

TE Verg Bescheid 2011/5/24 F/0005-BVA/02/2011-19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.05.2011

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §2 Z50

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §47

BVergG 2006 §57 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs3

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs2

BVergG 2006 §331 Abs1 Z2

BVergG 2006 §332 Abs3

BVergG 2006 §334 Abs7

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 47 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 57 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Feststellungsverfahren gemäß § 312 Abs. 3 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, in der Fassung BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Hygienepapier 2011 - Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Hygienepapier 2011 - Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund),

1. 2.Ziffer 2

Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 3. März 2011, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde und die Nichtigerklärung des gesamten Vertrags, in eventu weitestmögliche Aufhebung des Vertrages, in eventu die Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs 7 BVergG aussprechen", wird abgewiesen. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde und die Nichtigerklärung des gesamten Vertrags, in eventu weitestmögliche Aufhebung des Vertrages, in eventu die Verhängung von Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG aussprechen", wird abgewiesen.

II. römisch zwei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeber zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren zu Handen ihres rechtsfreundlichen Vertreters verpflichten", wird abgewiesen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 3.3.2011 stellte die A***, vertreten durch X***, (idF Antragstellerin) die unter den Spruchpunkten I und II wiedergegebenen Anträge und begehrte die Gewährung von Akteneinsicht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Mit Schriftsatz vom 3.3.2011 stellte die A***, vertreten durch X***, in der Fassung Antragstellerin) die unter den Spruchpunkten römisch eins und römisch zwei wiedergegebenen Anträge und begehrte die Gewährung von Akteneinsicht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Ein weiteres, mit selbem Schriftsatz eingebrachtes Feststellungsbegehren gemäß § 331 Abs 1 Z 1 BVergG wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 11.4.2011, GZ F/0004-BVA/02/2011-16, zurückgewiesen. Ein weiteres, mit selbem Schriftsatz eingebrachtes Feststellungsbegehren gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 11.4.2011, GZ F/0004-BVA/02/2011-16, zurückgewiesen.

Begründend brachte die Antragstellerin insbesondere vor, dass unabhängig davon, welche Vorgangsweise von den "faktisch" in Betracht kommenden folgenden vier verschiedenen Szenarien a) Fortführung des Vergabeverfahrens mit jenen Bieterinnen, die Angebote abgegeben haben, ohne Änderung dieser Angebote; b) Fortführung des Vergabeverfahrens mit jenen Bieterinnen, die Angebote abgegeben haben, wobei deren Angebote entsprechend den Streichungen, die das BVA bei der Ausschreibungsunterlage vorgenommen hat, abgeändert werden; c) Verlängerung der Angebotsfrist, um den an der modifizierten Ausschreibung interessierten Unternehmen (wie der Antragstellerin) die Möglichkeit zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu eröffnen; und d) Widerruf der Ausschreibung - die Auftraggeber nach Erlassung des Bescheides vom 3.12.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-36, gewählt hätten, Rechtswidrigkeit jedenfalls vorliege.

Infolge Fehlens eines zeitgerechten Widerrufs der Ausschreibung oder einer Verlängerung der Angebotsfrist durch die Auftraggeber, habe - im Widerspruch zum gemeinschaftsrechtlichen Gebot der effektiven Bekämpfung

rechtswidriger Spezifikationen - für die Antragstellerin keine Möglichkeit

bestanden, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Nur ohne intransparenter Beschreibung der Mindestqualitätsanforderungen und diskriminierender Vorgabe von Leitprodukten bzw. von Mindestbreitenanforderungen wäre sie willens und in der Lage gewesen, ein erfolgversprechendes Angebot zu legen. Wie aus der von der Antragstellerin als Beilage 3 zum verfahrenseinleitenden Schriftsatz vorgelegten "Liste" zu ersehen sei, betrage das Volumen der durch die Nichtigerklärung betroffenen Positionen gemessen am Auftragswert (für beide Lose: Euro 2.713.725,71) für beide Lose Euro 870.602,70, somit mehr als 32 %. Infolge der Einschränkung des möglichen Bieterkreises - nicht nur die Antragstellerin, sondern auch andere Unternehmen seien von einer Angebotsabgabe abgehalten worden - seien diese Rechtswidrigkeiten kausal für die Bestbieterermittlung und der Zuschlag sei nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot iSd § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG erteilt worden. bestanden, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Nur ohne intransparenter Beschreibung der Mindestqualitätsanforderungen und diskriminierender Vorgabe von Leitprodukten bzw. von Mindestbreitenanforderungen wäre sie willens und in der Lage gewesen, ein erfolgversprechendes Angebot zu legen. Wie aus der von der Antragstellerin als Beilage 3 zum verfahrenseinleitenden Schriftsatz vorgelegten "Liste" zu ersehen sei, betrage das Volumen der durch die Nichtigerklärung betroffenen Positionen gemessen am Auftragswert (für beide Lose: Euro 2.713.725,71) für beide Lose Euro 870.602,70, somit mehr als 32 %. Infolge der Einschränkung des möglichen Bieterkreises - nicht nur die Antragstellerin, sondern auch andere Unternehmen seien von einer

Angebotsabgabe abgehalten worden - seien diese Rechtswidrigkeiten kausal für die Bestbieterermittlung und der Zuschlag sei nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot iSd Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG erteilt worden.

Wäre das Angebot der Zuschlagsempfängerin abgeändert worden, um den Nichtigerklärungen zu entsprechen, lägen Verletzungen jener Bestimmungen vor, die eine Abänderung des Angebotes der Zuschlagsempfängerin in diesem Stadium des Verfahrens nicht zuließen. Damit einher gehe eine Veränderung von wesentlichen Umständen für die Zusammensetzung des Bieterkreises, wenn für das Angebot der Zuschlagsempfängerin anderes vorgegeben werde, als für jene Interessenten, wie zum Beispiel die Antragstellerin, die nicht die Gelegenheit gehabt hätten, auf Grundlage dieser Änderungen der Ausschreibungsspezifikationen ein Angebot zu legen.

Diese Verstöße des Auftraggebers gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz seien von besonderer "Qualität". Nach ständiger EuGH-Rechtsprechung sei eine nachträgliche Änderung eines bereits abgeschlossenen Leistungsvertrages als ein rechtswidriges, weil ohne Bekanntmachung vorgenommenes, neues Vergabeverfahren anzusehen, wenn diese Änderung im Vergleich zu den ursprünglichen Bedingungen dazu führe, dass andere, als die ursprünglich zugelassenen Bieter zugelassen würden oder ein erheblich abweichendes Angebot abgegeben bzw. angenommen bzw. ein anderes als das ursprünglich angenommene Angebot erlaubt werde (EuGH 29.04.2004, Rs C-496/99, "Succi di Frutta"; EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06, "Presstext"; EuGH 13.04.2010, Rs C-91/08, "Wall"). Diese Rechtsprechung sei auf den hier vorliegenden Fall der Abänderungen der Ausschreibungsbedingungen während eines laufenden Vergabeverfahrens analog anzuwenden. In beiden Fällen werde der Vertrag auf Grundlage anderer Inhalte geschlossen, als jenen, die Grundlage des entsprechend den Anforderungen der Transparenz und Publizität bekannt gemachten Vergabeverfahrens gewesen seien. Die Annahme einer rechtswidrigen Neuvergabe müsse umso mehr gelten, wenn, wie im vorliegenden Fall, von den Bedingungen der bekannt gemachten Ausschreibung in einem Zeitpunkt abgewichen werde, zu dem der Vertrag noch nicht abgeschlossen worden sei.

