

TE Verg Bescheid 2012/3/6 N/0026-BVA/05/2012-16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.03.2012

Norm

BVergG 2006 §1 Abs1

BVergG 2006 §1 Abs1 Z1

BVergG 2006 §1 Abs1 Z3

BVergG 2006 §2 Z16

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG Novelle 2012 Art2 Z97

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

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

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

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

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

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

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

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

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 betreffend das 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 23. Februar 2012 der A***, vertreten durch X***, "das BVA möge

1. 1) Ziffer eins
die Entscheidung über die Einbringung der Stellungnahme vom 13.02.2012 (zu: N/0013-BVA/05/2012)
2. 2) Ziffer 2
vom 13.02.2012 (zu: N/0013-BVA/05/2012),

"Unrichtig ist weiters, dass in der Ausschreibungsunterlagen keine Konsequenzen bezüglich Falschangaben vorgesehen sein: Gemäß Punkt 9 "Behebungszeiten, Reaktionszeiten" wird festgehalten, dass die diesbezüglichen Vorgaben in Punkt 29.23 gelten, oder die vom Auftragnehmer angebotenen kürzeren Zeiten. Hält der Auftragnehmer diese angebotenen kürzeren Zeiten nicht ein, kann die Auftraggeberin entweder gemäß Punkt 19.2. eine Vertragsstrafe begehren, und/oder vom Einzelabruf zurücktreten."

1. 3) Ziffer 3
die Entscheidung über die Einbringung der Stellungnahme vom 21.02.2012 (zu: N/0018-BVA/05/2012)
2. 4) Ziffer 4
vom 21.02.2012 (zu: N/0018-BVA/05/2012),

"Frage 66: [...]"

Pendelmischbetтанlage: Es ist richtig, dass die Pendelmischbetтанlage nicht mehr existiert. Diesbezüglich plant die Auftraggeberin eine Berichtigung."

1. 5) Ziffer 5
folgende Festlegung der Antragsgegnerin in ihrer E-Mail an die ASt vom 20.02.2012,

"Mit der Aufnahme der Tätigkeit übernimmt der neue Auftragnehmer die Haftung."

1. 6) Ziffer 6
die Entscheidung der Antragsgegnerin betreffend die Teilnahme am Schlichtungsgespräch am 22.02.2012

2. 7)Ziffer 7

folgende Festlegung im Aktenvermerk zum Schlichtungsgespräch (ebenfalls vom 22.02.2012)

"Dabei bot die Auftraggeberin eine Berichtigung verschiedener Punkte der angefochtenen Ausschreibungsunterlagen und der 1. Fragebeantwortung an. [...] Die Auftraggeberin erklärte eine angemessene Frist (jedenfalls 2 Wochen) zur Abgabe der Erstangebote vorzusehen."

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 zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 1 Abs. 1, 2 Z. 16 lit. a sublit. dd, 312 Abs. 1 und 2, 320 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006/BGBl. I Nr. 17/2006 idF des BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG) Rechtsgrundlage: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 312 Absatz eins und 2, 320 Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG)

II.römisch zwei.

Der Antrag vom 23. Februar 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," wird abgewiesen .

Rechtsgrundlage: § 319 Abs. 1 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins, BVergG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 23. Februar 2012 (auf dem Postweg am 23. Februar 2012 eingebracht und am 27. Februar 2012 im Bundesvergabeamt eingelangt) 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 Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Mit Schriftsatz vom 23. Februar 2012 (auf dem Postweg am 23. Februar 2012 eingebracht und am 27. Februar 2012 im Bundesvergabeamt eingelangt) 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 Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

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 Antragsgegnerin erbracht habe - habe einen Teilnahmeantrag gestellt und sei zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen worden. In den an die Antragstellerin versandten Ausschreibungsunterlagen werde in Pkt. 2.11 festgelegt, dass Bieteranfragen zu den Ausschreibungsunterlagen bis spätestens 01.02.2012, 13:00 Uhr an die Auftraggeberin zu richten wären. Bieterfragen würden spätestens 4 Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist beantwortet werden. Das Ende der Angebotsfrist sei in den Ausschreibungsunterlagen mit 06.02.2012, 13:00 Uhr, festgelegt worden. Mit Schreiben vom 02.02.2012 sei von der Auftraggeberin die Frist auf 10.02.2012 erstreckt und die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich berichtigt worden ("1. Berichtigung").

Die Antragstellerin habe am 25.01.2012, am 27.01.2012 und am 01.02.2012 Bieterfragen zu den Ausschreibungsunterlagen an die Auftraggeberin gestellt. Am 03.02.2012 sei der Antragstellerin von der Auftraggeberin per E-Mail die "1. Anfragenbeantwortung und 2. Berichtigung zu den Ausschreibungsunterlagen der 2. Stufe" übermittelt worden.

Am 02.02.2012 habe die Antragstellerin betreffend diesem Vergabeverfahren beim Bundesvergabeamt einen Nachprüfungsantrag (GZ: N/0013-BVA/05/2012) mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen eingebracht. Mit dem am 09.02.2012 der Antragstellerin zugestellten Bescheid habe das Bundesvergabeamt der Auftraggeberin "für die Dauer des zu N/0013-BVA/05/2012 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt [...], im Vergabeverfahren eingehende Angebote zu öffnen. Zusätzlich sei 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 worden. Am

13.02.2012 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 15.02.2012 der Antragstellerin zugestellten Bescheid habe das Bundesvergabeamt der Auftraggeberin "für die Dauer des zu N/0018-BVA/05/2012 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt [...], im Vergabeverfahren eingehende einlangende Angebote zu öffnen. Zusätzlich sei 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 worden.

Am 13.02.2012 sei der Antragstellerin eine Stellungnahme der Auftraggeberin zu GZ: N/0013-BVA/05/2012 übermittelt worden. In Pkt. I dieser Stellungnahme gebe die Antragsgegnerin allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren. In Pkt. II der Stellungnahme fänden sich die rechtlichen Ausführungen der Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 02.02.2012. Auf Seite 2 der Stellungnahme in Pkt I.C. gebe die Auftraggeberin an wie folgt: Am 13.02.2012 sei der Antragstellerin eine Stellungnahme der Auftraggeberin zu GZ: N/0013-BVA/05/2012 übermittelt worden. In Pkt. römisch eins dieser Stellungnahme gebe die Antragsgegnerin allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren. In Pkt. römisch zwei der Stellungnahme fänden sich die rechtlichen Ausführungen der Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 02.02.2012. Auf Seite 2 der Stellungnahme in Pkt römisch eins.C. gebe die Auftraggeberin an wie folgt:

"Nach Prüfung der Teilnahmeanträge wurden die Antragstellerin, die Firma B*** und die Firma C***, jeweils mit E-Mail vom 19.12.2011 unter gleichzeitiger Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe zur Erstangebotslegung eingeladen."

Am 21.02.2012 sei der Antragstellerin eine Stellungnahme der Auftraggeberin zu GZ: N/0018-BVA/05/2012 elektronisch zugestellt worden, in der die Namen der Mitbieter sichtlich enthalten gewesen wären.

Am 20.02.2012 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin eine E-Mail mit folgendem Inhalt übermittelt:

"Sehr geehrter Hr. M***!

Anknüpfend an Ihren Schriftverkehr bzw. die Gespräche mit Fr. O*** übermittle ich Ihnen hiermit die genaueren Modalitäten zur eventuellen Übergabe der technischen Betriebsführung an einen neuen Auftragnehmer:

- -Strichaufzählung
Der Wechsel wird voraussichtlich Mai 2012 stattfinden.
- -Strichaufzählung
Die Übergangsphase ist mit 3 Monaten angesetzt.
- -Strichaufzählung
Mit der Aufnahme der Tätigkeit übernimmt der neue Auftragnehmer die Haftung.

Zur genauen Festlegung der Modalitäten während der Übergangsphase ersuche ich um ein gemeinsames Gespräch mit O***. Folgende Termine können wir Ihnen vorschlagen:

27.2.2012, 13:00 bis 15:00 Uhr

29.2.2012, 10:00 bis 12:00 Uhr

29.2.2012, 16:00 bis 18:00 Uhr

5.3.2012, 15:00 bis 17:00 Uhr

8.3.2012; 11:00 bis 13:00 Uhr

Bitte um Bestätigung eines Termins."

Am 23.02.2012, 09:00 - 13:00 Uhr habe beim BVA ein Schlichtungsgespräch gemäß 43 Abs. 5 AVG zwischen der Antragstellerin und der Auftraggeberin stattgefunden. Aufbauend auf dem Schlichtungsgespräch sei seitens des BVA ein Aktenvermerk erstellt worden, der von beiden Verfahrensparteien unterzeichnet worden sei. Am 23.02.2012, 09:00 - 13:00 Uhr habe beim BVA ein Schlichtungsgespräch gemäß Paragraph 43, Absatz 5, AVG zwischen der Antragstellerin und der Auftraggeberin stattgefunden. Aufbauend auf dem Schlichtungsgespräch sei seitens des BVA ein Aktenvermerk erstellt worden, der von beiden Verfahrensparteien unterzeichnet worden sei.

Zum drohenden Schaden und zum Interesse am Vertragsabschluss führte die Antragstellerin aus, dass durch die Rechtsverletzung - die Bekanntgabe der anderen zur Erstangebotslegung eingeladenen Bieter - der Antragstellerin ein Wettbewerbsvorteil entstanden sei. Der Antragstellerin drohe im Falle der Weiterführung des Vergabeverfahrens, trotz bestehender Rechtswidrigkeit, dass andere Bieter den entstandenen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Antragstellerin einklagten und die Antragstellerin dadurch selbst ein Schaden erleiden würde. Werde das Vergabeverfahren trotz der in Pkt. 3 aufgezeigten Rechtswidrigkeit der Antragsgegnerin fortgeführt, so drohe der Antragstellerin auch der Verlust einer Chance auf Angebotsabgabe und -bewertung in einem gesetzeskonformen, insbesondere mit dem BVergG 2006 im Einklang stehenden Vergabeverfahren und Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen, somit ein großer finanzieller und sonstiger Schaden.

