

TE Verg Bescheid 2011/4/11 F/0004-BVA/02/2011-16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.04.2011

Norm

BVergG 2006 §2 Z50

BVergG 2006 §312 Abs3 Z1

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §§320ff

BVergG 2006 §331 Abs1

BVergG 2006 §331 Abs4

BVergG 2006 §332 Abs1

BVergG 2006 §332 Abs2

BVergG 2006 §332 Abs5

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 § 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 § 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 § 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 § 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

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; GZ 3902.01359" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 3. März 2011, wie folgt entschieden: 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; GZ 3902.01359" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokurator, 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 der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde", wird zurückgewiesen.

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

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359", der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, erfolgte 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. Laut Bekanntmachung handelt es sich um ein offenes Verfahren, der Zuschlag soll dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Zur Vergabe gelangt der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer über einen Lieferauftrag zu 2 Losen (Los 01 Region Ost: Wien, Niederösterreich, Burgenland, Steiermark; Los 02 Region West:

Oberösterreich, Salzburg, Kärnten, Tirol, Vorarlberg) mit einer Laufzeit von 36 Monaten, beginnend ab 1.1.2011, und einer einmaligen Verlängerungsoption um weitere 12 Monate. Diese Ausschreibung wurde insgesamt viermal berichtigt und zwar am 10.8.2010, am 25.8.2010, am 2.9.2010 und am 24.9.2010. Sämtliche Bieter, die ihr Interesse an der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung durch Herunterladen der Ausschreibungsunterlagen bekundet hatten, unter ihnen auch die Antragstellerin, erhielten eine diesbezügliche Benachrichtigung per e-mail. Die Erstreckung des Endes der Angebotsfrist auf 5.10.2010, 10:00 Uhr, gekoppelt mit dem neuen Termin für die Angebotsöffnung am 5.10.2010, 10:05 Uhr, erfolgte mit der am 2.9.2010 zur nationalen als auch europaweiten Veröffentlichung abgesandten 3. Ausschreibungs-berichtigung.

Auf Antrag der A***, vertreten durch X***, (idF Antragstellerin), wurde zunächst mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 6.9.2010, GZ N/0076- BVA/02/2010-EV8, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens dem Auftraggeber untersagt, die im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren eingelangten Angebote zu öffnen und in weiterer Folge wurden einzelne Teile der bekämpften Ausschreibung in der Fassung der 2. Berichtigung mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 3.12.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-36 für nichtig erklärt. Gegen diesen Bescheid erhob die Antragstellerin am 31.1.2011 eine auf Art 144 B-VG gestützte Beschwerde, welche vom Verfassungsgerichtshof unter ZI B 90/11 in Behandlung genommen wurde. Auf Antrag der A***, vertreten durch X***, (in der Fassung Antragstellerin), wurde zunächst mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 6.9.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-EV8, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens dem Auftraggeber untersagt, die im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren eingelangten Angebote zu öffnen und in weiterer Folge wurden einzelne Teile der bekämpften Ausschreibung in der Fassung der 2. Berichtigung mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 3.12.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-36 für nichtig erklärt. Gegen diesen Bescheid erhob die Antragstellerin am 31.1.2011 eine auf Artikel 144, B-VG gestützte Beschwerde, welche vom Verfassungsgerichtshof unter ZI B 90/11 in Behandlung genommen wurde.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist langten insgesamt 5 Angebote von 5 verschiedenen Bietern bei der vergebenden Stelle ein. Die Antragstellerin legte kein Angebot. Nach der Angebotsöffnung am 22.12.2010 und Abschluss der Angebotsbewertung, gab die vergebende Stelle die Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung am 20.1.2011 per Telefax an alle 5 Bieter bekannt. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung zwischen den Auftraggebern und der B*** erfolgte mittels Telefax der vergebenden Stelle vom 1.2.2011. 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.

Mit Schriftsatz vom 3.3.2011 stellte die Antragstellerin die unter den Spruchpunkten I und II wiedergegeben Anträge und begehrte weiters die Gewährung von Akteneinsicht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Mit Schriftsatz vom 3.3.2011 stellte die Antragstellerin die unter den Spruchpunkten römisch eins und römisch zwei wiedergegeben Anträge und begehrte weiters die Gewährung von Akteneinsicht und die Durchführung einer

mündlichen Verhandlung.

Weiters stellte die Antragstellerin einen Feststellungsantrag, dass ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde und begehrte die Nichtigkeitserklärung des gesamten Vertrages, in eventu weitestmögliche Aufhebung des Vertrages, in eventu die Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs 7 BVergG. Zu diesem Feststellungsbegehren wurde unter Zl. F/0005-BVA/02/2011 ein weiteres Feststellungsverfahren eingeleitet. Weiters stellte die Antragstellerin einen Feststellungsantrag, dass ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde und begehrte die Nichtigkeitserklärung des gesamten Vertrages, in eventu weitestmögliche Aufhebung des Vertrages, in eventu die Verhängung von Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG. Zu diesem Feststellungsbegehren wurde unter Zl. F/0005-BVA/02/2011 ein weiteres Feststellungsverfahren eingeleitet.

Begründend brachte die Antragstellerin insbesondere vor, dass unabhängig davon, welche Vorgangsweise von den "faktisch" in Betracht kommenden vier verschiedenen Szenarien - a) Fortführung des Vergabeverfahrens mit jenen Bietern, die Angebote abgegeben haben, ohne Änderung dieser Angebote; b) Fortführung des Vergabeverfahrens mit jenen Bietern, 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.

Zu den möglichen Szenarien führte die Antragstellerin wie folgt aus:

"3.1. Szenario a):

3.1.1. Erfolgt keine Abänderung der Angebote, so enthalten diese noch immer jene Festlegungen der Ausschreibungsunterlage, die vom BVA als rechtswidrig erkannt wurden. Denn die Nichtigkeitserklärung von Bestandteilen der Ausschreibungsunterlage verändert ja für sich genommen noch nicht den Inhalt der Angebote. Die Nichtigkeitserklärung betrifft nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 325 Abs 1 BVergG die Entscheidung des Auftraggebers. Sie entfaltet keine Wirkungen für die Inhalte der Angebote, die auf Grundlage der Ausschreibungsunterlage abgegeben wurden. 3.1.1. Erfolgt keine Abänderung der Angebote, so enthalten diese noch immer jene Festlegungen der Ausschreibungsunterlage, die vom BVA als rechtswidrig erkannt wurden. Denn die Nichtigkeitserklärung von Bestandteilen der Ausschreibungsunterlage verändert ja für sich genommen noch nicht den Inhalt der Angebote. Die Nichtigkeitserklärung betrifft nach dem klaren Gesetzeswortlaut des Paragraph 325, Absatz eins, BVergG die Entscheidung des Auftraggebers. Sie entfaltet keine Wirkungen für die Inhalte der Angebote, die auf Grundlage der Ausschreibungsunterlage abgegeben wurden.