Eine wesentliche Abänderung der ursprünglichen Vergabebedingungen im Sinne dieser EuGH-Rechtsprechung liege vor. Dies ergebe sich einerseits aus dem Umstand, dass bei Geltung der veränderten Ausschreibungsbedingungen andere Bieter zum Vergabeverfahren zugelassen bzw. in wesentlichen Punkten andere Angebote angenommen hätten werden können und andererseits aus der Feststellung des Bundesvergabeamtes, dass die Gesetzesverstöße für den Ausgang des Verfahrens relevant gewesen seien bzw. bei Einhaltung des Gesetzes ein anderes Verfahrensergebnis denkbar gewesen wäre. Demnach sei die Vergabe der Rahmenvereinbarung zu diesen Bedingungen als rechtswidrige Vergabe ohne Bekanntmachung anzusehen und das BVA habe die Nichtigerklärung der Rahmenvereinbarung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG auszusprechen. Eine wesentliche Abänderung der ursprünglichen Vergabebedingungen im Sinne dieser EuGH-Rechtsprechung liege vor. Dies ergebe sich einerseits aus dem Umstand, dass bei Geltung der veränderten Ausschreibungsbedingungen andere Bieter zum Vergabeverfahren zugelassen bzw. in wesentlichen Punkten andere Angebote angenommen hätten werden können und andererseits aus der Feststellung des Bundesvergabeamtes, dass die Gesetzesverstöße für den Ausgang des Verfahrens relevant gewesen seien bzw. bei Einhaltung des Gesetzes ein anderes Verfahrensergebnis denkbar gewesen wäre. Demnach sei die Vergabe der Rahmenvereinbarung zu diesen Bedingungen als rechtswidrige Vergabe ohne Bekanntmachung anzusehen und das BVA habe die Nichtigerklärung der Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG auszusprechen.

Die Antragstellerin sei seit vielen Jahren ein erfolgreiches und in Österreich führendes Unternehmen im Hygieneartikelbereich. Sie verfüge über die erforderlichen Referenzen für den Auftrag. Nachdem sie zweimal als Bestbieter für die Auftraggeber aus vorangegangenen Vergabeverfahren hervorgegangen sei, habe sie bereits in der Vergangenheit bewiesen, dass sie auch in der Lage sei, einen derartigen Auftrag zu bewältigen. Bereits mit dem Einholen der Ausschreibungsunterlagen habe die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet. Auch habe sie zeitgerecht Fragen an die Auftraggeber gerichtet. Aufgrund ihrer Erfahrung betreffend die ausgeschriebenen Leistungen sei sie zuversichtlich gewesen, aus einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren als Bestbieterin hervorzugehen. Sie habe von der Angebotslegung abgesehen und zunächst die als rechtswidrig erachteten Ausschreibungsbedingungen angefochten, um erst nach entsprechender Abänderung der Ausschreibung, insbesondere Erstreckung der Angebotsfrist im Gefolge eines erfolgreichen Kontrollverfahrens, ein Angebot zu legen. Sie sei antragslegitimiert (vgl. Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 320 Rz 20 mwN). Die Antragstellerin sei seit vielen Jahren ein erfolgreiches und in Österreich führendes Unternehmen im

Hygieneartikelbereich. Sie verfüge über die erforderlichen Referenzen für den Auftrag. Nachdem sie zweimal als Bestbieter für die Auftraggeber aus vorangegangenen Vergabeverfahren hervorgegangen sei, habe sie bereits in der Vergangenheit bewiesen, dass sie auch in der Lage sei, einen derartigen Auftrag zu bewältigen. Bereits mit dem Einholen der Ausschreibungsunterlagen habe die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet. Auch habe sie zeitgerecht Fragen an die Auftraggeber gerichtet. Aufgrund ihrer Erfahrung betreffend die ausgeschriebenen Leistungen sei sie zuversichtlich gewesen, aus einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren als Bestbieterin hervorzugehen. Sie habe von der Angebotslegung abgesehen und zunächst die als rechtswidrig erachteten Ausschreibungsbedingungen angefochten, um erst nach entsprechender Abänderung der Ausschreibung, insbesondere Erstreckung der Angebotsfrist im Gefolge eines erfolgreichen Kontrollverfahrens, ein Angebot zu legen. Sie sei antragslegitimiert vergleiche Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 320, Rz 20 mwN).

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Teilnahme am Vergabeverfahren, auf eine gesetzmäßige und vergaberechtskonforme Ausschreibung, insbesondere eine nicht-diskriminierende Leistungsbeschreibung, auf Abschluss der Rahmenvereinbarung, auf den Zuschlag, auf ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren, auf eine materiell rechtsrichtige Auftraggeberentscheidung, auf Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, sowie des Diskriminierungsverbotes und Beachtung der Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes, auf Ausschreibungsunterlagen, in denen keine diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit enthalten sind und auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter verletzt.

Durch die rechtswidrige Vergabe der Rahmenvereinbarung sei der Antragstellerin ein erheblicher finanzieller und sonstiger Schaden entstanden und zwar in Form des durch Entgang des Auftrages bewirkten Verlustes des branchenüblich mit 6 % des Auftragswerts anzusetzenden Gewinns aus dem nach Abschluss der Rahmenvereinbarung zu erwartenden Leistungsabruf, in Form der Rechtsberatungskosten, in Form der für die Vorbereitung der Teilnahme am Vergabeverfahren und der Angebotserstellung entstanden Kosten von mindestens EUR 60.000,00 und in Form des entgangenen sehr wichtigen Referenzprojektes.

Die Auftraggeber nahmen hierzu mit Schriftsatz vom 18.3.2011 Stellung und brachten im Wesentlichen vor, dass Feststellungsanträge nach § 312 Abs. 3 BVergG bei Rahmenvereinbarungen mit nur einem Unternehmer unzulässig seien. Gemäß § 150 und § 2 lit.a leg cit beende ein Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung der Abschluss dieser Rahmenvereinbarung. § 312 Abs. 3 BVergG knüpfe jedoch die Zuständigkeit an die Zuschlagsentscheidung, weshalb das Bundesvergabeamt unzuständig sei. Die Auftraggeber nahmen hierzu mit Schriftsatz vom 18.3.2011 Stellung und brachten im Wesentlichen vor, dass Feststellungsanträge nach Paragraph 312, Absatz 3, BVergG bei Rahmenvereinbarungen mit nur einem Unternehmer unzulässig seien. Gemäß Paragraph 150 und Paragraph 2, Litera a, leg cit beende ein Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung der Abschluss dieser Rahmenvereinbarung. Paragraph 312, Absatz 3, BVergG knüpfe jedoch die Zuständigkeit an die Zuschlagsentscheidung, weshalb das Bundesvergabeamt unzuständig sei.

Der Auftraggeber habe sich für das Szenario a) entschieden. Die Antragstellerin verkenne die Wirkung einer Nichtigklärung nach § 325 Abs. 2 BVergG. Durch die Nichtigklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung würden diese Teile mit Wirkung ex tunc aufgehoben, sie würden als nicht gesetzt gelten und seien auch nicht mehr dem Rechtsbestand angehörig. Demzufolge fände eine "Fortwirkung" der nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen auf den Inhalt der Angebote oder auf das Vergabeverfahren nicht statt. Es sei rechters, die Angebote unter Beachtung dieser ex tunc Wirkung zu prüfen und die Rahmenvereinbarung abzuschließen. Der Auftraggeber habe sich für das Szenario a) entschieden. Die Antragstellerin verkenne die Wirkung einer Nichtigklärung nach Paragraph 325, Absatz 2, BVergG. Durch die Nichtigklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung würden diese Teile mit Wirkung ex tunc aufgehoben, sie würden als nicht gesetzt gelten und seien auch nicht mehr dem Rechtsbestand angehörig. Demzufolge fände eine "Fortwirkung" der nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen auf den Inhalt der Angebote oder auf das Vergabeverfahren nicht statt. Es sei rechters, die Angebote unter Beachtung dieser ex tunc Wirkung zu prüfen und die Rahmenvereinbarung abzuschließen.

Im Falle der Streichung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage habe der Auftraggeber die Möglichkeit, das Vergabeverfahren fortzusetzen. Nach der Literatur hätten die Bieter ihre Angebote lediglich den geänderten Bestimmungen anzupassen, sie jedoch nicht gänzlich neu zu erstellen (vgl. Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel,

Bundesvergabegesetz 2006, Reisner zu § 325 BVergG, Rz 20). Demzufolge dürfe der Auftraggeber die geänderten Ausschreibungsbestimmungen an die unverändert gebliebenen Angebote anwenden. Auch bei Szenario b) liege kein Verstoß gegen das Verhandlungsverbot vor. Im Falle der Streichung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage habe der Auftraggeber die Möglichkeit, das Vergabeverfahren fortzusetzen. Nach der Literatur hätten die Bieter ihre Angebote lediglich den geänderten Bestimmungen anzupassen, sie jedoch nicht gänzlich neu zu erstellen vergleiche Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Reisner zu Paragraph 325, BVergG, Rz 20). Demzufolge dürfe der Auftraggeber die geänderten Ausschreibungsbestimmungen an die unverändert gebliebenen Angebote anwenden. Auch bei Szenario b) liege kein Verstoß gegen das Verhandlungsverbot vor.

