Folgendes ausgeführt:

"Die BOKU behält sich gemäß § 105 Abs 5 BVergG vor, die Zuschlagskriterien im Laufe des Verhandlungsverfahrens zu ändern oder zu präzisieren. Die BOKU wird eine allfällige Änderung den Bietern jedenfalls so rechtzeitig bekannt geben, dass die Bieter auf die Änderungen im Rahmen der Abgabe eines neuen Angebots oder im Rahmen der Verhandlungen reagieren bzw ihr Angebot entsprechend anpassen können.""Die BOKU behält sich gemäß Paragraph 105, Absatz 5, BVergG vor, die Zuschlagskriterien im Laufe des Verhandlungsverfahrens zu ändern oder zu präzisieren. Die BOKU wird eine allfällige Änderung den Bietern jedenfalls so rechtzeitig bekannt geben, dass die Bieter auf die Änderungen im Rahmen der Abgabe eines neuen Angebots oder im Rahmen der Verhandlungen reagieren bzw ihr Angebot entsprechend anpassen können."

Als Ende der Frist zur Erstangebotslegung wurde ursprünglich der 6. Februar 2012, 13.00 Uhr, festgelegt.

Unter Punkt 2.11. "Anfragen" auf Seite 18 von 289 der Ausschreibungsunterlage wurde festgehalten, dass für alle bis spätestens 5 Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist eingelangten Fragen die gegebenenfalls notwendigen Klarstellungen, allenfalls in Form einer Berichtigung der Ausschreibung, von der vergebenden Stelle allen Bietern/Bietergemeinschaften bis spätestens 4 Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist mitgeteilt werden.

Die Antragstellerin übermittelte am 25. Jänner 2012 um 11.14 Uhr einen Fragenkatalog an die Auftraggeberin. Am 27. Jänner 2012 um 13.32 Uhr übermittelte die Antragstellerin einen weiteren Fragenkatalog, welcher durch weitere Fragen, die der Auftraggeberin am 1. Februar 2012 um 10.15 Uhr übermittelt wurden, ergänzt wurde.

Mit Telefax vom 2. Februar 2012 wurden alle in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens ausgewählten Bieter in Form einer ersten Berichtigung der Ausschreibungsunterlage in Kenntnis gesetzt, dass die Frist für die Abgabe der Erstangebote von "06.02.2012, 13.00 (Einlangen)" auf "10.02.2012, 13.00 (Einlangen)" verlängert werde.

Die Auftraggeberin beantwortete - Unterfragen berücksichtigend - 155 Fragen der Antragstellerin und übermittelte diese 155 Fragen samt den Antworten mit E-Mail vom 3. Februar 2012 an die Bieter, die zur Legung eines Erstangebotes eingeladen wurden. Gleichzeitig mit der Bieteranfragenbeantwortung wurde an die Bieter des Vergabeverfahrens auch eine zweite Berichtigung der Ausschreibungsunterlage übermittelt.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 2. Februar 2012 - elektronisch an das Bundesvergabeamt am 2. Februar 2012 um 23.56 Uhr übermittelt - einen Nachprüfungsantrag, verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht. In diesem Nachprüfungsantrag wird die Ausschreibungsunterlage unter Hinweis auf die an die Auftraggeberin übermittelten 155 Bieteranfragen der Antragstellerin angefochten und die Nichtigkeitserklärung der Ausschreibungsunterlagen, in eventu die Nichtigkeitserklärung "von in diesem Nachprüfungsverfahren aufgezeigten und vom BVA als rechtswidrig erkannten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen" beantragt. In der Begründung dieses Nachprüfungsantrages wird von der Antragstellerin im Wesentlichsten zusammenfassend dargelegt, dass die Ausschreibungsunterlagen unvollständig wären bzw. falsche Informationen beinhalten würden, und nicht geeignet wären, darauf aufbauend ein ohne nicht kalkulierbare Risiken vergaberechtskonformes Angebot erstellen können und die gewählten Zuschlagskriterien nicht geeignet wären um vergaberechtskonform einen Zuschlag erteilen zu können.

Dieser Nachprüfungsantrag langte im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden am 3. Februar 2012 ein. Dieses Nachprüfungsverfahren wird im Bundesvergabeamt zu N/0013-BVA/05/2012 geführt.

Mit Bescheid vom 9. Februar 2012, N/0013-BVA/05/2012-EV11, hat das Bundesvergabeamt im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des zu N/0013-BVA/05/2012 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren einlangende Angebote zu öffnen. Zusätzlich wurde das in

der Ausschreibungsunterlage (in der Fassung nach der 2. Berichtigung vom 03.02.2012) des Vergabeverfahrens auf den Seiten 7 und 16 festgesetzte "Ende der Angebotsfrist 10.02.2012, 13:00 Uhr (Einlangen)" ausgesetzt.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 13. Februar 2012 - elektronisch an das Bundesvergabeamt am 13. Februar 2012 um 21.54 Uhr übermittelt - einen zweiten Nachprüfungsantrag, verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht. In diesem Nachprüfungsantrag wird die Bieteranfragenbeantwortung bzw. die zweite Berichtigung der Ausschreibungsunterlage vom 3. Februar 2012 als sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist angefochten. In diesem Nachprüfungsantrag wird die Nichtigerklärung der "1. Anfragebeantwortung und der 2. Berichtigung zu den Ausschreibungsunterlagen der 2. Stufe" bzw. in eventu "die in diesem Nachprüfungsverfahren aufgezeigten und vom BVA als rechtswidrig erkannten Antworten und Berichtigungen der Antragsgegnerin..." beantragt. In der Begründung dieses Nachprüfungsantrages wird von der Antragstellerin im Wesentlichsten zusammenfassend dargelegt, dass die Beantwortung von 60 von der Antragstellerin gestellte Fragen nicht vergaberechtskonform erfolgt wären. Die Antworten wären teilweise unvollständig bzw. falsch, unkalkulierbar oder unklar bzw. würden unzulässige Verweise enthalten würden; berichtigte Flächenangaben wären ebenfalls falsch. Ausgehend von der Beantwortung der gestellten Fragen wäre es nicht möglich ein ohne nicht kalkulierbare Risiken vergaberechtskonformes Angebot zu erstellen und es wäre auf der Grundlage der von der Auftraggeberin gewählten Zuschlagskriterien nicht möglich, vergaberechtskonform einen Zuschlag zu erteilen. Dieser Nachprüfungsantrag langte im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden am 14. Februar 2012 ein. Dieses Nachprüfungsverfahren wird im Bundesvergabeamt zu N/0018-BVA/05/2012 geführt.

