

TE Verg Bescheid 2011/2/3 F/0007- BVA/07/2010-25

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.02.2011

Norm

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 in d. Fassung BGBl I Nr. 86/2007 §322 Abs2

BVergG 2006 in d. Fassung BGBl I Nr. 86/2007 §322 Abs3

BVergG 2006 in d. Fassung BGBl I Nr. 86/2007 §331 Abs1

BVergG 2006 in d. Fassung BGBl I Nr. 86/2007 §332 Abs1 Z8

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Angelika Schätz als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren gemäß § 312 Abs 3 Z 3 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG 2006) betreffend das Vergabeverfahren "Abschluss Vertrag zur Lieferung von Verordnung (EG) Nr. 380/2008 konformen Chipkarten für Zwecke des neuen Aufenthaltstitels im Scheckkartenformat für Österreich" des Auftraggebers Bund (Republik Österreich), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, Herrengasse 7, 1014 Wien, diese vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 21.12.2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Angelika Schätz als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG 2006) betreffend das Vergabeverfahren "Abschluss Vertrag zur Lieferung von Verordnung (EG) Nr. 380 aus 2008, konformen Chipkarten für Zwecke des neuen Aufenthaltstitels im Scheckkartenformat für Österreich" des Auftraggebers Bund (Republik Österreich), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, Herrengasse 7, 1014 Wien, diese vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 21.12.2010, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass das Vergabeverfahren 'Abschluss Vertrag zur Lieferung von Verordnung (EG) Nr. 380/2008 konformen Chipkarten für Zwecke des neuen Aufenthaltstitels im Scheckkartenformat

für Österreich' durch den Bund (Bundesministerium für Inneres) rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde und daher wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", wird zurückgewiesen. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass das Vergabeverfahren 'Abschluss Vertrag zur Lieferung von Verordnung (EG) Nr. 380 aus 2008, konformen Chipkarten für Zwecke des neuen Aufenthaltstitels im Scheckkartenformat für Österreich' durch den Bund (Bundesministerium für Inneres) rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde und daher wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", wird zurückgewiesen.

II. römisch zwei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass der Zuschlag an die B*** im Vergabeverfahren 'Abschluss Vertrag zur Lieferung von Verordnung (EG) Nr. 380/2008 konformen Chipkarten für Zwecke des neuen Aufenthaltstitels im Scheckkartenformat für Österreich' durch den Bund (Bundesministerium für Inneres) rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde und daher wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", wird zurückgewiesen. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass der Zuschlag an die B*** im Vergabeverfahren 'Abschluss Vertrag zur Lieferung von Verordnung (EG) Nr. 380 aus 2008, konformen Chipkarten für Zwecke des neuen Aufenthaltstitels im Scheckkartenformat für Österreich' durch den Bund (Bundesministerium für Inneres) rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde und daher wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", wird zurückgewiesen.

III. römisch drei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber Bund (Bundesministerium für Inneres) den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren für das gegenständliche Feststellungsverfahren auferlegen", wird abgewiesen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 21.12.2010 stellte die A*** (in der Folge Antragstellerin) Anträge auf Feststellung der im Spruch wiedergegebenen Rechtswidrigkeiten. Weiters wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie der Ersatz der Pauschalgebühr durch den Auftraggeber begehrt.

Begründend wurde im Wesentlichen in diesem sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 20.1.2011 vorgebracht, dass die B*** (in der Folge B***) im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft - abgesendet am 3.9.2010 - die Bekanntmachung über die Durchführung des Vergabeverfahrens "Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Lieferung von Karten mit/ohne Chip sowie Rahmenvertrag zur Lieferung von Chipkarten für Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich" in Form eines offenen Verfahrens veröffentlicht habe. In dieser Bekanntmachung sei angegeben, dass es sich um die Beschaffung von Waren gemäß CPV-Code 30162000, somit um Chipkarten, handle.

Die genannte Bekanntmachung enthalte unter Punkt VI.3 (Sonstige Informationen) Folgendes: Die genannte Bekanntmachung enthalte unter Punkt römisch sechs.3 (Sonstige Informationen) Folgendes:

"B*** ist kein öffentlicher Auftraggeber. Die Bekanntmachung erfolgt freiwillig. Die B*** bindet sich freiwillig an das Bundesvergabegesetz.

...."

Unter Punkt VI.4.1. der Bekanntmachung werde als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren das "Handelsgericht für Zivilrechtssachen, Marxergasse 1a, 1010 Wien" angeführt. Unter Punkt römisch sechs.4.1. der Bekanntmachung werde als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren das "Handelsgericht für Zivilrechtssachen, Marxergasse 1a, 1010 Wien" angeführt.

Die Antragstellerin, die ein Interesse am Abschluss eines Rahmenvertrages bzw. von Rahmenverträgen bzw. von Lieferverträgen mit dem Bund (Republik Österreich) habe, habe von der B*** die Ausschreibungsunterlagen dieses

Vergabeverfahrens angefordert und erhalten. Beschafft werden sollten gemäß dieser Ausschreibungsunterlagen etwa 200.000 Chipkarten für die Zwecke von "Verordnung (EG) Nr. 380/2008 konformen Chipkarten für den neuen Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich". Diese Beschaffung stelle offensichtlich Weise keine Beschaffung von Produkten für eigene Unternehmenszwecke der B*** dar, viel mehr erfolge die Beschaffung solcher Karten (mit Chipmodul) offensichtlich für Zwecke des Bundes (Bundesministerium für Inneres). Die Antragstellerin, die ein Interesse am Abschluss eines Rahmenvertrages bzw. von Rahmenverträgen bzw. von Lieferverträgen mit dem Bund (Republik Österreich) habe, habe von der B*** die Ausschreibungsunterlagen dieses Vergabeverfahrens angefordert und erhalten. Beschafft werden sollten gemäß dieser Ausschreibungsunterlagen etwa 200.000 Chipkarten für die Zwecke von "Verordnung (EG) Nr. 380 aus 2008, konformen Chipkarten für den neuen Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich". Diese Beschaffung stelle offensichtlich Weise keine Beschaffung von Produkten für eigene Unternehmenszwecke der B*** dar, viel mehr erfolge die Beschaffung solcher Karten (mit Chipmodul) offensichtlich für Zwecke des Bundes (Bundesministerium für Inneres).