Der Antragstellerin, die selbst kein Angebot gelegt habe, mangle es an der Antragslegitimation. Einem Antragsteller, der sich am Vergabeverfahren nicht beteiligt habe, sei das Interesse am fraglichen Auftrag abzuerkennen und ihm sei kein Zugang zu einem Feststellungsverfahren zu gewähren. Das Urteil des EUGH in der Rechtssache Grossmann sei in diesem Zusammenhang nicht einschlägig, da Gegenstand der Beurteilung des EUGH ein Nachprüfungsverfahren gewesen sei.

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

Mit der Annahme, die Streichung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage entspreche inhaltlich einer Ausschreibungsberichtigung, verkenne die Antragstellerin - wie im Übrigen auch bei der Frage der Verlängerung der Angebotsfrist - den wesentlichen Unterschied zwischen Berichtigung und Nichtigerklärung. Die Streichung einzelner Bestimmungen iSd § 325 Abs. 2 BVergG erfolge ausschließlich durch das BVA und nicht durch den Auftraggeber. An diese zwei völlig unterschiedlichen Sachverhalte, knüpften zu Recht unterschiedliche Rechtsfolgen an. § 57 Abs. 2 BVergG richte sich ausdrücklich an den Auftraggeber, sodass für eine analoge Anwendung kein Raum verbleibe. Mit der Annahme, die Streichung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage entspreche inhaltlich einer Ausschreibungsberichtigung, verkenne die Antragstellerin - wie im Übrigen auch bei der Frage der Verlängerung der Angebotsfrist - den wesentlichen Unterschied zwischen Berichtigung und Nichtigerklärung. Die Streichung einzelner Bestimmungen iSd Paragraph 325, Absatz 2, BVergG erfolge ausschließlich durch das BVA und nicht durch den Auftraggeber. An diese zwei völlig unterschiedlichen Sachverhalte, knüpften zu Recht unterschiedliche Rechtsfolgen an. Paragraph 57, Absatz 2, BVergG richte sich ausdrücklich an den Auftraggeber, sodass für eine analoge Anwendung kein Raum verbleibe.

Die von der Antragstellerin genannte EUGH-Judikatur zur Änderung eines bereits geschlossenen Leistungsvertrages sei auf den vorliegenden Fall (Abänderung von Ausschreibungsbestimmungen) unanwendbar. Treffe die Rechtsansicht der Antragstellerin zu, wäre jede Berichtigung der Ausschreibung eine rechtswidrige Neuvergabe, zumal Berichtigungen immanent sei, dass von den Bedingungen der bekannt gemachten Ausschreibung vor Abschluss des Vertrages abgewichen werde. Demnach wären Bestimmungen im BVergG, die sich mit der Berichtigung von Ausschreibungen befassen, überflüssig und es stelle sich die Frage, warum der Gesetzgeber diese in das Gesetz aufgenommen habe. Die Richtigkeit der Annahme der Antragstellerin unterstellend, verbliebe der Nachprüfungsbehörde - im Widerspruch zum klaren Wortlaut von § 325 Abs. 2 BVergG - nur die Möglichkeit, die gesamte Ausschreibung aufzuheben, jedoch nicht die Streichung von einzelnen Bestimmungen. Es sei weder dem europarechtlichen noch dem nationalen Gesetzgeber zu unterstellen, er habe sinnwidrige Bestimmungen oder totes Recht geschaffen. Die abgeschlossene verfahrensgegenständliche Rahmenvereinbarung stelle keine Neuvergabe dar, sodass der auf die Feststellung, ein Vergabeverfahren sei ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden, gerichtete Antrag verfehlt sei. Die von der Antragstellerin genannte EUGH-Judikatur zur Änderung eines bereits geschlossenen Leistungsvertrages sei auf den vorliegenden Fall (Abänderung von Ausschreibungsbestimmungen) unanwendbar. Treffe die Rechtsansicht der Antragstellerin zu, wäre jede Berichtigung der Ausschreibung eine rechtswidrige Neuvergabe, zumal Berichtigungen immanent sei, dass von den Bedingungen der bekannt gemachten Ausschreibung vor Abschluss des Vertrages abgewichen werde. Demnach wären Bestimmungen im BVergG, die sich mit der Berichtigung von Ausschreibungen befassen, überflüssig und es stelle sich die Frage, warum der Gesetzgeber diese in das Gesetz aufgenommen habe. Die Richtigkeit der Annahme der Antragstellerin unterstellend, verbliebe der Nachprüfungsbehörde - im Widerspruch

zum klaren Wortlaut von Paragraph 325, Absatz 2, BVergG - nur die Möglichkeit, die gesamte Ausschreibung aufzuheben, jedoch nicht die Streichung von einzelnen Bestimmungen. Es sei weder dem europarechtlichen noch dem nationalen Gesetzgeber zu unterstellen, er habe sinnwidrige Bestimmungen oder totes Recht geschaffen. Die abgeschlossene verfahrensgegenständliche Rahmenvereinbarung stelle keine Neuvergabe dar, sodass der auf die Feststellung, ein Vergabeverfahren sei ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden, gerichtete Antrag verfehlt sei.

Mit Schriftsatz vom 1.4.2011 erwiderte die Antragstellerin im Wesentlichen, ein Analogieschluss sei sowohl aus europarechtlichen, als auch aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend geboten, um die Kompetenzen des Bundesvergabeamtes gemäß § 312 Abs. 3 BVergG auch auf den Fall des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung anwendbar zu machen. Mit Schriftsatz vom 1.4.2011 erwiderte die Antragstellerin im Wesentlichen, ein Analogieschluss sei sowohl aus europarechtlichen, als auch aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend geboten, um die Kompetenzen des Bundesvergabeamtes gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG auch auf den Fall des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung anwendbar zu machen.

Bei den Regelungen gemäß § 325 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG handle es sich stets um Willens- oder Absichtserklärungen des Auftraggebers, nicht jedoch um Nichtigerklärungen von Angeboten oder sonstigen Willenserklärungen von Bieter. Da der Bescheid des BVA vom 3.12.2010 weder der Zuschlagsempfängerin noch anderen Teilnehmern am Vergabeverfahren zugestellt worden sei, bliebe er für diese ohne jegliche Wirkung (VwSlg 8039 A/1971, VwSlg 9127 A/1976, VwGH 9.11.1987, 1986/12/0158). Weil diese Nichtigerklärung keine Rechtswirkungen auf den Inhalt der Angebote der Bieter habe, seien die Angebote von den Bieter an die nach Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen geänderten Bestimmungen in der Ausschreibungsunterlage anzupassen. Bei den Regelungen gemäß Paragraph 325, Absatz eins und Absatz 2, BVergG handle es sich stets um Willens- oder Absichtserklärungen des Auftraggebers, nicht jedoch um Nichtigerklärungen von Angeboten oder sonstigen Willenserklärungen von Bieter. Da der Bescheid des BVA vom 3.12.2010 weder der Zuschlagsempfängerin noch anderen Teilnehmern am Vergabeverfahren zugestellt worden sei, bliebe er für diese ohne jegliche Wirkung (VwSlg 8039 A/1971, VwSlg 9127 A/1976, VwGH 9.11.1987, 1986/12/0158). Weil diese Nichtigerklärung keine Rechtswirkungen auf den Inhalt der Angebote der Bieter habe, seien die Angebote von den Bieter an die nach Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen geänderten Bestimmungen in der Ausschreibungsunterlage anzupassen.