Darüber hinaus drohe der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns. Dieser drohe sowohl für den Fall, dass die Antragstellerin auf Grund der aufgezeigten Rechtswidrigkeiten von der Abgabe eines Angebotes Abstand nehmen müsste, als auch in dem Fall, dass auf Grund der aufgezeigten Rechtswidrigkeiten in rechtswidriger Weise an ein anderes Unternehmen der Zuschlag erteilt werden würde.

Könne die Antragstellerin aufgrund der nachstehenden aufgezeigten Rechtswidrigkeiten kein Angebot abgeben bzw. ergehe die Zuschlagserteilung an ein anderes Unternehmen, so würde ihr zusätzlich ein Schaden in der Höhe der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen drohen. Darüber hinaus wären wegen der Rechtswidrigkeiten mehrere Beratungsgespräche mit Rechtsvertretern erforderlich gewesen, sodass auch bereits ein Rechtsanwalts honorar angefallen sei. Schließlich drohe der Antragstellerin ein Schaden in Form des Verlustes eines Referenzprojektes. Die Durchführung der ausgeschriebenen Leistung würde für die Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt darstellen.

Aus den genannten Gründen habe die Antragstellerin auch Interesse am Vertragsabschluss.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen, insbesondere dem § 19 BVergG 2006 entsprechenden, Vergabeverfahrens verletzt. Sie sei nunmehr gezwungen an einem rechtswidrigen Verfahren, in dem der Grundsatz der Geheimhaltung nicht mehr bestehe, teilzunehmen. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen, insbesondere dem Paragraph 19, BVergG 2006 entsprechenden, Vergabeverfahrens verletzt. Sie sei nunmehr gezwungen an einem rechtswidrigen Verfahren, in dem der Grundsatz der Geheimhaltung nicht mehr bestehe, teilzunehmen.

In ihrem Nachprüfungsantrag verweist die Antragstellerin hinsichtlich der angefochtenen Punkte auf die im Spruchpunkt I dieses Bescheides wörtlich wiedergegebenen Entscheidungen / Festlegungen der Auftraggeberin bzw. die "Festlegung" des Bundesvergabeamtes in einem Aktenvermerk vom 22. Februar 2012. Dazu führt sie aus, dass die genannten Festlegungen betreffend des Vergabeverfahrens "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A?1190 Wien" ergangen wären. In ihrem Nachprüfungsantrag verweist die Antragstellerin hinsichtlich der angefochtenen Punkte auf die im Spruchpunkt römisch eins dieses Bescheides wörtlich wiedergegebenen Entscheidungen / Festlegungen der Auftraggeberin bzw. die "Festlegung" des Bundesvergabeamtes in einem Aktenvermerk vom 22. Februar 2012. Dazu führt sie aus, dass die genannten Festlegungen betreffend des Vergabeverfahrens "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A?1190 Wien" ergangen wären.

Dazu führt die Antragstellerin aus, dass der Begriff der "sonstigen Festlegungen" iSd § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006 weit auszulegen sei. So wären etwa auch Fragenbeantwortungen eines Auftraggebers, die - zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen - nur an einen Bieter ergehen würden, oder auch mündliche Aussagen des Auftraggebers gegenüber einem Mitarbeiter eines Bieters als sonstige Festlegungen anzusehen (VwGH 22.06.2011, 2007/04/0076). Umso mehr wären die genannten Festlegungen als "sonstige Festlegung" iSd § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006 anzusehen und somit als gesondert anfechtbare Entscheidung zu qualifizieren. Dazu führt die Antragstellerin aus, dass der Begriff der "sonstigen Festlegungen" iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 weit auszulegen sei. So wären etwa auch Fragenbeantwortungen eines Auftraggebers, die - zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen - nur an einen Bieter ergehen würden, oder auch mündliche Aussagen des Auftraggebers

gegenüber einem Mitarbeiter eines Bieters als sonstige Festlegungen anzusehen (VwGH 22.06.2011, 2007/04/0076). Umso mehr wären die genannten Festlegungen als "sonstige Festlegung" iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 anzusehen und somit als gesondert anfechtbare Entscheidung zu qualifizieren.

Gem. § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006 stellten im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung sonstige Festlegungen eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Die in genannten Festlegungen der Antragstellerin wären somit als gesondert anfechtbare Entscheidung iSd BVergG 2006 zu qualifizieren. Gem. Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 stellten im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung sonstige Festlegungen eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Die in genannten Festlegungen der Antragstellerin wären somit als gesondert anfechtbare Entscheidung iSd BVergG 2006 zu qualifizieren.

Die Stellungnahmen, welche die bekämpften Festlegungen enthalten würden, wären der Antragstellerin am 13.02.2012 bzw. 21.02.2012 zugestellt worden. Die E-Mail mit der bekämpften Festlegung der Auftraggeberin sei der Antragstellerin am 20.02.2012 zugestellt worden. Das Schlichtungsgespräch habe am 22.02.2012 stattgefunden. Der gegenständliche Antrag auf Nachprüfung der Festlegungen der Antragsgegnerin sei daher gemäß § 321 Abs. 1 BVergG 2006 binnen offener Frist eingebracht worden und sei daher rechtzeitig. Die Stellungnahmen, welche die bekämpften Festlegungen enthalten würden, wären der Antragstellerin am 13.02.2012 bzw. 21.02.2012 zugestellt worden. Die E-Mail mit der bekämpften Festlegung der Auftraggeberin sei der Antragstellerin am 20.02.2012 zugestellt worden. Das Schlichtungsgespräch habe am 22.02.2012 stattgefunden. Der gegenständliche Antrag auf Nachprüfung der Festlegungen der Antragsgegnerin sei daher gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 binnen offener Frist eingebracht worden und sei daher rechtzeitig.

Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung. Die Antragstellerin habe zum selben Vergabeverfahren am 02.02.2012 und 13.02.2012 bereits einen Nachprüfungsantrag mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen eingebracht (GZ: N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012).

Die anfallende Pauschalgebühr werde am Freitag, 24.02.2012 an das BVA überwiesen werden.

Hinsichtlich der Gründe für die Rechtswidrigkeiten führt die Antragstellerin aus, dass die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 13.02.2012 betreffend GZ: N/0013-BVA/05/2012 wie folgt ausgeführt habe:

"Nach Prüfung der Teilnahmeanträge wurden die Antragstellerin, die Firma B*** und die Firma C***, jeweils mit E-Mail vom 19.12.2011 unter gleichzeitiger Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe zur Erstangebotslegung eingeladen."

Die Auftraggeberin habe somit in ihrem Schriftsatz vom 13.02.2012 die anderen zur Erstangebotslegung eingeladenen Bieter ausdrücklich genannt. Auf Grund des dadurch der Antragstellerin entstehenden Wettbewerbsvorteils und der damit verbundenen Wettbewerbsverzerrung wäre die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, die Ausschreibung zu widerrufen. Festzuhalten sei, dass nach der Judikatur des EuGH die Geheimhaltung einen höheren Stellenwert als der Rechtsschutz habe. Demnach verleihe "der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens den Parteien im Rahmen einer Klage gegen eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers betreffend ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags keinen Anspruch auf unbegrenzten und uneingeschränkten Zugang zu allen bei der Nachprüfungsinstanz eingereichten und dieses Vergabeverfahren betreffenden Informationen" (EuGH 14.02.2008, Rs C-450/06 Varec SA, Rn 51).

Durch die Bekanntgabe der Mitbieter in ihrer Stellungnahme vom 13.02.2012 habe die Auftraggeberin zu Unrecht diese Informationen an einen Wettbewerber weitergeleitet und damit gegen diesen wesentlichen Grundsatz verstoßen. Da die bekanntgegebenen Informationen zweifellos geeignet wären, den Wettbewerb zu verfälschen, hätte die Auftraggeberin - wie bereits oben ausgeführt - das gegenständliche Vergabeverfahren widerrufen müssen.

Tatsächlich habe die Auftraggeberin die Ausschreibung jedoch nicht widerrufen, sondern vielmehr das Vergabeverfahren fortgeführt, indem sie die bezeichneten Festlegungen getroffen habe. Diese Festlegungen seien daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Mit der Bekanntgabe der Mitbieter verstoße die Auftraggeberin gegen mehrere Bestimmungen des BVergG 2006. Die Auftraggeberin verstoße gegen die Grundsätze des § 19 BVergG 2006, wonach ein Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbes, sowie der Gleichbehandlung aller Bewerber

und Bieter durchzuführen sei. Im speziellen verstoße die Auftraggeberin gegen die Bestimmung des § 23 Abs. 1 und 2 BVergG 2006, wonach der Auftraggeber den vertraulichen Charakter aller die Bewerber betreffenden Angaben zu wahren habe und keine ihm vom Unternehmen übermittelten Informationen weitergeben dürfe. Mit der Bekanntgabe der Mitbieter verstoße die Auftraggeberin gegen mehrere Bestimmungen des BVergG 2006. Die Auftraggeberin verstoße gegen die Grundsätze des Paragraph 19, BVergG 2006, wonach ein Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbes, sowie der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen sei. Im speziellen verstoße die Auftraggeberin gegen die Bestimmung des Paragraph 23, Absatz eins und 2 BVergG 2006, wonach der Auftraggeber den vertraulichen Charakter aller die Bewerber betreffenden Angaben zu wahren habe und keine ihm vom Unternehmen übermittelten Informationen weitergeben dürfe.