Nach den Ausschreibungsunterlagen sei Auftraggeber und Vertragspartner die B***. Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 6.10.2010 den Bund (Bundesministerium für Inneres) über ihre Bedenken gegen die Rechtskonformität dieses Vergabeverfahrens in Kenntnis gesetzt, dieses Schreiben sei jedoch unbeantwortet geblieben.

Die Antragstellerin habe daher zur Wahrung und zum Schutz ihrer rechtlich geschützten Interessen am 19.10.2010 beim Bundesvergabeamt einen Nachprüfungsantrag gegen dieses Vergabeverfahren eingebracht, der unter der GZ N/0090-BVA/04/2010 protokolliert worden sei. Das Bundesministerium für Inneres habe in Beantwortung dieses Nachprüfungsantrages und des damit verbundenen Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 22.10.2010 in seinem Schriftsatz Folgendes ausgeführt:

"... Aus unserer Sicht richtet sich dieser Nachprüfungsantrag... gegen eine vermeintliche Ausschreibung des Bundes Ein solches Vergabeverfahren existiert nicht und daher kann dazu keine Stellungnahme abgegeben werden. ..."

In Beantwortung eines weiteren Antrages der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung im Nachprüfungsverfahren N/0090-BVA/04/2010 habe das Bundesministerium für Inneres am 15.12.2010 in einem weiteren Schriftsatz ausgeführt:

"Das Bundesministerium für Inneres (BM.I) teilt erneut mit, dass der Bund kein Vergabeverfahren 'Abschluss Rahmenvereinbarung zur Lieferung von Karten mit/ohne Chip sowie Rahmenvertrag zur Lieferung von Chipkarten für Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich' führt und eine Auskunft über ein derartiges Verfahren somit nicht gegeben werden kann. ... Aus dem Wortlaut der zitierten Bekanntmachung ergibt sich zweifelsfrei, dass das gegenständliche Vergabeverfahren nicht vom Bund geführt wird. Auch sonst gibt es keine Anhaltspunkte, die auf ein derartiges vom Bund geführtes Verfahren hindeuten."

Da die Antragstellerin dem Bund (Bundesministerium für Inneres) keine der Bekanntmachung über die Durchführung des Vergabeverfahrens "Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Lieferung von Karten mit/ohne Chip sowie Rahmenvertrag zur Lieferung von Chipkarten für Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich" vorgelagerte gesetzwidrige freihändige Vergabe des Lieferauftrages für Chipkarten für die Zwecke von "Verordnung (EG) Nr. 380/2008 konformen Chipkarten für den neuen Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich" an die B*** unterstellen habe wollen, sei sie in ihrem Nachprüfungsantrag vom 19.10.2010, protokolliert unter GZ. N/0090-BVA/04/2010, davon ausgegangen, dass die B*** in Wahrheit als vergebende Stelle des Bundes (Bundesministerium für Inneres) tätig sei. Aufgrund der Stellungnahmen des Bundesministeriums für Inneres vom 22.10.2010 und 15.12.2010 müsse die Antragstellerin nunmehr aber davon ausgehen, dass von Seiten des Bundes (Bundesministerium für Inneres) vorgängig ohne Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 ein Vertrag mit der B*** über die Lieferung von Chipkarten für die Zwecke von "Verordnung (EG) Nr. 380/2008 konformen Chipkarten für den neuen Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich" abgeschlossen worden sei, den diese - soweit es die Lieferung von Karten (mit Chipmodul) betreffe - offensichtlich an einen Subauftragnehmer weitergeben wolle und lediglich die optische und elektronische Personalisierung und allenfalls Versendung dieser Karten selbst vornehme. Da die Antragstellerin dem Bund (Bundesministerium für Inneres) keine der Bekanntmachung über die Durchführung des

Vergabeverfahrens "Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Lieferung von Karten mit/ohne Chip sowie Rahmenvertrag zur Lieferung von Chipkarten für Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich" vorgelagerte gesetzwidrige freihändige Vergabe des Lieferauftrages für Chipkarten für die Zwecke von "Verordnung (EG) Nr. 380 aus 2008, konformen Chipkarten für den neuen Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich" an die B*** unterstellen habe wollen, sei sie in ihrem Nachprüfungsantrag vom 19.10.2010, protokolliert unter GZ. N/0090-BVA/04/2010, davon ausgegangen, dass die B*** in Wahrheit als vergebende Stelle des Bundes (Bundesministerium für Inneres) tätig sei. Aufgrund der Stellungnahmen des Bundesministeriums für Inneres vom 22.10.2010 und 15.12.2010 müsse die Antragstellerin nunmehr aber davon ausgehen, dass von Seiten des Bundes (Bundesministerium für Inneres) vorgängig ohne Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 ein Vertrag mit der B*** über die Lieferung von Chipkarten für die Zwecke von "Verordnung (EG) Nr. 380 aus 2008, konformen Chipkarten für den neuen Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich" abgeschlossen worden sei, den diese - soweit es die Lieferung von Karten (mit Chipmodul) betreffe - offensichtlich an einen Subauftragnehmer weitergeben wolle und lediglich die optische und elektronische Personalisierung und allenfalls Versendung dieser Karten selbst vornehme.

Die seit dem Jahr 2001 voll privatisierte B*** habe gemäß § 2 Abs 2 Z 1 Die seit dem Jahr 2001 voll privatisierte B*** habe gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins

Staatsdruckereigesetz 1996 "jedenfalls ... die Herstellung von

Druckprodukten für die Bundesdienststellen, bei deren Herstellungsprozess Geheimhaltung bzw. die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften (Sicherheitsdruck) geboten ist", wahrzunehmen und verfüge aufgrund des § 2 Abs. 3 leg.cit über eine gesetzlich eingeräumte Sonderstellung: Nach dieser Bestimmung hätten Bundesorgane die Vergabe der "Herstellung von Druckprodukten, bei deren Herstellungsprozess Geheimhaltung bzw. die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften (Sicherheitsdruck) geboten ist", grundsätzlich direkt an die B*** zu beauftragen. Lediglich für den Fall, dass die B*** aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage sei, diese Aufgaben auftragsgemäß zu angemessenen Preisen durchzuführen oder das betreffende Produkt dem Bundesorgan bei gleichem Leistungsinhalt und gleichen vertraglichen Konditionen von einem Dritten preislich günstiger angeboten werde, komme eine Vergabe des Sicherheitsdrucks des Bundes an Dritte - etwa an die Antragstellerin - in Betracht. Bei Chipkarten aus Polycarbonat, die von der B*** beschafft, von ihr mit den vom Bund zur Verfügung gestellten Daten nur noch optisch und elektronisch personalisiert und allenfalls an den Bund oder - im Namen des Bundes - direkt ausgeliefert würden, handle es sich nicht um die Herstellung von "Druckprodukten im engeren Sinn", sondern erfolge vielmehr auf zugekauften Druckprodukten für die Bundesdienststellen, bei deren Herstellungsprozess Geheimhaltung bzw. die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften (Sicherheitsdruck) geboten ist", wahrzunehmen und verfüge aufgrund des Paragraph 2, Absatz 3, leg.cit über eine gesetzlich eingeräumte Sonderstellung: Nach dieser Bestimmung hätten Bundesorgane die Vergabe der "Herstellung von Druckprodukten, bei deren Herstellungsprozess Geheimhaltung bzw. die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften (Sicherheitsdruck) geboten ist", grundsätzlich direkt an die B*** zu beauftragen. Lediglich für den Fall, dass die B*** aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage sei, diese Aufgaben auftragsgemäß zu angemessenen Preisen durchzuführen oder das betreffende Produkt dem Bundesorgan bei gleichem Leistungsinhalt und gleichen vertraglichen Konditionen von einem Dritten preislich günstiger angeboten werde, komme eine Vergabe des Sicherheitsdrucks des Bundes an Dritte - etwa an die Antragstellerin - in Betracht. Bei Chipkarten aus Polycarbonat, die von der B*** beschafft, von ihr mit den vom Bund zur Verfügung gestellten Daten nur noch optisch und elektronisch personalisiert und allenfalls an den Bund oder - im Namen des Bundes - direkt ausgeliefert würden, handle es sich nicht um die Herstellung von "Druckprodukten im engeren Sinn", sondern erfolge vielmehr auf zugekauften

- -Strichaufzählung
speziell hergestelltem und bedrucktem - Kartenmaterial (mit bereits implantiertem Chip und bereits aufgespeicherter Software) lediglich eine optische und elektronische Personalisierung durch die B***. In der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation bestehe die Dienstleistung der B*** darin,
- -Strichaufzählung
auf dem Markt - speziell hergestellte und bedruckte - Karten (mit bereits implantiertem Chip und bereits aufgespeicherter Software) zu beschaffen (Schritt 1)
- -Strichaufzählung
diese optisch und elektronisch zu personalisieren (Schritt 2) und

- -Strichaufzählung

allenfalls die optisch und elektronisch personalisierten Chipkarten auszuliefern (Schritt 3).

Die Beschaffung von speziell hergestellten und gedruckten Karten (mit bereits implantiertem Chip und bereits aufgespeicherter Software) auf dem Markt (Schritt 1) könne evidenter Weise keinesfalls unter den Begriff der "Herstellung von Druckprodukten" im Sinne des § 2 Abs. 2 Z 1 Staatsdruckereigesetz 1996 subsumiert werden. Ebenso wenig könnten Art 14 Vergabe-Richtlinie 2004/18/EG, § 10 Z 1 BVergG bzw. Art 3 Verordnung (EG) Nr. 1030/2002 des Rates vom 13. Juni 2002 zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatenangehörige, ABl. L Nr. 157 vom 15.6.2002, idF Verordnung (EG) Nr. 380/2008 vom 18.4.2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1030/2002 zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatenangehörige, ABl. L Nr. 115 vom 29.4.2008 eine freihändige Vergabe des Bundes an die B*** rechtfertigen, zumal Ausnahmeregelungen eng auszulegen seien, die Anwendung des Ausnahmetatbestandes verhältnismäßig sein müsse und bei sogenannten "Mischvergaben", also solchen, bei denen einzelne Bestandteile in den Anwendungsbereich des BVergG fielen, andere jedoch unter einen Ausnahmetatbestand zu subsumieren seien, grundsätzlich eine Trennung der einzelnen Bestandteile des Beschaffungsvorhabens zu erfolgen habe, es sei denn, eine solche Trennung hätte erhebliche technische Probleme oder nicht nur marginale zusätzliche Kosten zur Konsequenz. Die Beschaffung von speziell hergestellten und gedruckten Karten (mit bereits implantiertem Chip und bereits aufgespeicherter Software) auf dem Markt (Schritt 1) könne evidenter Weise keinesfalls unter den Begriff der "Herstellung von Druckprodukten" im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, Staatsdruckereigesetz 1996 subsumiert werden. Ebenso wenig könnten Artikel 14, Vergabe-Richtlinie 2004/18/EG, Paragraph 10, Ziffer eins, BVergG bzw. Artikel 3, Verordnung (EG) Nr. 1030 aus 2002, des Rates vom 13. Juni 2002 zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatenangehörige, ABl. L Nr. 157 vom 15.6.2002, in der Fassung Verordnung (EG) Nr. 380 aus 2008, vom 18.4.2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1030 aus 2002, zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatenangehörige, ABl. L Nr. 115 vom 29.4.2008 eine freihändige Vergabe des Bundes an die B*** rechtfertigen, zumal Ausnahmeregelungen eng auszulegen seien, die Anwendung des Ausnahmetatbestandes verhältnismäßig sein müsse und bei sogenannten "Mischvergaben", also solchen, bei denen einzelne Bestandteile in den Anwendungsbereich des BVergG fielen, andere jedoch unter einen Ausnahmetatbestand zu subsumieren seien, grundsätzlich eine Trennung der einzelnen Bestandteile des Beschaffungsvorhabens zu erfolgen habe, es sei denn, eine solche Trennung hätte erhebliche technische Probleme oder nicht nur marginale zusätzliche Kosten zur Konsequenz.