In der Rechtssache Grossmann habe der EUGH nicht zwischen den verschiedenen Rechtsschutzmöglichkeiten, Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren, differenziert. Die der Entscheidung zugrundeliegende Bestimmung des Art. 1 Abs. 1 RL 89/665/EWG gelte für alle Verfahrensarten. Auch im Urteil vom 30.9.2010, RS C-314/09, Stadt Graz gegen Strabag AG u.a. (vgl. Rz 39), habe der EuGH klargestellt, dass die Möglichkeiten schadenersatzrechtlichen Rechtsschutz zu erlangen, nicht anders zu behandeln seien, als bei vergaberechtlichem Rechtsschutz. In der Rechtssache Grossmann habe der EUGH nicht zwischen den verschiedenen Rechtsschutzmöglichkeiten, Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren, differenziert. Die der Entscheidung zugrundeliegende Bestimmung des Artikel eins, Absatz eins, RL 89/665/EWG gelte für alle Verfahrensarten. Auch im Urteil vom 30.9.2010, RS C-314/09, Stadt Graz gegen Strabag AG u.a. vergleiche Rz 39), habe der EuGH klargestellt, dass die Möglichkeiten schadenersatzrechtlichen Rechtsschutz zu erlangen, nicht anders zu behandeln seien, als bei vergaberechtlichem Rechtsschutz.

Mit dem Vorhalt, der Antragstellerin sei "grobe Fahrlässigkeit" vorzuwerfen, weil sie die Angebotsfrist ungenützt verstreichen habe lassen, würden die Auftraggeber verkennen, dass in diesem Zusammenhang von Fahrlässigkeit (Verschulden) nicht gesprochen werden könne. Verschulden komme nach allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätzen nur bei Pflichtverletzung zum Tragen. Der Bieter habe jedoch ein Recht und keine Pflicht, einen Antrag zu stellen und dieses Bieterrecht sei zu schützen. Nicht schutzwürdig seien hingegen die Auftraggeber, die es unterlassen hätten, die Angebotsfrist zeitgerecht zu erstrecken.

Zur Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens führte die Antragstellerin insbesondere aus, dass Gegenstand des vorliegenden Feststellungsantrages - je nach Sachverhaltsvariante - jene Vergabeverstöße seien, hinsichtlich derer das Bundesvergabeamt dem Antrag der Antragstellerin stattgegeben habe bzw. neue Vergabeverstöße, die in einer allenfalls vorgenommenen unzulässigen Abänderung der Angebote im offenen Verfahren nach dem Bescheid vom 3.12.2010 gelegen seien, sodass die VwGH-Entscheidung vom 1.3.2004, Zl. 2004/040012, nicht einschlägig sei. Die vom BVA anerkannten Vergabeverstöße seien im Feststellungsverfahren nicht mehr anhängig und es gebe betreffend diese

Vergabeverstöße auch kein anhängiges Bescheidbeschwerdeverfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts. Im vorliegenden Antrag werde gerügt, dass der Antragstellerin nicht durch Verlängerung der Angebotsfrist die europarechtlich gebotene Möglichkeit eingeräumt worden sei, sich nach Nichtigerklärung angefochtener Ausschreibungsbestimmungen noch am Vergabeverfahren zu beteiligen. Im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren sei es hingegen um eine allfällige Verlängerung der Angebotsfrist vor der Entscheidung des Bundesvergabeamtes gegangen.

Dass sich § 57 Abs. 2 BVergG ausdrücklich an den Auftraggeber und nicht an das Bundesvergabeamt richte, sage nichts darüber aus, ob die von der Antragstellerin vertretene Analogie gerechtfertigt sei. Die beiden Sachverhalte seien unter dem wesentlichen Gesichtspunkt, den Bieter in beiden Fällen ausreichend Gelegenheit zu geben, ihre Angebotslegung an die geänderten Ausschreibungsbestimmungen anzupassen, gleichzuhalten. Dass sich Paragraph 57, Absatz 2, BVergG ausdrücklich an den Auftraggeber und nicht an das Bundesvergabeamt richte, sage nichts darüber aus, ob die von der Antragstellerin vertretene Analogie gerechtfertigt sei. Die beiden Sachverhalte seien unter dem wesentlichen Gesichtspunkt, den Bieter in beiden Fällen ausreichend Gelegenheit zu geben, ihre Angebotslegung an die geänderten Ausschreibungsbestimmungen anzupassen, gleichzuhalten.

Die Rechtsprechung des EuGH betreffend die rechtswidrige Neuvergabe behandle zwar bereits abgeschlossene Verträge, jedoch sei dieser Fall dem vorliegenden gleichzuhalten, weil Angebote bzw. Ausschreibungsbedingungen in wesentlicher Weise abgeändert worden seien. In beiden Fällen sei damit potenziell am Auftrag interessierten Unternehmen die Möglichkeit genommen worden, sich um diesen Auftrag zu bewerben. Infolge der vom Auftraggeber bekanntgemachten Vorgaben bzw. Präferenzen seien die Bieter zur Ansicht gelangt, der Auftrag habe einen bestimmten Inhalt und diese Annahme sei in der Folge durch das Abweichen des Auftraggebers von diesen Inhalten in der Bekanntmachung falsch geworden. In beiden Fällen handle es sich um eine Irreführung des potenziellen Bieterkreises. Folge dieser Rechtsansicht der Antragstellerin sei nicht, dass jede Ausschreibungsberichtigung einer rechtswidrigen Neuvergabe gleichzuhalten sei. Nicht jede Berichtigung einer Ausschreibung stelle eine solche wesentliche Änderung dar. Im Regelfall sei eine mit einer Verlängerung der Angebotsfrist gekoppelte Ausschreibungsberichtigung unschädlich, weil bisher nicht am Auftrag interessierte Bieter die Möglichkeit erhielten, noch Angebote zu legen.

Weiters wiederholte die Antragstellerin ihren Antrag auf Akteneinsicht und begehrte insbesondere Einsicht in die Korrespondenz nach dem Nichtigerklärungsbescheid des BVA vom 3.12.2010 zwischen dem erfolgreichem Bieter und den Auftraggebern.

Schließlich äußerte die Antragstellerin die Vermutung, dass die Rahmenvereinbarung von den Auftraggebern - in der irrtümlichen Annahme, nach der Nichtigerklärung durch das Bundesvergabeamt hätten sich die Angebote von selbst geändert bzw. diese wären bereits durch die Nichtigerklärung geändert worden - auf Grundlage eines Angebotes abgeschlossen worden sei, das Positionen enthalten habe, die vom Bundesvergabeamt für rechtswidrig erklärt worden seien. Daher könne die Entscheidung im gegenständlichen Fall unter Zugrundelegung der im Vorverfahren geäußerten Rechtsansicht und unter Verweis auf die dort gegebene Begründung getroffen werden.

Mit Replik vom 8.4.2011 gaben die Auftraggeber zum Ablauf des Vergabeverfahrens an, dass die nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr geänderten Angebote anhand der infolge der ex tunc-Nichtigerklärung einzelner Teile der Ausschreibungsbestimmungen abgeänderten Ausschreibungsbestimmungen geprüft worden seien. Als logische Konsequenz der Teilnichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen seien dabei die gelegten Angebote so zu lesen gewesen, als wären die für nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen niemals Bestandteil derselben gewesen. Jene Angebotsteile, die sich auf die später für nichtig erklärten Bestimmungen bezogen hätten, hätten als nicht angeboten zu gelten.

Der Antragstellerin mangle es an der Antragslegitimation, denn sie habe verabsäumt, spätestens zum Zeitpunkt der Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 6.9.2010, GZ N/0076-BVA/02/2011-EV8, als den Auftraggebern lediglich untersagt worden sei, die im Vergabeverfahren eingelangten Angebote zu öffnen, jedoch nicht gleichzeitig der Ablauf der Angebotsfrist ausgesetzt worden sei, ein Angebot zur Wahrung ihrer Rechte zu legen.

Mit Schriftsatz vom 21.4.2011 wiederholte die Antragstellerin im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen, die Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen durch das Bundesvergabeamt ändere nach zivilrechtlichen Grundsätzen keinesfalls automatisch den Inhalt von in einem Vergabeverfahren bereits abgegebenen Angeboten.