Mit Bescheid vom 15. Februar 2012, N/0018-BVA/05/2012-EV4, hat das Bundesvergabeamt im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des zu N/0018-BVA/05/2012 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren einlangende Angebote zu öffnen. Zusätzlich wurde das in der Ausschreibungsunterlage (in der Fassung nach der 2. Berichtigung vom 03.02.2012) des Vergabeverfahrens auf den Seiten 7 und 16 festgesetzte "Ende der Angebotsfrist 10.02.2012, 13:00 Uhr (Einlangen)" ausgesetzt.

Im Zuge der Vorbereitung einer mündlichen Verhandlung in den Nachprüfungsverfahren N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 versuchte der zuständige Senatsvorsitzende des BVA unter Hinweis auf § 43 Abs. 5 AVG auf einen Ausgleich der Ansprüche der Antragstellerin und der Auftraggeberin hinzuwirken und lud die beiden Parteien zu einem Gespräch ins BVA ein. Beide Parteien nahmen die Einladung an. Das konstruktiv geführte Gespräch fand am 22. Februar 2012 im BVA statt. Dabei bot die Auftraggeberin eine Berichtigung verschiedener Punkte der angefochtenen Ausschreibungsunterlage und der 1. Fragebeantwortung an. Die Antragstellerin bekundete Gesprächsbereitschaft. Eine Einigung, die zu einer Beilegung der zu N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 geführten Nachprüfungsverfahren führte, kam jedoch nicht zustande. Es wurde von der Antragstellerin und der Auftraggeberin gemeinsam der Antrag auf Aussetzung der Frist des § 326 BVergG (in den beiden Nachprüfungsverfahren N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012) auf vorerst unbestimmte Zeit gestellt. Die Antragstellerin als derzeitige Dienstleistungserbringerin wurde von der Auftraggeberin gebeten, diverse Unterlagen hinsichtlich der Berichtigung der Ausschreibungsunterlage zur Verfügung zu stellen. Die Antragstellerin sagte dies zu. Im Zuge der Vorbereitung einer mündlichen Verhandlung in den Nachprüfungsverfahren N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 versuchte der zuständige Senatsvorsitzende des BVA unter Hinweis auf Paragraph 43, Absatz 5, AVG auf einen Ausgleich der Ansprüche der Antragstellerin und der Auftraggeberin hinzuwirken und lud die beiden Parteien zu einem Gespräch ins BVA ein. Beide Parteien nahmen die Einladung an. Das konstruktiv geführte Gespräch fand am 22. Februar 2012 im BVA statt. Dabei bot die Auftraggeberin eine Berichtigung verschiedener Punkte der angefochtenen Ausschreibungsunterlage und der 1. Fragebeantwortung an. Die Antragstellerin bekundete Gesprächsbereitschaft. Eine Einigung, die zu einer Beilegung der zu N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 geführten Nachprüfungsverfahren führte, kam jedoch nicht zustande. Es wurde von der Antragstellerin und der Auftraggeberin gemeinsam der Antrag auf Aussetzung der Frist des Paragraph 326, BVergG (in den beiden Nachprüfungsverfahren N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012) auf vorerst unbestimmte Zeit gestellt. Die Antragstellerin als derzeitige Dienstleistungserbringerin wurde von der Auftraggeberin gebeten, diverse Unterlagen hinsichtlich der Berichtigung der Ausschreibungsunterlage zur Verfügung zu stellen. Die Antragstellerin sagte dies zu.

Die Antragstellerin brachte am Postweg am 23. Februar 2012 um 21.33 Uhr einen weiteren Nachprüfungsantrag ein, in welchem im Wesentlichsten zusammengefasst die Nichtigerklärung von nicht im Vergabeverfahren getroffenen Entscheidungen beantragt wurde. Das Vergabekontrollverfahren wurde zu N/0026-BVA/05/2012 geführt und endete

mit zurückweisendem Bescheid des BVA vom 6. März 2012, N/0026-BVA/05/2012-16. Einer von der Antragstellerin dagegen erhobenen Beschwerde beim VwGH blieb der Erfolg versagt (Beschluss des VwGH vom 17. April 2012, 2012/04/0025-3), da der VwGH unter Hinweis auf § 33a VwGG die Behandlung der Beschwerde ablehnte und damit die Entscheidung des BVA vom 6. März 2012 bestätigte. In der Begründung des dieses Nachprüfungsverfahrens einleitenden Nachprüfungsantrages wies die Antragstellerin u.a. darauf hin, dass sie gezwungen sei, an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren teilzunehmen und dass das Vergabeverfahren widerrufen werden müsste. Eine Weiterführung des Vergabeverfahrens sei unzulässig. Die Antragstellerin brachte am Postweg am 23. Februar 2012 um 21.33 Uhr einen weiteren Nachprüfungsantrag ein, in welchem im Wesentlichen zusammengefasst die Nichtigerklärung von nicht im Vergabeverfahren getroffenen Entscheidungen beantragt wurde. Das Vergabekontrollverfahren wurde zu N/0026-BVA/05/2012 geführt und endete mit zurückweisendem Bescheid des BVA vom 6. März 2012, N/0026-BVA/05/2012-16. Einer von der Antragstellerin dagegen erhobenen Beschwerde beim VwGH blieb der Erfolg versagt (Beschluss des VwGH vom 17. April 2012, 2012/04/0025-3), da der VwGH unter Hinweis auf Paragraph 33 a, VwGG die Behandlung der Beschwerde ablehnte und damit die Entscheidung des BVA vom 6. März 2012 bestätigte. In der Begründung des dieses Nachprüfungsverfahrens einleitenden Nachprüfungsantrages wies die Antragstellerin u.a. darauf hin, dass sie gezwungen sei, an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren teilzunehmen und dass das Vergabeverfahren widerrufen werden müsste. Eine Weiterführung des Vergabeverfahrens sei unzulässig.