Angesichts der grundsätzlich engen Auslegung von Ausnahmetatbeständen und der erforderlichen Verhältnismäßigkeit bei der Anwendung von Ausnahmebestimmungen wäre daher eine getrennte Beschaffung - einerseits - der speziell hergestellten und gedruckten Karten (mit bereits implantiertem Chip und bereits aufgespeicherter Software) für die Zwecke von "Verordnung (EG) Nr. 380/2008 konformen Chipkarten für den neuen Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich" durch den Bund (Schritt 1) und - andererseits - der optischen und elektronischen Personalisierung als Sicherheitsdruck im engeren Sinn (Schritt 2) sowie der möglicherweise erforderlichen Versendung an den Bund oder im Namen des Bundes (Schritt 3) jedenfalls geboten gewesen. Für eine Trennbarkeit des Gesamtbeschaffungsvorganges spreche auch die Tatsache, dass eine gesonderte Subvergabe durch die B*** möglich sei und dieser Ausschreibung im Wege eines offenen Verfahrens offensichtlich keine besonderen sicherheitsrelevanten Faktoren entgegenstünden. Dies spreche dafür, dass es sich bei Schritt 1 um einen selbständigen Teil einer "Mischvergabe" handle, der von Seiten des Bundes (Bundesministerium für Inneres) - gesondert - im Wege einer nach den Bestimmungen des BVergG 2006 durchzuführenden Ausschreibung eines Lieferauftrages bzw. eines Rahmenlieferauftrages zu vergeben gewesen wäre. Hinsichtlich der Dienstleistung der optischen und elektronischen Personalisierung der Chipkarten mit den von den jeweiligen Bundesdienststellen zur Verfügung gestellten Daten und - allenfalls - deren Auslieferung könne zwar dem Grunde nach als unter die Ausnahmebestimmung des § 10 Z 1 BVergG 2006 fallend betrachtet werden, jedoch hätte der Bund gemäß § 2 Abs. 3 Staatsdruckereigesetz 1996 zumindest Vergleichsangebote einholen müssen und diskriminierungsfrei vorzugehen gehabt. Angesichts der grundsätzlich engen Auslegung von Ausnahmetatbeständen und der erforderlichen Verhältnismäßigkeit bei der Anwendung von Ausnahmebestimmungen wäre daher eine getrennte Beschaffung - einerseits - der speziell hergestellten und gedruckten Karten (mit bereits implantiertem Chip und bereits aufgespeicherter Software) für die Zwecke von "Verordnung (EG) Nr. 380 aus 2008, konformen Chipkarten für den neuen Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich" durch den Bund (Schritt 1) und - andererseits - der optischen und elektronischen Personalisierung als Sicherheitsdruck im engeren Sinn (Schritt 2) sowie der

möglicherweise erforderlichen Versendung an den Bund oder im Namen des Bundes (Schritt 3) jedenfalls geboten gewesen. Für eine Trennbarkeit des Gesamtbeschaffungsvorganges spreche auch die Tatsache, dass eine gesonderte Subvergabe durch die B*** möglich sei und dieser Ausschreibung im Wege eines offenen Verfahrens offensichtlich keine besonderen sicherheitsrelevanten Faktoren entgegenstünden. Dies spreche dafür, dass es sich bei Schritt 1 um einen selbständigen Teil einer "Mischvergabe" handle, der von Seiten des Bundes (Bundesministerium für Inneres) - gesondert - im Wege einer nach den Bestimmungen des BVergG 2006 durchzuführenden Ausschreibung eines Lieferauftrages bzw. eines Rahmenlieferauftrages zu vergeben gewesen wäre. Hinsichtlich der Dienstleistung der optischen und elektronischen Personalisierung der Chipkarten mit den von den jeweiligen Bundesdienststellen zur Verfügung gestellten Daten und - allenfalls - deren Auslieferung könne zwar dem Grunde nach als unter die Ausnahmebestimmung des Paragraph 10, Ziffer eins, BVergG 2006 fallend betrachtet werden, jedoch hätte der Bund gemäß Paragraph 2, Absatz 3, Staatsdruckereigesetz 1996 zumindest Vergleichsangebote einholen müssen und diskriminierungsfrei vorzugehen gehabt.

Die Antragstellerin sei eines der wenigen in der Europäischen Gemeinschaft existenten Unternehmen, das über die erforderlichen Produktionsmittel, die erforderliche Unternehmensorganisation und das erforderliche Know-how für die Produktion und Lieferung von Karten mit oder ohne Chipmodul verfüge. Die Antragstellerin habe ein massives Interesse am Abschluss eines Rahmenund/oder Liefervertrages mit dem Bund (Bundesministerium für Inneres) über die Lieferung der gegenständlichen Chipkarten und hätte durchaus Interesse an der Legung eines Angebotes an den Bund gehabt, wäre ihr die Möglichkeit geboten worden, ein solches an den Bund zu legen.

Die Antragstellerin sei durch die Unmöglichkeit, Gewinn und Deckungsbeitrag in beträchtlicher Höhe als unmittelbarer Vertragspartner des Bundes zu erzielen, geschädigt. Zudem sei ihr Interesse an der Erlangung von Referenzprojekten als Vertragspartner des Bundes (Bundesministerium für Inneres) - zumindest während der Laufzeit des Vertrages zwischen dem Bund und der B*** über die Lieferung von "Verordnung (EG) Nr. 380/2008 konformen Chipkarten für den neuen Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich" evidenten Maßen beeinträchtigt. Die Antragstellerin sei durch die Unmöglichkeit, Gewinn und Deckungsbeitrag in beträchtlicher Höhe als unmittelbarer Vertragspartner des Bundes zu erzielen, geschädigt. Zudem sei ihr Interesse an der Erlangung von Referenzprojekten als Vertragspartner des Bundes (Bundesministerium für Inneres) - zumindest während der Laufzeit des Vertrages zwischen dem Bund und der B*** über die Lieferung von "Verordnung (EG) Nr. 380 aus 2008, konformen Chipkarten für den neuen Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat für Österreich" evidenten Maßen beeinträchtigt.

Die Antragstellerin werde in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2006 sowie auf Einhaltung der fundamentalen Grundsätze des Vergaberechts verletzt.

Mit Schriftsatz vom 13.1.2011 teilte die Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, diese vertreten durch X*** (in der Folge Auftraggeber), - soweit verfahrensrelevant - mit, dass der Auftraggeber den Zuschlag zu dem gegenständlichen Auftrag bereits am 26.11.2009 der B*** erteilt habe und am selben Tag von dieser gegengezeichnet worden sei. Die Feststellungsanträge seien daher infolge Verfristung zurückzuweisen.