Sowohl durch eine nachträgliche verbotene Angebotsänderung als auch durch die Nichtigerklärung mit Bescheid werde vor oder bei Abschluss der Rahmenvereinbarung von jenen Inhalten der Ausschreibungsunterlage abgegangen, die jenem Vergabeverfahren zugrunde gelegen seien, das öffentlich bekannt gemacht worden sei, sodass inhaltlich ein Verfahren ohne Bekanntmachung geführt werde. Zum Beweis, dass diese Abänderungen der Inhalte der Rahmenvereinbarung infolge des potentiell anderen Bieterkreises in Kenntnis der "bereinigten" Ausschreibungsunterlage wesentlich seien, beantragte die Antragstellerin die zeugenschaftliche Einvernahme informierter Vertreter jener 12 Unternehmen, die zunächst ihr Interesse am Auftrag durch Abruf der Ausschreibungsunterlagen bekundet und dennoch von der Abgabe eines Angebotes abgesehen hätten sowie die Einvernahme des Geschäftsführers der Antragstellerin. Weiters begehrte die Antragstellerin die Einholung eines Gutachtens eines branchenerfahrenen Sachverständigen aus den Bereichen Steuer- und Rechnungswesen zur Frage der betriebswirtschaftlichen Relevanz der geänderten Ausschreibungsbestimmungen für eine mögliche Angebotslegung.

Auf Aufforderung des Bundesvergabebeamtes zur erweiterten Aktenvorlage legten die Auftraggeber am 26.4.2011 ua jene Unterlagen vor, die nach erfolgtem Abschluss der Rahmenvereinbarung in Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung zwischen den Auftraggebern und der Rahmenvereinbarungspartnerin im streitgegenständlichen Vergabeverfahren stehen.

Hiezu führten die Auftraggeber insbesondere aus, dass ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu keinem Zeitpunkt durchgeführt worden sei. Der verfahrensgegenständliche Lieferauftrag sei nach einem offenen Verfahren nach entsprechenden nationalen und EU-weiten Bekanntmachungen durchgeführt worden. Der Antragstellerin, die sich an diesem Vergabeverfahren nicht durch die Abgabe eines Angebotes beteiligt habe, sei das Interesse an diesem Auftrag abzuerkennen. Auch der verfahrensgegenständliche Antrag auf Feststellung habe dieselben Vergabeverstöße zum Gegenstand, die die Antragstellerin bereits im Nachprüfungsverfahren (vgl. BVA, 3.12.2011, N/0076-BVA/02/2010-36) und im Feststellungsverfahren (vgl. BVA 11.4.2011, F/0004-BVA/02/2011-16) moniert habe. Hiezu führten die Auftraggeber insbesondere aus, dass ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu keinem Zeitpunkt durchgeführt worden sei. Der verfahrensgegenständliche Lieferauftrag sei nach einem offenen Verfahren nach entsprechenden nationalen und EU-weiten Bekanntmachungen durchgeführt worden. Der Antragstellerin, die sich an diesem Vergabeverfahren nicht durch die Abgabe eines Angebotes beteiligt habe, sei das Interesse an diesem Auftrag abzuerkennen. Auch der verfahrensgegenständliche Antrag auf Feststellung habe dieselben Vergabeverstöße zum Gegenstand, die die Antragstellerin bereits im Nachprüfungsverfahren vergleiche BVA, 3.12.2011, N/0076-BVA/02/2010-36) und im Feststellungsverfahren vergleiche BVA 11.4.2011, F/0004-BVA/02/2011-16) moniert habe.

Wie sich aus diesen genannten Vorentscheidungen ergebe, handle es sich beim Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der Bestbieterin nicht nur um keinen Vergabeverstoß, sondern diese Vorgehensweise der Auftraggeber könne auch nicht als Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gesehen werden.

Mit Erwidern vom 18.5.2011 gab die Antragstellerin insbesondere zum Grundgedanken ihres Vorbringens an, im Weglassen der mit Bescheid des Bundesvergabebeamtes für nichtig erklärten diskriminierenden Ausschreibungsbestimmungen, wäre eine wesentliche Änderung des Ausschreibungsinhaltes im Vergleich zu jenem Inhalt, der dem europaweit bekanntgemachten Vergabeverfahren zugrunde gelegen sei, zu erblicken. Es sei willkürlich und stelle einen logisch nicht auflösbaren Widerspruch dar, wollte man die Wesentlichkeit der gestrichenen Ausschreibungsbestimmungen für den Ausgang des Vergabeverfahrens im ersten Kontrollverfahren bejahen, weil ohne diese ein anderer Unternehmer als Partner der Rahmenvereinbarung denkbar gewesen wäre und andererseits die Wesentlichkeit im nunmehrigen Verfahren verneinen, wenn es um die gleiche Frage gehe, nämlich, ob ein Außerachtlassen derselben Ausschreibungsbestimmungen von wesentlicher Bedeutung für den Verfahrensausgang sei.

Die juristische Konstruktion der ex tunc-Wirkung der Nichtigerklärung ändere nichts daran, dass die faktischen Gegebenheiten dadurch nicht (rückwirkend) geändert würden. Jene Unternehmen, die wegen der für nichtig erklärten Ausschreibungsbestimmungen von der Angebotslegung abgesehen hätten, hätten infolge der ex tunc-Wirkung keine Gelegenheit erhalten, auf Basis der geänderten Bedingungen anzubieten. Der Bieterkreis sei daher zu Gunsten der Anbieter von Tork Produkten verzerrt worden. Da nur Firmen, die Tork-Produkte anzubieten hätten, ein ausschreibungskonformes Angebot hätten legen können, werde der Beweisantrag gestellt, anhand der abgegebenen

Angebote festzustellen, ob Angebote von Firmen mit anderen als Tork-Produkten ausschreibungskonform gewesen seien.

Zum Wesen des Analogieschlusses führte die Antragstellerin insbesondere aus, dass jeder Analogieschluss voraussetze, dass Rechtsfolgen auf einen Sachverhalt angewendet würden, der anders sei, als jener, für den diese Rechtsfolgen ursprünglich vorgesehen worden wären.

In der mündlichen Verhandlung vom 19.5.2011 replizierte die Auftraggebervertreterin dazu insbesondere, die Behauptung der Antragstellerin, andere Firmen seien von einer Angebotsstellung abgehalten worden, wäre irrelevant, denn kein anderes Unternehmen habe einen Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibungsunterlagen gestellt. Diese Firmen seien derzeit nicht schutzwürdig.

Die Antragstellerin führte zum Vorliegen eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung insbesondere aus, dass in den von ihr herangezogenen EuGH-Judikaten eine nachträgliche Änderung des bereits

abgeschlossenen Vertrages beurteilt worden sei und es sich - vergleichbar

dazu - im vorliegenden Fall um eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen handle. Die Nichtigerklärung durch das Bundesvergabeamt habe eine wesentliche Änderung der Ausschreibung bedingt. Da die geänderten Ausschreibungsbedingungen niemals bekannt gemacht worden seien, habe der ursprünglich diskriminierende Effekt den Bieterkreis weiterhin eingeschränkt.

Durch das Nichtberichtigen der Ausschreibungsunterlage, durch das Nichtbekanntmachen der veränderten Ausschreibung und durch die Nichtverlängerung der Angebotsfrist seien die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz verletzt worden. Die Auftraggeber hätten diese Handlungen nach Vorliegen des Bescheides des Bundesvergabeamtes über die Nichtigerklärung von Ausschreibungsteilen zu setzen gehabt. Die Auftraggebervertreterin führte aus, infolge der ex tunc wirkenden Nichtigerklärung von Ausschreibungsteilen durch den Bescheid des Bundesvergabeamtes hätte es keine Verpflichtung des Auftraggebers zur Bekanntmachung gegeben. Von etwas, das rechtlich nie existent gewesen sei, gäbe es keine Berichtigung. Die Auftraggeber hätten keine Änderungen an der Ausschreibung vorgenommen und von ihnen seien technische Spezifikationen nicht bekannt zu machen.

