

TE Bvwg Beschluss 2024/1/5 W131 2244508-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.01.2024

Entscheidungsdatum

05.01.2024

Norm

BVergG 2018 §154 Abs1

BVergG 2018 §154 Abs2

BVergG 2018 §154 Abs3

BVergG 2018 §154 Abs4

BVergG 2018 §155

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §334 Abs3

BVergG 2018 §353

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2018 § 154 heute
2. BVergG 2018 § 154 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 154 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 154 heute
2. BVergG 2018 § 154 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 154 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 154 heute
2. BVergG 2018 § 154 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 154 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 154 heute
2. BVergG 2018 § 154 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 154 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 155 heute
2. BVergG 2018 § 155 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 327 heute
2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 328 heute
2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 328 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 333 heute
2. BVergG 2018 § 333 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 334 heute
2. BVergG 2018 § 334 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 353 heute
2. BVergG 2018 § 353 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 353 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. VwGVG § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Anmerkung

VwGH-Erkenntnis: Ro 2024/04/0011-5 vom 22.07.2026 Der angefochtene Beschluss wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Spruch

,

W131 2244508-1/123E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, sowie durch die fachkundige Laienrichterin Dr'a Ilse POHL als Beisitzerin der Auftraggeberseite und durch den fachkundigen Laienrichter Mag Matthias WOHLGEMUTH als Beisitzer der Auftragnehmerseite in Teilerledigung der Feststellungsbegehren vom 19.07.2021 der anwaltlich vertretenen Antragstellerin (= AST) XXXX betreffend die Vergabe

iZm einer Rahmenvereinbarung zu „SARS-CoV-2 (COVID-19) Antigenschnelltests“ mit der Referenznummer XXXX durch die Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung und die Bundesbeschaffung GmbH (= BBG), beide vertreten durch die Finanzprokurator, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, sowie durch die fachkundige Laienrichterin Dr'a Ilse POHL als Beisitzerin der Auftraggeberseite und durch den fachkundigen Laienrichter Mag Matthias WOHLGEMUTH als Beisitzer der Auftragnehmerseite in Teilerledigung der Feststellungsbegehren vom 19.07.2021 der anwaltlich vertretenen Antragstellerin (= Ast) römisch 40 betreffend die Vergabe iZm einer Rahmenvereinbarung zu „SARS-CoV-2 (COVID-19) Antigenschnelltests“ mit der Referenznummer römisch 40 durch die Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung und die Bundesbeschaffung GmbH (= BBG), beide vertreten durch die Finanzprokurator, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung beschlossen:

A)

Das am 19.07.2021 vorgetragene und bislang unerledigte Feststellungsbegehren,

gemäß § 334 Abs 3 Z 1 BVergG festzustellen, dass der Zuschlag vom 14. April 2021 zugunsten der Zuschlagsempfängerin XXXX wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht und eines Verstoßes gegen das BVergG nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde."gemäß Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG festzustellen, dass der Zuschlag vom 14. April 2021 zugunsten der Zuschlagsempfängerin römisch 40 wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht und eines Verstoßes gegen das BVergG nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde."

wird zurückgewiesen

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

,

Text

Begründung:, Begründung:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die Ast verfasste am 19.07.2021 einen beim BVwG zur GZ W131 2244508-1 protokollierten Feststellungsantrag mit insb folgendem hier interessierendem Inhalt und den dabei gestellten, unten nochmals wiedergegebenen Feststellungsbegehren:

FESTSTELLUNGSANTRAG

1. Sachverhalt

1.1. Mit Auftragsbekanntmachung vom 2. März 2021 wurde von der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), der Bundesbeschaffung GmbH sowie allen weiteren Auftraggebern gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste zur Zahl 2021/S 042-104457 die Vergabe einer Rahmenvereinbarung zu „SARS-CoV-2 (COVID-19) Antigenschnelltests“ mit der Referenznummer XXXX eingeleitet. Der geschätzte Gesamtwert der Rahmenvereinbarung wurde mit XXXX ,-- beziffert. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde nach der Durchführung eines beschleunigten offenen Verfahrens bereits der 16. März 2021 festgelegt. 1.1. Mit Auftragsbekanntmachung vom 2. März 2021 wurde von der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), der Bundesbeschaffung GmbH sowie allen weiteren Auftraggebern gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste zur Zahl 2021/S 042-104457 die Vergabe einer Rahmenvereinbarung zu „SARS-CoV-2 (COVID-19) Antigenschnelltests“ mit der Referenznummer römisch 40 eingeleitet. Der geschätzte Gesamtwert der Rahmenvereinbarung wurde mit römisch 40 ,-- beziffert. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde nach der Durchführung eines beschleunigten offenen Verfahrens bereits der 16. März 2021 festgelegt.

Beweis: [...]

1.2. In den Ausschreibungsunterlagen wurden die für die Auftragsvergabe maßgeblichen Bestimmungen insbesondere in den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen („AAB“) sowie in den kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung („RVB“) festgelegt:

Bereits in den AAB wurde in Rz 106 Folgendes festgelegt:

„Sämtliche Artikel haben eine Medizinproduktzulassung mit einer entsprechenden CE-Zertifizierung aufzuweisen.“

Entsprechend wurde in Rz 110 der AAB auch Folgendes normiert:

„Der Bieter hat für alle angebotenen Artikel gemäß 03_Preisblatt die jeweilige EG-Konformitätserklärung gemäß der RL 98/79/EG (i.d.g. Fassung) bzw. IVD Verordnung 2017/746, beizubringen.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

In Rz 126ff der AAB wurde ferner festgelegt, dass der Bieter im 03_Preisblatt zumindest einen Artikel aber insgesamt maximal bis zu 15 den geforderten Mindestanforderungen entsprechende Artikel anbieten könne.

In Rz 134 der AAB findet sich folgende zusätzliche Festlegung:

„Das Angebot ist gemäß diesen Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zu erstellen. Das Angebot muss alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Angaben und Bestandteile enthalten.“

In Rz 143 der AAB wurde schließlich festgelegt, dass die Rahmenvereinbarung mit allen nicht auszuscheidenden Bietern abgeschlossen werde, die ein gültiges Angebot gelegt haben.

In den Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung (RVB) wurden in Rz 18ff die Festlegungen für die Vorgangsweise bei einem Abruf konkreter Leistungen getroffen. In Rz 31 und 32 der RVB finden sich dabei folgende Festlegungen:

„Direktabrufe sind für alle im Preisblatt definierten Produkte zulässig, sofern die Leistungs- und Vertragsbedingungen nicht geändert werden und erfolgen nach dem „Kaskadenprinzip“ ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb.“

„Der Auftraggeber definiert für den Abruf die notwendigen Merkmale. Berücksichtigt werden im Folgenden nur Artikel, die den Merkmalen entsprechen. Für den Abruf ist daraus jener Artikel auszuwählen, der den geringsten Preis im e-Shop ausweist.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

Beweis: Allgemeine Ausschreibungsbedingungen („AAB“) (Anlage ./B);

Kommerzielle Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung („RVB“) (Anlage ./C);

beizuschaffender Vergabeakt.

1.3. Unter Punkt 7.1 der RVB wurden im Kapitel „Mindestanforderungen an den Leistungsgegenstand lt. Preisblatt“ die MUSS-Anforderungen für den Abruf von Produkten festgelegt:

Insbesondere in den Rz 92 – 94 RVB finden [...]

Beweis: Kommerzielle Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung („RVB“) (Anlage ./C);

beizuschaffender Vergabeakt.

1.4. In weiterer Folge wurde die verfahrensgegenständliche Rahmenvereinbarung mit 76 Parteien abgeschlossen. Unter diesen Parteien befinden sich sowohl die Zuschlagsempfängerin als auch die Antragstellerin.

Beweis: Bekanntgabe der vergebenen Rahmenvereinbarung vom 21. Mai 2021 (Zahl 2021/S 098-254876) (Anlage ./D);

beizuschaffender Vergabeakt.

beizuschaffender Vergabeakt.,

1.5. Nach Abschluss der Rahmenvereinbarung hat die Erstauftraggeberin offenbar am 14. April 2021 bei der Zuschlagsempfängerin Schnelltests der Marke [...] mit einem Auftragswert in Höhe von XXXX ,-- abgerufen. Obwohl [...].
1.5. Nach Abschluss der Rahmenvereinbarung hat die Erstauftraggeberin offenbar am 14. April 2021 bei der Zuschlagsempfängerin Schnelltests der Marke [...] mit einem Auftragswert in Höhe von römisch 40 ,-- abgerufen. Obwohl [...].

Beweis: Bekanntgabe des Abrufes aus der Rahmenvereinbarung vom 14. April 2021 (Anlage ./E);

PV GF Dr. XXXX , p.A. Antragstellerin;PV GF Dr. römisch 40 , p.A. Antragstellerin;

Fotos der Verpackung und der Packungsbeilage des XXXX der Zuschlagsempfängerin, welcher von der Erstauftraggeberin an die Schulen für Selbsttests durch Kinder (!) abgegebenen wurde (Anlage ./F); Fotos der Verpackung und der Packungsbeilage des römisch 40 der Zuschlagsempfängerin, welcher von der Erstauftraggeberin an die Schulen für Selbsttests durch Kinder (!) abgegebenen wurde (Anlage ./F);

Ausschnitt der Website der Erstauftraggeberin unter dem Link XXXX ;Ausschnitt der Website der Erstauftraggeberin unter dem Link römisch 40 ;

Handout der Erstauftraggeberin „Antigen-Selbsttests an Schulen“ (Anlage ./H);

beizuschaffender Vergabeakt.

1.6. Nach dem Kenntnisstand der Antragstellerin sind auf dem Markt für Antigenschnelltests zur Eigenanwendung [...]

2. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes – Zulässigkeit des Feststellungsantrages

2.1. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäß § 334 Abs. 3 BVergG nach Zuschlagserteilung u.a. zu den Feststellungen zuständig, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zu-schlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigen Angebot erteilt wurde (§ 334 Abs. 3 Z 1 BVergG) sowie zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf-grund einer Rahmenvereinbarung wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs. 4 – 9 BVergG rechtswidrig war (§ 334 Abs. 3 Z 5 BVergG). Da es sich gegenständlich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, ist somit die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes für die Durchführung des gegenständlichen Feststellungsverfahrens gegeben. Darüber hinaus wurde in der Bekanntmachung der Rahmenvereinbarung (Anlage ./A) das Bundesverwaltungsgericht als zuständige Vergabekontrollstelle angegeben. 2.1. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäß Paragraph 334, Absatz 3, BVergG nach Zuschlagserteilung u.a. zu den Feststellungen zuständig, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zu-schlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigen Angebot erteilt wurde (Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG) sowie zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf-grund einer Rahmenvereinbarung wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 155, Absatz 4, – 9 BVergG rechtswidrig war (Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG). Da es sich gegenständlich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, ist somit die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes für die Durchführung des gegenständlichen Feststellungsverfahrens gegeben. Darüber hinaus wurde in der Bekanntmachung der Rahmenvereinbarung (Anlage ./A) das Bundesverwaltungsgericht als zuständige Vergabekontrollstelle angegeben.

2.2. Mit diesem Feststellungsantrag gemäß § 353 Abs. 1 Z 1 sowie Z 4 BVergG bekämpft die Antragstellerin den am 15. April 2021 bekanntgegebenen Abruf aus der Rahmenvereinbarung zugunsten der Zuschlagsempfängerin vom 14. April 2021 (laut Bekanntgabe Tag des Vertragsabschlusses). 2.2. Mit diesem Feststellungsantrag gemäß Paragraph 353, Absatz eins, Ziffer eins, sowie Ziffer 4, BVergG bekämpft die Antragstellerin den am 15. April 2021 bekanntgegebenen Abruf aus der Rahmenvereinbarung zugunsten der Zuschlagsempfängerin vom 14. April 2021 (laut Bekanntgabe Tag des Vertragsabschlusses).