Entsprechend der im Streitbeilegungsgespräch vor dem BVA am 22. Februar 2012 getroffenen Grundsatzvereinbarung, wonach die Antragstellerin als derzeitige Dienstleistungserbringerin im Zuge der zu N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 geführten Vergabekontrollverfahren zusätzliche erforderliche Unterlagen, damit ein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren zur Beschaffung der ausgeschriebenen Leistungen geführt werden kann, zur Verfügung stellt, wurden von der Antragstellerin in drei Tranchen

- -Strichaufzählung
am 10. April 2012 9 Ordner mit schätzungsweise mehreren tausend Din-A4 bzw. Din-A3 Seiten Unterlagen betreffend den ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag sowie zwei USB-Sticks, auf welchem diese Unterlagen elektronisch abgespeichert sind,
- -Strichaufzählung
am 11. Mai 2012 13 Ordner mit schätzungsweise mehreren tausend Din-A4 bzw. Din-A3 Seiten Unterlagen betreffend den ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag sowie zwei USB-Sticks, auf welchem diese Unterlagen elektronisch abgespeichert sind,
- -Strichaufzählung
am 15. Juni 2012 13 Ordner mit schätzungsweise mehreren tausend Din-A4 bzw. Din-A3 Seiten Unterlagen betreffend den ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag sowie zwei USB-Sticks, auf welchem diese Unterlagen elektronisch abgespeichert sind,

an das BVA übermittelt. Einer der beiden USB-Sticks wurde im Rahmen des Parteiengehörs an die Auftraggeberin weitergeleitet.

Mit Telefax vom 20. Juli 2012 wurde den für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens ausgewählten Bewerbern des Vergabeverfahrens und damit auch der Antragstellerin die Widerrufsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren mitgeteilt. Begründend dazu wurde von der Auftraggeberin Folgendes ausgeführt:

1. "1.Ziffer eins

Es bestehen nicht unwesentliche Fehler bzw. Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen:

1. a.Litera a

In Punkt 2.31. ff wurden die Qualitätskriterien unterteilt in das Subkriterium "Reaktionszeiten bei Störfällen" einerseits und das Subkriterium "Behebungszeit" andererseits, und hinsichtlich der Bewertung der Qualität auf das Unterschreiten der im Leistungsverzeichnis, Pkt. 29.23 definierten Reaktions- bzw. Behebungszeiten abgestellt.

Nach der Definition in Pkt. 29.23. ist Reaktionszeit jene Zeit vom Eingang der Störmeldung bis zur Aufnahme der Störung an der Anlage vor Ort sowie der etwaig erforderlichen Sicherung. Insoweit eine Aufnahme vor Ort nicht ausdrücklich im Rahmen der Ausschreibung vorgeschrieben wird, kann der Auftragnehmer alternative Methoden der Störungsaufnahme vorschlagen bzw. umsetzen, jedoch auf eigenes Risiko. Wie aus der Grafik in Pkt. 29.23., S. 89f,

ersichtlich, wird nicht für alle Gewerke eine vor Ort Aufnahme der Störung verlangt, sodass es diesfalls in der Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers läge, alternative Methoden im Sinne des Pkt. 29.23. vorzuschlagen bzw. umzusetzen. Wenn somit der "Endzeitpunkt" der Reaktionszeit, der sowohl für Einhaltung der in Pkt. 29.23. vorgesehenen Reaktionszeit als auch die Bewertung im Rahmen des Subkriteriums "Reaktionszeit" in Pkt. 2.31. maßgeblich ist, nicht der Zeitpunkt der "vor Ort Aufnahme der Störung" ist, sondern ein alternativ vom Auftragnehmer vorgeschlagener Zeitpunkt, ist möglicherweise mit nicht vergleichbaren Angeboten zu rechnen. Eine Sanierung dieser Ausschreibungspunkte würde nicht nur eine Änderung der Definition der Reaktionszeit in Pkt. 29.23. bedingen, sondern gleichzeitig auch eine solche des Pkt. 2.31. und 2.32., folglich einen unzulässigen Eingriff in die Zuschlagskriterien nach sich ziehen.

Nach der Definition in Pkt. 29.23. ist die Behebungszeit jene Zeit "von der Störungsaufnahme an der Anlage vor Ort, bis zum wieder hergestellten störungsfreien Betrieb der Anlage". Da die Herstellung des störungsfreien Betriebs in Einzelfällen auch von externen, vom Bieter nicht vorherseh- und somit nicht vorab kalkulierbaren Faktoren abhängen kann (zB der Lieferung allenfalls für die Herstellung des störungsfreien Betriebes notwendigen Materials von dritter Seite an den Auftragnehmer), erweist sich die in Pkt. 29.23. vorgesehene und definierte Behebungszeit, als auch eine allenfalls vom Bieter im Rahmen der Zuschlagskriterien angebotene Unterschreitung derselben als möglicherweise im Rahmen der Vertragserfüllung de facto unerfüllbar bzw. im Rahmen der Angebotslegung unkalkulierbar bzw. nicht seriös anbietbar. Eine Sanierung dieser Ausschreibungspunkte würde nicht nur eine Änderung der Definition der Behebungszeit in Pkt. 29.23. bedingen, sondern gleichzeitig auch eine solche des Pkt. 2.31. und 2.33., folglich einen unzulässigen Eingriff in die Zuschlagskriterien nach sich ziehen.