Erfolgte die Vergabe der Rahmenvereinbarung auf dieser Grundlage, liegen jedenfalls Verstöße gegen das Bundesvergabegesetz im Sinne des § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG vor. Denn wenn auch die Nichtigkeitserklärung durch das BVA nur hinsichtlich ihres Spruches verbindlich ist und von der Begründung des Bescheids keine Bindungswirkung ausgeht, wurde doch inhaltlich bereits die Rechtswidrigkeit der für nichtig erklärten Festlegungen der Ausschreibung festgestellt. Diese Festlegungen sind aber durch die Vergabe auf Grundlage der unveränderten Angebote weiterhin Bestandteile des Vergabeverfahrens geblieben bzw bewirken die Rechtswidrigkeit des Akts 'Vergabe der Rahmenvereinbarung', der diese Festlegungen 'inkorporiert'. Das Vergabeverfahren leidet sohin an jenen Rechtswidrigkeiten, die das BVA in der Begründung seines Bescheids festgestellt hat. Erfolgte die Vergabe der Rahmenvereinbarung auf dieser Grundlage, liegen jedenfalls Verstöße gegen das Bundesvergabegesetz im Sinne des Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG vor. Denn wenn auch die Nichtigkeitserklärung durch das BVA nur hinsichtlich ihres Spruches verbindlich ist und von der Begründung des Bescheids keine Bindungswirkung ausgeht, wurde doch inhaltlich bereits die Rechtswidrigkeit der für nichtig erklärten Festlegungen der Ausschreibung festgestellt. Diese Festlegungen sind aber durch die Vergabe auf Grundlage der unveränderten Angebote weiterhin Bestandteile des Vergabeverfahrens geblieben bzw bewirken die Rechtswidrigkeit des Akts 'Vergabe der Rahmenvereinbarung', der diese Festlegungen 'inkorporiert'. Das Vergabeverfahren leidet sohin an jenen Rechtswidrigkeiten, die das BVA in der Begründung seines Bescheids festgestellt hat.

3.1.2. Diese Rechtswidrigkeiten sind auch kausal dafür, dass der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot im Sinne des § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG erteilt wurde. Ist doch bloß jenes Angebot das technisch und

wirtschaftlich günstigste im Sinne des Gesetzes, das im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen ermittelt wurde. Dies gilt zumindest insoweit, als die Verletzung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen von Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens ist. Denn diesfalls bewirkt ihre Verletzung durch den Auftraggeber, dass der Bestbieter im Sinne des Gesetzes gar nicht festgestellt werden kann (vgl. BVA 03.04.2003, 10F-14/02-25, 03.04.2003, 10F-16/02-24). 3.1.2. Diese Rechtswidrigkeiten sind auch kausal dafür, dass der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot im Sinne des Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG erteilt wurde. Ist doch bloß jenes Angebot das technisch und wirtschaftlich günstigste im Sinne des Gesetzes, das im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen ermittelt wurde. Dies gilt zumindest insoweit, als die Verletzung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen von Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens ist. Denn diesfalls bewirkt ihre Verletzung durch den Auftraggeber, dass der Bestbieter im Sinne des Gesetzes gar nicht festgestellt werden kann (vergleiche BVA 03.04.2003, 10F-14/02-25, 03.04.2003, 10F-16/02-24).

Dass aber die Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen, die der Nichtigerklärung zugrunde lagen, für den Verfahrensausgang relevant war, ergibt sich bereits daraus, dass das BVA die Nichtigerklärung nach § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG nur dann aussprechen darf, wenn dies der Fall ist. Das BVA hat nun eine solche Nichtigerklärung ausgesprochen und in der Begründung explizit festgestellt, dass bei Einhaltung des Gesetzes ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens und die Ermittlung eines anderen Partners für den Abschluss der Rahmenvereinbarung denkbar wären. Dass aber die Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen, die der Nichtigerklärung zugrunde lagen, für den Verfahrensausgang relevant war, ergibt sich bereits daraus, dass das BVA die Nichtigerklärung nach Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG nur dann aussprechen darf, wenn dies der Fall ist. Das BVA hat nun eine solche Nichtigerklärung ausgesprochen und in der Begründung explizit festgestellt, dass bei Einhaltung des Gesetzes ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens und die Ermittlung eines anderen Partners für den Abschluss der Rahmenvereinbarung denkbar wären.

3.1.3. Zudem erweist sich die Vergabe auf Grundlage der unveränderten Angebote auch aus europarechtlichen Gesichtspunkten als tatbestandsmäßig im Sinne des § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG: 3.1.3. Zudem erweist sich die Vergabe auf Grundlage der unveränderten Angebote auch aus europarechtlichen Gesichtspunkten als tatbestandsmäßig im Sinne des Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG:

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein Unternehmen auch ohne eigene Angebotslegung berechtigt, ein Nachprüfungsverfahren gegen Ausschreibungsspezifikationen einzuleiten, wenn es sich durch die diskriminierenden Spezifikationen der Ausschreibungsunterlagen daran gehindert sah, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen. Denn von einem Unternehmen könne nicht verlangt werden, in einem Vergabeverfahren ein Angebot zu legen, wenn es auf Grund der Spezifikationen der Ausschreibungsunterlagen keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlages in diesem Vergabeverfahren hat (EuGH 12.02.2004, Rs C-230/02, Grossmann, RZ 28-29). Dieses Antragsrecht ohne Angebotslegung wäre vollkommen sinnlos, wenn es nicht dazu führen würde, dass das Unternehmen im Falle des Erfolgs seines Antrages in die Lage versetzt wird, am Vergabeverfahren ohne die als diskriminierend erachteten Bestimmungen teilzunehmen. Genau dieses verpönte Ergebnis wäre aber der Fall, wenn der Auftraggeber berechtigt wäre, nach erfolgter Nichtigerklärung einzelner Spezifikationen im Vergabeverfahren fortzufahren, ohne dem erfolgreichen Antragssteller Gelegenheit zu geben, nach Änderung der Ausschreibungsbedingungen am Verfahren teilzunehmen.