2.3. Die Antragstellerin macht die Verletzung

- in ihrem Recht, dass Abrufe aus der Rahmenvereinbarung nur nach den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen und auf Grundlage des unmittelbar anwendbaren Unions-rechtes erfolgen;
- in ihrem Recht, dass Abrufe nur zugunsten von Parteien erfolgen, die über eine ausreichende Medizinproduktzulassung für Antigentest zur Selbstanwendung mit einer ent-sprechenden CE-Kennzeichnung erfolgen;
- in ihrem Recht auf Unterbleiben der Festlegung von Merkmalen im Zuge eines Abrufes dahingehend, dass für Antigentests zur Selbstanwendung entgegen der Ausschreibungs-bedingungen nicht auch eine entsprechende Medizinproduktzulassung sowie eine ent-sprechende CE-Kennzeichnung verlangt wird;
- in ihrem Recht auf Nichtberücksichtigung von Angeboten im Zuge eines Abrufes von Antigentest zur

Selbstanwendung für den Schulbereich, die lediglich die Anforderungen des § 323c Abs. 18 BAO (in der Fassung vom 14. April 2021) erfüllen; • in ihrem Recht auf Nichtberücksichtigung von Angeboten im Zuge eines Abrufes von Antigentest zur Selbstanwendung für den Schulbereich, die lediglich die Anforderungen des Paragraph 323 c, Absatz 18, BAO (in der Fassung vom 14. April 2021) erfüllen;

- in ihrem Recht auf unionsrechtskonforme Auslegung der Ausschreibungsbedingungen und insbesondere Außerachtlassung richtlinienwidriger (bzw. dem Unionsrecht entgegenstehender) nationaler Bestimmungen im Rahmen der Auslegung von MUSS-Anforderungen;

- in ihrem Recht, dass durch Abrufe aus der Rahmenvereinbarung nicht ein Inverkehrbringen von Antigentests entgegen der Ausschreibungsbedingungen und der Anforderungen der IVD-RL (RL 98/79/EG) ermöglicht und damit gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht iSd. § 353 Abs. 1 Z 1 BVergG verstoßen wird; • in ihrem Recht, dass durch Abrufe aus der Rahmenvereinbarung nicht ein Inverkehrbringen von Antigentests entgegen der Ausschreibungsbedingungen und der Anforderungen der IVD-RL (RL 98/79/EG) ermöglicht und damit gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht iSd. Paragraph 353, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG verstoßen wird;

- in ihrem Recht auf eine unionsrechtskonforme Durchführung und Beendigung von Vergabeverfahren durch Abruf von Produkten, die über eine entsprechende Medizinproduktezulassung sowie CE-Kennzeichnung verfügen;

- in ihrem Recht auf Unterbleiben eines Zuschlages an bzw. eines Abrufes von einer Partei mit einer unzureichenden Befugnis für den Handel mit Medizinprodukten in Österreich; sowie

- in ihrem Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung im Zuge von Abrufen aus der verfahrensgegenständlichen abgeschlossenen Rahmenvereinbarung

geltend.

2.4. Da die Antragstellerin bei ausschreibungs- und vergaberechtskonformer Bewertung ihres Angebotes und des Angebotes der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erhalten hätte müssen (im Zeitpunkt des Abrufes war sie die Partei der RV, die über einen Antigentest mit Medizinproduktezulassung und CE-Kennzeichnung für die Eigenanwendung mit dem niedrigsten Preis verfügte), ist ihr durch die behauptete Vergaberechtsverletzung insoweit ein Schaden entstanden, dass sie keinen Auftrag erhalten und keinen entsprechenden Gewinn lukrieren konnte.

Darüber hinaus wurden durch die vergaberechtswidrige Vorgangsweise der Erstauftraggeberin die bisherigen Kosten der Antragstellerin für Teilnahme am Vergabeverfahren und der Rahmenvereinbarung (zB Katalogpflege) frustriert.

Darüber hinaus wurden durch die vergaberechtswidrige Vorgangsweise der Erstauftraggeberin die bisherigen Kosten der Antragstellerin für Teilnahme am Vergabeverfahren und der Rahmenvereinbarung (zB Katalogpflege) frustriert.,

Ferner will die Antragstellerin auch in Zukunft einen Abruf aus der verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung erhalten. Durch die nunmehr angefochtene Zuschlagserteilung zu Gunsten eines Wettbewerbers, der nicht über die erforderliche Befugnis verfügt sowie zu Gunsten von Konkurrenzprodukten, für die keine ausreichende Medizinproduktezulassung bzw. CE-Kennzeichnung vorliegt, droht der Antragstellerin auch insoweit ein Schaden zu entstehen, als die Auftraggeberinnen mangels Feststellung der Rechtswidrigkeit der hier gerügten Vorgangsweise auch in Zukunft Abrufe zugunsten von Produkten mit einer unzureichenden Medizinproduktezulassung bzw. CE-Kennzeichnung für Selbsttests durchführen könnte.

Ferner ist der Antragstellerin auch dadurch ein Schaden entstanden, da sie ein wertvolles Referenzprojekt nicht erhalten hat, dass sie bei anderen vergleichbaren Ausschreibungen im In- und Ausland vorweisen könnte. In diesem Zusammenhang liegt auch ein entstandener Schaden der Antragstellerin darin, dass die Zuschlagsempfängerin als Konkurrentin der Antragstellerin einen wertvollen Referenzauftrag erhalten hat und in Zukunft mit einem Hinweis auf einen zu Unrecht erhaltenen Referenzauftrag bei vergleichbaren Ausschreibungen mit der Antragstellerin in Wettbewerb tritt.

2.5. Ihr Interesse am Vertragsabschluss hat die Antragstellerin bereits durch Legung eines ordnungsgemäßen Angebotes, durch den Abschluss der Rahmenvereinbarung sowie auch durch eine nachträgliche Bekämpfung des Abrufes vom 14. April 2021argetan.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Erstauftraggeberin im Zuge des Abrufes keinen erneuten Aufruf zum Wettbewerb vorgenommen hat. Es war der Antragstellerin daher nicht möglich, den behaupteten Verstoß

(Abruf von Antigentest zur Selbstanwendung ohne ausreichende Medizinproduktezulassung bzw. CE-Kennzeichnung infolge einer unzureichenden Festlegung von Merkmalen/MUSS-Anforderungen für den Abruf) bereits im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geltend zu machen.

2.6. Der Feststellungsantrag gemäß § 353 Abs. 1 Z 1 und Z 4 BVerGG wurde rechtzeitig binnen 6 Monaten ab dem Zeitpunkt, zu dem die Antragstellerin vom Zuschlag Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können, eingebracht. Die verfahrensgegenständliche Bekanntgabe über den erfolgten Abruf aus der Rahmenvereinbarung erfolgte am 14. April 2021. 2.6. Der Feststellungsantrag gemäß Paragraph 353, Absatz eins, Ziffer eins und Ziffer 4, BVerGG wurde rechtzeitig binnen 6 Monaten ab dem Zeitpunkt, zu dem die Antragstellerin vom Zuschlag Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können, eingebracht. Die verfahrensgegenständliche Bekanntgabe über den erfolgten Abruf aus der Rahmenvereinbarung erfolgte am 14. April 2021.

Darüber hinaus hat die Erstantragsgegnerin die erfolgte Zuschlagserteilung auch nicht gemäß § 144 Abs. 2 BVerG mitgeteilt, weshalb auch im Zusammenhang mit der Frage einer allfälligen Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen die 6-Monatsfrist des § 356 Abs. 7 erster Satz BVerGG nach wie vor anwendbar ist. Darüber hinaus hat die Erstantragsgegnerin die erfolgte Zuschlagserteilung auch nicht gemäß Paragraph 144, Absatz 2, BVerG mitgeteilt, weshalb auch im Zusammenhang mit der Frage einer allfälligen Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen die 6-Monatsfrist des Paragraph 356, Absatz 7, erster Satz BVerGG nach wie vor anwendbar ist.

2.7. Die Antragstellerin hat ihren Feststellungsantrag durch Überweisung von Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 12.960,-- ordnungsgemäß vergebührt. [...]

3. Zur Rechtswidrigkeit des Abrufes bzw. des Zuschlages

3.1. Vergabeverstoß beim Abruf von Antigenselbsttests aufgrund unzureichender Berücksichtigung der festgelegten MUSS-Anforderungen

Der hier angefochtene Zuschlag ist rechtswidrig, weil die Erstauftraggeberin bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung ihrer Ausschreibungsbedingungen zum Schluss kommen hätte müssen, dass die abgerufenen Antigentests der Zuschlagsempfängerin ohne eine ausreichende Medizinproduktezulassung für eine Eigenanwendung bzw. ohne eine entsprechende CE-Kennzeichnung nicht sämtliche MUSS-Anforderungen erfüllen. Gleichzeitig erweist sich dadurch auch der Abruf wegen eines Verstoßes gegen die festgelegten Bedingungen für die unmittelbare Vergabe eines Auftrages aufgrund der Rahmenvereinbarung iSd § 155 Abs. 5 BVerGG als rechtswidrig. Der hier angefochtene Zuschlag ist rechtswidrig, weil die Erstauftraggeberin bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung ihrer Ausschreibungsbedingungen zum Schluss kommen hätte müssen, dass die abgerufenen Antigentests der Zuschlagsempfängerin ohne eine ausreichende Medizinproduktezulassung für eine Eigenanwendung bzw. ohne eine entsprechende CE-Kennzeichnung nicht sämtliche MUSS-Anforderungen erfüllen. Gleichzeitig erweist sich dadurch auch der Abruf wegen eines Verstoßes gegen die festgelegten Bedingungen für die unmittelbare Vergabe eines Auftrages aufgrund der Rahmenvereinbarung iSd Paragraph 155, Absatz 5, BVerGG als rechtswidrig.

Der angefochtene Abruf ist insbesondere deshalb rechtswidrig, weil die Erfüllung der MUSS-Anforderung der Rz 94 RVB vor dem Hintergrund des § 323c Abs. 18 BAO idF vom 14. April 2021 als ausreichend befunden wurde. Dabei hat die Erstauftraggeberin jedoch außer Acht gelassen, dass aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts bzw. aufgrund der gebotenen richtlinienkonformen Interpretation der Ausschreibungsunterlagen auch die in Rz 92 der RVB bzw. Rz 106 der AAB festgelegten MUSS-Anforderungen, die das Erfordernis einer Medizinproduktezulassung bzw. ausreichenden CE-Kennzeichnung für Antigentests zur Selbstanwendung festlegen, zusätzlich zu erfüllen gewesen wären. Dadurch, dass die Erstauftraggeberin infolge einer unzureichenden Festlegung (Filterung) von Merkmalen Antigentests zur Selbstanwendung abgerufen hat, die lediglich die MUSS-Anforderung gemäß Rz 94 der RVB (vermutlich) erfüllt haben, hat sie gegen die eigenen bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen verstoßen. Der angefochtene Abruf ist insbesondere deshalb rechtswidrig, weil die Erfüllung der MUSS-Anforderung der Rz 94 RVB vor dem Hintergrund des Paragraph 323 c, Absatz 18, BAO in der Fassung vom 14. April 2021 als ausreichend befunden wurde. Dabei hat die Erstauftraggeberin jedoch außer Acht gelassen, dass aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts bzw. aufgrund der gebotenen richtlinienkonformen Interpretation der Ausschreibungsunterlagen auch die in Rz 92 der RVB bzw. Rz 106 der AAB festgelegten MUSS-Anforderungen, die das Erfordernis einer Medizinproduktezulassung bzw. ausreichenden CE-Kennzeichnung für Antigentests zur Selbstanwendung festlegen, zusätzlich zu erfüllen gewesen wären. Dadurch, dass die Erstauftraggeberin infolge einer unzureichenden Festlegung

(Filterung) von Merkmalen Antigentests zur Selbstanwendung abgerufen hat, die lediglich die MUSS-Anforderung gemäß Rz 94 der RVB (vermutlich) erfüllt haben, hat sie gegen die eigenen bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen verstoßen.

Der angefochtene Abruf ist jedoch auch deshalb rechtswidrig, weil die Zuschlagsempfängerin es unterlassen hat, rechtzeitig eine Dienstleistungsanzeige für die Erbringung eines sensiblen Gewerbes in Österreich zu erstatten und daher mangels Befugnis gemäß § 21 iVm § 141 Abs. 1 Z 11 lit a und c BVergG nicht berücksichtigt hätte werden dürfen. Der angefochtene Abruf ist jedoch auch deshalb rechtswidrig, weil die Zuschlagsempfängerin es unterlassen hat, rechtzeitig eine Dienstleistungsanzeige für die Erbringung eines sensiblen Gewerbes in Österreich zu erstatten und daher mangels Befugnis gemäß Paragraph 21, in Verbindung mit Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 11, Litera a und c BVergG nicht berücksichtigt hätte werden dürfen.