Weiter verstoße die Auftraggeberin gegen die Bestimmung des § 105 Abs. 6 BVergG 2006, wonach Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten wären und gegen die Bestimmung des § 118 Abs. 2 BVergG 2006, wonach im Verhandlungsverfahren den Bietern die Teilnahme an der Angebotsöffnung nicht zu gestatten und das Ergebnis der Öffnung geheim zu halten sei. Werde in einem Verhandlungsverfahren eine formalisierte Angebotsöffnung unter Anwesenheit der Bieter vor Durchführung der Verhandlung durchgeführt, wäre eine den Grundsätzen des BVergG 2006 entsprechende Zuschlagsentscheidung nicht mehr möglich. Diese Rechtsverletzung der Auftraggeberin sei insofern von wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, da nicht ausgeschlossen werden könnte, dass bei gesetzeskonformer Vorgangsweise eine andere Zuschlagsentscheidung getroffen werden könnte (UVS OÖ 12.08.2008, VwSen-550414/11/Kü/Ba). Wenn im Verhandlungsverfahren sogar die Verletzung der Geheimhaltungspflichten bei bzw nach Angebotsöffnung eine wesentliche Rechtsverletzung darstellten, so müsse dies umso mehr bei einer entsprechenden Verletzung der Geheimhaltungspflicht vor Abgabe der Erstangebote gelten. Weiter verstoße die Auftraggeberin gegen die Bestimmung des Paragraph 105, Absatz 6, BVergG 2006, wonach Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten wären und gegen die Bestimmung des Paragraph 118, Absatz 2, BVergG 2006, wonach im Verhandlungsverfahren den Bietern die Teilnahme an der Angebotsöffnung nicht zu gestatten und das Ergebnis der Öffnung geheim zu halten sei. Werde in einem Verhandlungsverfahren eine formalisierte Angebotsöffnung unter Anwesenheit der Bieter vor Durchführung der Verhandlung durchgeführt, wäre eine den Grundsätzen des BVergG 2006 entsprechende Zuschlagsentscheidung nicht mehr möglich. Diese Rechtsverletzung der Auftraggeberin sei insofern von wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, da nicht ausgeschlossen werden könnte, dass bei gesetzeskonformer Vorgangsweise eine andere Zuschlagsentscheidung getroffen werden könnte (UVS OÖ 12.08.2008, VwSen-550414/11/Kü/Ba). Wenn im Verhandlungsverfahren sogar die Verletzung der Geheimhaltungspflichten bei bzw nach Angebotsöffnung eine wesentliche Rechtsverletzung darstellten, so müsse dies umso mehr bei einer entsprechenden Verletzung der Geheimhaltungspflicht vor Abgabe der Erstangebote gelten.

Auf Grund der Verletzung von fundamentalen Vergabegrundsätzen sei die Ausschreibung zu widerrufen. Eine Weiterführung des Vergabeverfahrens sei daher unzulässig und die angeführten Festlegungen der Auftraggeberin somit als rechtswidrig zu erachten und für nichtig zu erklären.

Bei einem Tribunal im Lichte des Art 6 EMRK - wie etwa dem VKS Wien - werde bereits der äußere Anschein einer Befangenheit als zur Aufhebung des Bescheids führender Verstoß gegen § 7 AVG angesehen (VwGH 08.10.2010, 2007/04/0134; VwGH 25.03.2010, 2004/04/0104). Dementsprechend genüge bereits der Anschein eines Verstoßes für die Rechtswidrigkeit. Bei einem Tribunal im Lichte des Artikel 6, EMRK - wie etwa dem VKS Wien - werde bereits der äußere Anschein einer Befangenheit als zur Aufhebung des Bescheids führender Verstoß gegen Paragraph 7, AVG angesehen (VwGH 08.10.2010, 2007/04/0134; VwGH 25.03.2010, 2004/04/0104). Dementsprechend genüge bereits der Anschein eines Verstoßes für die Rechtswidrigkeit.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 6. März 2012 replizierte die Antragstellerin auf das Vorbringen der Auftraggeberin vom 1. März 2012.

Die Auftraggeberin führte in einer entgegennenden Stellungnahme vom 1. März 2012 (eingelangt im Bundesvergabeamt am 2. März 2012) aus, dass die Antragstellerin sich irre, wenn sie vermeine, die ihrerseits im Nachprüfungsantrag genannten "Entscheidungen/Festlegungen" wären aufgrund der Bestimmung des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG "sonstige Festlegungen", und folglich gesondert anfechtbar. Dabei übersehe sie einerseits, dass eine gesondert anfechtbare Entscheidung nur dann vorliege, wenn eine solche vom Auftraggeber im Vergabeverfahren getroffen

worden sei. Keine der von der Antragstellerin angefochtenen "Entscheidungen/Festlegungen" wäre jedoch im Rahmen eines Vergabeverfahrens getroffen worden, sondern - mit Ausnahme des E-Mails vom 20.2.2012 - im Zuge des Nachprüfungsverfahrens. So zeige sich schon anhand der Bestimmung des § 1 Abs. 1 Z 1 und Z 3 BVergG, dass der Gesetzgeber ganz klar zwischen dem Vergabeverfahren einerseits und dem Vergabekontrollverfahren andererseits unterscheide, und für beide ganz unterschiedliche Regelungen aufstelle. Angaben der Auftraggeberin im Rahmen des vom Vergabeverfahren getrennt zu sehenden Kontrollverfahrens stellten somit keine anfechtbaren Entscheidungen dar. Das E-Mail vom 20.02.2012 sei weiters weder im Rahmen des Vergabeverfahrens noch im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens ergangen, sondern betreffe ausschließlich die Abwicklung der Übergangsphase mit der Antragstellerin als derzeitiger Dienstleisterin. Gesondert anfechtbare Entscheidungen seien somit gar nicht anfechtungsgegenständlich, sodass die diesbezüglichen Anträge verfehlt wären. Die Auftraggeberin führte in einer entgegennenden Stellungnahme vom 1. März 2012 (eingelangt im Bundesvergabeamt am 2. März 2012) aus, dass die Antragstellerin sich irre, wenn sie vermeine, die ihrerseits im Nachprüfungsantrag genannten "Entscheidungen/Festlegungen" wären aufgrund der Bestimmung des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG "sonstige Festlegungen", und folglich gesondert anfechtbar. Dabei übersehe sie einerseits, dass eine gesondert anfechtbare Entscheidung nur dann vorliege, wenn eine solche vom Auftraggeber im Vergabeverfahren getroffen worden sei. Keine der von der Antragstellerin angefochtenen "Entscheidungen/Festlegungen" wäre jedoch im Rahmen eines Vergabeverfahrens getroffen worden, sondern - mit Ausnahme des E-Mails vom 20.2.2012 - im Zuge des Nachprüfungsverfahrens. So zeige sich schon anhand der Bestimmung des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins und Ziffer 3, BVergG, dass der Gesetzgeber ganz klar zwischen dem Vergabeverfahren einerseits und dem Vergabekontrollverfahren andererseits unterscheide, und für beide ganz unterschiedliche Regelungen aufstelle. Angaben der Auftraggeberin im Rahmen des vom Vergabeverfahren getrennt zu sehenden Kontrollverfahrens stellten somit keine anfechtbaren Entscheidungen dar. Das E-Mail vom 20.02.2012 sei weiters weder im Rahmen des Vergabeverfahrens noch im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens ergangen, sondern betreffe ausschließlich die Abwicklung der Übergangsphase mit der Antragstellerin als derzeitiger Dienstleisterin. Gesondert anfechtbare Entscheidungen seien somit gar nicht anfechtungsgegenständlich, sodass die diesbezüglichen Anträge verfehlt wären.

Weiters erkenne die Antragstellerin, dass in § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG die gesondert anfechtbaren Entscheidungen taxativ aufgezählt wären (Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rz 47 zu § 2 Z 16). Demnach wären nur sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist gesondert anfechtbar. In diesem Zusammenhang sei auch der Annahme der Antragstellerin nicht zu folgen, wonach der Begriff der "sonstigen Festlegungen" der leg. cit. "weit auszulegen" sei: Wenn man von einem weiten Interpretationsspielraum ausgehen würde, könnte man alle (wesentlichen) Entscheidungen der Auftraggeberin darunter subsumieren. Allerdings werde nicht von diesen weiten Interpretationsmöglichkeiten auszugehen sein, weil sonst das gesamte System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen ad absurdum geführt werden würde. Die Grenzen der "sonstigen Festlegungen" müssten also dort liegen, wo die Gefahr der Umgehung des vom Gesetzgeber vorgegebenen, taxativen Systems bestehe oder der Gesetzgeber eben absichtlich bestimmte Entscheidungen nicht gesondert anfechtbar machen wollte (Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, aaO). Unter diesen Prämissen müsse sohin davon ausgegangen werden, dass im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nur sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. der Angebotsfrist gesondert anfechtbar wären. Das gegenständliche Vergabeverfahren befinde sich derzeit jedoch noch nicht in der Verhandlungsphase; infolge der in den Verfahren N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 ergangenen einstweiligen Verfügungen, mit denen das Ende der Angebotsfrist ausgesetzt worden wäre, auch nicht in der Lage während der Angebotsfrist. Der Antrag sei sohin mangels gesondert anfechtbarer Entscheidungen als unzulässig zurückzuweisen. Weiters erkenne die Antragstellerin, dass in Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG die gesondert anfechtbaren Entscheidungen taxativ aufgezählt wären (Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rz 47 zu Paragraph 2, Ziffer 16.). Demnach wären nur sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist gesondert anfechtbar. In diesem Zusammenhang sei auch der Annahme der Antragstellerin nicht zu folgen, wonach der Begriff der "sonstigen Festlegungen" der leg. cit. "weit auszulegen" sei: Wenn man von einem weiten Interpretationsspielraum ausgehen würde, könnte man alle (wesentlichen) Entscheidungen der Auftraggeberin darunter subsumieren. Allerdings werde nicht von diesen weiten Interpretationsmöglichkeiten auszugehen sein, weil sonst das gesamte System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen ad absurdum geführt werden würde. Die Grenzen der "sonstigen Festlegungen"

müssten also dort liegen, wo die Gefahr der Umgehung des vom Gesetzgeber vorgegebenen, taxativen Systems bestehe oder der Gesetzgeber eben absichtlich bestimmte Entscheidungen nicht gesondert anfechtbar machen wollte (Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, aaO). Unter diesen Prämissen müsse sohin davon ausgegangen werden, dass im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nur sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. der Angebotsfrist gesondert anfechtbar wären. Das gegenständliche Vergabeverfahren befinde sich derzeit jedoch noch nicht in der Verhandlungsphase; infolge der in den Verfahren N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 ergangenen einstweiligen Verfügungen, mit denen das Ende der Angebotsfrist ausgesetzt worden wäre, auch nicht in der Lage während der Angebotsfrist. Der Antrag sei sohin mangels gesondert anfechtbarer Entscheidungen als unzulässig zurückzuweisen.