Kein Unternehmen würde Interesse daran haben, rechtswidrige Spezifikationen zu bekämpfen, wenn dies nicht bewirken würde, dass es nach erfolgreicher Bekämpfung der diskriminierenden Spezifikationen auch tatsächlich die Chance erhält, sich um den Auftrag zu bewerben. Demnach würde eine Auslegung, die zulässt, dass der Auftraggeber nach Nichtigerklärung diskriminierender Spezifikationen im Vergabeverfahren fortfährt, dem Grundsatz der effektiven Nachprüfung rechtswidriger Vergabeentscheidungen (in Gestalt diskriminierender Spezifikationen) nach Artikel 1 Abs. 1 RL 89/665 widersprechen. Kein Unternehmen würde Interesse daran haben, rechtswidrige Spezifikationen zu bekämpfen, wenn dies nicht bewirken würde, dass es nach erfolgreicher Bekämpfung der diskriminierenden Spezifikationen auch tatsächlich die Chance erhält, sich um den Auftrag zu bewerben. Demnach würde eine Auslegung, die zulässt, dass der Auftraggeber nach Nichtigerklärung diskriminierender Spezifikationen im Vergabeverfahren fortfährt, dem Grundsatz der effektiven Nachprüfung rechtswidriger Vergabeentscheidungen (in Gestalt diskriminierender Spezifikationen) nach Artikel 1 Absatz eins, RL 89/665 widersprechen.

Müsste der Auftraggeber einem erfolgreichen Anfechter keine Gelegenheit zur Angebotslegung einräumen könnte der

Anfechtungsberechtigte seine Chancen auf den Auftrag nur wahren, wenn er bereits vorher ein Angebot abgegeben hat. Dies würde bedeuten, dass ein Unternehmen erst recht gezwungen wäre, sich durch Angebotslegung an einem Vergabeverfahren zu beteiligen, obwohl dies auf der Grundlage von Spezifikationen zu geschehen hätte, die von ihm als rechtswidrig erachtet werden und das Unternehmen gerade an einer erfolversprechenden Angebotslegung hindern. Gerade eine solche Verpflichtung zur Angebotslegung hat der EuGH aber verneint.

3.2. Szenario b):

Soll eine Vergabe auf Grundlage der inhaltlich als rechtswidrig erkannten Ausschreibungsbedingungen vermieden werden, könnte der Auftraggeber mit den Bietern eine Abänderung ihrer Angebote zur Umsetzung der Nichtigerklärung durch das BVA vereinbaren. Befindet sich jedoch das Vergabeverfahren bereits im Stadium nach Ablauf der Angebotsfrist steht einer solchen Vorgangsweise die eindeutige Anordnung des § 112 Abs. 2 BVergG entgegen. Nach dieser Bestimmung ist der Bieter während der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden. Abänderungen eines Angebots sind nur während der Angebotsfrist möglich (vgl. § 106 Abs. 8 BVergG). In einem offenen Vergabeverfahren, wie dem vorliegenden Verfahren, würde daher diese Vorgangsweise zur Verletzung des § 101 Abs. 4 BVergG (Verhandlungsverbot) führen. Auch nach der Rechtsprechung kommt, eine Abänderung der Angebote nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr in Betracht (VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181). Soll eine Vergabe auf Grundlage der inhaltlich als rechtswidrig erkannten Ausschreibungsbedingungen vermieden werden, könnte der Auftraggeber mit den Bietern eine Abänderung ihrer Angebote zur Umsetzung der Nichtigerklärung durch das BVA vereinbaren. Befindet sich jedoch das Vergabeverfahren bereits im Stadium nach Ablauf der Angebotsfrist steht einer solchen Vorgangsweise die eindeutige Anordnung des Paragraph 112, Absatz 2, BVergG entgegen. Nach dieser Bestimmung ist der Bieter während der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden. Abänderungen eines Angebots sind nur während der Angebotsfrist möglich vergleiche Paragraph 106, Absatz 8, BVergG). In einem offenen Vergabeverfahren, wie dem vorliegenden Verfahren, würde daher diese Vorgangsweise zur Verletzung des Paragraph 101, Absatz 4, BVergG (Verhandlungsverbot) führen. Auch nach der Rechtsprechung kommt, eine Abänderung der Angebote nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr in Betracht (VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181).

Zudem würde auch diese Vorgangsweise dem gerade dargestellten gemeinschaftsrechtlichen Gebot der effektiven Nachprüfung diskriminierender Ausschreibungsspezifikationen aus den dargelegten Erwägungen widerstreiten.

3.3. Szenario c):

Grundsätzlich wäre die Verlängerung der Angebotsfrist die nach dem Gesetz gebotene Reaktion des Auftraggebers auf eine Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen. Denn § 57 Abs. 2 erster Satz BVergG ordnet an, dass die Angebotsfrist bei der Berichtigung der Bekanntmachung der Vergabe von Leistungen zu verlängern ist, wenn die Berichtigung auf die Erstellung der Angebote wesentlichen Einfluss hat. Die Streichung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen entspricht aber inhaltlich einer Ausschreibungsberichtigung, wird doch auch hier der Inhalt der Festlegungen des Auftraggebers verändert. Die dadurch bewirkte Veränderung der Ausschreibung hat voraussetzungsgemäß wesentlichen Einfluss auf die Erstellung der Angebote, ist doch nach § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG die Wesentlichkeit für den Ausgang des Verfahrens Tatbestandsvoraussetzung für die Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen. Grundsätzlich wäre die Verlängerung der Angebotsfrist die nach dem Gesetz gebotene Reaktion des Auftraggebers auf eine Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen. Denn Paragraph 57, Absatz 2, erster Satz BVergG ordnet an, dass die Angebotsfrist bei der Berichtigung der Bekanntmachung der Vergabe von Leistungen zu verlängern ist, wenn die Berichtigung auf die Erstellung der Angebote wesentlichen Einfluss hat. Die Streichung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen entspricht aber inhaltlich einer Ausschreibungsberichtigung, wird doch auch hier der Inhalt der Festlegungen des Auftraggebers verändert. Die dadurch bewirkte Veränderung der Ausschreibung hat voraussetzungsgemäß wesentlichen Einfluss auf die Erstellung der Angebote, ist doch nach Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG die Wesentlichkeit für den Ausgang des Verfahrens Tatbestandsvoraussetzung für die Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen.