3.2. Zur gebotenen Auslegung der MUSS-Anforderungen

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung rechtskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (vgl. erst jüngst insbesondere VwGH 18.01.2021, Ra 2019/04/0083, RPA 2021, 132; VwGH 4.7.2016, Ra 2016/04/0015, 0016). Bei einer als auslegungsbedürftig anzusehenden Erklärung ist daher davon auszugehen, dass der Auftraggeber keine rechtswidrige Festlegung treffen wollte. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung rechtskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen vergleiche erst jüngst insbesondere VwGH 18.01.2021, Ra 2019/04/0083, RPA 2021, 132; VwGH 4.7.2016, Ra 2016/04/0015, 0016). Bei einer als auslegungsbedürftig anzusehenden Erklärung ist daher davon auszugehen, dass der Auftraggeber keine rechtswidrige Festlegung treffen wollte.

Ausgangspunkt für die hier relevante rechtliche Beurteilung ist daher die Frage, ob im Rahmen des Abrufes von Antigenschnelltests zur Selbstanwendung, [...]

3.3. Unionsrechtliche Anforderungen an die Zulassung bzw. CE-Kennzeichnung von Anti-gentests zur Selbstanwendung [...]

6. Bei Produkten zur Eigenanwendung muß der Hersteller einen Antrag auf Prüfung der Auslegung bei einer benannten Stelle einreichen.

[...]

3.5. Zur fehlenden Befugnis

3.5.1 Der Abruf hätte auch deshalb nicht von der Zuschlagsempfängerin erfolgen dürfen, da diese als Deutsche Bieterin bis spätestens zum Ablauf der Angebotsfrist eine Dienstleistungsanzeige [...]

[...]

4. Anregung einer Vorabentscheidung durch den EuGH

Soweit das angerufene Gericht trotz der klaren unionsrechtlichen und hinreichend determinierten Vorgaben für den Umfang der Zulassungspflicht für Antigenschnelltests zur Selbst-anwendung bzw. zur Unionsrechtswidrigkeit von § 323c Abs. 18 BAO idFBGBl I 25/2021 (zum 14. April 2021) Zweifel haben sollte, wird angeregt, die Frage der Reichweite der unmittelbaren Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des Art. 9 Abs. 12 der IVD-RL iZm Art. 9 Abs. 1 IVD-RL iVm Anhang III Nr. 6 IVD-RL sowie die Unionsrechtskonformität des § 323c Abs. 18 BAO idFBGBl I 25/2021 dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung vorzulegen. Soweit das angerufene Gericht trotz der klaren unionsrechtlichen und hinreichend determinierten Vorgaben für den Umfang der Zulassungspflicht für Antigenschnelltests zur Selbst-anwendung bzw. zur Unionsrechtswidrigkeit von Paragraph 323 c, Absatz 18, BAO in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 25 aus 2021, (zum 14. April 2021) Zweifel haben sollte, wird angeregt, die Frage der Reichweite der unmittelbaren Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des Artikel 9, Absatz 12, der IVD-RL

iZm Artikel 9, Absatz eins, IVD-RL in Verbindung mit Anhang römisch drei Nr. 6 IVD-RL sowie die Unionsrechtskonformität des Paragraph 323 c, Absatz 18, BAO in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 25 aus 2021, dem Europäischen Gerichtshof gemäß Artikel 267, AEUV zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Insbesondere [...]

5. Anträge

Aus den dargelegten Gründen werden gestellt die

ANTRÄGE,

das Bundesverwaltungsgericht möge

- nach Verständigung der Auftraggeber vom Eingang eines Feststellungsantrages ein Feststellungsverfahren einleiten und eine mündliche Verhandlung durchführen;
- gemäß § 334 Abs. 3 Z 1 BVergG feststellen, dass der Zuschlag vom 14. April 2021 zugunsten der Zuschlagsempfängerin XXXX wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht und eines Verstoßes gegen das BVergG nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem An-gebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde; • gemäß Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG feststellen, dass der Zuschlag vom 14. April 2021 zugunsten der Zuschlagsempfängerin römisch 40 wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht und eines Verstoßes gegen das BVergG nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem An-gebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde;
- gemäß § 334 Abs. 3 Z 5 BVergG feststellen, dass der Zuschlag bei der Vergabe von Antigenschnelltests aufgrund der Rahmenvereinbarung „SARS-CoV2-(Covid-19)-Antigenschnelltests GZ XXXX “ wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs. 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war; • gemäß Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG feststellen, dass der Zuschlag bei der Vergabe von Antigenschnelltests aufgrund der Rahmenvereinbarung „SARS-CoV2-(Covid-19)-Antigenschnelltests GZ römisch 40 “ wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 155, Absatz 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war;
- die Auftraggeber gemäß § 341 Abs. 1 BVergG zum Ersatz der von der Antragstellerin gemäß § 340 entrichteten Pauschalgebühr verpflichten; • die Auftraggeber gemäß Paragraph 341, Absatz eins, BVergG zum Ersatz der von der Antragstellerin gemäß Paragraph 340, entrichteten Pauschalgebühr verpflichten;
- allenfalls gemäß Artikel 267 AEUV ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH einleiten.

2. In Behandlung des gegenständlichen Feststellungsantrags fanden umfangreiche schriftliche Erörterungen und eine teilweise gemeinsam auch für andere vergaberechtliche Feststellungsverfahren durchgeführte mündliche Verhandlung mit Verhandlungsterminen am 12.08.2021 und am 09.05.2023 statt, und legte die Auftraggeberseite, also der Bund und die zentrale Beschaffungsstelle und vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH (= BBG) mit der Eingabe, OZ 77 des Verfahrensakts W131 2244508-1 ua auch ein Rechtsgutachten eines Universitätsprofessors vor, in welchem dieser Erörterungen va auch zur Frage der allfälligen Nichtigkeit der gegenständlich streitzentralen Rahmenvereinbarung erstattete. Im Verfahrensverlauf wurde zudem einvernehmlich auch auf den Ausgang des Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH in den Rs C-274/21 ua zugewartet.

2.3. Die Ast ging hingegen dabei ausweislich ihren Eingaben, OZZ 60 und 67 des Verfahrensakts W131 2244508-1, jedenfalls seit Ergehen des Urteils des EuGH in der Rs C-274/21 ua davon aus, dass die streitgegenständliche Rahmenvereinbarung gemäß dem hier zurückgewiesenem Feststellungsbegehren absolut nichtig ist.

2.4. Die Auftraggeberseite hat im Verfahrensgeschehen mehrfach die Zurückweisungsnotwendigkeit der gestellten Feststellungsbegehren aus bestimmten Gründen vorgebracht.

2.5. Das BVwG wies mit einem Beschluss vom 03.08.2023 im Rahmen einer Teilerledigung das Feststellungsbegehren gemäß § 334 Abs 3 Z 5 BVergG unter Vorbehalt der Erledigung des hier erledigten Begehrens mit insb nachstehender Begründung zurück: 2.5. Das BVwG wies mit einem Beschluss vom 03.08.2023 im Rahmen einer Teilerledigung das Feststellungsbegehren gemäß Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG unter Vorbehalt der Erledigung des hier erledigten Begehrens mit insb nachstehender Begründung zurück:

[...]

3.2.4. § 154 Abs 4 BVergG verwendet den Begriff der absoluten Nichtigkeit bei der Rahmenvereinbarung mangels

Einhaltung des Prozederes mit vorangehender Auswahlentscheidung und Stillhaltefrist. Unter absoluter Nichtigkeit, hier gemäß § 154 Abs 4 BVergG, ist nach allgemeiner Rechtslehre zu verstehen, dass - bezogen auf den streitgegenständlichen Rahmenvereinbarungssachverhalt - eine absolut nichtige Rahmenvereinbarung so zu bewerten ist, dass von deren Inexistenz auszugehen ist - siehe dazu zB Perner/Kapetanovic in Welser, Fachwörterbuch2, 423.3.2.4. Paragraph 154, Absatz 4, BVergG verwendet den Begriff der absoluten Nichtigkeit bei der Rahmenvereinbarung mangels Einhaltung des Prozederes mit vorangehender Auswahlentscheidung und Stillhaltefrist. Unter absoluter Nichtigkeit, hier gemäß Paragraph 154, Absatz 4, BVergG, ist nach allgemeiner Rechtslehre zu verstehen, dass - bezogen auf den streitgegenständlichen Rahmenvereinbarungssachverhalt - eine absolut nichtige Rahmenvereinbarung so zu bewerten ist, dass von deren Inexistenz auszugehen ist - siehe dazu zB Perner/Kapetanovic in Welser, Fachwörterbuch2, 423.

Dies gleichheitsgrundsatzrechtlich vor dem Hintergrund, dass eine Rahmenvereinbarung die Bedingungen für künftige entgeltliche Einzelaufträge festlegt und damit paradigmatisch ein entgeltsfremdes Rechtsgeschäft ist, auf das nach der Lehre dann wegen der Nähe zu konkreten entgeltlichen Austauschgeschäften die Vorschriften über entgeltliche Geschäfte Anwendung zu finden haben, siehe dazu mwN Koziol - Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht I14, Rz 381 mwN in den dortigen FN 108 und 109.

Es ist insoweit hier von der ex tunc vorliegenden und ex offa wahrzunehmenden Unwirksamkeit und Inexistenz der Rahmenvereinbarung auszugehen, womit in einem solchen Fall auch keine in § 356 Abs 2 BVergG vorgesehene rechtsgestaltende Nichtigerklärung mehr in Betracht kommt, die nach VwGH ZI Ra 2021/04/0005 in Bezug auf - existente - Rahmenvereinbarungen möglich erscheint. Es ist insoweit hier von der ex tunc vorliegenden und ex offa wahrzunehmenden Unwirksamkeit und Inexistenz der Rahmenvereinbarung auszugehen, womit in einem solchen Fall auch keine in Paragraph 356, Absatz 2, BVergG vorgesehene rechtsgestaltende Nichtigerklärung mehr in Betracht kommt, die nach VwGH ZI Ra 2021/04/0005 in Bezug auf - existente - Rahmenvereinbarungen möglich erscheint.

[Dass die in § 356 Abs 2 BVergG vorgesehen Nichtigerklärung rechtsgestaltend ist, ergibt sich dabei aus § 356 BVergG selbst, weil dort alternativ zur Nichtigerklärung insb in § 356 Abs 9 und Abs 10 BVergG Bußgeldsanktionen anstelle der Nichtigerklärung vorgesehen sind.][Dass die in Paragraph 356, Absatz 2, BVergG vorgesehen Nichtigerklärung rechtsgestaltend ist, ergibt sich dabei aus Paragraph 356, BVergG selbst, weil dort alternativ zur Nichtigerklärung insb in Paragraph 356, Absatz 9 und Absatz 10, BVergG Bußgeldsanktionen anstelle der Nichtigerklärung vorgesehen sind.]

MaW: Etwas nach § 154 Abs 4 BVergG bereits ex lege ex tunc und ex offa aufzugreifend absolut Nichtiges iSv Perner/Kapetanovic, aaO, kann nach § 356 Abs 2 BVergG nicht zusätzlich nochmalig nochmals rechtsgestaltend nichtig erklärt werden. MaW: Etwas nach Paragraph 154, Absatz 4, BVergG bereits ex lege ex tunc und ex offa aufzugreifend absolut Nichtiges iSv Perner/Kapetanovic, aaO, kann nach Paragraph 356, Absatz 2, BVergG nicht zusätzlich nochmalig nochmals rechtsgestaltend nichtig erklärt werden.

3.2.5. Die unionsrechtliche Richtlinie 89/665/EWG idF RI 2014/23/EU versteht ausweislich deren Art 1 Abs 1 auch Rahmenvereinbarungen als Aufträge, womit die Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird, konsequent als "Zuschlagsentscheidung" iSd Art 2a dieser Richtlinie zu verstehen ist, die allen betroffenen und damit allen iSd Art 2a dieser RL noch nicht endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossenen/ausgeschiedenen Bietern mit dadurch ausgelöster Stillhaltefrist mitzuteilen ist. 3.2.5. Die unionsrechtliche Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung RI 2014/23/EU versteht ausweislich deren Artikel eins, Absatz eins, auch Rahmenvereinbarungen als Aufträge, womit die Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird, konsequent als "Zuschlagsentscheidung" iSd Artikel 2 a, dieser Richtlinie zu verstehen ist, die allen betroffenen und damit allen iSd Artikel 2 a, dieser RL noch nicht endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossenen/ausgeschiedenen Bietern mit dadurch ausgelöster Stillhaltefrist mitzuteilen ist.