1. b.Litera b

Die in Pkt. 29.2. angegebenen Werte (zB Anlagengröße Klima-Kälte gemäß Pkt. 29.2.2.) und in Pkt. 29.4. angeführten Anlagen (zB ist in allen drei Objekten eine "Pendelmischbettanlage" angeführt, die tatsächlich nicht mehr existiert; weiters fehlt darin zB die Sicherheits- und Fluchtwegbeleuchtung) sind teilweise unrichtig bzw. unvollständig; Weiters sind die unter dem Link <http://www.boku.ac.at/17131.html> für die drei Objekte abrufbaren Übersichtspläne teilweise unvollständig, es fehlen einzelne Technikflächen. Schließlich entsprechen die im Rahmen der 2. Berichtigung durchgeführten Flächenkorrekturen nach wie vor nicht den tatsächlichen Gegebenheiten.

1. c.Litera c

Die Aufgaben des Brandschutzbeauftragten (Pkt. 29.18) sind für die Auftragserfüllung zu eng gefasst, da diese nur die "Betreuung der haustechnischen Anlagen" umfasst. Hinsichtlich der Aufgaben des Strahlenschutzbeauftragten ist in Pkt. 29.18. nur der sachliche, nicht aber auch der örtliche Aufgabenbereich (zB nur für zentrale Anlagen zuständig oder auch für Einrichtungen der Nutzflächen-Departements) definiert.

1. d.Litera d

In Pkt. 8.2. wurden keine Angaben zum Wert des Schließsystems getätigt, der für eine Kalkulation relevant sein könnte.

1. e.Litera e

Sämtliche ausschreibungsgegenständliche Objekte (Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nussdorfer Lände 11) stehen nicht im Eigentum der Auftraggeberin, sondern wurden von dieser lediglich in Bestand genommen. Es bedarf deshalb einer Darlegung der die jeweiligen Vermieter der Auftraggeberin gegenüber treffenden Instandhaltungs-, Instandsetzungs-, und Wartungspflichten aus den bestehenden Bestandverträgen, dies zur Vermeidung von möglichen Überschneidungen der Tätigkeiten dieser Vermieter mit jenen des künftigen Auftragnehmers.

1. f.Litera f

In Pkt. 29.22. ist vorgesehen, dass nach abgeschlossenen Umbauarbeiten eine Einschulung auf die Anlagen erfolgen muss. Der dafür zu kalkulierende Aufwand wurde nicht festgelegt.

1. g.Litera g

In den Preisblättern ist unter den Punkten. 32.1., 32.2. und 32.3. jeweils die Position "Sonderanlagen ET (Laboreinrichtung, Netzersatzanlagen, etc.) 36 PA" auszureisen; der für Netzanlagen anfallende Aufwand wäre in diese Position einzukalkulieren; in der ABK-Datennormfile hingegen ist eine eigene Position für die Leistungen

"Netzanlage" vorgesehen.

1. h.Litera h

In Pkt. 29.14. wird festgelegt, dass der Auftragnehmer Energieeffizienz steigernde Maßnahmen zu identifizieren, zu planen, umzusetzen und während der gesamten Vertragslaufzeit instand zu halten und zu betreiben hat, sowie weiters die Maßnahmen setzt und den Einspareffekt der Maßnahmen garantiert. Festlegungen hinsichtlich der diesbezüglich bestehenden und zu berücksichtigenden Randbedingungen (zB Energieausweise etc.), der damit für die Bieter allenfalls verbundenen Kosten bzw. Kostentragung (Bieter oder Auftraggeberin?) fehlen.

1. i.Litera i

Weiters bedarf es der Vorgabe einer Strategie durch den AG (zB mittels eines "Service-Level-Agreement"), in welcher Art und Weise Wartungen zu erfolgen haben (zB ausfallorientierte oder präventive Wartung, etc.).

1. j.Litera j

Aus Pkt. 29.17 ("Meldung und Verfolgung von Gewährleistungsmängeln") sind der Umfang des Gewährleistungsmanagements, die Anlagen, für die die Gewährleistungsfrist noch nicht abgelaufen ist bzw. die sich in Bearbeitung befindlichen Mängel nicht ersichtlich.

1. k.Litera k

Schließlich bedarf es der Definition jener Anlagen, die von sicherheitsrelevanter Bedeutung sind.

1. 2.Ziffer 2

Im Rahmen eines vor dem Bundesvergabeamt zu gegenständlichem Vergabeverfahren geführten Nachprüfungsverfahrens, wurde der dortigen Antragstellerin die Anzahl und die Namen der zur Angebotsabgabe eingeladenen Bieter bekannt, sodass ein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens (vgl. § 19 BVergG) nicht ausgeschlossen werden kann."Im Rahmen eines vor dem Bundesvergabeamt zu gegenständlichem Vergabeverfahren geführten Nachprüfungsverfahrens, wurde der dortigen Antragstellerin die Anzahl und die Namen der zur Angebotsabgabe eingeladenen Bieter bekannt, sodass ein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens vergleiche Paragraph 19, BVergG) nicht ausgeschlossen werden kann."

Das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien, GZ 02/H173/2011" wurde bislang nicht widerrufen und der Zuschlag wurde nicht erteilt.