Ebenso brachte die mitbeteiligte Partei, die B***, vertreten durch Z***, - soweit verfahrensrelevant - in ihrem Schriftsatz vom 13.1.2011 vor, dass der Auftrag über die Herstellung eines Aufenthaltstitels im Scheckkartenformat (d.h.: Herstellung der Aufenthaltstitel, Dokumentation und Bestätigungsvignetten unter Berücksichtigung biometrischer Merkmale "Foto" und "Fingerabdrücke") am 26.11.2009 erteilt worden sei.

Mit Schriftsatz vom 21.1.2011 legte der Auftraggeber den Rahmenvertrag über die Herstellung der Aufenthaltstitel, Dokumentationen und Bestätigungsvignetten, weiters die 1. Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag im Original sowie einen "Ausdruck des elektronischen Akts zu GZ BMI-FWXXX" dem Bundesvergabeamt vor.

Am 28.1.2011 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Dabei führten der Auftraggeber und die B*** aus, dass es sich bei der gegenständlichen Leistung um einen Liefervertrag handle, da Hauptgegenstand die Lieferung der Karten sei und das Personalisierungselement in Bezug auf die Karte erfolge und Teil des Produktionsprozesses sei.

Der Auftraggeber brachte vor, dass am 24.9.2009 das Angebot der B*** betreffend Aufenthaltstitel neu beim BMI eingelangt sei. Am 26.11.2009 sei dieser Vertrag (1. Zusatzvereinbarung) vom BMI unterfertigt worden. Das Auftragsschreiben datiere vom 26.11.2009 und sei am 27.11.2009 abgefertigt und an die B*** übermittelt worden.

Der Vertreter der B*** ergänzte, dass am 1.12.2009 dieses Schreiben der B*** zugegangen und noch im Dezember 2009 gegengefertigt und per Boten an das BMI rückübersandt worden sei. Wann genau im Dezember wisse C*** (B***) nicht mehr, jedoch sei der Vertrag nicht lang "herum gelegen". D*** (BMI) bestätigte, dass in die Vertragsdatenbank des BMI nur von sämtlichen Vertragspartnern unterfertigte Verträge eingegeben würden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Der Bund (Republik Österreich), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Es handelt sich um einen (Rahmen)Lieferauftrag (vgl. Rs C-300/07, Oymanns), dessen geschätzter Auftragswert laut Auskunft des Auftraggebers vom 13.1.2011 Euro 410.400,-- pro Jahr beträgt und somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist. Der Bund (Republik Österreich), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Es handelt sich um einen (Rahmen)Lieferauftrag vergleiche Rs C-300/07, Oymanns), dessen geschätzter Auftragswert laut Auskunft des Auftraggebers vom 13.1.2011 Euro 410.400,-- pro Jahr beträgt und somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist.

Anzuwendende Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4.3.2010 (BVergG), novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 5.3.2010, in Kraft getreten (siehe § 345 Abs 14 Z 1 BVergG). Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, kundgemacht am 4.3.2010 (BVergG), novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 5.3.2010, in Kraft getreten (siehe Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVergG).

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 letzter Satz BVergG richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, nach der bisherigen Rechtslage. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, letzter Satz BVergG richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass für das gegenständliche Feststellungsverfahren die Bestimmungen des BVergG 2006 id BGBl I 86/2007 (BVergG 2006) heranzuziehen sind (vgl. Keschmann/Stichmann in RPA 2010, 281 zu F/0005-BVA/11/2010-31). Dies hat zur Folge, dass für das gegenständliche Feststellungsverfahren die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 86 aus 2007, (BVergG 2006) heranzuziehen sind vergleiche Keschmann/Stichmann in RPA 2010, 281 zu F/0005-BVA/11/2010-31).

Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 332 Abs. 2 BVergG 2006 erlischt das Recht auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlages, des Widerrufs oder der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens, wenn der Antrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 1 bis 3, oder Abs. 4 nicht binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt gestellt wird, in dem der Antragsteller vom Zuschlag, vom Widerruf bzw. von der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde. Gemäß Paragraph 332, Absatz 2, BVergG 2006 erlischt das Recht auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlages, des Widerrufs oder der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens, wenn der Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins bis 3, oder Absatz 4, nicht binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt gestellt wird, in dem der Antragsteller vom Zuschlag, vom Widerruf bzw. von der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde.

Gemäß Abs. 3 leg.cit erlischt das Recht auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 Z 4, wenn der Antrag nicht binnen einer Frist von 30 Tagen erfolgt, ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der rechtswidrigen Zuschlagserteilung, oder ab dem Zeitpunkt, in dem man hiervon Kenntnis hätte haben können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt wurde. Gemäß Absatz 3, leg.cit erlischt das Recht auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 4,, wenn der Antrag nicht binnen einer Frist von 30 Tagen erfolgt, ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der rechtswidrigen Zuschlagserteilung, oder ab dem Zeitpunkt, in dem man hiervon Kenntnis hätte haben können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt wurde.