In richtlinienkonformer Interpretation ist dabei davon auszugehen, dass ein nicht berücksichtigter Bieter synchron mit der Regelung des § 143 Abs 1 BVergG immer dann vorliegt, wenn er noch nicht endgültig mit seinem Angebot aus dem Vergabewettbewerb ausgeschieden worden ist, zumal im hier vorliegenden Anlassfall die ASt nach dem Standpunkt der Auftraggeberseite nur zu einem Sechssundsiebzigstel berücksichtigt wurde und daher zu 75 Sechssundsiebzigstel eben eine nicht berücksichtigte Bieterin wäre; und die ASt sich daher betreffend künftige Abrufe mit 75 Konkurrenten im fortgesetzten Wettbewerb befindet bzw befände bzw befunden hätte. In richtlinienkonformer Interpretation ist

dabei davon auszugehen, dass ein nicht berücksichtigter Bieter synchron mit der Regelung des Paragraph 143, Absatz eins, BVergG immer dann vorliegt, wenn er noch nicht endgültig mit seinem Angebot aus dem Vergabewettbewerb ausgeschieden worden ist, zumal im hier vorliegenden Anlassfall die ASt nach dem Standpunkt der Auftraggeberseite nur zu einem Sechundsiebzigstel berücksichtigt wurde und daher zu 75 Sechundsiebzigstel eben eine nicht berücksichtigte Bieterin wäre; und die ASt sich daher betreffend künftige Abrufe mit 75 Konkurrenten im fortgesetzten Wettbewerb befindet bzw befände bzw befunden hätte.

Unionssekundärrechtlich sind keine speziellen Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Mitteilungs- und Stillhaltefrist bei einer Zuschlags- sprich hier: Auswahlentscheidung normiert, womit der nationale Gesetzgeber idZ in § 154 Abs 4 BVergG die Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit iSd nach Unionsrecht gebotenen effektiven Primärrechtsschutzes vorsehen durfte. Unionssekundärrechtlich sind keine speziellen Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Mitteilungs- und Stillhaltefrist bei einer Zuschlags- sprich hier: Auswahlentscheidung normiert, womit der nationale Gesetzgeber idZ in Paragraph 154, Absatz 4, BVergG die Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit iSd nach Unionsrecht gebotenen effektiven Primärrechtsschutzes vorsehen durfte.

Unionsrechtskonform ist dabei weiter davon auszugehen, dass wegen der unionsrechtlichen Gleichhaltung von der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der Zuschlagsentscheidung alle noch nicht endgültig iSv Art 2a RL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU ausgeschiedenen Bieter einen Anspruch auf Zumittlung der Auswahlentscheidung hatten bzw haben, mit welchen (sonstigen) UnternehmerInnen die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, bevor diese dann tatsächlich abgeschlossen wird. Unionsrechtskonform ist dabei weiter davon auszugehen, dass wegen der unionsrechtlichen Gleichhaltung von der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der Zuschlagsentscheidung alle noch nicht endgültig iSv Artikel 2 a, RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2014/23/EU ausgeschiedenen Bieter einen Anspruch auf Zumittlung der Auswahlentscheidung hatten bzw haben, mit welchen (sonstigen) UnternehmerInnen die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, bevor diese dann tatsächlich abgeschlossen wird.

Diese Sichtweise scheint auch vor dem Hintergrund des grundlegenden Urteils des EuGH in der Rs C-81/98 geboten, nachdem ausweislich dieser zuletzt zitierten Entscheidung klar ist, dass die Auswahlentscheidung, mit wem ein Vertrag und damit auch eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird, zwingend zuvor dem Primärrechtsschutz zugänglich sein muss, zumal auch der VwGH zB zu ZI Ra 2021/04/0005 mitunter Zuschlagserteilung und Rahmenvereinbarungsabschluss gleichhält; und nach Abschluss der Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern über insb § 155 Abs 4 Z 1 BVergG kein iSv EuGH Rs C-81/98 unionsrechtlich erforderlicher Primärrechtsschutz mehr gewährleistet ist. Diese Sichtweise scheint auch vor dem Hintergrund des grundlegenden Urteils des EuGH in der Rs C-81/98 geboten, nachdem ausweislich dieser zuletzt zitierten Entscheidung klar ist, dass die Auswahlentscheidung, mit wem ein Vertrag und damit auch eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird, zwingend zuvor dem Primärrechtsschutz zugänglich sein muss, zumal auch der VwGH zB zu ZI Ra 2021/04/0005 mitunter Zuschlagserteilung und Rahmenvereinbarungsabschluss gleichhält; und nach Abschluss der Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern über insb Paragraph 155, Absatz 4, Ziffer eins, BVergG kein iSv EuGH Rs C-81/98 unionsrechtlich erforderlicher Primärrechtsschutz mehr gewährleistet ist.

3.2.6. Die vorliegend iSv VwGHRa 2019/04/0076 bestandskräftigen Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sehen - wie aufgezeigt - in deren Rz 144 auch gesetzeskonform iSv VwGH Ro 2021/04/0014 mit § 154 Abs 4 BVergG und va auch unionsrechtskonform - eine derartige Auswahlentscheidung iSv §§ 2 Z 15 lit a sublit jj und 154 Abs 3 und Abs 4 BVergG vor. 3.2.6. Die vorliegend iSv VwGHRa 2019/04/0076 bestandskräftigen Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sehen - wie aufgezeigt - in deren Rz 144 auch gesetzeskonform iSv VwGH Ro 2021/04/0014 mit Paragraph 154, Absatz 4, BVergG und va auch unionsrechtskonform - eine derartige Auswahlentscheidung iSv Paragraphen 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, j, j und 154 Absatz 3 und Absatz 4, BVergG vor.

3.2.7. Mangels im Anlasssachverhalt vorangehender Auswahlentscheidung samt damit gemäß § 154 Abs 4 BVerG sonst ex lege ausgelöster entsprechender Stillhaltefrist war im hier zu entscheidenden Anlasssachverhalt gegenständlich davon auszugehen, dass bislang keine gültige Rahmenvereinbarung, wie von der Auftraggeberseite ausgeschrieben, vorliegt, die (scil: Rahmenvereinbarung) Voraussetzung für eine positive Feststellung gemäß § 334 Abs 3 Z 5 BVergG ist. 3.2.7. Mangels im Anlasssachverhalt vorangehender Auswahlentscheidung samt damit gemäß Paragraph 154, Absatz 4, BVerG sonst ex lege ausgelöster entsprechender Stillhaltefrist war im hier zu entscheidenden Anlasssachverhalt gegenständlich davon auszugehen, dass bislang keine gültige Rahmenvereinbarung, wie von der

Auftraggeberseite ausgeschrieben, vorliegt, die (scil: Rahmenvereinbarung) Voraussetzung für eine positive Feststellung gemäß Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG ist.

Insoweit war mangels im Anlasssachverhalt existenter Rahmenvereinbarung das hier erledigte Feststellungsbegehren zurückzuweisen.

3.2.7.1. Entgegen der mitunter vorgetragenen Auffassung der AG ersetzt dabei die Mitteilung bzw Bekanntmachung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung nicht das iSd effektiven Primärrechtsschutzes erforderliche Prozedere zur Gewährleistung von effektivem Primärrechtsschutz gemäß § 154 Abs 3 und Abs 4 BVergG. 3.2.7.1. Entgegen der mitunter vorgetragenen Auffassung der AG ersetzt dabei die Mitteilung bzw Bekanntmachung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung nicht das iSd effektiven Primärrechtsschutzes erforderliche Prozedere zur Gewährleistung von effektivem Primärrechtsschutz gemäß Paragraph 154, Absatz 3 und Absatz 4, BVergG.

3.2.7.2. Entgegen dem Standpunkt des mit OZ 77 vorgelegten Gutachtens ist nach hier vertretener Auffassung entsprechend den Wertungen aus EuGH Rs C-81/98 davon auszugehen, dass dann, wenn keine bestimmte Konkurrentennamen enthaltende Auswahlentscheidung samt entsprechender Stillhaltefrist versandt wird, auch keine gültige Rahmenvereinbarung zustande kommen kann,

zumal sich der noch nicht mit einer Auswahlentscheidung samt entsprechender Stillhaltefrist Anerklärte, wie hier die ASt, ja noch immer in der Situation befindet, in der sie eben noch nicht weiß, mit welchen Konkurrenten sie sich künftig - mitunter ohne Primärrechtsschutz gemäß § 155 Abs 4 Z 1 BVergG - im Vergabewettbewerb auf "Abrufsebene" befindet. zumal sich der noch nicht mit einer Auswahlentscheidung samt entsprechender Stillhaltefrist Anerklärte, wie hier die ASt, ja noch immer in der Situation befindet, in der sie eben noch nicht weiß, mit welchen Konkurrenten sie sich künftig - mitunter ohne Primärrechtsschutz gemäß Paragraph 155, Absatz 4, Ziffer eins, BVergG - im Vergabewettbewerb auf "Abrufsebene" befindet.

Gerade dieser Primärrechtsschutz soll aber nach EuGH Rs C-81/98 iVm Art 1 Abs 1 RL 89/665/EWG idgF vor einem Vertragsabschluss und damit auch Rahmenvereinbarungsabschluss effektiv gewährleistet sein, zumal § 2 Z 50 BVergG den Zuschlag als klassischen Vertragsabschluss iSd §§ 861ff ABGB darstellt; und der Rahmenvereinbarungsabschluss iSv EuGH Rs C-274/21 eben auch der Vertragsabschluss ist. Gerade dieser Primärrechtsschutz soll aber nach EuGH Rs C-81/98 in Verbindung mit Artikel eins, Absatz eins, RL 89/665/EWG idgF vor einem Vertragsabschluss und damit auch Rahmenvereinbarungsabschluss effektiv gewährleistet sein, zumal Paragraph 2, Ziffer 50, BVergG den Zuschlag als klassischen Vertragsabschluss iSd Paragraphen 861 f, ABGB darstellt; und der Rahmenvereinbarungsabschluss iSv EuGH Rs C-274/21 eben auch der Vertragsabschluss ist.

3.2.8. Bei diesem Verfahrensstand konnte gemäß § 39 AVG dahinstehen, ob allenfalls auch gemäß § 354 Abs 4 BVergG oder auch deshalb zurückzuweisen wäre, weil die ASt selbst auch "Abrufe aus der Rahmenvereinbarung" zu ihren Gunsten akzeptiert hat und damit nicht mehr schutzwürdig iSv VwGH 2005/04/0200 sein könnte, insofern die ASt dann dennoch "Abrufe" bei Konkurrenten bekämpfen möchte, anstelle zuvor die AG zB auch auf die gehörige Fortsetzung des Vergabeverfahrens, ua mit entsprechenden Schritten gemäß § 353 Abs 2 BVergG zur Bewirkung einer noch nicht erfolgten Auswahl- bzw Widerrufsentscheidung zu drängen. 3.2.8. Bei diesem Verfahrensstand konnte gemäß Paragraph 39, AVG dahinstehen, ob allenfalls auch gemäß Paragraph 354, Absatz 4, BVergG oder auch deshalb zurückzuweisen wäre, weil die ASt selbst auch "Abrufe aus der Rahmenvereinbarung" zu ihren Gunsten akzeptiert hat und damit nicht mehr schutzwürdig iSv VwGH 2005/04/0200 sein könnte, insofern die ASt dann dennoch "Abrufe" bei Konkurrenten bekämpfen möchte, anstelle zuvor die AG zB auch auf die gehörige Fortsetzung des Vergabeverfahrens, ua mit entsprechenden Schritten gemäß Paragraph 353, Absatz 2, BVergG zur Bewirkung einer noch nicht erfolgten Auswahl- bzw Widerrufsentscheidung zu drängen.

[...]

2.6. Mit insb auch der ASt wurde insb im Punkte deren Schutzwürdigkeit erörtert, inwieweit die ASt selbst auf Basis der nichtigen Rahmenvereinbarung "Abrufe von Auftraggeber- (innen-) n" dieser Rahmenvereinbarung akzeptiert und dadurch Eigentumsatz generiert hat bzw insoweit umsatzabhängige Zahlungen rücksichtlich solcher "Abrufe" aus dem Titel der Rahmenvereinbarung an die BBG geleistet hat:

2.6.1. Nach diesbezüglicher Thematisierung jedenfalls auch im Verhandlungstermin am 09.05.2023 erfolgte mit Schreiben des BVwG OZ 100 des Gerichtsakts folgender Vorhalt:

[...]

Vorgehalten wird wie folgt:

Die Auftraggeberseite teilte der Antragstellerin am 30.03.2021 mit, dass mit der Antragstellerin die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wurde.