Die Antragstellerin replizierte, dass die diskriminierenden Teile der Ausschreibung ursprünglich bekannt gemacht worden seien und selbst eine ex tunc-Wirkung ändere nichts daran, dass potenzielle Interessenten lediglich die ursprüngliche Ausschreibung in der diskriminierenden Form wahrnehmen hätten können. Diese potenziellen Interessenten seien nicht Parteien des Nachprüfungsverfahrens gewesen und hätten daher keine Möglichkeit gehabt, von der berichtigten Ausschreibung Kenntnis zu erlangen. Eine Teilnichtigkeit käme nur bei einer unwesentlichen Änderung der Ausschreibung in Betracht. Wenn der Bieterkreis eingeschränkt werde, könne es sich niemals um eine unwesentliche Änderung handeln. § 325 Abs. 2 BVergG sage nicht, dass der Auftraggeber die Angebote öffnen dürfe. Die Antragstellerin replizierte, dass die diskriminierenden Teile der Ausschreibung ursprünglich bekannt gemacht worden seien und selbst eine ex tunc-Wirkung ändere nichts daran, dass potenzielle Interessenten lediglich die ursprüngliche Ausschreibung in der diskriminierenden Form wahrnehmen hätten können. Diese potenziellen Interessenten seien nicht Parteien des Nachprüfungsverfahrens gewesen und hätten daher keine Möglichkeit gehabt, von der berichtigten Ausschreibung Kenntnis zu erlangen. Eine Teilnichtigkeit käme nur bei einer unwesentlichen Änderung der Ausschreibung in Betracht. Wenn der Bieterkreis eingeschränkt werde, könne es sich niemals um eine unwesentliche Änderung handeln. Paragraph 325, Absatz 2, BVergG sage nicht, dass der Auftraggeber die Angebote öffnen dürfe.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zu Spruchpunkt I: römisch eins. Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 312 Abs 3 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig,

1. 3. Ziffer 3

zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde;

2. 6. Ziffer 6

in einem Verfahren gemäß Z 3 bis 5 zur Nichtigkeitserklärung oder Aufhebung des Vertrages und in einem Verfahren gemäß Ziffer 3 bis 5 zur Nichtigkeitserklärung oder Aufhebung des Vertrages und

3. 7. Ziffer 7

in einem Verfahren gemäß Z 3 bis 5 zur Verhängung der Sanktionen gemäß § 334 Abs. 7 in einem Verfahren gemäß Ziffer 3 bis 5 zur Verhängung der Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7,

Gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Wie dem unter Spruchpunkt I wiedergegebenen gemäß § 332 Abs 3 BVergG fristgerecht eingebrachten Begehren zu entnehmen ist, wird von der Antragstellerin eine Feststellung gemäß § 312 Abs 3 Z 3 leg cit beantragt.

Voraussetzung für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG ist, dass ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung in rechtswidriger Weise durchgeführt und mittels Zuschlagserteilung beendet wurde. Gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Wie dem unter Spruchpunkt römisch eins wiedergegebenen gemäß Paragraph 332, Absatz 3, BVergG fristgerecht eingebrachten Begehren zu entnehmen ist, wird von der Antragstellerin eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, leg cit beantragt. Voraussetzung für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG ist, dass ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung in rechtswidriger Weise durchgeführt und mittels Zuschlagserteilung beendet wurde.

Der in einem offenen Verfahren zu vergebende, aus 2 Losen bestehende Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG im Oberschwellenbereich [der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben der Auftraggeber für beide zu vergebenden Lose EUR 3,4 Mio (ohne Ust.), wobei EUR 2 Mio (ohne Ust.) auf das Los 01 und EUR 1,4 Mio (ohne Ust) auf das Los 02 entfallen] "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359", wurde erstmals national am 22.7.2010 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-476642-0720 sowie europaweit am 23.7.2010 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 141-217311 bekannt gemacht. Die Vergabe dieses Lieferauftrages der Auftraggeber gemäß § 3 BVergG, 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, erfolgte mit Faxmitteilung der vergebenden Stelle vom 1.2.2011 an die Bestbieterin durch die auf Annahme der auf Abschluss der Rahmenvereinbarung gerichteten Angebote (vgl. Definition Zuschlagserteilung gemäß § 2 Z 50 BVergG). Die Bekanntmachung über den Abschluss dieser Rahmenvereinbarung erfolgte europaweit am 9.2.2011 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 27-043101 und national im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-484878-128. Der in einem offenen Verfahren zu vergebende, aus 2 Losen bestehende Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG im Oberschwellenbereich [der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben der Auftraggeber für beide zu vergebenden Lose EUR 3,4 Mio (ohne Ust.), wobei EUR 2 Mio (ohne Ust.) auf das Los 01 und EUR 1,4 Mio (ohne Ust) auf das Los 02 entfallen] "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359", wurde erstmals national am 22.7.2010 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-476642-0720 sowie europaweit am 23.7.2010 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 141-217311 bekannt gemacht. Die Vergabe dieses Lieferauftrages der Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG, 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, erfolgte mit Faxmitteilung der vergebenden Stelle vom 1.2.2011 an die Bestbieterin durch die auf Annahme der auf Abschluss der Rahmenvereinbarung gerichteten Angebote vergleiche Definition Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 2, Ziffer 50, BVergG). Die Bekanntmachung über den Abschluss dieser Rahmenvereinbarung erfolgte europaweit am 9.2.2011 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 27-043101 und national im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-484878-128.

Die Antragstellerin vermengt in ihrem Vorbringen, dieses im vorigen Absatz dargestellte, bekannt gemachte Vergabeverfahren "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" und ein weiteres Vergabeverfahren "Lieferung von Hygienepapier 2011 - Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung". Zur Klarstellung wird daher einleitend darauf hingewiesen, dass Gegenstand dieses Feststellungsverfahrens allein die Frage ist, ob ein solches Vergabeverfahren "Lieferung von Hygienepapier 2011 - Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung" stattgefunden hat bzw vorliegt.

Ausgehend davon, dass bestimmte Teile der dieser Auftragsvergabe zugrunde liegenden Ausschreibung "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" über Antrag der Antragstellerin durch Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 3.12.2010, N/0076-BVA/02/2010-36, erst nach Ablauf der Angebotsfrist am 5.10.2010 für nichtig erklärt wurden, bringt die Antragstellerin insbesondere vor, das weitere Vorgehen der Auftraggeber sei - bei analoger Anwendung der EUGH-Judikatur (EUGH 29.04.2004, Rs C-496/99, "Succi di Frutta"; 19.06.2008, Rs C-454/06, "Presstext"; 13.04.2010, Rs C-91/08, "Wall") - als ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung anzusehen.

Dieser Meinung der Antragstellerin ist schon aufgrund der grundlegenden Unterschiede auf Tatsachenebene nicht zu folgen. Anders als in den genannten EUGH-Verfahren, wo der Gerichtshof eine erst nach erfolgter Auftragsvergabe vorgenommene Änderung von zuvor im Vergabeverfahren abschließend festgelegten Ausschreibungsbedingungen als rechtswidrig beurteilte, erfolgte im vorliegenden Fall die Änderung von noch nicht bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen im noch laufenden Vergabeverfahren. Während im vorliegenden Fall daher eine zu diesem Zeitpunkt "bekämpfbare Entscheidung", die Ausschreibungsbestimmungen, auf Antrag durch die Rechtsschutzbehörde verändert wurden, handelte es sich in den EUGH-Judikaten um Änderungen an nicht mehr bekämpfbaren, also einer Nachprüfung nicht mehr zugänglichen Inhalten eines bereits abgeschlossenen Vertrages. Auch wurden die Änderungen durch verschiedene Stellen vorgenommen. Im gegenständlichen Fall durch die ex tunc wirkende Nichtigerklärung mit Bescheid des Bundesvergabeamtes - die betroffenen Ausschreibungsteile wurden von der Rechtsschutzbehörde rückwirkend gestrichen -, während in den von der Antragstellerin herangezogenen EUGH-Verfahren eine Änderung vom Auftraggeber vorgenommen wurde. Demnach handelt es sich um keinen "ähnlichen Tatbestand", die Abweichungen im Sachverhalt sind vielmehr als nicht unerheblich zu werten (vgl. Koziol - Welser, Bürgerliches Recht¹², I, Koziol, S 27f). Dieser Meinung der Antragstellerin ist schon aufgrund der grundlegenden Unterschiede auf Tatsachenebene nicht zu folgen. Anders als in den genannten EUGH-Verfahren, wo der Gerichtshof eine erst nach erfolgter Auftragsvergabe vorgenommene Änderung von zuvor im Vergabeverfahren abschließend festgelegten Ausschreibungsbedingungen als rechtswidrig beurteilte, erfolgte im vorliegenden Fall die Änderung von noch nicht bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen im noch laufenden Vergabeverfahren. Während im vorliegenden Fall daher eine zu diesem Zeitpunkt "bekämpfbare Entscheidung", die Ausschreibungsbestimmungen, auf Antrag durch die Rechtsschutzbehörde verändert wurden, handelte es sich in den EUGH-Judikaten um Änderungen an nicht mehr bekämpfbaren, also einer Nachprüfung nicht mehr zugänglichen Inhalten eines bereits abgeschlossenen Vertrages. Auch wurden die Änderungen durch verschiedene Stellen vorgenommen. Im gegenständlichen Fall durch die ex tunc wirkende Nichtigerklärung mit Bescheid des Bundesvergabeamtes - die betroffenen Ausschreibungsteile wurden von der Rechtsschutzbehörde rückwirkend gestrichen -, während in den von der Antragstellerin herangezogenen EUGH-Verfahren eine Änderung vom Auftraggeber vorgenommen wurde. Demnach handelt es sich um keinen "ähnlichen Tatbestand", die Abweichungen im Sachverhalt sind vielmehr als nicht unerheblich zu werten (vergleiche Koziol - Welser, Bürgerliches Recht¹², römisch eins, Koziol, S 27f).