Diese Vorgangsweise würde auch dem dargestellten europarechtlichen Gebot effektiver Bekämpfung diskriminierender Spezifikationen Rechnung tragen, weil der erfolgreiche Antragsteller in einem solchen Fall die Möglichkeit erhält, sich an dem Vergabeverfahren nach Streichung der rechtswidrigen Spezifikationen zu beteiligen, ohne dass er zuvor genötigt war, ein Angebot zu legen.

Diese Möglichkeit scheidet jedoch nach Ablauf der Angebotsfrist aus, weil die Berichtigung nach diesem Zeitpunkt im

offenen Verfahren nicht mehr zulässig ist. Einer Solchen steht der bereits erwähnte § 112 Abs. 2 BVergG entgegen (vgl. auch Auprich in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010) Rz 1315). Diese Möglichkeit scheidet jedoch nach Ablauf der Angebotsfrist aus, weil die Berichtigung nach diesem Zeitpunkt im offenen Verfahren nicht mehr zulässig ist. Einer Solchen steht der bereits erwähnte Paragraph 112, Absatz 2, BVergG entgegen vergleiche auch Auprich in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010) Rz 1315).

Die Auftraggeber hätten sich diese Vorgangsweise allerdings offen halten können, in dem sie rechtzeitig, nämlich vor Ablauf der Angebotsfrist, eine Verlängerung derselben bekanntgemacht hätten. In diesem Falle wären sie auch nach Nichtigklärung der Bestimmungen der Ausschreibung durch das BVA in der Lage gewesen, das Vergabeverfahren gesetzeskonform fortzuführen.

3.4. Szenario d):

Aus den dargestellten Erwägungen folgt, dass eine Nichtigklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen im offenen Verfahren nach Ablauf der Angebotsfrist nur mehr ein Ergebnis übrig lässt. Die Ausschreibung ist zu widerrufen. Hat doch die Nichtigklärung unter Berücksichtigung des § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG jedenfalls wesentliche Änderungen der Ausschreibung bewirkt. Dies entspricht auch der Rechtsprechung der Vergabekontrollinstanzen (Vgl. BVA 20.04.2001, N-43/01-20, BVA 01.08.2002, N-18/02-39, UVS OÖ 07.03.2002, Vw Sen-550045/10/KI/Rd). Aus den dargestellten Erwägungen folgt, dass eine Nichtigklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen im offenen Verfahren nach Ablauf der Angebotsfrist nur mehr ein Ergebnis übrig lässt. Die Ausschreibung ist zu widerrufen. Hat doch die Nichtigklärung unter Berücksichtigung des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG jedenfalls wesentliche Änderungen der Ausschreibung bewirkt. Dies entspricht auch der Rechtsprechung der Vergabekontrollinstanzen (Vgl. BVA 20.04.2001, N-43/01-20, BVA 01.08.2002, N-18/02-39, UVS OÖ 07.03.2002, römisch fünf w Sen-550045/10/KI/Rd).

Dieses Ergebnis widerspricht keineswegs den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, hat es doch ein Auftraggeber in der Hand, bei Bekämpfung von Ausschreibungsspezifikationen im Falle der Untersagung der Angebotseröffnung mittels einstweiliger Verfügung vorsorglich die Angebotsfrist auf einen Zeitpunkt nach der behördlichen Entscheidung zu erstrecken.

Dieses Ergebnis gerät auch nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, wonach die Nichtigklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen nur dann zur Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung zu führen hat, wenn ansonsten kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung durch die geänderten Bestimmungen einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde (VwGH 22.04.2010, 2008/04/0077). Denn der in dieser Entscheidung vom VwGH entschiedene Fall betraf eine Nichtigklärung vor Ablauf der Angebotsfrist."

Zur Anwendung dieser ihrer Erwägungen führte die Antragstellerin weiters im Wesentlichen aus, dass für sie, infolge Fehlens eines zeitgerechten Widerrufs der Ausschreibung oder einer Verlängerung der Angebotsfrist durch die Auftraggeber - im Widerspruch zum gemeinschaftsrechtlichen Gebot der effektiven Bekämpfung rechtswidriger Spezifikationen - keine Möglichkeit bestanden habe, 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 erfolversprechendes Angebot zu legen.

Die Vergabe des Auftrages auf Grundlage eines inhaltlich nicht abgeänderten Angebotes der Zuschlagsempfängerin bedinge, dass die Angebote aufgrund von für die Qualität des Hygienepapiers in den Positionen 21, 24, 75 und 92 geltenden Musskriterien, nicht vergleichbar seien. Gleiches gelte für die unzulässige und diskriminierende Vorgabe von Leitprodukten in den Positionen 60 und 61 der Leistungsbeschreibung. Auch die branchenunüblichen Anforderungen an die Breite der Küchenrollen in der Position 80 sowie an die Blattmindestbreite der Servietten in den Positionen 90, 91 und 92 führe zur Ungleichbehandlung. Bei den für nichtig erklärten Positionen bzw Textteilen (P 21, P 24, P 60, P 61, P 75, P 80, P 90, P 91 und P 92) handle es sich um wesentliche Bestandteile der Ausschreibung. Wie aus der von der Antragstellerin als Beilage 3 zum verfahrenseinleitenden Schriftsatz vorgelegten "Liste" zu ersehen, betrage das Volumen der 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 Antragsstellerin, 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. Die Vergabe des Auftrages auf Grundlage eines inhaltlich nicht abgeänderten Angebotes der Zuschlagsempfängerin bedinge, dass die Angebote aufgrund von für die Qualität des Hygienepapiers in den Positionen 21, 24, 75 und 92 geltenden Musskriterien, nicht vergleichbar seien. Gleiches gelte für die unzulässige und diskriminierende Vorgabe von Leitprodukten in den Positionen 60 und 61 der Leistungsbeschreibung. Auch die branchenunüblichen Anforderungen an die Breite der Küchenrollen in der Position 80 sowie an die Blattmindestbreite der Servietten in den Positionen 90, 91 und 92 führe zur Ungleichbehandlung. Bei den für nichtig erklärten Positionen bzw. Textteilen (P 21, P 24, P 60, P 61, P 75, P 80, P 90, P 91 und P 92) handle es sich um wesentliche Bestandteile der Ausschreibung. Wie aus der von der Antragstellerin als Beilage 3 zum verfahrenseinleitenden Schriftsatz vorgelegten "Liste" zu ersehen, betrage das Volumen der 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 Antragsstellerin, 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, wie in Szenario b) dargestellt, 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 Gelegenheit gehabt hätten, auf Grundlage dieser geänderten 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 jener, die Grundlage des entsprechend der 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 geschlossen worden sei.