Zuvor wurde keine Auswahlentscheidung im Vergabeverfahren verschickt, mit welchen 76 UnternehmerInnen die Rahmenvereinbarung BBG GZ XXXX abgeschlossen werden soll, wobei das Gesetz in den § 154 Abs 3 und Abs 4 sowie in § 155 Abs 4 BVergG immer auf eine einzige Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern im Sinne eines mehrseitigen Rechtsgeschäfts abstellen dürfte. Zuvor wurde keine Auswahlentscheidung im Vergabeverfahren verschickt, mit welchen 76 UnternehmerInnen die Rahmenvereinbarung BBG GZ römisch 40 abgeschlossen werden soll, wobei das Gesetz in den Paragraph 154, Absatz 3 und Absatz 4, sowie in Paragraph 155, Absatz 4, BVergG immer auf eine einzige Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern im Sinne eines mehrseitigen Rechtsgeschäfts abstellen dürfte.

Die Antragstellerin hat einerseits bislang keine Schritte gemäß § 353 Abs 2 BVergG gesetzt, um einen vergaberechtskonformen Rahmenvereinbarungsabschluss oder einen Widerruf der Rahmenvereinbarungsvergabe zu bewirken. Die Ausschreibung blieb nachprüfungsrechtlich unbekämpft. Der "Rahmenvereinbarungsabschluss mit 76 UnternehmerInnen" inkl der Antragstellerin wurde auftraggeberseitig am 20.05.2021 bekannt gemacht. Die Antragstellerin hat einerseits bislang keine Schritte gemäß Paragraph 353, Absatz 2, BVergG gesetzt, um einen vergaberechtskonformen Rahmenvereinbarungsabschluss oder einen Widerruf der Rahmenvereinbarungsvergabe zu bewirken. Die Ausschreibung blieb nachprüfungsrechtlich unbekämpft. Der "Rahmenvereinbarungsabschluss mit 76 UnternehmerInnen" inkl der Antragstellerin wurde auftraggeberseitig am 20.05.2021 bekannt gemacht.

Die Antragstellerin hat gemäß den eigenen Verhandlungsabgaben am 09.05.2023 selbst auf Basis der - gemäß den bisherigen Teilerledigungsbeschlüssen des BVwG - absolut nichtigen Rahmenvereinbarung "Leistungsabrufe" bei sich akzeptiert und historisch dann gleichfalls eigene Lieferungen auf Basis der entsprechend den bisherigen Teilerledigungen des BVwG noch nicht wirksam zustande gekommenen Rahmenvereinbarung zu BBG - GZ XXXX durchgeführt. Die Antragstellerin hat gemäß den eigenen Verhandlungsabgaben am 09.05.2023 selbst auf Basis der - gemäß den bisherigen Teilerledigungsbeschlüssen des BVwG - absolut nichtigen Rahmenvereinbarung "Leistungsabrufe" bei sich akzeptiert und historisch dann gleichfalls eigene Lieferungen auf Basis der entsprechend den bisherigen Teilerledigungen des BVwG noch nicht wirksam zustande gekommenen Rahmenvereinbarung zu BBG - GZ römisch 40 durchgeführt.

Unter Hinweis auf die Rdnr 62 der Schlussanträge des Generalanwalts in der Rs des EuGH zu C- 249/01 und der Rezeption dieser Ausführungen durch zB VwGH ZI 2005/04/0200 wird der Antragstellerin nunmehr iSv VwGH 2007/04/0012 vorgehalten, dass ihre - bislang teilweise unerledigten - Feststellungsanträge zu W131 2244508-1 und W131 2247310-1 im unerledigten Bereich mangels Schadens und damit mangels Antragslegitimation iSd Art 1 der RL 89/665/EWG idgF allenfalls zurückzuweisen sein könnten, weil denkmöglich die Auffassung zu vertreten sein könnte, dass die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabegeschehen durch ihr eigenes Verhalten selbst gegen Bestimmungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge verstoßen haben könnte und der Antragstellerin daher - iSd Ausführungen in der Rdnr 62 der Schlussanträge in der Rs 249/01 - kein Schaden entstanden sein könnte, wenn dann andere Unternehmer:innen in gleichartiger Akzeptanz des Vorgehens der Auftraggeberseite die mit den beiden Feststellungsanträgen bekämpften "Abrufe" akzeptiert haben. Unter Hinweis auf die Rdnr 62 der Schlussanträge des Generalanwalts in der Rs des EuGH zu C- 249/01 und der Rezeption dieser Ausführungen durch zB VwGH ZI 2005/04/0200 wird der Antragstellerin nunmehr iSv VwGH 2007/04/0012 vorgehalten, dass ihre - bislang teilweise unerledigten - Feststellungsanträge zu W131 2244508-1 und W131 2247310-1 im unerledigten Bereich mangels Schadens und damit mangels Antragslegitimation iSd Artikel eins, der RL 89/665/EWG idgF allenfalls zurückzuweisen sein könnten, weil denkmöglich die Auffassung zu vertreten sein könnte, dass die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabegeschehen durch ihr eigenes Verhalten selbst gegen Bestimmungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge verstoßen haben könnte und der Antragstellerin daher - iSd Ausführungen in der Rdnr 62 der Schlussanträge in der Rs 249/01 - kein Schaden entstanden sein könnte, wenn dann andere Unternehmer:innen in gleichartiger Akzeptanz des Vorgehens der Auftraggeberseite die mit den beiden Feststellungsanträgen bekämpften "Abrufe" akzeptiert haben.

Der Antragstellerin wird hiermit die Möglichkeit eingeräumt, den vorstehenden denkmöglichen Lösungsansatz iSv

EuGH Rs 249/01 binnen 10 Tagen iSd Diktion des EuGH "anzuzweifeln", maW allenfalls entsprechende Gegenargumente gegen diese (denkmögliche) Auffassung (allenfalls nochmals) vorzubringen, bzw allenfalls auch nur auf das bisherige Vorbringen zu verweisen.

[...]

2.6.2. Die ASt reagierte auf diesen Vorhalt mit der Eingabe OZ 104 des Gerichtsakts insb wie folgt:

[...]

1. Der in der Note des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25. August 2023 dargelegte Vorhalt ist zunächst bereits deshalb nicht nachvollziehbar, weil die Antragstellerin keine vergaberechtswidrigen Angebote gelegt hat und ihr auch keine sonstige rechtswidrige Vorgangsweise anzulasten ist. Vielmehr hat die Antragstellerin nach rechtskonformer Angebotslegung mit ihren unerledigten Feststellungsanträgen die Feststellung der Rechtswidrigkeit von konkreten einzelnen Abrufen/Auftragsvergaben beantragt, weil nur sie im betreffenden Zeitraum bei rechtskonformer Vorgangsweise der Auftraggeberinnen für eine Auftragsvergabe infrage gekommen wäre. Die Antragstellerin ist schutzwürdig, da sie auf der Grundlage bestandskräftiger Ausschreibungsunterlagen ein rechtskonformes Angebot gelegt hat, das sämtliche Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen erfüllt.

2. Das Bundesverwaltungsgericht geht als Prämisse von einer absolut nichtigen Rahmenvereinbarung aus. Aufgrund dieser Prämisse sind jedoch die von der Antragstellerin bekämpften Abrufe infolge einer nichtigen Rahmenvereinbarung auch isoliert zu betrachten. Das Verhalten der Antragstellerin bei anderen Auftragsvergaben/Abrufen muss daher unter dieser Prämisse auch irrelevant für die Frage der Antragslegitimation zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der hier ausschließlich bekämpften beiden Auftragsvergaben bleiben und kann daraus keinesfalls abgeleitet werden, dass der Antragstellerin aufgrund der hier konkret bekämpften Auftragsvergaben an die Zuschlagsempfänger kein Schaden entstanden ist. Darüber hinaus ist zu betonen, dass die Rechtskonformität der Rahmenvereinbarung erst nach diesen beiden Auftragsvergaben in Frage gestellt wurde und dieser Umstand bereits aus zeitlicher Sicht nicht für die Beurteilung des aufgrund der Auftragsvergabe an Konkurrenten entstandenen Schadens von Bedeutung sein kann.

3. Die Antragstellerin bestreitet jedoch auch, dass sie im Zuge von Abrufen durch einzelne Parteien der (vermeintlich abgeschlossenen) verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung rechtswidrig gehandelt hat bzw. sich durch Erfüllung dieser Aufträge an einer rechtswidrigen Vorgangsweise der jeweiligen Auftraggeber beteiligt hätte. Auch unter der Prämisse einer absolut nichtigen Rahmenvereinbarung waren die jeweiligen Auftragsvergaben jeweils vergaberechtskonform. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass diese Auftragsvergaben im relevanten Zeitraum ab dem Abschluss der Rahmenvereinbarung Ende März 2021 bis Juli 2022 nahezu ausschließlich unter dem Schwellenwert für zulässige Direktvergaben von EUR 100.000,- lagen. Darüber hinaus lagen bei den einzelnen höhervolumigen Auftragsvergaben ausschließlich durch Landes-Krankenanstaltenträger (sic!) jeweils zwingende, dringliche Gründe vor, welche eine unmittelbare Auftragsvergabe an die Antragstellerin jeweils rechtfertigten. In diesem Zusammenhang soll auch nicht unerwähnt bleiben, dass sämtliche dieser Auftragsvergaben durch Landes-Auftraggeber erfolgten und das Bundesverwaltungsgericht in diesem Zusammenhang auch nicht für eine Beurteilung der Rechtskonformität dieser Auftragsvergaben zuständig ist (vgl Art 14b B-VG). 3. Die Antragstellerin bestreitet jedoch auch, dass sie im Zuge von Abrufen durch einzelne Parteien der (vermeintlich abgeschlossenen) verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung rechtswidrig gehandelt hat bzw. sich durch Erfüllung dieser Aufträge an einer rechtswidrigen Vorgangsweise der jeweiligen Auftraggeber beteiligt hätte. Auch unter der Prämisse einer absolut nichtigen Rahmenvereinbarung waren die jeweiligen Auftragsvergaben jeweils vergaberechtskonform. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass diese Auftragsvergaben im relevanten Zeitraum ab dem Abschluss der Rahmenvereinbarung Ende März 2021 bis Juli 2022 nahezu ausschließlich unter dem Schwellenwert für zulässige Direktvergaben von EUR 100.000,- lagen. Darüber hinaus lagen bei den einzelnen höhervolumigen Auftragsvergaben ausschließlich durch Landes-Krankenanstaltenträger (sic!) jeweils zwingende, dringliche Gründe vor, welche eine unmittelbare Auftragsvergabe an die Antragstellerin jeweils rechtfertigten. In diesem Zusammenhang soll auch nicht unerwähnt bleiben, dass sämtliche dieser Auftragsvergaben durch Landes-Auftraggeber erfolgten und das Bundesverwaltungsgericht in diesem Zusammenhang auch nicht für eine Beurteilung der Rechtskonformität dieser Auftragsvergaben zuständig ist vergleiche Artikel 14 b, B-VG).

4. Der Umstand, dass die Antragstellerin „Leistungsabrufe bei sich akzeptiert und historisch dann gleichfalls eigene

Lieferungen durchgeführt hat“, ist daher nicht geeignet, einen mangelnden Schaden und damit die mangelnde Antragslegitimation der Antragstellerin zur Feststellung der konkret hier bekämpften Auftragsvergaben zu begründen. Die Erfüllung der einzelnen Aufträge durch (aus-schließlich!) Landes-Auftraggeber erfolgte daher auf Basis von rechtskonform abgeschlossenen Leistungsverträgen, nicht jedoch (wie aus dem Vorhalt des Bundesverwaltungsgerichtes abgeleitet werden könnte) auf Basis der entsprechend den bisherigen Teilentscheidungen des BVwG noch nicht wirksam zustande gekommenen Rahmenvereinbarung zu BBG-GZ XXXX . Der Antragstellerin kann auch nicht vorgehalten werden, dass sie bislang keine Schritte gemäß § 353 Abs. 2 BVergG gesetzt hat, da sie keine Verpflichtung zu so einem Schritt trifft (insbesondere auch nicht seit den Teilentscheidungen des BVwG erst im August 2023) und ein solcher Schritt auch keine Auswirkungen auf die bereits längst abgeschlossenen und durch sie erfüllten einzelnen Aufträge hätte.⁴ Der Umstand, dass die Antragstellerin „Leistungsabrufe bei sich akzeptiert und historisch dann gleichfalls eigene Lieferungen durchgeführt hat“, ist daher nicht geeignet, einen mangelnden Schaden und damit die mangelnde Antragslegitimation der Antragstellerin zur Feststellung der konkret hier bekämpften Auftragsvergaben zu begründen. Die Erfüllung der einzelnen Aufträge durch (aus-schließlich!) Landes-Auftraggeber erfolgte daher auf Basis von rechtskonform abgeschlossenen Leistungsverträgen, nicht jedoch (wie aus dem Vorhalt des Bundesverwaltungsgerichtes abgeleitet werden könnte) auf Basis der entsprechend den bisherigen Teilentscheidungen des BVwG noch nicht wirksam zustande gekommenen Rahmenvereinbarung zu BBG-GZ römisch 40 . Der Antragstellerin kann auch nicht vorgehalten werden, dass sie bislang keine Schritte gemäß Paragraph 353, Absatz 2, BVergG gesetzt hat, da sie keine Verpflichtung zu so einem Schritt trifft (insbesondere auch nicht seit den Teilentscheidungen des BVwG erst im August 2023) und ein solcher Schritt auch keine Auswirkungen auf die bereits längst abgeschlossenen und durch sie erfüllten einzelnen Aufträge hätte.