Der Rahmenvertrag über die Herstellung der Aufenthaltstitel, Dokumentationen und Bestätigungsvignetten, GZ BMI-FWXXX, abgeschlossen zwischen der Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, und der B***, wurde am 23.12.2005 durch die Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, diese vertreten durch den in ihrem Namen unterfertigenden Sektionschef, und am 27.12.2005 durch zwei - gemäß Firmenbuchauszug zu FN XXX - vertretungsbefugte Geschäftsführer für die B*** unterfertigt. Vertragsgegenstand (Pkt. 2.1 des Rahmenvertrages) ist u.a. die Produktion der Aufenthaltstitel und Dokumentationen in Kartenform, wobei insbesondere die Lieferung der Kartenrohlinge, die Bearbeitung der Produktionsdaten, die Personalisierung der Kartenrohlinge sowie die Versendung der personalisierten Kartenrohlinge an die ausstellenden Behörden durch die B*** zu erbringen sind. Mit diesem Vertrag wurde die B*** durch die Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, somit im Jahr 2005 mit der Herstellung und Versendung der Aufenthaltstitel, Dokumentationen und Bestätigungsvignetten beauftragt. Der Rahmenvertrag über die Herstellung der Aufenthaltstitel, Dokumentationen und Bestätigungsvignetten, GZ BMI-FWXXX, abgeschlossen zwischen der Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, und der B***, wurde am 23.12.2005 durch die Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, diese vertreten durch den in ihrem Namen unterfertigenden Sektionschef, und am 27.12.2005 durch zwei - gemäß Firmenbuchauszug zu FN römisch 30 - vertretungsbefugte Geschäftsführer für die B*** unterfertigt. Vertragsgegenstand (Pkt. 2.1 des Rahmenvertrages) ist u.a. die Produktion der Aufenthaltstitel und Dokumentationen in Kartenform, wobei insbesondere die Lieferung der Kartenrohlinge, die Bearbeitung der Produktionsdaten, die Personalisierung der Kartenrohlinge sowie die Versendung der personalisierten Kartenrohlinge an die ausstellenden Behörden durch die B*** zu erbringen sind. Mit diesem Vertrag wurde die B*** durch die Republik Österreich, vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, somit im Jahr 2005 mit der Herstellung und Versendung der Aufenthaltstitel, Dokumentationen und Bestätigungsvignetten beauftragt.

Dem Sachverhalt, 1. Einlageblatt zu GZ.: BMI-FWXXX ist ua Folgendes zu entnehmen:

"Mittels der EG-Verordnung Nr. 380/2008 vom 18.4.2008 "zur Änderung der VO (EG) 1030/2002 zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige" wurde zusätzlich beschlossen, dass in Aufenthaltstitel geometrische Merkmale und zwar (Gesichts)-Foto und zwei Fingerabdrücke auf einem Mikrochip zu speichern sind. Den Mitgliedstaaten wurde eine Umsetzungsfrist von zwei (für Foto) bzw. drei (für Fingerabdrücke) Jahren nach Abnahme der technischen Spezifikationen für die Implementierung eingeräumt." Mittels der EG-Verordnung Nr. 380 aus 2008, vom 18.4.2008 "zur Änderung der VO (EG) 1030 aus 2002, zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige" wurde zusätzlich beschlossen, dass in Aufenthaltstitel geometrische Merkmale und zwar (Gesichts)-Foto und zwei Fingerabdrücke auf einem Mikrochip zu speichern sind. Den Mitgliedstaaten wurde eine Umsetzungsfrist von zwei (für Foto) bzw. drei (für Fingerabdrücke) Jahren nach Abnahme der technischen Spezifikationen für die Implementierung eingeräumt.

Laut derzeitigem Zeitplan beabsichtigt das BM.I die reibungslose Ausgabe von Aufenthaltstiteln mit den biometrischen Merkmalen Foto und Fingerabdrücke ab 1.1.2011. Mittels vorliegender Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag soll sichergestellt werden, dass bis zu dem vom BM.I definierten und er B*** in schriftlicher Form mitgeteilten Umstellungsdatum Aufenthaltstitel in der bisherigen Form (in der Folge kurz 'Aufenthaltstitel alt') und ab dem Umstellungsdatum mit den biometrischen Merkmalen ('Aufenthaltstitel neu') produziert werden. [...]

Die B*** wäre nunmehr um Angebotslegung hinsichtlich der Leistungen betreffend 'Aufenthaltstitel neu' zu ersuchen."

Mit Schreiben des BMI vom 11.8.2009, GZ BMI-FWXXX, erging die Einladung an die B***, auf Grundlage der dem Schreiben beiliegenden Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag und unter Verwendung des beiliegenden Angebotsschreibens ein Angebot zu legen. Dieses Angebotsschreiben wurde mit den entsprechenden Eingaben versehen und mit Datum 24.9.2009 von zwei gemeinsam vertretungsbefugten Geschäftsführern der B*** unterfertigt. Am 26.11.2009 wurde die 1. Zusatzvereinbarung durch das BMI unterfertigt (siehe ELAK-Übersicht zu BMI-FWXXX). Mit Schreiben des BMI vom 26.11.2009, GZ BMI-FWXXX erging an die B*** folgendes Schreiben:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir beziehen uns auf Ihr Angebot vom 24. September 2009 und übermitteln zwei von uns rechtsgültig unterfertigte Ergänzungen zum Vertrag über die Herstellung von Aufenthaltstitel, Dokumentationen und Bestätigungsvignetten

(GZ: BMI-FWXXX).

Wir ersuchen um Unterfertigung beider Vertragsausfertigungen und Rücksendung einer der beiden Exemplare [...]."

Dieses Schreiben trägt den Stempel "B***, Eingang: -1. Dez. 2009" (vgl. OZ 23) Dieses Schreiben trägt den Stempel "B***, Eingang: -1. Dez. 2009" vergleiche OZ 23).

Dieses Schreiben wurde ebenso mittels E-Mail der Abteilung BMI I/6 (E***) am 27.11.2009 unter Anschluss der 1. Zusatzvereinbarung an die B*** übermittelt. Der Erhalt des Schreibens wurde mittels E-Mail von der B*** (F***) am 30.11.2009 bestätigt.

Die

1. "1.Ziffer eins

ZUSATZVEREINBARUNG zum RAHMENVERTRAG vom 23.12.2005

GZ: BMI-FWXXX

über die Herstellung der Aufenthaltstitel, Dokumentationen und Bestätigungsvignetten

GZ: BMI-FWXXX

abgeschlossen zwischen

der Republik Österreich,

vertreten durch die Bundesministerin für Inneres

A-1014 Wien, Herrengasse 7

im Folgenden kurz 'BM.I' genannt als 'Auftraggeber'

und

der B***,

FN XXXFN römisch 30

Im Folgenden kurz 'B***' genannt, als 'Auftragnehmer'"

weist das Datum 26. November 2009 auf.

Dieser 1. Zusatzvereinbarung ist Folgendes zu entnehmen:

"Präambel

[...] Die Verordnung des Rates der Europäischen Union wurde in Österreich durch das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG 2005 in der geltenden Fassung) umgesetzt. Die B*** wurde vom BM.I mit Rahmenvertrag vom 27.12.2005, GZ BMI-FWXXX (in der Folge kurz: Vertrag) mit der Herstellung und Versendung der neugestalteten Aufenthaltstitel, Dokumentationen und Bestätigungsvignetten beauftragt.