Eine wesentliche Abänderung der ursprünglichen Vergabebedingungen im Sinne dieser EuGH-Rechtsprechung liege vor. Dies ergebe sich 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 aus der Feststellung des BVA, dass die Gesetzesverstöße für den Ausgang des Verfahrens relevant gewesen seien bzw. bei Einhaltung des Gesetzes ein anderes Verfahrensergebnis denkbar gewesen sei. Demnach sei die Vergabe der Rahmenvereinbarung zu diesen Bedingungen als rechtswidrige Vergabe ohne Bekanntmachung anzusehen, weshalb das BVA die Nichtigerklärung der Rahmenvereinbarung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG auszusprechen habe. Eine wesentliche Abänderung der ursprünglichen Vergabebedingungen im Sinne dieser EuGH-Rechtsprechung liege vor. Dies ergebe sich 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 aus der Feststellung des BVA, dass die Gesetzesverstöße für den Ausgang des Verfahrens relevant gewesen seien bzw. bei Einhaltung des Gesetzes ein anderes Verfahrensergebnis denkbar gewesen sei. Demnach sei die Vergabe der Rahmenvereinbarung zu diesen Bedingungen als rechtswidrige Vergabe ohne Bekanntmachung anzusehen, weshalb das BVA die Nichtigerklärung der Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG auszusprechen habe.

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 jedoch 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 jedoch 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 einer nicht-diskriminierenden 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 Leistungsabrufs, in Form der Rechtsberatungskosten, in Form der für die Vorbereitung der Teilnahme am Vergabeverfahren und der Angebotserstellung entstandenen Kosten von mindestens EUR 60.000,00 und in Form des entgangenen sehr wichtigen Referenzprojekts.

Die Auftraggeber nahmen hiezu 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 BVergG und § 2 lit.a leg cit beende ein Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung der Abschluss dieser Rahmenvereinbarung, während § 312 Abs. 3 BVergG die Zuständigkeit an die Zuschlagsentscheidung knüpfe, weshalb das Bundesvergabeamt unzuständig sei. Die Auftraggeber nahmen hiezu 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, BVergG und Paragraph 2, Litera a, leg cit beende ein Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung der Abschluss dieser Rahmenvereinbarung, während Paragraph 312, Absatz 3, BVergG die Zuständigkeit an die Zuschlagsentscheidung knüpfe, weshalb das Bundesvergabeamt unzuständig sei.

In Einklang mit den vergaberechtlichen Vorgaben habe sich der Auftraggeber für das Szenario a) entschieden. Die Antragstellerin verkenne die Wirkung einer Nichtigserklärung nach § 325 Abs. 2 BVergG. Durch die Nichtigserklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung würden diese Teile mit Wirkung ex tunc aufgehoben, sie gelten als nicht

gesetzt 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 rechtens, die Angebote unter Beachtung dieser ex tunc Wirkung zu prüfen und die Rahmenvereinbarung abzuschließen. In Einklang mit den vergaberechtlichen Vorgaben habe sich der Auftraggeber 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 gelten als nicht gesetzt 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 rechtens, 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 und es liege auch bei Szenario b) 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 und es liege auch bei Szenario b) 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 beteilige, sei das Interesse am fraglichen Auftrag abzuerkennen und ihm sei kein Zugang zu einem Feststellungsverfahren zu gewähren. Die 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 ungenutzt verstreichen zu lassen, in der Hoffnung, mit dem Nachprüfungsantrag zur Gänze durchzudringen, sei nicht schutzwürdig.

Nach der Entscheidung des VwGH vom 1.3.2004, Zl.2004/04/0012, sei ein Feststellungsantrag unzulässig, wenn ein Nachprüfungsantrag gestellt worden, aber nicht erfolgreich gewesen sei. Die von der Antragstellerin bereits im Nachprüfungsverfahren monierten Bedenken wegen der Nichtverlängerung der Angebotsfrist, seien im Bescheid vom 3.12.2010 nicht geteilt worden. Diese bereits vorliegende negative Nachprüfungsentscheidung, mache das nunmehr darauf implizit gerichtete Feststellungsbegehren ebenfalls unzulässig.

Auch mit der Argumentation, die Auftraggeber seien verpflichtet gewesen, die Ausschreibung zu widerrufen, versuche die Antragstellerin dasselbe zu erreichen, wie mit ihrem im Nachprüfungsverfahren zuvor erfolglosen Begehren auf Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung. Die Folgen des Widerrufs einer Ausschreibung seien dieselben wie bei einer Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung. Daher stehe dem im Wesentlichen auf das gleiche Ziel gerichteten Feststellungsantrag, der Antrag auf Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung entgegen.

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 Nichtigklärung. Die Streichung einzelner Bestimmungen iSd § 325 Abs. 2 BVergG erfolge ausschließlich durch das BVA und nicht durch den Auftraggeber. An diesen beiden völlig unterschiedlichen Sachverhalten 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 Nichtigklärung. Die Streichung einzelner

Bestimmungen iSd Paragraph 325, Absatz 2, BVergG erfolge ausschließlich durch das BVA und nicht durch den Auftraggeber. An diesen beiden völlig unterschiedlichen Sachverhalten 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 BVA 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 BVA 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 Willenserklärungen oder Absichtserklärungen des Auftraggebers, nicht jedoch um Nichtigerklärungen von Angeboten oder sonstigen Willenserklärungen von Bietern. 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 Bietern an die nach der 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 Willenserklärungen oder Absichtserklärungen des Auftraggebers, nicht jedoch um Nichtigerklärungen von Angeboten oder sonstigen Willenserklärungen von Bietern. 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 Bietern an die nach der Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen geänderten Bestimmungen in der Ausschreibungsunterlage anzupassen.