5. In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt die Rechtswidrigkeit der Rahmenvereinbarung geltend gemacht hat und auch im Zuge der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen (und auch nach der Angebotsangabe) keine Möglichkeit gehabt hätte, die in weiterer Folge unterlassene Bekanntgabe der Auswahlentscheidung in einem Nachprüfungsverfahren zu bekämpfen. In den Ausschreibungsunterlagen findet sich insbesondere keine Festlegung der Auftraggeberinnen, wonach diese in weiterer Folge von einer Bekanntgabe der Auswahlentscheidung absehen würden, die angefochten bzw. bestandskräftig hätte werden können.

6. Hierzu ist auch in zeitlicher Hinsicht festzuhalten, dass die (vom Gericht nunmehr vertretene) absolute Nichtigkeit der Rahmenvereinbarung erst durch die verfahrensgegenständlichen Teilerledigungen vom August 2023 (!) mit hinreichender Deutlichkeit für die Antragstellerin erkennbar war und daraus selbst keine Schlussfolgerungen auf die in den Jahren zuvor gebotene Vorgangsweise bei der Beauftragung von zahlreichen Einzelaufträgen nun nachträglich abgeleitet werden können. Weil die Rechtskonformität der Rahmenvereinbarung erst nach diesen beiden Auftragsvergaben, und damit erst nach Eintritt eines Schadens in Frage gestellt wurde, kann dieser Umstand bereits aus zeitlicher Sicht nicht für die Beurteilung des aufgrund der Auftragsvergabe an Konkurrenten entstandenen Schadens von Bedeutung sein. Eine absolute Nichtigkeit der Rahmenvereinbarung selbst kann der Antragstellerin daher nicht als Rechtsverstoß angelastet werden. Eine solche Beurteilung würde den gebotenen effektiven Rechtsschutz der Antragstellerin massiv beschneiden und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechtsbehelfe zur Überprüfung der hier ausschließlich bekämpften beiden Auftragsvergaben im April 2021 praktisch unmöglich machen bzw. übermäßig erschweren (vgl. ständige Rechtsprechung des EuGH).⁶ Hierzu ist auch in zeitlicher Hinsicht festzuhalten, dass die (vom Gericht nunmehr vertretene) absolute Nichtigkeit der Rahmenvereinbarung erst durch die verfahrensgegenständlichen Teilerledigungen vom August 2023 (!) mit hinreichender Deutlichkeit für die Antragstellerin erkennbar war und daraus selbst keine Schlussfolgerungen auf die in den Jahren zuvor gebotene Vorgangsweise bei der Beauftragung von zahlreichen Einzelaufträgen nun nachträglich abgeleitet werden können. Weil die Rechtskonformität der Rahmenvereinbarung erst nach diesen beiden Auftragsvergaben, und damit erst nach Eintritt eines Schadens in Frage gestellt wurde, kann dieser Umstand bereits aus zeitlicher Sicht nicht für die Beurteilung des aufgrund der Auftragsvergabe an Konkurrenten entstandenen Schadens von Bedeutung sein. Eine absolute Nichtigkeit der Rahmenvereinbarung selbst kann der Antragstellerin daher nicht als Rechtsverstoß angelastet werden. Eine solche Beurteilung würde den gebotenen effektiven Rechtsschutz der Antragstellerin massiv beschneiden und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechtsbehelfe zur Überprüfung der hier ausschließlich bekämpften beiden Auftragsvergaben im April 2021 praktisch unmöglich machen bzw. übermäßig erschweren (vgl. ständige Rechtsprechung des EuGH).

7. Der nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes denkmögliche Vorhalt, dass die Antragstellerin durch ihr eigenes Verhalten selbst gegen Bestimmungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge verstoßen haben könnte erweist sich daher als haltlos, weil die Antragstellerin selbst unter der Prämisse einer absolut nichtigen Rahmenvereinbarung stets jeweils auf Basis vergaberechtkonformer Angebote Aufträge erhalten hat und ihr kein rechtswidriges Verhalten gegen die Bestimmungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge angelastet werden kann (schon gar nicht pauschal). Vielmehr ist der Antragstellerin aufgrund der hier bekämpften zwei isoliert zu betrachtenden Auftragsvergabe(n) konkret jeweils dadurch ein Schaden entstanden, weil nur sie im Zeitpunkt der jeweiligen Auftragserteilung bei rechtskonformer Vorgangsweise von den Auftraggebern berücksichtigt hätte werden müssen. Ausschließlich dadurch ist der Antragstellerin – jeweils ungeachtet der Frage einer absoluten Nichtigkeit der Rahmenvereinbarung – ein Schaden entstanden, der auch nicht durch ein Verhalten der Antragstellerin bei anderen Auftragsvergaben durch andere (Landes-)Auftraggeber nachträglich wegfallen kann. In diesem Zusammenhang ist in Erinnerung zu rufen, dass die Antragstellerin im Zeitpunkt dieser Abrufe als einziges Unternehmen (vgl. § 36 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018) über eine hinreichende Zertifizierung verfügte und daher auch aus diesem Grund ungeachtet der Rechtswirksamkeit der Rahmenvereinbarung für eine Zuschlagserteilung bei rechtskonformer Vorgangsweise infrage gekommen wäre.

[...]

2.6.3. Das BVwG verfasste danach mit der OZ 107 des Gerichtsakts folgendes Schreiben an die Verfahrensparteien:

[...]

1. Das BVwG übermittelt die im Verfahrensgeschehen zuletzt von der Antragstellerin = ASt erstattete Vorhaltsbeantwortung.

2. Das BVwG fordert die Auftraggeberseite, die nach den notorisch üblichen "Rahmenvereinbarungsbedingungen" ja regelmäßig über alle "Abrufssachverhalte" aus einer von ihr als abgeschlossen behandelten Rahmenvereinbarung weiß, auf, bis 12.09.2023, 14.00 Uhr mitzuteilen, welche sämtlichen "Abrufe aus der Rahmenvereinbarung" zu Gunsten der Antragstellerin iZm der BBG - GZ XXXX bis heute erfolgt sind. Insoweit möge die bei der Auftraggeberseite vorhandenen Dokumente, zB auch betreffend promillemäßige Servicegebühren der BBG für einzelne Abrufe, vorgelegt werden, damit der "Auftraggeber" und der Auftragswert der einzelnen "Abrufe" ersehen werden kann.

2. Das BVwG fordert die Auftraggeberseite, die nach den notorisch üblichen "Rahmenvereinbarungsbedingungen" ja regelmäßig über alle "Abrufssachverhalte" aus einer von ihr als abgeschlossen behandelten Rahmenvereinbarung weiß, auf, bis 12.09.2023, 14.00 Uhr mitzuteilen, welche sämtlichen "Abrufe aus der Rahmenvereinbarung" zu Gunsten der Antragstellerin iZm der BBG - GZ römisch 40 bis heute erfolgt sind. Insoweit möge die bei der Auftraggeberseite vorhandenen Dokumente, zB auch betreffend promillemäßige Servicegebühren der BBG für einzelne Abrufe, vorgelegt werden, damit der "Auftraggeber" und der Auftragswert der einzelnen "Abrufe" ersehen werden kann.

2.1. IdZ wird vorerst auf das nunmehrige Vorbringen der ASt in ihrer Eingabe vom 04.09.2023 hingewiesen, das lautet:

[...] Die Antragstellerin bestreitet jedoch auch, dass sie im Zuge von Abrufen durch einzelne Parteien der (vermeintlich abgeschlossenen) verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung rechtswidrig gehandelt hat bzw sich durch

Erfüllung dieser Aufträge an einer rechtswidrigen Vorgangsweise der jeweiligen Auftraggeber beteiligt hätte. Auch unter der Prämisse einer absolut nichtigen Rahmenvereinbarung waren die jeweiligen Auftragsvergaben jeweils vergaberechtskonform. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass diese Auftragsvergaben im relevanten Zeitraum ab dem Abschluss der Rahmenvereinbarung Ende März 2021 bis Juli 2022 nahezu ausschließlich unter dem Schwellenwert für zulässige Direktvergaben von EUR 100.000,- lagen. Darüber hinaus lagen bei den einzelnen höhervolumigen Auftragsvergaben ausschließlich durch Landes-Krankenanstaltenträger (sic!) jeweils zwingende, dringliche Gründe vor, welche eine unmittelbare Auftragsvergabe an die Antragstellerin jeweils rechtfertigten. In diesem Zusammenhang soll auch nicht unerwähnt bleiben, dass sämtliche dieser Auftragsvergaben durch Landes-Auftraggeber erfolgten und das Bundesverwaltungsgericht in diesem Zusammenhang auch nicht für eine Beurteilung der Rechtskonformität dieser Auftragsvergaben zuständig ist (vgl. Art 14b B-VG). [...] Die Antragstellerin bestreitet jedoch auch, dass sie im Zuge von Abrufen durch einzelne Parteien der (vermeintlich abgeschlossenen) verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung rechtswidrig gehandelt hat bzw sich durch Erfüllung dieser Aufträge an einer rechtswidrigen Vorgangsweise der jeweiligen Auftraggeber beteiligt hätte. Auch unter der Prämisse einer absolut nichtigen Rahmenvereinbarung waren die jeweiligen Auftragsvergaben jeweils vergaberechtskonform. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass diese Auftragsvergaben im relevanten Zeitraum ab dem Abschluss der Rahmenvereinbarung Ende März 2021 bis Juli 2022 nahezu ausschließlich unter dem Schwellenwert für zulässige Direktvergaben von EUR 100.000,- lagen. Darüber hinaus lagen bei den einzelnen höhervolumigen Auftragsvergaben ausschließlich durch Landes-Krankenanstaltenträger (sic!) jeweils zwingende, dringliche Gründe vor, welche eine unmittelbare Auftragsvergabe an die Antragstellerin jeweils rechtfertigten. In diesem Zusammenhang soll auch nicht unerwähnt bleiben, dass sämtliche dieser Auftragsvergaben durch Landes-Auftraggeber erfolgten und das Bundesverwaltungsgericht in diesem Zusammenhang auch nicht für eine Beurteilung der Rechtskonformität dieser Auftragsvergaben zuständig ist vergleiche Artikel 14 b, B-VG). [...]

2.2. Und weiters auf Punkt 6.5. der KOMMERZIELLEN AUSSCHREIBUNGSBEDINGUNGEN, der lautet:

[...]

Die vom Auftragnehmer für die Unterstützungsleistungen der BBG zu zahlende Servicegebühr wird auf Basis des vom Auftragnehmer an den Auftraggeber zu verrechnenden Preises exkl. USt, einschließlich aller Auf- und Abschläge, berechnet. Die Servicegebühr beträgt 0,4%.

[...]

3. Das BVwG hängt diesem Schreiben aus den Vergabeunterlagen die "Bekanntmachung vergebener Aufträge" vom 31.03.2021 an.

4. Klarstellend festgehalten wird, dass nach dem anwendbaren Verfahrensrecht dz jedermann auch ohne konkrete Fristsetzung durch das BVwG bis zur Entscheidung des BVwG Vorbringen erstatten kann, von einer nunmehrigen weitergehenden Aufforderung zu einer Replik auf die Vorhaltsbeantwortung wird daher ausdrücklich abgesehen. Es gilt § 39 AVG. [...] 4. Klarstellend festgehalten wird, dass nach dem anwendbaren Verfahrensrecht dz jedermann auch ohne konkrete Fristsetzung durch das BVwG bis zur Entscheidung des BVwG Vorbringen erstatten kann, von einer nunmehrigen weitergehenden Aufforderung zu einer Replik auf die Vorhaltsbeantwortung wird daher ausdrücklich abgesehen. Es gilt Paragraph 39, AVG. [...]