Zudem erkennt die Antragstellerin die Rechtswirkungen der Nichtigerklärung von Ausschreibungsteilen durch das Bundesvergabeamt. Folge dieser rückwirkenden (ex-tunc) Nichtigerklärung ist nicht nur, dass ab Zustellung des Bescheides die Rechtslage rückwirkend verändert wird (bestimmte Passagen der Ausschreibungsbestimmungen gelten als niemals ausgeschrieben), sondern damit besteht auch kein diesbezüglicher weiterer Handlungsbedarf beim Auftraggeber. Dies schon deshalb, weil eine öffentliche Bekanntmachung dieser geänderten Ausschreibungsbestimmungen durch den Auftraggeber, wie sie die Antragstellerin fordert, als eine nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a BVergG wieder gesondert anfechtbar und damit einer neuerlichen (!) Nachprüfung zugänglich wäre. Dieses dem System des vergaberechtlichen Rechtsschutzes widersprechende Ergebnis ist weder dem nationalen Gesetzgeber, noch dem europäischen Rechtsregime zu unterstellen. Zudem erkennt die Antragstellerin die Rechtswirkungen der Nichtigerklärung von Ausschreibungsteilen durch das Bundesvergabeamt. Folge dieser rückwirkenden (ex-tunc) Nichtigerklärung ist nicht nur, dass ab Zustellung

des Bescheides die Rechtslage rückwirkend verändert wird (bestimmte Passagen der Ausschreibungsbestimmungen gelten als niemals ausgeschrieben), sondern damit besteht auch kein diesbezüglicher weiterer Handlungsbedarf beim Auftraggeber. Dies schon deshalb, weil eine öffentliche Bekanntmachung dieser geänderten Ausschreibungsbestimmungen durch den Auftraggeber, wie sie die Antragstellerin fordert, als eine nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG wieder gesondert anfechtbar und damit einer neuerlichen (!) Nachprüfung zugänglich wäre. Dieses dem System des vergaberechtlichen Rechtsschutzes widersprechende Ergebnis ist weder dem nationalen Gesetzgeber, noch dem europäischen Rechtsregime zu unterstellen.

Auch die grundsätzlich mögliche Zusendung des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 3.12.2010, N/0076-BVA/02/2010-36, betreffend die Nichtigklärung von Ausschreibungsbestimmungen im Vergabeverfahren "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359", durch die Auftraggeber an jene Unternehmen, die bereits zu diesem Zeitpunkt Angebote binnen offener Angebotsfrist abgegeben hatten, erübrigte sich, da ja die Angebotsfrist im Ausgangsverfahren bereits abgelaufen war.

Demzufolge waren die Angebote aller Bieter - somit auch die Antragstellerin als potentielle Bieterin - sowohl bei der Erstellung als auch bei der Bewertung der Angebote entsprechend den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz den gleichen Bedingungen unterworfen (vgl. EUGH 29.04.2004, Rs C-496/99, "Succi di Frutta", Rz 110). Mangels entsprechender Verpflichtungen bzw (rechtlicher) Möglichkeiten zur Berichtigung der Ausschreibung oder zur Veröffentlichung der veränderten Ausschreibung durch die Auftraggeber, kommt - wie oben dargestellt - entgegen der Ansicht der Antragstellerin, eine Verletzung des Gleichheits- bzw. Transparenzgrundsatzes durch "Nichthandeln" der Auftraggeber nicht in Betracht. Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang argumentiert, die Auftraggeber hätten es rechtswidrig unterlassen, die Angebotsfrist zu verlängern, übersieht sie, dass auch § 57 Abs 2 BVergG voraussetzt, dass der Auftraggeber eine Berichtigung der Bekanntmachung der Vergabe von Leistungen gemäß § 47 BVergG vorzunehmen hat. Eine solche Berichtigung der bekannt gemachten Ausschreibung gemäß § 47 leg cit seitens der Auftraggeber war jedoch nicht geboten. Demzufolge waren die Angebote aller Bieter - somit auch die Antragstellerin als potentielle Bieterin - sowohl bei der Erstellung als auch bei der Bewertung der Angebote entsprechend den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz den gleichen Bedingungen unterworfen (vergleiche EUGH 29.04.2004, Rs C-496/99, "Succi di Frutta", Rz 110). Mangels entsprechender Verpflichtungen bzw (rechtlicher) Möglichkeiten zur Berichtigung der Ausschreibung oder zur Veröffentlichung der veränderten Ausschreibung durch die Auftraggeber, kommt - wie oben dargestellt - entgegen der Ansicht der Antragstellerin, eine Verletzung des Gleichheits- bzw. Transparenzgrundsatzes durch "Nichthandeln" der Auftraggeber nicht in Betracht. Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang argumentiert, die Auftraggeber hätten es rechtswidrig unterlassen, die Angebotsfrist zu verlängern, übersieht sie, dass auch Paragraph 57, Absatz 2, BVergG voraussetzt, dass der Auftraggeber eine Berichtigung der Bekanntmachung der Vergabe von Leistungen gemäß Paragraph 47, BVergG vorzunehmen hat. Eine solche Berichtigung der bekannt gemachten Ausschreibung gemäß Paragraph 47, leg cit seitens der Auftraggeber war jedoch nicht geboten.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, es sei willkürlich, die Wesentlichkeit der gestrichenen Ausschreibungsbestimmungen für den Ausgang des Vergabeverfahrens im ersten Kontrollverfahren einerseits zu bejahen, weil ohne diese ein anderer Unternehmer als Partner der Rahmenvereinbarung denkbar gewesen wäre und andererseits die Wesentlichkeit im nunmehrigen Verfahren zu verneinen, denn es handle sich um die gleiche Frage, ist auf die unterschiedlichen bei der Beurteilung anzulegenden Maßstäbe hinzuweisen. Im Nachprüfungsverfahren erachtete das Bundesvergabamt die Änderungen in der Ausschreibung infolge der für nichtig erklärten Ausschreibungsteile iS von § 325 Abs 2 BVergG deshalb für wesentlich, weil ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens, also die Ermittlung eines anderen Partners für den Abschluss der Rahmenvereinbarung denkbar gewesen wäre (vgl. BVA 3.12.2010, N/0076-BVA/02/2010-36, S 108). Im Sinne der obgenannten EUGH-Judikatur wäre im vorliegenden Fall hingegen die von der Antragstellerin aufgeworfene andere Frage zu beurteilen, nämlich, ob es zu einer Veränderung am Vertragsgegenstand, der ausgeschriebenen und auch schon vergebenen Sache "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" gekommen ist. Träfe dies zu, wäre eine Veränderung am Vertragsgegenstand dann als wesentlich anzusehen, wenn sie den Bietern ein erheblich anderes Angebot erlaubt bzw sich der Bieterkreis verändert hätte. Zum Vorbringen der Antragstellerin, es sei willkürlich, die Wesentlichkeit der gestrichenen Ausschreibungsbestimmungen für den Ausgang des Vergabeverfahrens im ersten Kontrollverfahren einerseits zu