In der Rechtssache Grossmann habe der EUGH nicht zwischen den verschiedenen Rechtsschutzmöglichkeiten, nämlich Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren, differenziert. Die der Entscheidung zugrundeliegende Bestimmung des Art. 1 Abs. 1 RL 89/665/EWG gelte für alle Arten von Verfahren. 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, nämlich Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren, differenziert. Die der Entscheidung zugrundeliegende Bestimmung des Artikel eins, Absatz eins, RL 89/665/EWG gelte für alle Arten von Verfahren. 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.

Die Auftraggeber übersähen, dass im Fall Grossmann auf Sachverhaltsebene schon lange vor der Entscheidung des EuGH der Zuschlag erteilt worden sei und dass das Bundesvergabeamt nur mehr die Antragslegitimation im fortzusetzenden Feststellungsverfahren zu prüfen habe.

Mit dem Vorwurf, 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 BVA 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. 2004/04/0012 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 BVA gegangen.

Dass sich § 57 Abs. 2 BVergG ausdrücklich an den Auftraggeber und nicht an das BVA richte, sage nichts darüber aus, ob die von der Antragstellerin vertretene Analogie gerechtfertigt sei. Die beiden Sachverhalte seien unter dem wesentlichen Gesichtspunkt, den Bietern sei 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 BVA richte, sage nichts darüber aus, ob die von der Antragstellerin vertretene Analogie gerechtfertigt sei. Die beiden Sachverhalte seien unter dem wesentlichen Gesichtspunkt, den Bietern sei 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 die Irreführung des potenziellen Bieterkreises. Folge diese Rechtsansicht der Antragstellerin sei nicht, dass jede Berichtigung einer Ausschreibung 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. Die Ausführungen der Antragstellerin entsprächen dem klaren Sinn von § 57 Abs. 2 BVergG, der bei Berichtigung von für die Angebotserstellung wesentlichen Vorgaben die Verlängerung der Angebotsfrist vorsehe, um interessierten Unternehmen die Teilnahmemöglichkeit zu den abgeänderten Bedingungen zu geben. Streichungen einzelner Ausschreibungsbestimmungen blieben für die Nachprüfungsbehörde durchaus möglich, solange deren Nichtigerklärung noch vor Ablauf der Angebotsfrist erfolge oder wenn die Angebotsfrist entsprechend verlängert worden sei. 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 die Irreführung des potenziellen Bieterkreises. Folge diese Rechtsansicht der Antragstellerin sei nicht, dass jede Berichtigung einer Ausschreibung 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. Die Ausführungen der Antragstellerin entsprächen dem klaren Sinn von Paragraph 57, Absatz 2, BVergG, der bei Berichtigung von für die Angebotserstellung wesentlichen Vorgaben die Verlängerung der Angebotsfrist vorsehe, um interessierten Unternehmen die Teilnahmemöglichkeit zu den abgeänderten Bedingungen zu geben. Streichungen einzelner Ausschreibungsbestimmungen blieben für die Nachprüfungsbehörde durchaus möglich, solange deren Nichtigerklärung noch vor Ablauf der Angebotsfrist erfolge oder wenn die Angebotsfrist entsprechend verlängert worden sei.

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 BVA 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 BVA für rechtswidrig erklärt worden seien. Daher könne das BVA die Entscheidung im gegenständlichen Fall unter Zugrundelegung der im Vorverfahren geäußerten Rechtsansicht und unter Verweis auf die dort gegebene Begründung treffen.

Mit Replik vom 8.4.2011 gaben die Auftraggeber zum Ablauf im Vergabeverfahren an, dass die nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr geänderten Angebote an hand der infolge der ex tunc-Nichtigerklärung einzelner Teile der Ausschreibungsbestimmungen abgeänderten Ausschreibungsbestimmungen geprüft worden seien. Dabei seien - als logische Konsequenz der Teilnichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen - 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 nichtig erklärten Bestimmungen bezogen hätten, hätten als nicht angeboten zu gelten.

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

In der mündlichen Verhandlung vom 11.4.2011 wiederholte die Antragstellerin im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen. Angefochten seien jene Teile der Ausschreibungsbestimmungen, die für nichtig erklärt worden seien. Infolge der Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen hätte sie Möglichkeit bekommen müssen, durch Verlängerung der Angebotsfrist seitens des Auftraggebers, sich noch am Vergabeverfahren zu beteiligen.

Weiters legte die Antragstellerin 4 Produktbeschreibungen zu den Positionen 40, 60, 71 und 25 vor. Nach ihren

Informationen handle es sich dabei um jene Produkte, die der erfolgreiche Bestbieter angeboten habe. In der Ausschreibung sei bei den Positionen 40, 60 und 71 die flächenbezogene Masse mit einem Wert von ? (größer ist gleich) 36g/m^2 und mit einer Toleranz von 10% nach unten vorgegeben worden. Dies ergebe einen Maximalwert von $32,4\text{g/m}^2$. Die Breite und die Länge von je 23cm führe jedoch bei dem zu Position 40 angebotenen Produkt zu einer flächenbezogenen Masse von 28g/m^2 (nach der Formel: $\text{Nettogewicht } 394\text{g} \div \text{Stück } 266 \div \text{Breite } 0,23\text{m} \div \text{Länge } 0,23\text{m} = 28,00\text{g/m}^2$). Bei der Position 60 sei der Artikel 290057 mit einer flächenbezogenen Masse von $25,99\text{g/m}^2$ ($\text{Nettogewicht } 1037\text{g} \div \text{Breite } 0,21\text{m} \div \text{Länge } 1,90\text{m} = 25,99$) angeboten worden und bei der Position 71 sei die vorgegebene flächenbezogene Masse mit einem Wert von $24,5\text{g/m}^2$ (gerundet) im Angebot unterschritten worden. Bei Position 25, wo die Ausschreibung einen Grenzwert $> 33\text{g/m}^2$ vorgegeben habe, betrage die flächenbezogene Masse nur $32,01\text{g/m}^2$ ($\text{Nettogewicht } 1.179,52 \div \text{Länge } 380\text{m} \div 0,097\text{m} = 32,01$; die Breite von 0,097m ergebe sich aus der Höhe mit 291mm und 3 Rollen übereinander verpackt, hätten eine Höhe von 291mm). Demnach sei der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden.