Die Antragstellerin hat für den Nachprüfungsantrag und den mit diesem Antrag verbundenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung letztlich Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 14.400.-- entrichtet.

Mit Bescheid des BVA vom 6. August 2012, N/0075-BVA/05/2012 wurde im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung der Auftraggeberin für die Dauer des zu N/0075-BVA/05/2012 beim BVA geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, das Vergabeverfahren zu widerrufen.

Am 6. September 2012 fand zum Nachprüfungsverfahren N/0075-BVA/05/2012 im BVA eine mündliche Verhandlung statt.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der wiedergegebene Sachverhalt ergibt sich aus den Angaben der Verfahrensparteien und findet Deckung in den von der Auftraggeberin vorgelegten Verfahrensunterlagen.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zur Anwendbarkeit des BVergG und zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16. Februar 2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1. April 2012, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG idGf sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr. 10/2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 10/2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen.Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung

der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16. Februar 2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1. April 2012, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG idgF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen.

Dies hat zur Folge, dass das BVA für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 1. April 2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0075-BVA/05/2012 am 30. Juli 2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 1. April 2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das BVA für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 1. April 2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0075-BVA/05/2012 am 30. Juli 2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 1. April 2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, maßgeblich.

Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG. Aufgrund des von der Auftraggeberin geschätzten Auftragswertes ist er dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der von der Auftraggeberin geschätzte Auftragswert liegt über dem 20fachen des in § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG genannten Auftragswertes, sodass hinsichtlich der Berechnung der zu entrichtenden Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Bestimmungen der 1 und § 2 Abs. 2 der BVA-GebV 2012, BGBl. II Nr. 130/2012 anzuwenden sind und unter Berücksichtigung von § 318 Abs. 1 Z 4 und 5 BVergG für den Nachprüfungsantrag eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 9.600.-- und für den Antrag auf Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung ein Betrag in Höhe von Euro 4.800.-- zu entrichten sind. Von der Antragstellerin wurden letztlich die Pauschalgebühren vergaberechtskonform entrichtet. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG. Aufgrund des von der Auftraggeberin geschätzten Auftragswertes ist er dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der von der Auftraggeberin geschätzte Auftragswert liegt über dem 20fachen des in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG genannten Auftragswertes, sodass hinsichtlich der Berechnung der zu entrichtenden Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Bestimmungen der 1 und Paragraph 2, Absatz 2, der BVA-GebV 2012, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 130 aus 2012, anzuwenden sind und unter Berücksichtigung von Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 4 und 5 BVergG für den Nachprüfungsantrag eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 9.600.-- und für den Antrag auf Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung ein Betrag in Höhe von Euro 4.800.-- zu entrichten sind. Von der Antragstellerin wurden letztlich die Pauschalgebühren vergaberechtskonform entrichtet.

Im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren wurde ein Zuschlag nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde auch bislang nicht widerrufen. Bei der Widerrufsentscheidung vom 20. Juli 2012 handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG. Der Nachprüfungsantrag vom 30. Juli 2012 erfüllt auch die Voraussetzungen des § 322 BVergG. Hinsichtlich der von der Antragstellerin gemachten Angaben über einen behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden wird vom BVA hingewiesen, dass durch einen drohenden Widerruf des Vergabeverfahrens jedenfalls die Frustration der bereits für die erste Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens entstandenen Aufwendungen bzw. Kosten droht. Insoweit droht der Antragstellerin zumindest dieser Schaden. Ob der Antragstellerin noch ein zusätzlicher darüber hinausreichender Schaden zu entstehen droht oder bereits entstanden ist, war im Zuge dieses Nachprüfungsverfahrens nicht weiter zu prüfen. Der Nachprüfungsantrag wurde unter Berücksichtigung von § 321 Abs. 1 BVergG auch rechtzeitig eingebracht. Gemäß § 312 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2 BVergG besteht sohin die Zuständigkeit des BVA zur Durchführung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens. Im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren wurde ein Zuschlag nicht erteilt. Das

Vergabeverfahren wurde auch bislang nicht widerrufen. Bei der Widerrufsentscheidung vom 20. Juli 2012 handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. Der Nachprüfungsantrag vom 30. Juli 2012 erfüllt auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, BVergG. Hinsichtlich der von der Antragstellerin gemachten Angaben über einen behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden wird vom BVA hingewiesen, dass durch einen drohenden Widerruf des Vergabeverfahrens jedenfalls die Frustration der bereits für die erste Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens entstandenen Aufwendungen bzw. Kosten droht. Insoweit droht der Antragstellerin zumindest dieser Schaden. Ob der Antragstellerin noch ein zusätzlicher darüber hinausreichender Schaden zu entstehen droht oder bereits entstanden ist, war im Zuge dieses Nachprüfungsverfahrens nicht weiter zu prüfen. Der Nachprüfungsantrag wurde unter Berücksichtigung von Paragraph 321, Absatz eins, BVergG auch rechtzeitig eingebracht. Gemäß Paragraph 312, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer 2, BVergG besteht sohin die Zuständigkeit des BVA zur Durchführung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens.

Zu Spruchpunkt I.:Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Die Auftraggeberin stützt ihre Widerrufsentscheidung unter anderem auch auf die Notwendigkeit zur Änderung von dem Vergabeverfahren zugrundeliegenden Zuschlagskriterien. Die Antragstellerin selbst fordert ebenfalls in den zu N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 geführten Nachprüfungsverfahren letztendlich die Nichtigerklärung von nach ihrer Auffassung vergaberechtswidrigen Zuschlagskriterien.

Auch der zur Entscheidung berufene Senat 5 des BVA erkennt die Notwendigkeit zur Änderung zumindest des Zuschlagskriteriums "Behebungszeit".