Selbst wenn das BVA den obigen Ausführungen nicht folgen sollte, sei für die Antragstellerin nichts gewonnen, wenn man bedenke, dass es sich bei einer Entscheidung einer Auftraggeberin um einen nach außen in Erscheinung tretenden Teilakt im Vergabeverfahren in Form einer privatrechtlichen Willenserklärung den Bewerber/Bietern gegenüber handle (vgl. dazu etwa VfSlg. 16.462/2002; uvam): Selbst wenn das BVA den obigen Ausführungen nicht folgen sollte, sei für die Antragstellerin nichts gewonnen, wenn man bedenke, dass es sich bei einer Entscheidung einer Auftraggeberin um einen nach außen in Erscheinung tretenden Teilakt im Vergabeverfahren in Form einer privatrechtlichen Willenserklärung den Bewerber/Bietern gegenüber handle vergleiche dazu etwa VfSlg. 16.462 aus 2002;; uvam):

Bei den "Entscheidungen" über die Einbringung der Stellungnahmen vom 13.02.2012 und 21.02.2012, sowie den Ausführungen auf Seite 10/11 der Stellungnahme vom 13.02.2012 und Seite 11 der Stellungnahme vom 21.02.2012, sowie der "Entscheidung" der Antragsgegnerin betreffend die Teilnahme am Schlichtungsgespräch am 22.02.2012, sowie die darin getätigten Äußerungen, sei Erklärungsempfänger der monierten "Entscheidungen" jedoch nicht die Antragstellerin, sondern exklusiv das BVA gewesen. In diesem Sinn wäre das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung gegenüber dem Verfahrensgegner im Zivilverfahren für «sonstige» Ausführungen einer Verfahrenspartei gegenüber dem Gericht bislang grundsätzlich verneint worden (siehe dazu z.B. OGH 13. 11. 1968, 7 Ob 205/68 bzw. OGH 21. 11. 2001, 3 Ob 9/01x). Diese Auffassung der fehlenden Willenserklärung gegenüber dem Verfahrensgegner im Verfahren vor dem BVA müsse nach der Judikatur des BVA vom 1. 2. 2008, N/0127-BVA/08/2007-25, umso mehr bzw. zumindest analog gelten, zumal das BVA als Tribunal und weisungsfreie Verwaltungsbehörde noch weniger als die Zivilgerichte als für den Abschluss von Rechtsgeschäften zwischen den Verfahrensparteien eingerichtet angesehen werden könne. Es sei demnach generell abzulehnen, dass die Antragstellerin aus dem Schriftsatz der Auftraggeberin, verfasst für mehrere Nachprüfungs- bzw. EV-Verfahren, eine ihr gegenüber ergehende Willenserklärung der Auftraggeberin ableiten könne. Verfahrenshandlungen eines Auftraggebers vor dem BVA wären teleologisch nicht gleichzeitig als Willenserklärungen des Auftraggebers gegenüber dem Antragsteller zu betrachten. Vorbringen des Auftraggebers gegenüber der Behörde stellte nach Senatsauffassung gerade keine Willenserklärung des Auftraggebers gegenüber dem Antragsteller dar.

Aus der vorzitierten Judikatur ergebe sich sohin, dass es sich bei sämtlichen angefochtenen Entscheidungen (mit Ausnahme des ohnedies weder im Rahmen des Vergabeverfahrens noch des Nachprüfungsverfahrens ergangenen E-Mails vom 20.02.2012) um Verfahrenshandlungen des Auftraggebers vor dem BVA handle, die keine Willenserklärungen der Auftraggeberin gegenüber der Antragstellerin darstellten, und somit der Antrag auch aus diesem Grund - mangels Anfechtung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - als unzulässig zurückzuweisen sei.

Die Auftraggeberin müsse - trotz der ohnedies klaren Rechtslage gemäß den Vorausführungen - auf den Vorwurf eingehen, wonach sie durch die Bekanntgabe der an der Erstangebotslegung eingeladenen Bieter gegen eine Vielzahl von Bestimmungen des BVergG verstoßen habe, und verpflichtet sei, das Vergabeverfahren zu widerrufen: Die von der Antragstellerin ins Treffen geführten Bestimmungen des BVergG würden sich allesamt auf die Pflichten der Auftraggeberin im Rahmen eines Vergabeverfahrens beziehen, und nicht auf jene, die die Auftraggeberin im Zuge eines Vergabekontrollverfahrens zu berücksichtigen habe: Die hier tatsächlich zur Anwendung gelangende zentrale Norm sei - was die Antragstellerin offensichtlich verkenne - § 313 Abs. 1 BVergG, wonach öffentliche Auftraggeber dem Bundesvergabeamt alle für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen hätten. Komme die Auftraggeberin dieser Verpflichtung nicht nach, so könne einerseits das Bundesvergabeamt aufgrund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten eine Entscheidung treffen, und die Auftraggeberin würde dadurch andererseits eine Verwaltungsübertretung begehen, die mit einer

Geldstrafe von bis zu Euro 15.000,-- zu bestrafen sei. Abs. 1 leg. cit. lege somit der Auftraggeberin eine umfassende Auskunftspflicht dem Bundesvergabeamt gegenüber auf, der sie - um die Rechtsfolgen der §§ 313 Abs. 2 und 344 BVergG hintanzuhalten - Folge zu leisten habe. Aufgrund der so bestehenden umfassenden Auskunftspflicht der Auftraggeberin habe diese dem Bundesvergabeamt gegenüber - zumal es sich (wie im Vorpunkt dargestellt) bei den Ausführungen in den Schriftsätzen ja allesamt um Erklärungen der Entscheidungsbehörde und nicht der Antragstellerin gegenüber handle - die monierte Mitteilung getätigt. Da dem Bundesvergabeamt gegenüber grundsätzlich bestehende gesetzliche Geheimhaltungs- bzw. Verschwiegenheitspflichten zurücktreten würden, und der zur Auskunft Verpflichtete somit dem BVA gegenüber volle Auskunft gewähren müsse, sei das Vorgehen der Auftraggeberin völlig im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben. Dies werde im Übrigen auch durch den EuGH in der Rechtssache Varec (14.02.2008, C-450/06, Rz 53) bestätigt: Demnach müsse die Nachprüfungsinstanz über sämtliche Informationen verfügen können, die erforderlich wären, um in voller Kenntnis der Umstände entscheiden zu können, also auch über vertrauliche Informationen und Geschäftsgeheimnisse. Die Auftraggeberin müsse - trotz der ohnedies klaren Rechtslage gemäß den Voraussetzungen - auf den Vorwurf eingehen, wonach sie durch die Bekanntgabe der an der Erstangebotslegung eingeladenen Bieter gegen eine Vielzahl von Bestimmungen des BVergG verstoßen habe, und verpflichtet sei, das Vergabeverfahren zu widerrufen: Die von der Antragstellerin ins Treffen geführten Bestimmungen des BVergG würden sich allesamt auf die Pflichten der Auftraggeberin im Rahmen eines Vergabeverfahrens beziehen, und nicht auf jene, die die Auftraggeberin im Zuge eines Vergabekontrollverfahrens zu berücksichtigen habe: Die hier tatsächlich zur Anwendung gelangende zentrale Norm sei - was die Antragstellerin offensichtlich verkenne - Paragraph 313, Absatz eins, BVergG, wonach öffentliche Auftraggeber dem Bundesvergabeamt alle für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen hätten. Komme die Auftraggeberin dieser Verpflichtung nicht nach, so könne einerseits das Bundesvergabeamt aufgrund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten eine Entscheidung treffen, und die Auftraggeberin würde dadurch andererseits eine Verwaltungsübertretung begehen, die mit einer Geldstrafe von bis zu Euro 15.000,-- zu bestrafen sei. Absatz eins, leg. cit. lege somit der Auftraggeberin eine umfassende Auskunftspflicht dem Bundesvergabeamt gegenüber auf, der sie - um die Rechtsfolgen der Paragraphen 313, Absatz 2 und 344 BVergG hintanzuhalten - Folge zu leisten habe. Aufgrund der so bestehenden umfassenden Auskunftspflicht der Auftraggeberin habe diese dem Bundesvergabeamt gegenüber - zumal es sich (wie im Vorpunkt dargestellt) bei den Ausführungen in den Schriftsätzen ja allesamt um Erklärungen der Entscheidungsbehörde und nicht der Antragstellerin gegenüber handle - die monierte Mitteilung getätigt. Da dem Bundesvergabeamt gegenüber grundsätzlich bestehende gesetzliche Geheimhaltungs- bzw. Verschwiegenheitspflichten zurücktreten würden, und der zur Auskunft Verpflichtete somit dem BVA gegenüber volle Auskunft gewähren müsse, sei das Vorgehen der Auftraggeberin völlig im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben. Dies werde im Übrigen auch durch den EuGH in der Rechtssache Varec (14.02.2008, C-450/06, Rz 53) bestätigt: Demnach müsse die Nachprüfungsinstanz über sämtliche Informationen verfügen können, die erforderlich wären, um in voller Kenntnis der Umstände entscheiden zu können, also auch über vertrauliche Informationen und Geschäftsgeheimnisse.