Zu den Positionen 40, 60 und 71 brachte der Auftraggeber vor, dass infolge der 2. Ausschreibungsberichtigung vom 25.8.2010, Pkt. 30 allein die Wasseraufnahmekapazität maßgeblich sei. Die flächenbezogene Masse stelle sich lediglich als Richtwert, welcher auch unterschritten werden könne, dar. Bei Position 25 sei nach Rz 145 der Ausschreibungsbestimmungen allein der Prüfbericht der TU Graz oder vergleichbarer Institutionen maßgeblich. Bei der Bestbieterin ergebe sich zu Position 25 aus dem vorliegenden Prüfbericht der TU Graz vom 6.4. bis 16.4.2010 eine flächenbezogene Masse über dem Grenzwert von 33g/m^2 .

Die Antragstellerin erwiderte, nach Rz 132 1. Satz AAB idF der 3. Die Antragstellerin erwiderte, nach Rz 132 1. Satz AAB in der Fassung der 3.

Berichtigung handle es sich bei der flächenbezogenen Masse um einen Mindestwert und die Produkte hätten die in den Spezifikationen angeführten Mindeststandards zu erfüllen. Für die Positionen 40, 60, 71 und 25 seien nach den Produktspezifikationsblättern Atteste vorzulegen. Nach Rz 135 hätten die angebotenen Produkte die Musskriterien zu erfüllen und nach Rz 139 seien Angebote, die ein oder mehrere Musskriterien nicht erfüllten vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.

Der Auftraggeber wies darauf hin, dass die 2. Ausschreibungsberichtigung lex specialis sei und durch die 3. Ausschreibungsberichtigung keine Veränderung erfahren habe.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Allgemein zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes: römisch eins. Allgemein zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, sind Auftraggeber gemäß § 3 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 leg cit, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe gelangte. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers 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. Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der Feststellungsantrag wurden fristgerecht gemäß § 332 Abs 2 3 BVergG eingebracht und entspricht den inhaltlichen Vorgaben gemäß § 332 Abs 1 BVergG. Die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, sind Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, leg cit, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe gelangte. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers 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. Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der Feststellungsantrag wurden fristgerecht gemäß Paragraph 332, Absatz 2, 3 BVergG eingebracht und entspricht den inhaltlichen Vorgaben gemäß Paragraph 332, Absatz eins, BVergG.

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

Gemäß § 312 Abs 3 Z 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses

Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Gemäß § 331 Abs 1 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 1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Gemäß Paragraph 331, Absatz eins, 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 1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Wie das amtswegige Ermittlungsverfahren ergab öffnete die vergebende Stelle nachdem bestimmte Anforderungen in der im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren bekämpften Ausschreibung mit Bescheid des BVA vom 3.1.2.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-36 für nichtig erklärt wurden, am 22.12.2010 die insgesamt fünf eingelangten Angebote. Nach Durchführung der Angebotsbewertung und nachdem die am 20.1.2011 gegenüber allen Bietern mittels Telefax bekannt gegebene Auswahlentscheidung zum Abschluss der verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung unbekämpft geblieben war, schlossen die Auftraggeber die Rahmenvereinbarung mit der Bestbieterin mit Faxmitteilung vom 1.2.2011 ab. Bei dieser Faxmitteilung vom 1.2.2011 handelt es sich um die an die Bestbieterin gerichtete schriftliche Mitteilung der Auftraggeber, ihr Angebot auf Abschluss der Rahmenvereinbarung anzunehmen (vgl. Zuschlagserteilung gemäß § 2 Z 50 BVergG). Die Antragstellerin hat einen Feststellungsantrag gemäß § 312 Abs 3 Z 1 eingebracht. Die Zuschlagserteilung als Voraussetzung für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 331 Abs 1 BVergG liegt vor. Wie das amtswegige Ermittlungsverfahren ergab öffnete die vergebende Stelle nachdem bestimmte Anforderungen in der im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren bekämpften Ausschreibung mit Bescheid des BVA vom 3.1.2.2010, GZ N/0076-BVA/02/2010-36 für nichtig erklärt wurden, am 22.12.2010 die insgesamt fünf eingelangten Angebote. Nach Durchführung der Angebotsbewertung und nachdem die am 20.1.2011 gegenüber allen Bietern mittels Telefax bekannt gegebene Auswahlentscheidung zum Abschluss der verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung unbekämpft geblieben war, schlossen die Auftraggeber die Rahmenvereinbarung mit der Bestbieterin mit Faxmitteilung vom 1.2.2011 ab. Bei dieser Faxmitteilung vom 1.2.2011 handelt es sich um die an die Bestbieterin gerichtete schriftliche Mitteilung der Auftraggeber, ihr Angebot auf Abschluss der Rahmenvereinbarung anzunehmen vergleiche Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 2, Ziffer 50, BVergG). Die Antragstellerin hat einen Feststellungsantrag gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, eingebracht. Die Zuschlagserteilung als Voraussetzung für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß Paragraph 331, Absatz eins, BVergG liegt vor.

Gemäß § 332 Abs 5 BVergG ist jedoch ein Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320 ff hätte geltend gemacht werden können. Nach ständiger Judikatur des VfGH kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er habe durch die Anführung der Geltendmachung im Konjunktiv ("hätte geltend machen können") nur den Fall geregelt, in dem mit der Geltendmachung eines behaupteten Verstoßes unzulässigerweise zugewartet wurde, und den Fall nicht erfasst, in dem ein behaupteter Verstoß bereits in einem Verfahren zur Nichtigerklärung geltend gemacht wurde. Vielmehr ist ein Feststellungsantrag auch dann unzulässig, wenn die Rechtswidrigkeit tatsächlich in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht wurde und noch ein Verfahren vor dem VfGH oder VwGH gegen den abweisenden Nachprüfungsbescheid anhängig ist. In einem solchen Fall hat der Antragsteller das Erkenntnis des VfGH oder VwGH