Sollte dieses Zuschlagskriterium, so wie es derzeit in der Ausschreibungsunterlage definiert und ausgeführt wird, weiterbestehen, wäre die Ausschreibungsunterlage vergaberechtswidrig. Die in ihren Angeboten anzubietenden Preise könnten - wie auch von der Antragstellerin in den zu N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 geführten Nachprüfungsverfahren vorgetragen - von Bietern ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken nicht ermittelt werden, wenn eine bestimmte maximale "Behebungszeit" für alle denkbar auftretenden Störfälle anzubieten ist. Die "Behebungszeit" kann nämlich von verschiedenen Faktoren abhängen, die im Voraus von niemandem abgesehen werden können und auf die ein Bieter keinen Einfluss hat (z.B. Art, Größe, Häufigkeit bzw. Umfang des Störfalles, Mitwirkungserfordernis der Auftraggeberin oder Dritter bei der Störfallbehebung, technische oder sonstige Gegebenheiten (z.B. Naturkatastrophen oder sonstige nicht vorhersehbare Ereignisse) im Zusammenhang mit der Entstehung und der Behebung eines Störfalles, die nicht in der Einflussosphäre eines Bieters liegen). Durch die Ausschreibungsunterlage wird das diesbezügliche Risiko vergaberechtswidrig, da nicht kalkulierbar, auf die Bieter abgewälzt.

Dies bedeutet einen Verstoß gegen § 78 Abs. 3 BVergG, wonach die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten sind, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 leg.cit. erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Dies deswegen, weil in Pkt. 29.23. der Ausschreibungsunterlage die Behebungszeit als jene Zeit "von der Störungsaufnahme an der Anlage vor Ort, bis zum wieder hergestellten störungsfreien Betrieb der Anlage" definiert wird. Die in Pkt. 29.23. der Ausschreibungsunterlage vorgesehene und definierte Behebungszeit (bzw. dessen Unterschreitung), erweist sich als nicht tauglich, um vergaberechtskonform als Zuschlagskriterium gewählt werden zu können. Sollte ein Bieter eine Maximal-Behebungszeit für alle möglich vorstellbaren Störfälle garantieren müssen, könnte letztlich kein Bieter ein Angebot legen, da auch Störfälle denkbar sind und auftreten können, für deren Behebung mitunter ein längerer - nicht vorab kalkulierbarer - Zeitraum vorzusehen wäre. Dies bedeutet einen Verstoß gegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG, wonach die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten sind, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 95, Absatz 3, leg.cit. erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Dies deswegen, weil in Pkt. 29.23. der Ausschreibungsunterlage die Behebungszeit als jene Zeit "von der Störungsaufnahme an der Anlage vor Ort, bis zum wieder hergestellten störungsfreien Betrieb der Anlage" definiert wird. Die in Pkt. 29.23. der Ausschreibungsunterlage vorgesehene und definierte Behebungszeit (bzw. dessen Unterschreitung), erweist sich als nicht tauglich, um vergaberechtskonform als Zuschlagskriterium gewählt werden zu können. Sollte ein Bieter eine Maximal-Behebungszeit für alle möglich vorstellbaren Störfälle garantieren müssen, könnte letztlich kein Bieter ein

Angebot legen, da auch Störfälle denkbar sind und auftreten können, für deren Behebung mitunter ein längerer - nicht vorab kalkulierbarer - Zeitraum vorzusehen wäre.

Eine Sanierung dieses Punktes in der Ausschreibungsunterlage würde nicht nur eine Änderung der Definition der Behebungszeit in Pkt. 29.23. bedingen, sondern gleichzeitig auch eine solche des Punktes 2.31. und 2.33., folglich einen Eingriff in die Zuschlagskriterien nach sich ziehen.

Das führt zur Frage, ob - wie auch von der Antragstellerin selbst in den Nachprüfungsverfahren N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 gefordert - im gegenständlichen Vergabeverfahren eine erforderliche Änderung der in der Ausschreibungsunterlage enthaltenen bzw. festgelegten Zuschlagskriterien vorgenommen werden darf. Die Suche nach einer Antwort auf diese Frage führt zu § 105 Abs. 5 BVergG. Das führt zur Frage, ob - wie auch von der Antragstellerin selbst in den Nachprüfungsverfahren N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 gefordert - im gegenständlichen Vergabeverfahren eine erforderliche Änderung der in der Ausschreibungsunterlage enthaltenen bzw. festgelegten Zuschlagskriterien vorgenommen werden darf. Die Suche nach einer Antwort auf diese Frage führt zu Paragraph 105, Absatz 5, BVergG.

Gemäß § 105 Abs. 5 BVergG darf in einem Verhandlungsverfahren an den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht anders festgelegt wurde, keine Änderung vorgenommen werden. Gemäß Paragraph 105, Absatz 5, BVergG darf in einem Verhandlungsverfahren an den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht anders festgelegt wurde, keine Änderung vorgenommen werden.

Die Antragstellerin hat in ihrer Stellungnahme vom 31. August auf Punkt 2.20 "Änderungsvorbehalt" der Ausschreibungsunterlagen hingewiesen und die Auffassung vertreten, dass dort unter Hinweis auf § 105 Abs. 5 BVergG festgelegt sei, dass die Zuschlagskriterien im Laufe des Verhandlungsverfahrens geändert bzw. präzisiert werden könnten und daher diese Bestimmung die Legitimation dafür enthalte, dass vergaberechtskonform im laufenden Vergabeverfahren die Zuschlagskriterien geändert werden könnten und durch eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlage entweder einzelne Zuschlagskriterien modifiziert werden könnten bzw. gänzlich gestrichen werden könnten. Die Antragstellerin hat in ihrer Stellungnahme vom 31. August auf Punkt 2.20 "Änderungsvorbehalt" der Ausschreibungsunterlagen hingewiesen und die Auffassung vertreten, dass dort unter Hinweis auf Paragraph 105, Absatz 5, BVergG festgelegt sei, dass die Zuschlagskriterien im Laufe des Verhandlungsverfahrens geändert bzw. präzisiert werden könnten und daher diese Bestimmung die Legitimation dafür enthalte, dass vergaberechtskonform im laufenden Vergabeverfahren die Zuschlagskriterien geändert werden könnten und durch eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlage entweder einzelne Zuschlagskriterien modifiziert werden könnten bzw. gänzlich gestrichen werden könnten.