Die Antragstellerin verneine, dass die Auftraggeberin das gegenständliche Vergabeverfahren "widerrufen hätte müssen", und gehe sohin offenbar vom Vorliegen eines Widerrufsgrundes gemäß § 138 Abs. 1 BVergG aus. Unabhängig von der Frage, ob ein solcher tatsächlich vorliege, sei die Antragstellerin vorab darauf hinzuweisen, dass ein Nachprüfungsverfahren ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte von Bietern diene, nicht aber der objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle (BVA 23.04.1998, F-26/97-22; 14.05.2003, 06N-34/03-15; 02.10.2003, 17N-80/03-37), somit sei die zentrale Frage eines Nachprüfungsverfahrens die Frage, ob die Antragstellerin durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers in Rechten verletzt worden sei (BVA 02.10.2003, 17N-80/03-37). Es stelle sich somit die Frage, ob aus der einen Auftraggeber gesetzlich auferlegten Verpflichtung zum Widerruf bei Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandes *e contrario* ein subjektives Recht des Bieters auf Vornahme des Widerrufs abgeleitet werden könne. Vereinfacht ausgedrückt: Habe ein Bieter ein subjektives Recht auf Erklärung des Widerrufs nach § 138 Abs. 1 BVergG? Dies sei - unabhängig von der Frage ob gegenständlich der Tatbestand des § 138 Abs. 1 BVergG verwirklicht sei oder nicht - zu verneinen: Bereits der EuGH spreche in seiner Entscheidung bezüglich des Widerrufs vom 16.09.1999, Rs C-27/98 (bestätigt in EuGH 18.06.2002, Rs C-92/00), lediglich von der dem Auftraggeber "stillschweigend verliehenen Befugnis, auf die Vergabe des Auftrages, für den die Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten oder das Vergabeverfahren von neuem einzuleiten", nicht aber von einem Recht des Bieters, diesen Widerruf zu verlangen bzw. diesen Umstand als Grund für eine Nichtigerklärung geltend zu machen. Adressat der Bestimmungen,

wann widerrufen werden dürfte und müsste, sei somit der Auftraggeber und nicht der Bieter. Der Gesetzgeber bezwecke damit, dem Auftraggeber eine Möglichkeit zu eröffnen, ein Vergabeverfahren ohne Zuschlag zu beenden. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte es der Bieter nur in der Hand haben, die rechtswidrige Beendigung des Vergabeverfahrens zu verhindern, wenn der Widerruf nicht gesetzmäßig erfolgt sei, oder Schadenersatz geltend zu machen: Dies werde auch aus den Materialien zu §§ 138f BVergG, (1171 BlgNR 22. GP) ersichtlich, in denen wörtlich ausgeführt werde, "dass die entsprechenden Bestimmungen auch dem Schutz der Bieter dienen würden. Jeder Widerruf eines Vergabeverfahrens sei geeignet, beim Bieter "vergebliche" Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens an bestimmte [...] Voraussetzungen sollte dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbundene allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden". In diesem Sinne spreche auch Elsnér, Bundesvergabegesetz 2006, 21f, nur vom Recht auf Unterbleiben des Widerrufs, und eben nicht - wie auch der EuGH und der Gesetzgeber - von einem Recht der Bieter auf einen Widerruf. Mangels subjektiven Rechts der Antragstellerin auf Erklärung des Widerrufs, sei der Antrag als unzulässig zurückzuweisen. Die Antragstellerin verneine, dass die Auftraggeberin das gegenständliche Vergabeverfahren "widerrufen hätte müssen", und gehe sohin offenbar vom Vorliegen eines Widerrufsgrundes gemäß Paragraph 138, Absatz eins, BVergG aus. Unabhängig von der Frage, ob ein solcher tatsächlich vorliege, sei die Antragstellerin vorab darauf hinzuweisen, dass ein Nachprüfungsverfahren ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte von Bieterne diene, nicht aber der objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle (BVA 23.04.1998, F-26/97-22; 14.05.2003, 06N-34/03-15; 02.10.2003, 17N-80/03-37), somit sei die zentrale Frage eines Nachprüfungsverfahrens die Frage, ob die Antragstellerin durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers in Rechten verletzt worden sei (BVA 02.10.2003, 17N-80/03-37). Es stelle sich somit die Frage, ob aus der einen Auftraggeber gesetzlich auferlegten Verpflichtung zum Widerruf bei Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandes e contrario ein subjektives Recht des Bieters auf Vornahme des Widerrufs abgeleitet werden könne. Vereinfacht ausgedrückt: Habe ein Bieter ein subjektives Recht auf Erklärung des Widerrufs nach Paragraph 138, Absatz eins, BVergG? Dies sei - unabhängig von der Frage ob gegenständlich der Tatbestand des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG verwirklicht sei oder nicht - zu verneinen: Bereits der EuGH spreche in seiner Entscheidung bezüglich des Widerrufs vom 16.09.1999, Rs C-27/98 (bestätigt in EuGH 18.06.2002, Rs C-92/00), lediglich von der dem Auftraggeber "stillschweigend verliehenen Befugnis, auf die Vergabe des Auftrages, für den die Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten oder das Vergabeverfahren von neuem einzuleiten", nicht aber von einem Recht des Bieters, diesen Widerruf zu verlangen bzw. diesen Umstand als Grund für eine Nichtigerklärung geltend zu machen. Adressat der Bestimmungen, wann widerrufen werden dürfte und müsste, sei somit der Auftraggeber und nicht der Bieter. Der Gesetzgeber bezwecke damit, dem Auftraggeber eine Möglichkeit zu eröffnen, ein Vergabeverfahren ohne Zuschlag zu beenden. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte es der Bieter nur in der Hand haben, die rechtswidrige Beendigung des Vergabeverfahrens zu verhindern, wenn der Widerruf nicht gesetzmäßig erfolgt sei, oder Schadenersatz geltend zu machen: Dies werde auch aus den Materialien zu Paragraphen 138 f, BVergG, (1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode ersichtlich, in denen wörtlich ausgeführt werde, "dass die entsprechenden Bestimmungen auch dem Schutz der Bieter dienen würden. Jeder Widerruf eines Vergabeverfahrens sei geeignet, beim Bieter "vergebliche" Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens an bestimmte [...] Voraussetzungen sollte dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbundene allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden". In diesem Sinne spreche auch Elsnér, Bundesvergabegesetz 2006, 21f, nur vom Recht auf Unterbleiben des Widerrufs, und eben nicht - wie auch der EuGH und der Gesetzgeber - von einem Recht der Bieter auf einen Widerruf. Mangels subjektiven Rechts der Antragstellerin auf Erklärung des Widerrufs, sei der Antrag als unzulässig zurückzuweisen.

Im Übrigen würde dann, wenn gegenständlich ein Widerrufsgrund vorliegen würde - ohne dass sich die Auftraggeberin durch diese Ausführungen hinsichtlich der Frage, ob ein Widerrufsgrund vorliegen würde, festlege - entweder die Teilnahme von Unternehmern, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können, als Parteien des Nachprüfungsverfahrens nicht möglich oder ein Vergabekontrollverfahren unter Wahrung der Parteirechte undurchführbar sein:

Gemäß den Materialien zu § 324 Abs. 2 BVergG (EB 1171 BlgNR 22.GP), sei die Parteistellung dann zu bejahen, "wenn der betreffende Unternehmer sein Interesse am Vertragsabschluss bereits durch entsprechende Handlungen (Beteiligung am Vergabeverfahren) manifestiert habe. Solange eine solche Manifestation nicht vorliege, wären die Beziehungen zum betreffenden Vergabeverfahren zu vage und weitläufig, um eine Parteistellung zu begründen. Werde daher z.B. eine angeblich diskriminierende Ausschreibung angefochten, wären dadurch begünstigte Unternehmer, die sich noch nicht am Vergabeverfahren beteiligt hätten, nicht Parteien dieses Verfahrens." Daraus folge e contrario, dass

ein Unternehmer, der sich am Vergabeverfahren beteiligt habe, auch im Verfahren bezüglich der Anfechtung einer Ausschreibung Parteistellung bekommen müsse, sofern er fristgerecht Einwendungen erhebe. 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, wäre weder für den Antragsteller, noch für die mitbeteiligte Partei ein im Sinne der RMRL sowie der Judikatur des EuGH (so etwa: EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, Universale-Bau AG) geforderter effektiver Rechtsschutz gewährleistet. Gemäß den Materialien zu Paragraph 324, Absatz 2, BVergG (EB 1171 BlgNR 22.GP), sei die Parteistellung dann zu bejahen, "wenn der betreffende Unternehmer sein Interesse am Vertragsabschluss bereits durch entsprechende Handlungen (Beteiligung am Vergabeverfahren) manifestiert habe. Solange eine solche Manifestation nicht vorliege, wären die Beziehungen zum betreffenden Vergabeverfahren zu vage und weitläufig, um eine Parteistellung zu begründen. Werde daher z.B. eine angeblich diskriminierende Ausschreibung angefochten, wären dadurch begünstigte Unternehmer, die sich noch nicht am Vergabeverfahren beteiligt hätten, nicht Parteien dieses Verfahrens." Daraus folge e contrario, dass ein Unternehmer, der sich am Vergabeverfahren beteiligt habe, auch im Verfahren bezüglich der Anfechtung einer Ausschreibung Parteistellung bekommen müsse, sofern er fristgerecht Einwendungen erhebe. 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, wäre weder für den Antragsteller, noch für die mitbeteiligte Partei ein im Sinne der RMRL sowie der Judikatur des EuGH (so etwa: EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, Universale-Bau AG) geforderter effektiver Rechtsschutz gewährleistet.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 6. März 2012 replizierte die Auftraggeberin auf das Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung.

Auf der Grundlage des Schriftsatzes samt Beilagen der Antragstellerin vom 23. Februar 2012 (OZ 2) samt dem dem Bundesvergabeamt übermitteltem Nachweis über die Einzahlung der Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 1.401.-- vom 24. Februar 2012 (OZ 1), dem Schriftsatz der Auftraggeberin vom 1. März 2012 (OZ 9 = OZ 10), dem Inhalt der Verfahrensakten der beim Bundesvergabeamt zu N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-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" und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 6. März 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 Oberschwabenbereich; die Auftragsvergabe wurde im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Union am 23. August 2011 bekannt gemacht.

Die Antragstellerin ist seit 1992 mit der technischen Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung der nunmehr ausschreibungsgegenständlichen Objekte beauftragt und somit der aktuelle Dienstleistungserbringer der nunmehr ausgeschriebenen Dienstleistungen.

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. 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 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 Bieteranfragen angefochten.

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. Die Verständigung der Auftraggeberin über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erfolgte am 3. Februar 2012 unter N/0013-BVA/05/2012-3. Darin wurde die Auftraggeberin vom Bundesvergabeamt aufgefordert auch zum gesamten Antragsvorbringen Stellung zu nehmen.

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.