abzuwarten (vgl. VwGH 29.10.2008, 2004/04/0093; 7.11.2005, 2003/04/0109; 1.3.2004, 2004/04/0012). Das Vorbringen der Antragstellerin, diese Judikatur wäre im gegenständlichen Feststellungsverfahren nicht einschlägig, vermag nicht zu überzeugen. Gegenstand des vorliegenden Feststellungsantrages sind dieselben Vergabeverstöße, über die das Bundesvergabeamt bereits im Nachprüfungsverfahren rechtskräftig abgesprochen hat. Das anerkennt sogar selbst die Antragstellerin und zwar im Bezug auf die Ausschreibungsteile, die entsprechend ihrem Vorbringen, im das Nachprüfungsverfahren beendenden Bescheid vom 3.12.2011, GZ N/0076-BVA/02/2010-36 vom Bundesvergabeamt bereits für nichtig erklärt wurden. Auch dem Argument, die Vergabe der Rahmenvereinbarung auf Grundlage von unveränderten Angeboten nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung sei tatbestandmäßig iSv § 312 Abs 3 Z 1 BVergG, ist nicht zu folgen. Wie bereits im Bescheid vom 3.12.2010 festgestellt, rechtfertigten die im Nachprüfungsverfahren festgestellten Rechtswidrigkeiten in der Ausschreibung nicht eine Gesamtaufhebung, denn die Ermittlung des Bestbieters war auch nach Nichtigerklärung von einzelnen Ausschreibungsbestimmungen auf Basis der zu diesem Zeitpunkt übrig geblieben geltenden rechtmäßigen Ausschreibungsbestimmungen weiterhin möglich. Eine Berücksichtigung von mit Wirkung ex-tunc gestrichenen Bestimmungen der Ausschreibung bei der Angebotsbewertung kommt somit nicht mehr in Betracht, weshalb von einer "Inkorporierung" der nichtig erklärten Ausschreibungsteile in die abgeschlossene Rahmenvereinbarung, wie von der Antragstellerin behauptet, auch nicht gesprochen werden kann. Gemäß Paragraph 332, Absatz 5, BVergG ist jedoch ein Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den Paragraphen 320, ff hätte geltend gemacht werden können. Nach ständiger Judikatur des VwGH kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er habe durch die Anführung der Geltendmachung im Konjunktiv ("hätte geltend machen können") nur den Fall geregelt, in dem mit der Geltendmachung eines behaupteten Verstoßes unzulässigerweise zugewartet wurde, und den Fall nicht erfasst, in dem ein behaupteter Verstoß bereits in einem Verfahren zur Nichtigerklärung geltend gemacht wurde. Vielmehr ist ein Feststellungsantrag auch dann unzulässig, wenn die Rechtswidrigkeit tatsächlich in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht wurde und noch ein Verfahren vor dem VfGH oder VwGH gegen den abweisenden Nachprüfungsbescheid anhängig ist. In einem solchen Fall hat der Antragsteller das Erkenntnis des VfGH oder VwGH abzuwarten (vergleiche VwGH 29.10.2008, 2004/04/0093; 7.11.2005, 2003/04/0109; 1.3.2004, 2004/04/0012). Das Vorbringen der Antragstellerin, diese Judikatur wäre im gegenständlichen Feststellungsverfahren nicht einschlägig, vermag nicht zu überzeugen. Gegenstand des vorliegenden Feststellungsantrages sind dieselben Vergabeverstöße, über die das Bundesvergabeamt bereits im Nachprüfungsverfahren rechtskräftig abgesprochen hat. Das anerkennt sogar selbst die Antragstellerin und zwar im Bezug auf die Ausschreibungsteile, die entsprechend ihrem Vorbringen, im das Nachprüfungsverfahren beendenden Bescheid vom 3.12.2011, GZ N/0076-BVA/02/2010-36 vom Bundesvergabeamt bereits für nichtig erklärt wurden. Auch dem Argument, die Vergabe der Rahmenvereinbarung auf Grundlage von unveränderten Angeboten nach Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung sei tatbestandmäßig iSv Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG, ist nicht zu folgen. Wie bereits im Bescheid vom 3.12.2010 festgestellt, rechtfertigten die im Nachprüfungsverfahren festgestellten Rechtswidrigkeiten in der Ausschreibung nicht eine Gesamtaufhebung, denn die Ermittlung des Bestbieters war auch nach Nichtigerklärung von einzelnen Ausschreibungsbestimmungen auf Basis der zu diesem Zeitpunkt übrig geblieben geltenden rechtmäßigen Ausschreibungsbestimmungen weiterhin möglich. Eine Berücksichtigung von mit Wirkung ex-tunc gestrichenen Bestimmungen der Ausschreibung bei der Angebotsbewertung kommt somit nicht mehr in Betracht, weshalb von einer "Inkorporierung" der nichtig erklärten Ausschreibungsteile in die abgeschlossene Rahmenvereinbarung, wie von der Antragstellerin behauptet, auch nicht gesprochen werden kann.

Demnach erweist sich der Feststellungsantrag insbesondere aufgrund des Zeitpunktes in dem er gestellt wurde als unzulässig, sodass auf das weitere Vorbringen nicht mehr weiter einzugehen war.

Bei diesem Ergebnis besteht kein Rechtsschutzdefizit für die Antragstellerin. Wird wie im vorliegenden Fall nach der Entscheidung des Bundesvergabeamtes im Nachprüfungsverfahren und vor dem Erkenntnis des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt, stellt § 331 Abs 4 BVergG für den Fall einer Aufhebung des Bescheides der Vergabekontrollbehörde sicher, dass das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt auf Antrag der Antragstellerin als Feststellungsverfahren weiterzuführen ist. Bei diesem Ergebnis besteht kein Rechtsschutzdefizit für die Antragstellerin. Wird wie im vorliegenden Fall nach der Entscheidung des Bundesvergabeamtes im Nachprüfungsverfahren und vor

dem Erkenntnis des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt, stellt Paragraph 331, Absatz 4, BVergG für den Fall einer Aufhebung des Bescheides der Vergabekontrollbehörde sicher, dass das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt auf Antrag der Antragstellerin als Feststellungsverfahren weiterzuführen ist.

III. Zu Spruchpunkt II:römisch drei. 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 auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt. Der auf Ersatz der für den Feststellungsantrag gemäß § 312 Abs 3 Z 1 BVergG entrichteten Pauschalgebühren war demnach abzuweisen. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt, war das Feststellungsbegehren vom 3.3.2011 nicht erfolgreich, sodass auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt. Der auf Ersatz der für den Feststellungsantrag gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG entrichteten Pauschalgebühren war demnach abzuweisen.

Schlagworte

Feststellungsverfahren unzulässig, VfGH-Beschwerde anhängig;

Zuletzt aktualisiert am

23.05.2011

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