Dazu wird vom BVA ausgeführt, dass eine öffentliche Auftraggeberin gemäß § 79 Abs. 3 BVergG auch in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung sie vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben hat. Dazu wird vom BVA ausgeführt, dass eine öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVergG auch in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung sie vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben hat.

Weiters wird auf die Erläuternden Bemerkungen in der Regierungsvorlage zu § 105 Abs. 5 BVergG (EB RV 1171 Blg Nr. 22. GP 89) hingewiesen, die folgenden Wortlaut aufweisen: Weiters wird auf die Erläuternden Bemerkungen in der Regierungsvorlage zu Paragraph 105, Absatz 5, BVergG (EB Regierungsvorlage 1171 Blg Nr. 22. Gesetzgebungsperiode 89) hingewiesen, die folgenden Wortlaut aufweisen:

"... Durch § 105 Abs. 5 wird in Entsprechung der Judikatur des EuGH festgelegt"... Durch Paragraph 105, Absatz 5, wird in Entsprechung der Judikatur des EuGH festgelegt,

dass die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien während der Verhandlungsphase nicht geändert werden dürfen, sofern nicht in den Ausschreibungsunterlagen anderes festgelegt wurde. Diese Verpflichtung zur Transparenz (vgl. dazu auch die Aussagen von GA Colomer in seinen SA in der Rs C-331/04) und um jede Diskriminierung auszuschließen fordert, dass allfällige Änderungen in der Anwendung der Zuschlagskriterien vorab fixiert und allen Teilnehmern am Verhandlungsverfahren bekannt gegeben werden. Zu den vorgesehenen Zuschlagskriterien darf weder ein

Zuschlagskriterium hinzugefügt noch eines weggelassen werden. Auch die einmal fixierte Gewichtung muss beibehalten werden."dass die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien während der Verhandlungsphase nicht geändert werden dürfen, sofern nicht in den Ausschreibungsunterlagen anderes festgelegt wurde. Diese Verpflichtung zur Transparenz vergleiche dazu auch die Aussagen von GA Colomer in seinen SA in der Rs C-331/04) und um jede Diskriminierung auszuschließen fordert, dass allfällige Änderungen in der Anwendung der Zuschlagskriterien vorab fixiert und allen Teilnehmern am Verhandlungsverfahren bekannt gegeben werden. Zu den vorgesehenen Zuschlagskriterien darf weder ein Zuschlagskriterium hinzugefügt noch eines weggelassen werden. Auch die einmal fixierte Gewichtung muss beibehalten werden."

Schließlich wird vom BVA noch auf zwei Entscheidungen des EuGH hingewiesen:

In der Entscheidung in der Rechtsache C-331/04 (EuGH vom 24. November 2005, Rs C-331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl u Viaggi di Maio Snc/ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia u Comune di Venezia, Slg 2005, I-10109) gelangt der EuGH zum Ergebnis, dass selbst eine nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgte Neuverteilung der Gewichtung von Unterkriterien eines zuvor festgelegten Zuschlagskriteriums nur dann möglich sei, wenn sich die in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung des Auftrages bestimmten Zuschlagskriterien für den Auftrag nicht ändern, solch eine Entscheidung nichts enthält, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können und wenn diese Neuverteilung keinen Bieter diskriminieren könnte.

In der Entscheidung Rechtsache C-532/06 (EuGH vom 24. Jänner 2008, Rs C-532/06, Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon u Nikolaos Vlachopoulos gegen Dimos Alexandroupolis ua, Slg 2008, I-251) kommt der EuGH zum Ergebnis, dass es den vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz widerspricht, wenn ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens nachträglich Gewichtungskoeffizienten und Unterkriterien für die in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung genannten Zuschlagskriterien festlegt.

Das bedeutet, dass der Rechtsauffassung der Antragstellerin zum in Punkt 2.20 der Ausschreibungsunterlage enthaltenen "Änderungsvorbehalt" vom BVA nicht zugestimmt werden kann. Der Hinweis in § 105 Abs. 5 BVergG, wonach in den Ausschreibungsunterlagen anderes festgelegt werden kann, ist im Sinne der Erläuternden Bemerkungen und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH restriktiv auszulegen. Wenn nicht einmal nachträglich Gewichtungskoeffizienten und Unterkriterien von Zuschlagskriterien geändert werden dürfen, so darf eine Änderung von Zuschlagskriterien selbst nur in einer sehr restriktiven Weise geschehen. Das bedeutet, dass der Rechtsauffassung der Antragstellerin zum in Punkt 2.20 der Ausschreibungsunterlage enthaltenen "Änderungsvorbehalt" vom BVA nicht zugestimmt werden kann. Der Hinweis in Paragraph 105, Absatz 5, BVergG, wonach in den Ausschreibungsunterlagen anderes festgelegt werden kann, ist im Sinne der Erläuternden Bemerkungen und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH restriktiv auszulegen. Wenn nicht einmal nachträglich Gewichtungskoeffizienten und Unterkriterien von Zuschlagskriterien geändert werden dürfen, so darf eine Änderung von Zuschlagskriterien selbst nur in einer sehr restriktiven Weise geschehen.