Am 13. Februar 2012 übermittelte die Auftraggeberin, vertreten durch die Finanzprokuratur in Entsprechung der Aufforderung des Bundesvergabeamtes vom 3. Februar 2012 im Nachprüfungsverfahren N/0013-BVA/05/2012 eine Stellungnahme. Diese Stellungnahme wurde im Bundesvergabeamt unter N/0013-BVA/05/2012-13 protokolliert. Auf den Seiten 10/11 dieser Stellungnahme der Auftraggeberin ist

Folgendes festgehalten:

"... Unrichtig ist weiters, dass in der Ausschreibungsunterlage keine

Konsequenzen bezüglich Falschangaben vorgesehen seien: Gemäß Punkt 9 "Behebungszeiten, Reaktionszeiten" wird festgehalten, dass die diesbezüglichen Vorgaben in Punkt 29.23. gelten, oder die vom Auftragnehmer angebotenen kürzeren Zeiten. Hält der Auftragnehmer diese angebotenen kürzeren Zeiten nicht ein, kann die Auftraggeberin entweder gemäß Punkt 19.2. eine Vertragsstrafe begehren, und/oder vom Einzelabruf zurücktreten."

Diese Stellungnahme der Auftraggeberin wurde im Nachprüfungsverfahren N/0013- BVA/05/2012 vom Bundesvergabeamt im Rahmen des Parteiengehörs gemäß § 45 Abs. 3 AVG 1991 mit Telefax vom 13. Februar 2012 an die Antragstellerin zu N/0013- BVA/05/2012-14 übermittelt. Diese Stellungnahme der Auftraggeberin wurde im Nachprüfungsverfahren N/0013- BVA/05/2012 vom Bundesvergabeamt im Rahmen des Parteiengehörs gemäß Paragraph 45, Absatz 3, AVG 1991 mit Telefax vom 13. Februar 2012 an die Antragstellerin zu N/0013- BVA/05/2012-14 übermittelt.

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. 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. Die Verständigung der Auftraggeberin über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erfolgte am 14. Februar 2012, protokolliert im Bundesvergabeamt unter N/0018-BVA/05/2012-2. Im Zuge der Verständigung der Auftraggeberin wurde sie vom Bundesvergabeamt aufgefordert zum gesamten Antragsvorbringen im Nachprüfungsverfahren N/0018-BVA/05/2012 Stellung zu nehmen.

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.

Am 21. Februar 2012 übermittelte die Auftraggeberin, vertreten durch die Finanzprokuratur in Entsprechung der Aufforderung des Bundesvergabeamtes vom 14. Februar 2012 im Nachprüfungsverfahren N/0018-BVA/05/2012 eine Stellungnahme in zwei Ausführungen. Diese Stellungnahme wurde am 21. Februar 2012 im Bundesvergabeamt unter N/0018-BVA/05/2012-9 protokolliert. Die erste Ausführung dieser Stellungnahme enthält auch Angaben zur Zahl der eingelangten Teilnahmeanträge bzw. Namen von zur Erstangebotslegung eingeladenen Bietern, während diese Angaben in der zweiten Ausführung durch Schwärzung unleserlich gemacht wurden.

In dieser Stellungnahme - in der zweiten Ausführung - wird auf Seite 2 daher Folgendes ausgeführt:

"B. Gemäß Punkt 8. der Teilnahmeunterlagen der 1. Stufe wurde die Teilnahmeantragsfrist mit 19.9.2011, 12.00 Uhr, festgelegt. Bis zum Ende der Teilnahmeantragsfrist sind insgesamt X Teilnahmeanträge eingelangt; nach Ablauf der Teilnahmeantragsfrist langte am 19.9.2011 um 12.45 Uhr XXXXXXXXXX ein." B. Gemäß Punkt 8. der Teilnahmeunterlagen der 1. Stufe wurde die Teilnahmeantragsfrist mit 19.9.2011, 12.00 Uhr, festgelegt. Bis zum Ende der Teilnahmeantragsfrist sind insgesamt römisch zehn Teilnahmeanträge eingelangt; nach Ablauf der Teilnahmeantragsfrist langte am 19.9.2011 um 12.45 Uhr XXXXXXXXXX ein.

C. Nach Prüfung der Teilnahmeanträge wurden die Antragstellerin,

XX jeweils mit E-Mail vom 19.12.2011 unter gleichzeitiger Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe zur Erstangebotslegung eingeladen."

Auf Seite 11 dieser Stellungnahme der Auftraggeberin ist Folgendes festgehalten:

" Frage 66:

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird allgemein auf das Faktum hingewiesen, dass gegenständlich eine funktionale Leistungsbeschreibung vorliegt; deshalb hat sich die AG auch in diesem Punkt entschieden, lediglich eine "Übersicht" zu gestalten. Die Vorgabe einer kompletten Anlagenliste würde gegen die Intention der Auftraggeberin laufen, die Ausschreibung funktional zu gestalten. Im Übrigen sind alle als fehlend bezeichneten Anlagen in den Plänen bzw. Fotodokumentationen enthalten.

XXXXXXXXXX:

Pendelmischbetтанlage: Es ist richtig, dass die Pendelmischbetтанlage nicht mehr existiert. Diesbezüglich plant die Auftraggeberin eine Berichtigung."

Diese Stellungnahme der Auftraggeberin in der Fassung der zweiten Ausführung wurde im Nachprüfungsverfahren N/0018-BVA/05/2012 vom Bundesvergabeamt zu N/0018-BVA/05/2012-11 im Rahmen des Parteiengehörs gemäß § 45 Abs. 3 AVG 1991 mit E-Mail vom 21. Februar 2012 an die Antragstellerin übermittelt. Diese Stellungnahme der Auftraggeberin in der Fassung der zweiten Ausführung wurde im Nachprüfungsverfahren N/0018-BVA/05/2012 vom Bundesvergabeamt zu N/0018-BVA/05/2012-11 im Rahmen des Parteiengehörs gemäß Paragraph 45, Absatz 3, AVG 1991 mit E-Mail vom 21. Februar 2012 an die Antragstellerin übermittelt.

Am 20. Februar 2012 um 22.19 Uhr wurde von der E-Mail-Adresse "P***@XXXX.at" an den Geschäftsführer der Antragstellerin, M*** eine E-Mail mit folgendem Inhalt übermittelt:

"Von: P*** [P***@XXXX.at]

Gesendet: Montag, 20. Februar 2012 22:19

An: M***; GN-TGB

Cc: O***

Betreff: Besprechung Übergangsphase im Zuge der Ausschreibung techn.

Betriebsführung

Anlagen: Antw: Betriebsführung BOKU

Sehr geehrter Herr M***!

Anknüpfend an Ihren Schriftverkehr bzw. die Gespräche mit Fr. O*** übermittle ich Ihnen hiermit die genaueren Modalitäten zur eventuellen Übergabe der technischen Betriebsführung an einen neuen Auftragnehmer:

- -Strichaufzählung
Der Wechsel wird voraussichtlich Mai 2012 stattfinden.
- -Strichaufzählung
Die Übergangsphase ist mit 3 Monaten angesetzt.
- -Strichaufzählung
Mit der Aufnahme der Tätigkeit übernimmt der neue Auftragnehmer die Haftung.

Zur genauen Festlegung der Modalitäten während der Übergangsphase ersuche ich um ein gemeinsames Gespräch mit O***. Folgende Termine können wir Ihnen vorschlagen:

- -Strichaufzählung
27.2.2012, 13:00 bis 15:00 Uhr
- -Strichaufzählung
29.2.2012, 10:00 bis 12:00 Uhr
- -Strichaufzählung
29.2.2012, 16:00 bis 18:00 Uhr
- -Strichaufzählung
5.3.2012, 15:00 bis 17:00 Uhr
- -Strichaufzählung
8.3.2012, 11:00 bis 13:00 Uhr

Bitte um Bestätigung eines Termins.

Mit freundlichen Grüßen

p***

p***

Universität für Bodenkultur Wien

Abteilungsleiterin

Facility Management

Peter Jordanstraße 70

1190 Wien

Tel: XXXXXXX

Fax: XXXXXX

Mobil: XXXXX"

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 Bundesvergabeamtes 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 Bundesvergabeamt ein. Beide Parteien nahmen die Einladung an. Das

konstruktiv geführte Gespräch fand am 22. Februar 2012 von 9.00 Uhr bis 13.00 Uhr im Verhandlungssaal D des Bundesvergabeamtes 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 zumindest vorerst 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. 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 Bundesvergabeamtes 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 Bundesvergabeamt ein. Beide Parteien nahmen die Einladung an. Das konstruktiv geführte Gespräch fand am 22. Februar 2012 von 9.00 Uhr bis 13.00 Uhr im Verhandlungssaal D des Bundesvergabeamtes 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 zumindest vorerst 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 Auftraggeberin erklärte eine angemessene Frist (jedenfalls 2 Wochen) zur Abgabe der Erstangebote vorzusehen. 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, behielt sich eine allfällige Preisgestaltung jedoch vor.

Über dieses Schlichtungsgespräch wurde vom Senatsvorsitzenden ein Aktenvermerk angefertigt und vom Senatsvorsitzenden unterzeichnet. Da in diesem Schlichtungsgespräch mündlich von beiden Parteien auch gemeinsam der Antrag auf Aussetzung der Entscheidungsfristen gemäß § 326 BVergG des Bundesvergabeamtes in den Nachprüfungsverfahren N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 gestellt wurde, welcher im Aktenvermerk vom 22. Februar 2012 vom Senatsvorsitzenden schriftlich festgehalten wurde, wurde über Ersuchen des Senatsvorsitzenden jeweils auch von der Auftraggeberin und der Antragstellerin der Aktenvermerk unterzeichnet. Über dieses Schlichtungsgespräch wurde vom Senatsvorsitzenden ein Aktenvermerk angefertigt und vom Senatsvorsitzenden unterzeichnet. Da in diesem Schlichtungsgespräch mündlich von beiden Parteien auch gemeinsam der Antrag auf Aussetzung der Entscheidungsfristen gemäß Paragraph 326, BVergG des Bundesvergabeamtes in den Nachprüfungsverfahren N/0013-BVA/05/2012 und N/0018-BVA/05/2012 gestellt wurde, welcher im Aktenvermerk vom 22. Februar 2012 vom Senatsvorsitzenden schriftlich festgehalten wurde, wurde über Ersuchen des Senatsvorsitzenden jeweils auch von der Auftraggeberin und der Antragstellerin der Aktenvermerk unterzeichnet.