Mittels der EG-Verordnung Nr. 380/280 vom 18.4.2008 'zur Änderung der VO (EG) 1030/2002 zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige' wurde zusätzlich beschlossen, dass in Aufenthaltstitel biometrische Merkmale und zwar (Gesichts) Foto und zwei Fingerabdrücke auf einem Mikrochip zu speichern sind. Den Mitgliedstaaten wurde eine Umsetzungsfrist von zwei (Foto) bzw. drei (Fingerabdrücke) Jahren nach Abnahme der technischen Spezifikationen für die Implementierung eingeräumt. Mittels der EG-Verordnung Nr. 380/280 vom 18.4.2008 'zur Änderung der VO (EG) 1030 aus 2002, zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige' wurde zusätzlich beschlossen, dass in Aufenthaltstitel biometrische Merkmale und zwar (Gesichts) Foto und zwei Fingerabdrücke auf einem Mikrochip zu speichern sind. Den Mitgliedstaaten wurde eine Umsetzungsfrist von zwei (Foto) bzw. drei (Fingerabdrücke) Jahren nach Abnahme der technischen Spezifikationen für die Implementierung eingeräumt.

[...] Mittels vorliegender Zusatzvereinbarung zum Vertrag soll sichergestellt werden, dass bis zu dem vom BM.I definierten und der B*** in schriftlicher Form mitgeteilten Umstellungsdatum Aufenthaltstitel in der bisherigen Form (in der Folge kurz 'Aufenthaltstitel alt') und ab dem Umstellungsdatum mit den biometrischen Merkmalen ('Aufenthaltstitel neu') produziert werden. [...]

(...)

2.2 Grundlagen für die von der B*** zu erbringenden Leistungen sind:

a) die für die Her- und Ausstellung von Aufenthaltstiteln und Dokumentationen und Bestätigungsvignetten geltenden gesetzlichen und sonstigen Bestimmungen und Normen in der auf Vertragsdauer jeweils anwendbaren Fassung, wie vor allem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz 2005 (NAG 2005 in der geltenden Fassung) und die Verordnung

der Bundesministerin für Inneres zur Durchführung des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz- Durchführungsverordnung - NAG-DV in der geltenden Fassung); die Verordnung (EG) Nr. 1030/2002 des Rates zur einheitlichen Gestaltung der Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige, ABl. Nr. L 157 vom 15. Juni 2002; die Verordnung (EG) Nr. 380/2008 vom 18.4.2008 'zur Änderung der VO (EG) 1030/2002 zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige'.a) die für die Her- und Ausstellung von Aufenthaltstiteln und Dokumentationen und Bestätigungsvignetten geltenden gesetzlichen und sonstigen Bestimmungen und Normen in der auf Vertragsdauer jeweils anwendbaren Fassung, wie vor allem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz 2005 (NAG 2005 in der geltenden Fassung) und die Verordnung der Bundesministerin für Inneres zur Durchführung des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz- Durchführungsverordnung - NAG-DV in der geltenden Fassung); die Verordnung (EG) Nr. 1030 aus 2002, des Rates zur einheitlichen Gestaltung der Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige, ABl. Nr. L 157 vom 15. Juni 2002; die Verordnung (EG) Nr. 380 aus 2008, vom 18.4.2008 'zur Änderung der VO (EG) 1030 aus 2002, zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige'.

(...)

4.2 Lieferung von Kartenrohlingen

(...)

4.3. Bearbeitung der Produktionsdaten

(...)

4.4 Personalisierung der Kartenrohlinge

(...)

IV.)römisch vier.)

Diese erste (1.) Zusatzvereinbarung zum Vertrag vom 27.12.2005, GZ BMI-FWXXX, tritt mit Unterzeichnung durch beide Vertragspartner in Kraft.

(.....)"

Der Originalvertrag der 1. Zusatzvereinbarung trägt das Datum 26. November 2009 sowie die Unterschriften der zeichnungsberechtigten Geschäftsführer der B*** und die des im Namen der Bundesministerin für Inneres unterfertigenden Sektionschefs.

Wann genau die 1. Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag vom 23.12.2005, GZ: BMI-FWXXX, durch die B*** unterfertigt wurde, kann nicht festgestellt werden. Jedoch kann folgender BMI-interner E-Mailverkehr festgehalten werden:

"Von: G*** (BMI-I/6)

Gesendet: Montag, 7. Dezember 2009 11:25

An: H*** (BMI-III/4)

Cc: *BMI III/4; *BMI I/6; D*** (BMI-I/6)

Betreff: 1. Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag (unterfertigt)

In der Beilage wird die von der B*** unterfertigte 1. Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag GZ: BMI-FWXXX, über die Herstellung der Aufenthaltstitel, Dokumentationen und Bestätigungsvignetten, zur Kenntnis übermittelt.

[...]"

Aus diesem E-Mail ergibt sich somit, dass jedenfalls am 7.12.2009 die 1.

Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag vom 23.12.2005, GZ: BMI-FWXXX, bereits durch die B*** unterfertigt war. Dieser E-Mailverkehr deckt sich auch mit der Aussage des Vertreters der B*** in der mündlichen Verhandlung, wonach das Auftragsschreiben am 1.12.2009 bei der B*** eingelangt und im Dezember 2009 gegengefertigt und per Boten an das BMI rückübersandt worden sei.

Letztlich ist auch auf folgendes E-Mail hinzuweisen:

"Von: I*** (BMI-I/6)

Gesendet: Donnerstag, 21. Januar 2010 13:45

An: G*** (BMI-I/6)

Betreff: AW:VBD-Eintrag; Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag BMI-FWXXX

Hallo XXX,Hallo römisch 30 ,

wurde in VDB eingetragen.

[...]"

Spätestens am 21.1.2010 wurde somit die 1. Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag vom 23.12.2005, GZ: BMI-FWXXX, in die Vertragsdatenbank des BMI eingegeben. D*** (BMI) bestätigte in der mündlichen Verhandlung, dass in die Vertragsdatenbank des BMI nur von sämtlichen Vertragspartnern unterfertigte Verträge eingegeben würden.