Jedenfalls darf im gegenständlichen Verhandlungsverfahren eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien in der Art, dass ein Zuschlagskriterium weggelassen wird, nicht erfolgen. Der in der Ausschreibungsunterlage enthaltene "Änderungsvorbehalt" kann vergaberechtskonform nur so verstanden werden, dass damit keine Streichung von in der Ausschreibungsunterlage enthaltenen Zuschlagskriterien vorgenommen wird.

Das bedeutet, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die erforderliche Streichung des als vergaberechtswidrig erkannten Zuschlagskriteriums "Behebungszeit" oder eine allfällige diesbezügliche Adaptierung nicht im Rahmen einer Berichtigung erfolgen darf und daher einzig und allein ein Widerruf des Vergabeverfahrens in Frage kommt. Dies falls kommt der zur Entscheidung berufene Senat des BVA bereits an dieser Stelle zum Ergebnis, dass zumindest ein sachlicher Grund für einen Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens vorliegt. Da eine Ausschreibung auf der Grundlage auch nur eines einzigen als nicht vergaberechtskonform befundenen Zuschlagskriteriums ausgeschlossen ist, ist im gegenständlichen Vergabeverfahren auch die Voraussetzung für einen verpflichtenden Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß § 138 Abs. 1 BVergG erfüllt. Eine Fortführung des Vergabeverfahrens auf der Grundlage auch nur eines einzigen als vergaberechtswidrig erkannten Zuschlagskriteriums, eine erfolgende "Reparatur" der Ausschreibung durch eine Streichung eines Zuschlagskriteriums und letztlich auch die daran anschließende

Zuschlagserteilung wären bei einer Berichtigung der Ausschreibungsunterlage, bei der das als vergaberechtswidrig erkannte Zuschlagskriterium gestrichen werden würde, ebenfalls vergaberechtswidrig. Das bedeutet, dass darauf aufbauend bereits an dieser Stelle der zur Entscheidung berufene Senat 5 des BVA zur Auffassung gelangt, dass der von der Auftraggeberin in Aussicht genommene Widerruf des Vergabeverfahrens erforderlich und somit vergaberechtskonform ist. Diese Ansicht führt dazu, dass das dagegen von der Antragstellerin vorgetragene Nichtigerklärungsbegehren hinsichtlich der erfolgten Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin vom 20. Juli 2012 bereits an dieser Stelle abzuweisen war. Das bedeutet, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die erforderliche Streichung des als vergaberechtswidrig erkannten Zuschlagskriteriums "Behebungszeit" oder eine allfällige diesbezügliche Adaptierung nicht im Rahmen einer Berichtigung erfolgen darf und daher einzig und allein ein Widerruf des Vergabeverfahrens in Frage kommt. Dies falls kommt der zur Entscheidung berufene Senat des BVA bereits an dieser Stelle zum Ergebnis, dass zumindest ein sachlicher Grund für einen Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens vorliegt. Da eine Ausschreibung auf der Grundlage auch nur eines einzigen als nicht vergaberechtskonform befundenen Zuschlagskriteriums ausgeschlossen ist, ist im gegenständlichen Vergabeverfahren auch die Voraussetzung für einen verpflichtenden Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 138, Absatz eins, BVergG erfüllt. Eine Fortführung des Vergabeverfahrens auf der Grundlage auch nur eines einzigen als vergaberechtswidrig erkannten Zuschlagskriteriums, eine erfolgende "Reparatur" der Ausschreibung durch eine Streichung eines Zuschlagskriteriums und letztlich auch die daran anschließende Zuschlagserteilung wären bei einer Berichtigung der Ausschreibungsunterlage, bei der das als vergaberechtswidrig erkannte Zuschlagskriterium gestrichen werden würde, ebenfalls vergaberechtswidrig. Das bedeutet, dass darauf aufbauend bereits an dieser Stelle der zur Entscheidung berufene Senat 5 des BVA zur Auffassung gelangt, dass der von der Auftraggeberin in Aussicht genommene Widerruf des Vergabeverfahrens erforderlich und somit vergaberechtskonform ist. Diese Ansicht führt dazu, dass das dagegen von der Antragstellerin vorgetragene Nichtigerklärungsbegehren hinsichtlich der erfolgten Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin vom 20. Juli 2012 bereits an dieser Stelle abzuweisen war.

Sohin konnte auf das Erörtern der weiteren von der Auftraggeberin dargelegten fakultativen Widerrufsgründe verzichtet werden.

Vom BVA wird darüber hinaus mitgeteilt, dass mit dieser Entscheidung das unter N/0075-BVA/05/2012 geführte Nachprüfungsverfahren beendet ist, damit die mit Bescheid des BVA vom 6. August 2012, N/0075-BVA/05/2012-EV8 erlassene einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung ihre Geltung verliert und seitens der Auftraggeberin jederzeit der Widerruf des Vergabeverfahrens erklärt werden kann.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG hat die vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren, wenn sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat die vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren, wenn sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Wie sich aus Spruchpunkt I. des Bescheides ergibt, hat die Antragstellerin im zu N/0075-BVA/05/2012 geführten Nachprüfungsverfahren nicht einmal teilweise obsiegt, sodass das Pauschalgebühren-Kostenersatzbegehren abzuweisen war. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. des Bescheides ergibt, hat die Antragstellerin im zu N/0075-BVA/05/2012 geführten Nachprüfungsverfahren nicht einmal teilweise obsiegt, sodass das Pauschalgebühren-Kostenersatzbegehren abzuweisen war.

Schlagworte

Nur sehr eingeschränkte Änderung von Zuschlagskriterien während eines laufenden Vergabeverfahrens zulässig; eine erforderliche Änderung von Zuschlagskriterien in einem laufenden Vergabeverfahren führt zum Widerruf des Vergabeverfahrens;

Zuletzt aktualisiert am

05.11.2012

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