In diesem Aktenvermerk ist folgende Passage enthalten, die nunmehr auch Gegenstand des Nichtigerklärungsbegehrens der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren N/0026-BVA/05/2012 ist:

"Dabei bot die Auftraggeberin eine Berichtigung verschiedener Punkte der angefochtenen Ausschreibungsunterlage und der 1. Fragebeantwortung an. [...] Die Auftraggeberin erklärte eine angemessene Frist (jedenfalls 2 Wochen) zur Abgabe der Erstangebote vorzusehen."

Die Antragstellerin brachte den zu N/0026-BVA/05/2012 im Bundesvergabeamt protokollierten Nachprüfungsantrag am Postweg am 23. Februar 2012 um 21.33 Uhr ein. Auf dem Aufgabeküvert ist ein entsprechender Postaufgabevermerk ersichtlich. Für den Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.401.-- entrichtet.

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 nicht widerrufen und der Zuschlag wurde bislang nicht erteilt.

Am 6. März 2012 fand zum Nachprüfungsverfahren N/0026-BVA/05/2012 im Bundesvergabeamt 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.

Soweit die Antragstellerin im Schriftsatz vom 23. Februar 2012 auf Seite 4 unter der Randziffer 7 ausführt, dass der Antragstellerin am 21. Februar 20012 eine Stellungnahme der Auftraggeberin zu N/0018-BVA/05/2012 elektronisch zugestellt worden wäre, in der die Namen der Mitbieter ersichtlich wären, entspricht dies nicht der Wahrheit. Richtig ist vielmehr, dass diese Auftraggeber-Stellungnahme vom Bundesvergabebeamten in einer Ausfertigung übermittelt wurde, in der diesbezügliche Passagen durch Schwärzung unkenntlich gemacht wurden. Diesbezüglich wird auch auf die von der Auftraggeberin ihrem Nachprüfungsantrag angeschlossene "Beilage 2" hingewiesen.

Dass die E-Mail vom 20. Februar 2012 mit dem Inhalt

"Von: P*** [P***@XXXX.at]

Gesendet: Montag, 20. Februar 2012 22:19

An: M***; GN-TGB

Cc: O***

Betreff: Besprechung Übergangsphase im Zuge der Ausschreibung techn.

Betriebsführung

Anlagen: Antw: Betriebsführung BOKU

Sehr geehrter Herr M***!

Anknüpfend an Ihren Schriftverkehr bzw. die Gespräche mit Fr. O*** übermittle ich Ihnen hiermit die genaueren Modalitäten zur eventuellen Übergabe der technischen Betriebsführung an einen neuen Auftragnehmer:

- -Strichaufzählung
Der Wechsel wird voraussichtlich Mai 2012 stattfinden.
- -Strichaufzählung
Die Übergangsphase ist mit 3 Monaten angesetzt.
- -Strichaufzählung
Mit der Aufnahme der Tätigkeit übernimmt der neue Auftragnehmer die Haftung.

Zur genauen Festlegung der Modalitäten während der Übergangsphase ersuche ich um ein gemeinsames Gespräch mit O***. Folgende Termine können wir Ihnen vorschlagen:

- -Strichaufzählung
27.2.2012, 13:00 bis 15:00 Uhr
- -Strichaufzählung
29.2.2012, 10:00 bis 12:00 Uhr
- -Strichaufzählung
29.2.2012, 16:00 bis 18:00 Uhr
- -Strichaufzählung
5.3.2012, 15:00 bis 17:00 Uhr
- -Strichaufzählung
8.3.2012, 11:00 bis 13:00 Uhr

Bitte um Bestätigung eines Termins.

Mit freundlichen Grüßen

P***

P***

Universität für Bodenkultur Wien

Abteilungsleiterin

Facility Management

Peter Jordanstraße 70

1190 Wien

Tel: XXXXXX

Fax: XXXXXX

Mobil: XXXXX"

von Frau P*** an den Geschäftsführer der Antragstellerin übermittelt wurde, wurde von der Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 1. März 2012 nicht bestritten. Die Auftraggeberin hat in dieser Stellungnahme auch glaubhaft dargelegt, dass diese E-Mail infolge eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses an die Antragstellerin als Vertragspartner aus diesem Vertragsverhältnis gerichtet hat. Diese E-Mail erging sohin nicht im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren und ist daher auch kein Bestandteil dieses Vergabeverfahrens.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zur Anwendbarkeit des BVergG 2006 und zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Gemäß den Übergangsbestimmungen des Art. 2 Z 97 des Bundesgesetzes mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich erlassen und das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, BGBl. I Nr. 10/2012, sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGBl. I Nr. 10/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 10/2010 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Gemäß den Übergangsbestimmungen des Artikel 2, Ziffer 97, des Bundesgesetzes mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich erlassen und das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2010, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen.

Das bedeutet, dass das dem Nachprüfungsverfahren zugrundeliegende Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien, GZ 02/H173/2011" der Auftraggeberin und auch das zu N/0026- BVA/05/2012 geführte Nachprüfungsverfahren selbst auf der Grundlage des BVergG 2006 idF des BGBl. I Nr. 15/2010 fortzusetzen und zu Ende zu führen sind. Das bedeutet, dass das dem Nachprüfungsverfahren zugrundeliegende Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien, GZ 02/H173/2011" der Auftraggeberin und auch das zu N/0026- BVA/05/2012 geführte Nachprüfungsverfahren selbst auf der Grundlage des BVergG 2006 in der Fassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, fortzusetzen und zu Ende zu führen sind.

Nach § 312 Abs. 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 1. Abschnittes des 2. Hauptstückes auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig. Nach Paragraph 312, Absatz eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 1. Abschnittes des 2. Hauptstückes auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.

Die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamtes sind in dieser Bestimmung abschließend geregelt.

In Abs. 2 des § 312 BVergG wird dazu weiter ausgeführt, dass das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig ist. In Absatz 2, des Paragraph 312, BVergG wird dazu weiter ausgeführt, dass das Bundesvergabeamt bis zur

Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig ist

1. 1.Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. 2.Ziffer 2
zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Die ersten beiden zu prüfenden Voraussetzungen für eine zu bejahende Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes über das im Nachprüfungsantrag vom 23. Februar 2012 der Antragstellerin enthaltene Antragsbegehren abzusprechen, sind zweifellos erfüllt. Im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien, GZ 02/H173/2011" wurde ein Zuschlag weder erteilt, noch wurde dieses Vergabeverfahren durch einen Widerruf beendet.

Als nächstes ist bei der Prüfung, ob eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes im Sinne des § 312 BVergG gegeben ist, zu hinterfragen, ob die Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen beantragt wurde. Im Klartext stellt sich die Frage ob es sich bei

Als nächstes ist bei der Prüfung, ob eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes im Sinne des Paragraph 312, BVergG gegeben ist, zu hinterfragen, ob die Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen beantragt wurde. Im Klartext stellt sich die Frage ob es sich bei

1. "1)Ziffer eins
der Entscheidung (der Auftraggeberin) über die Einbringung der Stellungnahme vom 13.02.2012 (zu: N/0013-BVA/05/2012)
2. 2)Ziffer 2
der folgenden Festlegung der Auftraggeberin auf Seite 10/11 ihrer Stellungnahme vom 13.02.2012 (zu: N/0013-BVA/05/2012), "Unrichtig ist weiters, dass in der Ausschreibungsunterlagen keine Konsequenzen bezüglich Falschangaben vorgesehen sein: Gemäß Punkt 9 "Behebungszeiten, Reaktionszeiten" wird festgehalten, dass die diesbezüglichen Vorgaben in Punkt 29.23 gelten, oder die vom Auftragnehmer angebotenen kürzeren Zeiten. Hält der Auftragnehmer diese angebotenen kürzeren Zeiten nicht ein, kann die Auftraggeberin entweder gemäß Punkt

19.2. eine Vertragsstrafe begehren, und/oder vom Einzelabruf zurücktreten."

1. 3)Ziffer 3
der Entscheidung (der Auftraggeberin) über die Einbringung der Stellungnahme vom 21.02.2012 (zu: N/0018-BVA/05/2012)
2. 4)Ziffer 4
der folgenden Festlegung der Auftraggeberin auf Seite 11 ihrer Stellungnahme vom 21.02.2012 (zu: N/0018-BVA/05/2012), "Frage 66: [...]"

Pendelmischbetтанlage: Es ist richtig, dass die Pendelmischbetтанlage nicht mehr existiert. Diesbezüglich plant die Auftraggeberin eine Berichtigung."

1. 5)Ziffer 5
der folgenden Festlegung der Auftraggeberin in ihrer E-Mail an die Antragstellerin vom 20.02.2012,

"Mit der Aufnahme der Tätigkeit übernimmt der neue Auftragnehmer die Haftung."

1. 6)Ziffer 6
der Entscheidung der Auftraggeberin betreffend die Teilnahme am Schlichtungsgespräch (im Bundesvergabeamt) am 22.02.2012
2. 7)Ziffer 7
der folgenden Festlegung im Aktenvermerk (des Bundesvergabeamtes) zum Schlichtungsgespräch (ebenfalls vom 22.02.2012)

"Dabei bot die Auftraggeberin eine Berichtigung verschiedener Punkte der angefochtenen Ausschreibungsunterlagen und der 1. Fragebeantwortung an. [...] Die Auftraggeberin erklärte eine angemessene Frist (jedenfalls 2 Wochen) zur

Abgabe der Erstangebote vorzusehen."

betreffend dem Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien"

um gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG handelt um gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG handelt.

Hinsichtlich der Beantwortung dieser Frage wird vom Bundesvergabeamt auf § 1 Abs. 1 Z. 1 und Z. 3 und auf § 2 Z. 16 und § 2 Z. 16 lit. a sublit. dd BVergG hingewiesen. Diese Bestimmungen haben folgenden Wortlaut: Hinsichtlich der Beantwortung dieser Frage wird vom Bundesvergabeamt auf Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins und Ziffer 3 und auf Paragraph 2, Ziffer 16 und Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG hingewiesen. Diese Bestimmungen haben folgenden Wortlaut:

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz regelt insbesondere Paragraph eins, (1) Dieses Bundesgesetz regelt insbesondere

1. 1. Ziffer eins

die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im öffentlichen Bereich, das sind die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionsverträgen durch öffentliche Auftraggeber, die Durchführung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber, die Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre, die nicht öffentliche Auftraggeber sind und die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert werden (2. Teil),

2. 2. Ziffer 2

...