bejahen, weil ohne diese ein anderer Unternehmer als Partner der Rahmenvereinbarung denkbar gewesen wäre und andererseits die Wesentlichkeit im nunmehrigen Verfahren zu verneinen, denn es handle sich um die gleiche Frage, ist auf die unterschiedlichen bei der Beurteilung anzulegenden Maßstäbe hinzuweisen. Im Nachprüfungsverfahren erachtete das Bundesvergabemamt die Änderungen in der Ausschreibung infolge der für nichtig erklärten Ausschreibungsteile iS von Paragraph 325, Absatz 2, BVergG deshalb für wesentlich, weil ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens, also die Ermittlung eines anderen Partners für den Abschluss der Rahmenvereinbarung denkbar gewesen wäre (vergleiche BVA 3.12.2010, N/0076-BVA/02/2010-36, S 108). Im Sinne der obgenannten EUGH-Judikatur wäre im vorliegenden Fall hingegen die von der Antragstellerin aufgeworfene andere Frage zu beurteilen, nämlich, ob es zu einer Veränderung am Vertragsgegenstand, der ausgeschriebenen und auch schon vergebenen Sache "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" gekommen ist. Träfe dies zu, wäre eine Veränderung am Vertragsgegenstand dann als wesentlich anzusehen, wenn sie den Bietern ein erheblich anderes Angebot erlaubt bzw sich der Bieterkreis verändert hätte.

Das Argument, die durch Nichtigerklärung von Ausschreibungsteilen erfolgten Änderungen in den Ausschreibungsbestimmungen seien wegen der daraus möglicherweise resultierenden geänderten Zusammensetzung des Bieterkreises und der gleichfalls möglicherweise in wesentlichen Punkten anderen Angebote, als wesentlich anzusehen (vgl. EUGH 19.06.2008, Rs C-454/06, "presstext", Rz 35), geht schon deshalb ins Leere, weil es in Nachprüfungsverfahren grundsätzlich nur um die Durchsetzung der subjektiven Rechte der Antragstellerin gegenüber dem Auftraggeber geht. Aus Anlass eines Nachprüfungsverfahrens ist nicht die objektive Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens schlechthin zu prüfen (vgl. M. Möslinger-Gehmayr, Schramm/Aicher/Fruhmann /Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar2, § 322 Rz 48 unter Hinweis auf VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181; 23.5.2007, 2005/04/0214). Würde man der Argumentation der Antragstellerin folgen, hätte das Bundesvergabemamt im gegenständlichen Fall eine Prüfung der Auftragsvergabe dahingehend durchzuführen, ob unter Einbeziehung aller fiktiven, die Antragstellerin gar nicht betreffenden Möglichkeiten, das Vergabeverfahren als solches durch den Auftraggeber rechtskonform durchgeführt wurde. Eine derartige Prüfung ist durch das BVergG nicht vorgesehen und daher unzulässig. Das Argument, die durch Nichtigerklärung von Ausschreibungsteilen erfolgten Änderungen in den Ausschreibungsbestimmungen seien wegen der daraus möglicherweise resultierenden geänderten Zusammensetzung des Bieterkreises und der gleichfalls möglicherweise in wesentlichen Punkten anderen Angebote, als wesentlich anzusehen (vergleiche EUGH 19.06.2008, Rs C-454/06, "presstext", Rz 35), geht schon deshalb ins Leere, weil es in Nachprüfungsverfahren grundsätzlich nur um die Durchsetzung der subjektiven Rechte der Antragstellerin gegenüber dem Auftraggeber geht. Aus Anlass eines Nachprüfungsverfahrens ist nicht die objektive Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens schlechthin zu prüfen (vergleiche M. Möslinger-Gehmayr, Schramm/Aicher/Fruhmann /Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar2, Paragraph 322, Rz 48 unter Hinweis auf VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181; 23.5.2007, 2005/04/0214). Würde man der Argumentation der Antragstellerin folgen, hätte das Bundesvergabemamt im gegenständlichen Fall eine Prüfung der Auftragsvergabe dahingehend durchzuführen, ob unter Einbeziehung aller fiktiven, die Antragstellerin gar nicht betreffenden Möglichkeiten, das Vergabeverfahren als solches durch den Auftraggeber rechtskonform durchgeführt wurde. Eine derartige Prüfung ist durch das BVergG nicht vorgesehen und daher unzulässig.

Dass die Mehrzahl der Unternehmen, die zunächst ihr Interesse an der ursprünglichen Ausschreibung "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" durch das Herunterladen der Ausschreibungsbestimmungen bekundet haben, dann aber von einer Angebotslegung Abstand genommen haben, zeugt lediglich von keinem weiteren Interesse am ausgeschriebenen Auftrag. Dass keines dieser Unternehmen in weiterer Folge eine Nachprüfung der Ausschreibung beantragte, macht diese Unternehmen, worauf die Auftraggeber zu Recht hinweisen, nicht nur nicht schutzwürdig, sondern lässt auch den Schluss zu, sie erachteten die Ausschreibungsbestimmungen für nicht diskriminierend.

Entgegen anderslautender Annahmen der Antragstellerin ergab eine Durchsicht der Angebote der Bestbieterin samt den Vergabeunterlagen zur Angebotsbewertung durch das Bundesvergabemamt, keine Änderungen am Inhalt der Angebote der Bestbieterin nach Angebotsöffnung. Auch die dem Bundesvergabemamt vorliegenden weiteren Unterlagen betreffend die Abwicklung der Rahmenvereinbarung (vgl. OZ 11, Ordner GZ 3902.01359 HP) entgegen anderslautender Annahmen der Antragstellerin ergab eine Durchsicht der Angebote der Bestbieterin samt den

Vergabeunterlagen zur Angebotsbewertung durch das Bundesvergabeamt, keine Änderungen am Inhalt der Angebote der Bestbieterin nach Angebotsöffnung. Auch die dem Bundesvergabeamt vorliegenden weiteren Unterlagen betreffend die Abwicklung der Rahmenvereinbarung vergleiche OZ 11, Ordner GZ 3902.01359 HP

2011, Stand 24.4.2011, "Schriftverkehr mit dem AN ... nach Abschluss der

RV", 2.6 Kundeninformation, 2.7 Abstimmung zur Kundeninformation, 4. Erstellung e-shop Katalog) beinhalten keinen Hinweis auf Änderungen des ursprünglichen Auftragsgegenstandes nach Abschluss der Rahmenvereinbarung.

Aufgrund der eindeutigen Beweislage konnte von der beantragten weiteren Beweisaufnahme in Form der Prüfung aller im ursprünglichen Vergabeverfahren gelegten Angebote durch das Bundesvergabeamt, sowie die Einvernahme von Zeugen und die Einholung eines Sachverständigengutachtens Abstand genommen werden.

Der im Rahmen des Ermittlungsverfahrens erhobene Sachverhalt ergibt, dass es sich hier um kein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung handelt, weshalb das verfahrensgegenständlich zu beurteilende Feststellungsbegehren abzuweisen war.

Abschließend wird festgehalten, dass sich das übrige, umfangreiche Vorbringen auf das mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 11.4.2011, GZ F/0004-BVA/02/2011-16 bereits entschiedene Feststellungsbegehren bezieht, weshalb im verfahrensgegenständlichen Feststellungsverfahren darauf nicht mehr einzugehen war.

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

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

Wie sich aus Spruchpunkt I ergibt war das Feststellungsbegehren vom 3.3.2011 nicht erfolgreich, sodass kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt. Der auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Feststellung bezogene Antrag, war demnach abzuweisen. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt war das Feststellungsbegehren vom 3.3.2011 nicht erfolgreich, sodass kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt. Der auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Feststellung bezogene Antrag, war demnach abzuweisen.

Schlagworte

Feststellungsverfahren, Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, Nichtigklärung Ausschreibungsteile, Angebotsfrist abgelaufen;

Zuletzt aktualisiert am

27.07.2011

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