2.6.4. Die Finanzprokuratur brachte daraufhin mit der Eingabe OZ 109 namens der Auftraggeberseite insb auch wie folgt vor:

[...]

II. Keine Schutzwürdigkeit der Antragstellerin römisch zwei. Keine Schutzwürdigkeit der Antragstellerin

Die Antragstellerin hat zudem selbst auch Abrufe aus der Rahmenvereinbarung zu ihren Gunsten akzeptiert und ist damit nicht mehr als schutzwürdig im Sinne der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu qualifizieren.

Eine Aufstellung der auf Grundlage der gegenständlichen Rahmenvereinbarung vergebenen Aufträge ist dieser Stellungnahme angeschlossen (Beilage ./2).

Alle Aufträge wurden über das elektronische Katalogsystem der BBG (e-Shop) erteilt und bezogen sich demnach klar auf die Rahmenvereinbarung.

Die (farblich hervorgehobenen) Abrufe der [...] erreichen daher insgesamt einen Wert von knapp [...] Millionen Euro und liegen auch jeder für sich betrachtet deutlich über dem unionsvergaberechtlichen Schwellenwert.

Beweis: [...]

3 Vgl. zu dieser Voraussetzung BVA 01.06.2011, F/0003-BVA/14/2011-45. In diesem Zusammenhang ist abermals darauf hinzuweisen, dass nach den präkludierten Ausschreibungsunterlagen eine Vielzahl an Bietern die erforderliche Eignung aufwiesen und ausschreibungskonforme Produkte angeboten haben.

Die Servicegebühr gemäß der kommerziellen Ausschreibungsbedingungen wird von der BBG dem jeweiligen Auftragnehmer immer erst nach Ausführung und Abrechnung der jeweiligen Bestellung gesammelt verrechnet. Die Aufstellung der Rechnungsdaten, die der Abrechnung der Servicegebühr zugrunde liegt, ist in Beilage ./9 ersichtlich. Die oben angeführten Groß-Bestellungen der [... Ast ...] wurden darin farbig markiert. Enthalten sind diese daher in den Quartalrechnungen Q2/2021 und Q3/2021.

Beweis: Rechnungskopie_2021Q2.pdf (Beilage ./10)

Rechnungskopie_2021Q3.pdf (Beilage ./11)

Nachdem die Beilagen und auch die gegenständliche Stellungnahme Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse enthalten, sind diese Informationen für die mitbeteiligten Parteien

[...]

Es handelt sich folglich keineswegs stets um „Direktvergaben“, sondern teilweise um sehr umfangreiche Aufträge im Oberschwellenbereich, welche gerade aufgrund der Rahmenvereinbarung bei der Antragstellerin getätigt wurden.

Dass dem BVwG für Landes-Auftraggeber keine Zuständigkeit zukommt, ist völlig irrelevant, entscheidend ist nur dass die Antragstellerin hierbei Aufträge in Höhe des mehr als [...] fachen Werts (!) des Oberschwellenwerts [...] als Abruf aus der Rahmenvereinbarung akzeptiert hat und daher jedenfalls keinerlei Schutzwürdigkeit im Hinblick auf andere Abrufe aus der Rahmenvereinbarung aufweist.

Die Antragstellerin hat Abrufe aus der Rahmenvereinbarung – von der sie im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren seit beinahe einem Jahr selbst behauptet, dass sie nicht rechtswirksam zustande gekommen sei und deren „Nichtzustandekommen“ ihr im Zeitpunkt der oben dargestellten Abrufe daher ebenfalls schon bewusst war oder zumindest hätte sein können – stets stillschweigend akzeptiert. Soweit der Antragstellerin (nach Ansicht des BVwG rechtswidriger Weise) keine Auswahlentscheidung übermittelt wurde, kann ihr [...] daher kein Schaden erwachsen sein, wenn sie diese Vorgehensweise der Antragsgegnerinnen bislang nicht geltend gemacht hat. Sie kann sich im Sinne der Rechtsprechung des EuGH nicht darauf berufen, dass anderen Bietern ein Rechtsverstoß zugutekommt, weil sie denselben Umstand auch in ihrem Fall gegen sich gelten gelassen hat und auf diese Weise Abrufe von der Antragstellerin erfolgt sind.

[...]

2.6.5. Das BVwG hielt dieses Vorbringen gemäß OZ 109 der Ast mit der OZ 110 insb wie folgt vor:

[...]

1. Das BVwG übermittelt der Zweitadressatin die heutige Eingabe der Auftraggeberseite samt Schriftsatzbeilagen und stellt dazu eine Stellungnahme zu den darin vorgebrachten Tatsachen bis 19.09.2023, 12.00 Uhr frei.

Das BVwG fordert idZ die Antragstellerin auf, bis zu diesem Zeitpunkt jedenfalls mitzuteilen, inwieweit das Tatsachenvorbringen der Auftraggeberseite bestritten wird.

2. Dieses Schreiben dient für die Auftraggeberseite zur Kenntnis.

Beilagen für die Antragstellerin: Eingabe der Finanzprokurator, zB OZ 109 aus dem Verfahren W131 2244508-1, samt Beilagen.

[...]

2.6.6. Die Ast reagierte darauf mit der Eingabe OZ 111 insb wie folgt:

[...]

In den umseits bezeichneten zwei Feststellungsverfahren wurde der Antragstellerin die Eingabe der Auftraggeberseite vom 12. September 2023 übermittelt und die Antragstellerin aufgefordert, bis 19. September 2023, 12:00 Uhr eine Stellungnahme zu den darin vorgebrachten Tatsachen zu erstatten. Aufforderungsgemäß erstattet die Antragstellerin daher in beiden Verfahren nachfolgende

ERGÄNZENDE STELLUNGNAHME ZUR ANTRAGSLEGITIMATION:

1. Das von der Auftraggeberseite in der Stellungnahme vom 12. September 2023 vorgebrachte Tatsachenvorbringen wird zur Gänze bestritten.

2. Bestritten wird insbesondere das Vorbringen der Auftraggeberseite, dass die konkrete Auswahlentscheidung selbst zu keinem Zeitpunkt Verfahrensgegenstand gewesen sein soll. Dieses Vorbringen erweist sich in dem zur GZ: W131 2244508-1 geführten 1. Feststellungsverfahren deshalb als unrichtig, weil seitens der Antragstellerin hier auch geltend gemacht wurde, dass die Zuschlagsempfängerin XXXX mangels Befugnis (mangels Berechtigung zum Handel mit Medizinprodukten) gemäß § 21 iVm § 141 Abs 1 Z 11 lit a und c BVergG bereits bei der Auswahlentscheidung nicht berücksichtigt hätte werden dürfen. In dem zur GZ: W131 2247310-1 geführten 2. Feststellungsverfahren erweist sich dieses Vorbringen jedoch auch als unzutreffend, weil die Antragstellerin mit den verfahrenseinleitenden Feststellungsanträgen bereits ausdrücklich das Unterbleiben der (allenfalls gebotenen) Mitteilung der konkreten Auswahlentscheidung geltend gemacht hat. 2. Bestritten wird insbesondere das Vorbringen der Auftraggeberseite, dass die konkrete Auswahlentscheidung selbst zu keinem Zeitpunkt Verfahrensgegenstand gewesen sein soll. Dieses Vorbringen erweist sich in dem zur GZ: W131 2244508-1 geführten 1. Feststellungsverfahren deshalb als unrichtig, weil seitens der Antragstellerin hier auch geltend gemacht wurde, dass die Zuschlagsempfängerin römisch 40 mangels Befugnis (mangels Berechtigung zum Handel mit Medizinprodukten) gemäß Paragraph 21, in Verbindung mit Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 11, Litera a und c BVergG bereits bei der Auswahlentscheidung nicht berücksichtigt hätte werden dürfen. In dem zur GZ: W131 2247310-1 geführten 2. Feststellungsverfahren erweist sich dieses Vorbringen jedoch auch als unzutreffend, weil die Antragstellerin mit den verfahrenseinleitenden Feststellungsanträgen bereits ausdrücklich das Unterbleiben der (allenfalls gebotenen) Mitteilung der konkreten Auswahlentscheidung geltend gemacht hat.

3. Die Auftraggeberseite geht in ihrem Vorbringen vom 12. September 2023 unter Punkt I. unzutreffender Weise davon aus, dass die unterbliebene Mitteilung der Auswahlentscheidung kausal für den behaupteten Schaden der Antragstellerin sein muss, um damit die Antragslegitimation zu begründen. Dies ist unrichtig, weil § 353 Abs 1 BVergG ausdrücklich auf die „behauptete Rechtswidrigkeit“ abstellt und die nunmehr erörterte zusätzliche Rechtswidrigkeit einer unterbliebenen Mitteilung der Auswahlentscheidung eine andernfalls bestehende Antragslegitimation nicht wieder beseitigen kann. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass sich die Auftraggeberseite nicht an die unionsrechtlichen Vorgaben gehalten hat und der Antragstellerin in dieser Hinsicht keine Rechtswidrigkeit vorzuwerfen ist. Diese zusätzliche Rechtswidrigkeit der Auftraggeberinnen im Rahmen der Auftragsvergabe kann daher nicht dazu führen, dass der Antragstellerin der unionsrechtlich gebotene effektive Rechtsschutz genommen wird. Vielmehr ist in rechtlicher Hinsicht die Frage der Antragslegitimation, die lediglich auf die behauptete Rechtswidrigkeit abstellt, von der inhaltlichen rechtlichen Beurteilung, bei der durchaus auch zusätzliche Rechtswidrigkeiten aufgegriffen werden können, zu trennen. 3. Die Auftraggeberseite geht in ihrem Vorbringen vom 12. September 2023 unter Punkt römisch eins. unzutreffender Weise davon aus, dass die unterbliebene Mitteilung der Auswahlentscheidung kausal für den behaupteten Schaden der Antragstellerin sein muss, um damit die Antragslegitimation zu begründen. Dies ist unrichtig, weil Paragraph 353, Absatz eins, BVergG ausdrücklich auf die „behauptete Rechtswidrigkeit“ abstellt und die nunmehr erörterte zusätzliche Rechtswidrigkeit einer unterbliebenen Mitteilung der Auswahlentscheidung eine andernfalls bestehende Antragslegitimation nicht wieder beseitigen kann. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass sich die Auftraggeberseite nicht an die unionsrechtlichen Vorgaben gehalten hat und der Antragstellerin in dieser Hinsicht keine Rechtswidrigkeit vorzuwerfen ist. Diese zusätzliche Rechtswidrigkeit der Auftraggeberinnen im Rahmen der Auftragsvergabe kann daher nicht dazu führen, dass der Antragstellerin der unionsrechtlich gebotene effektive Rechtsschutz genommen wird. Vielmehr ist in rechtlicher Hinsicht die Frage der Antragslegitimation, die lediglich auf die behauptete Rechtswidrigkeit abstellt, von der inhaltlichen rechtlichen Beurteilung, bei der durchaus auch zusätzliche Rechtswidrigkeiten aufgegriffen werden können, zu trennen.

4. Ungeachtet dessen wäre es nach Ansicht der Antragstellerin rechtlich nahezu absurd, aus einer unterbliebenen Mitteilung der Auswahlentscheidung – ebenso wie aus einer unterbliebenen Mitteilung der Zuschlagsentscheidung –

abzuleiten, dass die rechtlich gebotenen Adressaten dieser – für den effektiven Rechtsschutz zentralen – Transparenzverpflichtung die Antragslegitimation verlieren. Ein allfälliger Rechtsverstoß der Auftraggeberseite kann daher nicht den Bietern zum Vorwurf gemacht werden, weil eine solche Sichtweise den unionsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutz massiv beeinträchtigen würde. Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberseite liegt daher sehr wohl die erforderliche Kausalität zwischen dem behaupteten Rechtsverstoß und dem geltend gemachten Schaden vor, weil bei rechtskonformer Vorgangsweise im Zeitraum der angefochtenen Abrufe/Auftragserteilungen ausschließlich die Antragstellerin für eine Zuschlagserteilung in Betracht zu ziehen gewesen wäre.