3. 3. Ziffer 3

den Rechtsschutz im Zusammenhang mit Vergabeverfahren im Sinne der Z 1 und 2, die in den Vollzugsbereich des Bundes fallen (4. Teil) den Rechtsschutz im Zusammenhang mit Vergabeverfahren im Sinne der Ziffer eins und 2, die in den Vollzugsbereich des Bundes fallen (4. Teil)

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

1. 16. Ziffer 16

Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

1. a) Litera a

Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende

Entscheidungen:

1. dd) Sub-Litera, d, d

im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem

Aufruf zum Wettbewerb: die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

Bereits aus § 1 Z. 1 iVm Z. 3 BVergG ist klar ersichtlich, dass der Gesetzgeber unmissverständlich zwischen Vergabeverfahren und Rechtsschutz unterscheidet. Der Rechtsschutz (4. Teil des BVergG und die nach den entsprechenden Bestimmungen durchzuführenden Nachprüfungs-, Feststellungs- und Provisorialverfahren) ist kein Teil eines Vergabeverfahrens. Das bedeutet, dass Handlungen, Entscheidungen, Festlegungen, etc., die in einem Rechtsschutzverfahren entsprechend dem 4. Teil des BVergG gesetzt werden, nicht Teil eines Vergabeverfahrens sind. Sie sind immer nur im "Zusammenhang mit (einem bestimmten) Vergabeverfahren" zu sehen. Bereits aus Paragraph eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Ziffer 3, BVergG ist klar ersichtlich, dass der Gesetzgeber unmissverständlich zwischen Vergabeverfahren und Rechtsschutz unterscheidet. Der Rechtsschutz (4. Teil des BVergG und die nach den entsprechenden Bestimmungen durchzuführenden Nachprüfungs-, Feststellungs- und Provisorialverfahren) ist kein

Teil eines Vergabeverfahrens. Das bedeutet, dass Handlungen, Entscheidungen, Festlegungen, etc., die in einem Rechtsschutzverfahren entsprechend dem 4. Teil des BVergG gesetzt werden, nicht Teil eines Vergabeverfahrens sind. Sie sind immer nur im "Zusammenhang mit (einem bestimmten) Vergabeverfahren" zu sehen.

Nach der Legaldefinition des § 2 Z. 16 leg.cit. ist als Entscheidung "jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren " zu verstehen (vgl. dazu auch VwGH vom 22.06.2011, 2007/04/0076) Nach der Legaldefinition des Paragraph 2, Ziffer 16, leg.cit. ist als Entscheidung "jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren " zu verstehen vergleiche dazu auch VwGH vom 22.06.2011, 2007/04/0076)

Im konkreten Fall hat die Auftraggeberin jedoch nicht im Vergabeverfahren sondern im Nachprüfungsverfahren N/0013-BVA/05/2012 folgende Entscheidungen bzw. Festlegungen getroffen:

1. "1)Ziffer eins

Entscheidung über die Einbringung der Stellungnahme vom 13.02.2012 (zu: N/0013-BVA/05/2012)

2. 2)Ziffer 2

Festlegung auf Seite 10/11 ihrer Stellungnahme vom 13.02.2012 (zu: N/0013- BVA/05/2012),

"Unrichtig ist weiters, dass in der Ausschreibungsunterlagen keine Konsequenzen bezüglich Falschangaben vorgesehen sein: Gemäß Punkt 9 "Behebungszeiten, Reaktionszeiten" wird festgehalten, dass die diesbezüglichen Vorgaben in Punkt 29.23 gelten, oder die vom Auftragnehmer angebotenen kürzeren Zeiten. Hält der Auftragnehmer diese angebotenen kürzeren Zeiten nicht ein, kann die Auftraggeberin entweder gemäß Punkt 19.2. eine Vertragsstrafe begehren, und/oder vom Einzelabruf zurücktreten."

1. 3)Ziffer 3

Entscheidung betreffend die Teilnahme am Schlichtungsgespräch (im Bundesvergabeamt) am 22.02.2012

betreffend dem Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A?1190 Wien""

Weiters hat die Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren N/0018-BVA/05/2012 folgende Entscheidungen bzw. Festlegungen getroffen:

1. "1)Ziffer eins

Entscheidung über die Einbringung der Stellungnahme vom 21.02.2012 (zu: N/0018-BVA/05/2012)

2. 2)Ziffer 2

Festlegung auf Seite 11 ihrer Stellungnahme vom 21.02.2012 (zu: N/0018- BVA/05/2012),

"Frage 66: [...]

Pendelmischbetтанlage: Es ist richtig, dass die Pendelmischbetтанlage nicht mehr existiert. Diesbezüglich plant die Auftraggeberin eine Berichtigung."

1. 3)Ziffer 3

Entscheidung betreffend die Teilnahme am Schlichtungsgespräch (im Bundesvergabeamt) am 22.02.2012

betreffend dem Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A?1190 Wien""

Weiters hat die Auftraggeberin außerhalb eines Vergabeverfahrens - auf der Grundlage eines zivilrechtlich zu beurteilenden aufrechten Vertragsverhältnisses hinsichtlich der Erbringung von Dienstleistungen mit der Antragstellerin die nachprüfungsrelevante E-Mail vom 20. Februar 2012 an die Antragstellerin übermittelt.

Auch der nachprüfungsrelevante Aktenvermerk des Bundesvergabeamtes vom 22. Februar erging nicht in einem Vergabeverfahren sondern in den zu N/0013- BVA/05/2012 bzw. N/0018-BVA/05/2012 geführten Nachprüfungsverfahren.

§ 2 Z. 16. lit. a sublit. dd leg. cit. kann nur in Zusammenhang mit den jeweiligen Überschriften gelesen werden. Das bedeutet, dass die in § 2 Z. 16. lit. a sublit. dd leg. cit. angeführten gesondert anfechtbaren Entscheidungen nach außen in Erscheinung treten müssen und dass es sich dabei um Entscheidungen eines Auftraggebers in einem Vergabeverfahren handeln muss.Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, leg. cit. kann nur in Zusammenhang

mit den jeweiligen Überschriften gelesen werden. Das bedeutet, dass die in Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, leg. cit. angeführten gesondert anfechtbaren Entscheidungen nach außen in Erscheinung treten müssen und dass es sich dabei um Entscheidungen eines Auftraggebers in einem Vergabeverfahren handeln muss.

Bei allen von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren N/0026-BVA/05/2012 monierten Entscheidungen/Festlegungen handelt es sich aber um solche, die außerhalb eines Vergabeverfahrens getroffen wurden. Hinsichtlich des beanstandeten Aktenvermerkes des Bundesvergabeamtes wird darüber hinaus darauf hingewiesen, dass dieser nicht von der Auftraggeberin sondern vom zuständigen Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamtes angefertigt wurde. Diesbezüglich wird auf § 291 Abs. 2 BVergG hingewiesen, wonach das Bundesvergabeamt die ihm auf Grund des BVergG zugewiesenen Zuständigkeiten in erster und letzter Instanz ausübt. Entscheidungen bzw. Festlegungen des Bundesvergabeamtes sind demnach mit ordentlichen Rechtsmitteln, worunter auch ein Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt zu verstehen ist, nicht mehr anfechtbar. Diesbezüglich wird auf die Möglichkeit der Einbringung außerordentlicher Rechtsmittel bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts hingewiesen. Bei allen von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren N/0026-BVA/05/2012 monierten Entscheidungen/Festlegungen handelt es sich aber um solche, die außerhalb eines Vergabeverfahrens getroffen wurden. Hinsichtlich des beanstandeten Aktenvermerkes des Bundesvergabeamtes wird darüber hinaus darauf hingewiesen, dass dieser nicht von der Auftraggeberin sondern vom zuständigen Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamtes angefertigt wurde. Diesbezüglich wird auf Paragraph 291, Absatz 2, BVergG hingewiesen, wonach das Bundesvergabeamt die ihm auf Grund des BVergG zugewiesenen Zuständigkeiten in erster und letzter Instanz ausübt. Entscheidungen bzw. Festlegungen des Bundesvergabeamtes sind demnach mit ordentlichen Rechtsmitteln, worunter auch ein Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt zu verstehen ist, nicht mehr anfechtbar. Diesbezüglich wird auf die Möglichkeit der Einbringung außerordentlicher Rechtsmittel bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts hingewiesen.

Auch § 320 Abs. 1 BVergG mit dem Wortlaut Auch Paragraph 320, Absatz eins, BVergG mit dem Wortlaut

"Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, wenn ...", sieht ausdrücklich vor, dass nur die Nachprüfung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Vergabeverfahren beantragt werden kann.

Zusammenfassend kommt daher der zur Entscheidung angerufene Senat 5 des Bundesvergabeamtes zum Ergebnis, dass das Bundesvergabeamt mangels Zuständigkeit das Antragsbegehren im verfahrenseinleitenden Schriftsatz der Antragstellerin vom 23. Februar 2012 zur Gänze zurückzuweisen hat, da dieses Antragsbegehren keine gesondert anfechtbaren Entscheidungen im Sinne der Legaldefinition des § 2 Z. 16 lit. a sublit. dd BVergG zum Inhalt hat. Zusammenfassend kommt daher der zur Entscheidung angerufene Senat 5 des Bundesvergabeamtes zum Ergebnis, dass das Bundesvergabeamt mangels Zuständigkeit das Antragsbegehren im verfahrenseinleitenden Schriftsatz der Antragstellerin vom 23. Februar 2012 zur Gänze zurückzuweisen hat, da dieses Antragsbegehren keine gesondert anfechtbaren Entscheidungen im Sinne der Legaldefinition des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG zum Inhalt hat.

Sohin war auf das weitere Antragsvorbringen nicht weiter einzugehen.

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/0026-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/0026-BVA/05/2012 geführten Nachprüfungsverfahren nicht einmal teilweise obsiegt, sodass das Pauschalgebühren-

Kostenersatzbegehren abzuweisen war.

Schlagworte

Gesondert anfechtbare Entscheidung, Abgrenzung zwischen vergabekontrollverfahren und Vergabeverfahren;

Zuletzt aktualisiert am

11.04.2012

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