Da der Zuschlag durch Unterfertigung der 1. Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag vom 23.12.2005, GZ: BMI-FWXXX, jedenfalls mehr als 6 Monate vor Antragstellung, welche am 21.12.2010 erfolgte, erteilt wurde, ist der Antrag infolge Verfristung zurückzuweisen.

Zu Spruchpunkt II Zu Spruchpunkt römisch zwei

Zunächst ist auf die Ausführungen unter Spruchpunkt I hinzuweisen, die auch für Spruchpunkt II gelten. Zunächst ist auf die Ausführungen unter Spruchpunkt römisch eins hinzuweisen, die auch für Spruchpunkt römisch zwei gelten.

Weiters ist jedoch noch auf Folgendes hinzuweisen:

Gemäß § 332 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 hat ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1, 2 oder 4 jedenfalls ein bestimmtes Begehren zu enthalten: Gemäß Paragraph 332, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 hat ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, 2, oder 4 jedenfalls ein bestimmtes Begehren zu enthalten:

Wie bereits eingangs festgehalten, ist auf das gegenständliche Feststellungsverfahren das Bundesvergabegesetz in der Fassung BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG 2006) anzuwenden. Wie bereits eingangs festgehalten, ist auf das gegenständliche Feststellungsverfahren das Bundesvergabegesetz in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG 2006) anzuwenden.

§ 331 Abs 1 BVergG 2006 lautet:

§ 331. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem

Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass

1. 1. Ziffer eins

die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder

1. 2. Ziffer 2

wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen 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, oder

1. 3. Ziffer 3

die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder

1. 4.Ziffer 4

eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war.

Gemäß § 332 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 hat ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1, 2 oder 4 jedenfalls ein bestimmtes Begehren zu enthalten. Diese Regelung, wonach der Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs. 1, 2 oder Abs. 4 ein bestimmtes Begehren zu enthalten hat, wäre überflüssig, wenn das Bundesvergabeamt daran nicht gebunden wäre. Eine rechtliche Grundlage für ein amtswegiges Umdeuten eines von vornherein verfehlten Begehrens lässt sich aus dem Gesetz nicht ableiten (VwGH 30.6.2004, 2004/04/0028; 24.1.2001, 2001/04/0004). Bei antragsbedürftigen Verwaltungsakten ist es unzulässig, entgegen dem erklärten Willen der Partei, ihrem Begehren eine Deutung zu geben, die aus dem Wortlaut nicht unmittelbar erschlossen werden kann, mag auch das Begehren, so wie es gestellt worden ist, von vornherein aussichtslos oder gar unzulässig sein (VwGH 20.10.2004, 2004/04/0105). Die Antragstellerin stellte in ihrem Schriftsatz vom 21.12.2010 das Begehren, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass der Zuschlag an die B*** im Vergabeverfahren 'Abschluss Vertrag zur Lieferung von Verordnung (EG) Nr. 380/2008 konformen Chipkarten für Zwecke des neuen Aufenthaltstitels im Scheckkartenformat für Österreich' durch den Bund (Bundesministerium für Inneres) rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde und daher wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war". Dieser Feststellungsantrag entspricht jedenfalls keinem der in § 331 Abs. 1 BVergG 2006 taxativ aufgezählten Feststellungsbegehren. Gemäß Paragraph 332, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 hat ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, 2, oder 4 jedenfalls ein bestimmtes Begehren zu enthalten. Diese Regelung, wonach der Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, 2, oder Absatz 4, ein bestimmtes Begehren zu enthalten hat, wäre überflüssig, wenn das Bundesvergabeamt daran nicht gebunden wäre. Eine rechtliche Grundlage für ein amtswegiges Umdeuten eines von vornherein verfehlten Begehrens lässt sich aus dem Gesetz nicht ableiten (VwGH 30.6.2004, 2004/04/0028; 24.1.2001, 2001/04/0004). Bei antragsbedürftigen Verwaltungsakten ist es unzulässig, entgegen dem erklärten Willen der Partei, ihrem Begehren eine Deutung zu geben, die aus dem Wortlaut nicht unmittelbar erschlossen werden kann, mag auch das Begehren, so wie es gestellt worden ist, von vornherein aussichtslos oder gar unzulässig sein (VwGH 20.10.2004, 2004/04/0105). Die Antragstellerin stellte in ihrem Schriftsatz vom 21.12.2010 das Begehren, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass der Zuschlag an die B*** im Vergabeverfahren 'Abschluss Vertrag zur Lieferung von Verordnung (EG) Nr. 380 aus 2008, konformen Chipkarten für Zwecke des neuen Aufenthaltstitels im Scheckkartenformat für Österreich' durch den Bund (Bundesministerium für Inneres) rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde und daher wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war". Dieser Feststellungsantrag entspricht jedenfalls keinem der in Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 taxativ aufgezählten Feststellungsbegehren.

Es handelt sich hierbei auch nicht um einen Mangel des Anbringens, der nach § 13 Abs. 3 AVG einer Verbesserung durch die Behörde zuzuleiten wäre, da ein Antrag gestellt wurde, dem es an der gesetzlichen Grundlage mangelt. Es war daher jedenfalls dieser Antrag auch aus diesem Grund als unzulässig zurückzuweisen. Es handelt sich hierbei auch nicht um einen Mangel des Anbringens, der nach Paragraph 13, Absatz 3, AVG einer Verbesserung durch die Behörde zuzuleiten wäre, da ein Antrag gestellt wurde, dem es an der gesetzlichen Grundlage mangelt. Es war daher jedenfalls dieser Antrag auch aus diesem Grund als unzulässig zurückzuweisen.

Zu Spruchpunkt III:

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 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, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Da - wie sich aus den Spruchpunkten I und II ergibt - die Feststellungsanträge zurückgewiesen wurden und daher auch

kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv § 319 Abs. 1 BVergG vorliegt, war der auf Ersatz der Pauschalgebühr durch den Auftraggeber gerichtete Antrag abzuweisen. Da - wie sich aus den Spruchpunkten römisch eins und römisch zwei ergibt - die Feststellungsanträge zurückgewiesen wurden und daher auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, war der auf Ersatz der Pauschalgebühr durch den Auftraggeber gerichtete Antrag abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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