5. Die Antragstellerin bestreitet insbesondere, dass sie selbst auf Grundlage der gegenständlichen Rahmenvereinbarung rechtswidriger Weise Aufträge von der [...] erhalten hätte. Auch bei diesen Auftragsvergaben war die Antragstellerin das einzige Unternehmen am Markt, welches bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung der unionsrechtlichen Vorgaben für die Abgabe von Medizinprodukten für den Abruf von Antigentests zur Eigenanwendung (aufgrund einer ausreichenden Medizinproduktzulassung für die Eigenanwendung mit einer entsprechenden CE-Kennzeichnung) in Betracht zu ziehen war. Die Auftragsvergaben erwiesen sich daher bereits aus diesem Grund als zulässig. Darüber hinaus lagen bei den einzelnen Auftragsvergaben durch die [...] zusätzlich dringende zwingende Gründe vor, die eine „Notvergabe“ an die Antragstellerin rechtfertigen. Ungeachtet des Auftragswertes erwies sich daher die Vorgangsweise der Auftraggeberin als rechtskonform, umso mehr ist daher auch der Antragstellerin kein Rechtsverstoß bzw auch nicht das Tolerieren eines Rechtsverstoßes der Auftraggeberin [...] bei rein objektiver nachträglicher Betrachtungsweise vorzuwerfen.

6. Der Vorwurf einer stillschweigenden Akzeptanz von Auftragsvergaben auf Basis einer erst nachträglich hervorgekommenen absoluten Nichtigkeit der Rahmenvereinbarung ist auch deshalb befremdlich, weil die hier in Rede stehenden Auftragsvergaben durch die [...] in Q2/2021 und Q3/2021 erfolgten, somit ungefähr ein Jahr vor dem hier richtungsweisenden Urteil des EuGH in der Rs EPIC im Juli 2022. Es darf an dieser Stelle in Erinnerung gerufen werden, dass das Bundesverwaltungsgericht selbst aufgrund vorliegender rechtlicher Zweifel zur gebotenen unionsrechtskonformen Interpretation der Rechtsmittelrichtlinie eine Rechtsfrage zum Umfang der gebotenen Mitteilung der Auswahlentscheidung an den EuGH herangetragen hat. Es wäre daher nach der festen Überzeugung der Antragstellerin völlig überzogen, von ihr zur Aufrechterhaltung ihrer Schutzwürdigkeit zu verlangen, Großaufträge aufgrund eines vermeintlichen Rechtsverstoßes der Erstauftraggeberin (und nicht von der Antragstellerin selbst!) bereits ein Jahr vor der Entscheidung des EuGH (!) in dieser Frage abzulehnen.

7. Insbesondere kann es daher im Zusammenhang mit der Frage der Antragslegitimation zur Bekämpfung von rechtswidrigen einzelnen Auftragsvergaben nicht zum Nachteil der Antragstellerin gereichen, dass sich die Auftraggeberin im Zuge des Abschlusses der Rahmenvereinbarung zwar an § 154 Abs 3 BVergG, aber nicht an die (durch den EuGH erst nachträglich als erforderlich beurteilte) weitergehende Mitteilungsverpflichtung betreffend die Auswahlentscheidung auch an den Kreis der berücksichtigten Bieter gehalten hat. Eine solche überschießende Beurteilung der Anforderungen an die Antragslegitimation wäre in keiner Weise aus dem BVergG oder der Rechtsmittelrichtlinie ableitbar, würde das Risiko von Vergaberechtsverstößen in unbilliger Weise auf die Antragstellerin übertragen und den Auftraggeberinnen mangels einer Rechtsschutzmöglichkeit für Bieter willkürlich erfolgende Abrufe ermöglichen und den unionsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutz der Antragstellerin völlig beschneiden.

7. Insbesondere kann es daher im Zusammenhang mit der Frage der Antragslegitimation zur Bekämpfung von rechtswidrigen einzelnen Auftragsvergaben nicht zum Nachteil der Antragstellerin gereichen, dass sich die Auftraggeberin im Zuge des Abschlusses der Rahmenvereinbarung zwar an Paragraph 154, Absatz 3, BVergG, aber nicht an die (durch den EuGH erst nachträglich als erforderlich beurteilte) weitergehende Mitteilungsverpflichtung betreffend die Auswahlentscheidung auch an den Kreis der berücksichtigten Bieter gehalten hat. Eine solche überschießende Beurteilung der Anforderungen an die Antragslegitimation wäre in keiner Weise aus dem BVergG oder der Rechtsmittelrichtlinie ableitbar, würde das Risiko von Vergaberechtsverstößen in unbilliger Weise auf die Antragstellerin übertragen und den Auftraggeberinnen mangels einer Rechtsschutzmöglichkeit für Bieter willkürlich erfolgende Abrufe ermöglichen und den unionsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutz der Antragstellerin völlig beschneiden.

8. Auch das Vorbringen der Auftraggeberseite auf Seite 5, 1. Absatz wird bestritten, wonach der Antragstellerin durch den Rechtsverstoß einer unterbliebenen Mitteilung der Auswahlentscheidung ein Rechtsverstoß zugutegekommen wäre. Wie bereits dargestellt wurde von der Antragstellerin als behauptete Rechtswidrigkeit nicht (vordergründig) die

unterbliebene Mitteilung der Auswahlentscheidung geltend gemacht, sondern Rechtsverstöße im Zuge der hier konkret angefochtenen beiden Auftragsvergaben vom 14. April 2021 und 15. April 2021, die unter der Annahme einer absolut nichtigen Rahmenvereinbarung isoliert zu beurteilen sind.

9. In diesem Zusammenhang ist anknüpfend an die Stellungnahme vom 4. September 2023 erneut zu betonen, dass unter der Annahme einer absolut nichtigen Rahmenvereinbarung im Zusammenhang mit der Frage der Antragslegitimation sämtliche Abrufe separat zu beurteilen sind. Eine nunmehr –ohne jegliches inhaltliches und rechtliches Substrat behauptete – rechtswidrige Vorgangsweise der Antragstellerin bei anderen Auftragsvergaben durch Landes-Auftraggeber (deren Vorgangsweise ohnehin nicht vom BVwG zu beurteilen ist) kann daher nicht dazu führen, dass die Antragslegitimation für die konkret hier angefochtenen Auftragsvergaben vom 14. und 15. April 2021 abgesprochen wird.

10. Insgesamt ist daher das Vorbringen der Auftraggeberseite vom 12. September 2019 zur Gänze zu bestreiten und kann unter Hinweis auf die in der Stellungnahme vom 4. September 2023 keine Rede davon sein, dass es der Antragstellerin am erforderlichen Schaden aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeit und damit an der erforderlichen Antragslegitimation mangelt. In inhaltlicher Hinsicht wird jedoch der in beiden Verfahren noch offene Feststellungsantrag, dass der Zuschlag „nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“ bereits aufgrund einer – durch die unterlassene Mitteilung der Auswahlentscheidung durch die Auftraggeberinnen zu vertretenden – zusätzlichen Rechtswidrigkeit stattzugeben sein. Eine stattgebende Entscheidung zu diesen Anträgen ist jedoch jeweils umso mehr rechtlich geboten, als die in den beiden Verfahren bekämpften Abrufe – ungeachtet einer absoluten Nichtigkeit der Rahmenvereinbarung – aufgrund der von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (fehlende Eignung und Zuschlagserteilung an die mitbeteiligte Partei mit ausschreibungswidrigen und medizinprodukterechtlich unzureichenden Produkten) eine rechtswidrige Auftragsvergabe entgegen den Angaben in der Ausschreibung darstellen.

[...]

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Über den Verfahrensgang hinaus ist festzustellen:

1.1. Die BBG machte, wie von der ASt vorgetragen, gegenständlich die Vergabe der in der Feststellungseingabe konkretisierten zu vergebenden Rahmenvereinbarung bekannt und verwendete dazu folgende allgemeine Ausschreibungsbedingungen, soweit hier interessierend:

Allgemeine Ausschreibungsbedingungen, Allgemeine Ausschreibungsbedingungen

Offenes Verfahren gem. BVergG 2018

betreffend den Abschluss

der Rahmenvereinbarung:

SARS-CoV2 -(Covid-19)-Antigenschnelltests

Auftraggeber, Auftraggeber

die Republik Österreich (Bund),

die Bundesbeschaffung GmbH,

sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste.

[...]

2 Ziel und Grundlagen des Vergabeverfahrens

2.1 Gegenstand des Verfahrens

3 Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit allen geeigneten Unternehmern

gemäß §§ 31 Abs. 7 und 39 i. V. m. §§ 153 ff BVerG 2018 über die Lieferung von qualitativen immunologischen Antigen-(Schnell-)test inklusive Zubehör zum Nachweis von SARS-CoV-2 (Covid-19) basierend auf dem Nachweis von viralem Protein (SARS-Covid-2-Virus bzw. viralen SARS-CoV-2 Nukleokapsidprotein-Antigenen) in respiratorischen Probenmaterialien und Körperflüssigkeiten im Point-of-Care-Format, als lateral-flow-Teste (qualitativen Nachweis von Stoffen mit Antikörpern) zur unmittelbaren visuellen Auswertung gemäß dem österreichischem Medizinproduktegesetz (MPG) bzw. zu Grunde liegender EU-Rechtsnormen, insbesondere der IVD-RL 98/79/EG bzw. IVD Verordnung 2017/746, jeweils in der geltenden Fassung in ganz Österreich für öffentliche Auftraggeber nach den Bestimmungen gemäß Punkt 2.4. 3 Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit allen geeigneten Unternehmern gemäß Paragraphen 31 A, b, s, 7 und 39 i. römisch fünf. m. Paragraphen 153, ff BVerG 2018 über die Lieferung von qualitativen immunologischen Antigen-(Schnell-)test inklusive Zubehör zum Nachweis von SARS-CoV-2 (Covid-19) basierend auf dem Nachweis von viralem Protein (SARS-Covid-2-Virus bzw. viralen SARS-CoV-2 Nukleokapsidprotein-Antigenen) in respiratorischen Probenmaterialien und Körperflüssigkeiten im Point-of-Care-Format, als lateral-flow-Teste (qualitativen Nachweis von Stoffen mit Antikörpern) zur unmittelbaren visuellen Auswertung gemäß dem österreichischem Medizinproduktegesetz (MPG) bzw. zu Grunde liegender EU-Rechtsnormen, insbesondere der IVD-RL 98/79/EG bzw. IVD Verordnung 2017/746, jeweils in der geltenden Fassung in ganz Österreich für öffentliche Auftraggeber nach den Bestimmungen gemäß Punkt 2.4.

4 Der Leistungsgegenstand und die Vergabe von Einzelaufträgen auf Basis der Rahmenvereinbarung sind in den kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (Rahmenvereinbarung) detailliert geregelt.

[...]

6.4 Bewertung und Abschluss

6.4.1 Abschluss der Rahmenvereinbarung

143 Die Rahmenvereinbarung wird mit allen nicht auszuscheidenden Bietern abgeschlossen, die ein gültiges Angebot gelegt haben.

6.5 Angebotsbindefrist

144 Die Frist zur Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, endet 2 Monate nach Ende der Angebotsfrist. Die Bieter sind an ihr Angebot bis zum Ende dieser Frist gebunden.

145 Während eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens ist diese Entscheidungsfrist gehemmt, wodurch sich der Zeitraum, in welchem die Bieter an ihr Angebot gebunden sind, verlängern kann.

1.2. Im Vergabegeschehen wurde von der BBG keine Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, versandt, wie in den Absätzen 3 und 4 des § 154 BVerG 2018 vor dem Rahmenvereinbarungsabschluss vorgesehen, es wurde auch keine dem § 154 Abs 4 BVerG entsprechende Stillhaltefrist vor Rahmenvereinbarungsabschluss eingehalten. So erhielt insb auch die ASt vor dem Rahmenvereinbarungsabschluss keine Mitteilung, mit welchen (anderen) UnternehmerInnen die BBG die Rahmenvereinbarung abschließen möchte. 1.2. Im Vergabegeschehen wurde von der BBG keine Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, versandt, wie in den Absätzen 3 und 4 des Paragraph 154, BVerG 2018 vor dem Rahmenvereinbarungsabschluss vorgesehen, es wurde auch keine dem Paragraph 154, Absatz 4, BVerG entsprechende Stillhaltefrist vor Rahmenvereinbarungsabschluss eingehalten. So erhielt insb auch die ASt vor dem Rahmenvereinbarungsabschluss keine Mitteilung, mit welchen (anderen) UnternehmerInnen die BBG die Rahmenvereinbarung abschließen möchte.

Die ASt nahm die unterlassene Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern sonst die Rahmenvereinbarung abgeschlossen würde, nicht zum Anlass, gemäß § 334 Abs 5 BVerG auf einen vergaberechtskonformen Zuschlag bzw Widerruf hinzuwirken. Die ASt nahm die unterlassene Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern sonst die Rahmenvereinbarung abgeschlossen würde, nicht zum Anlass, gemäß Paragraph 334, Absatz 5, BVerG auf einen vergaberechtskonformen Zuschlag bzw Widerruf hinzuwirken.

1.3. Die Auftraggeberseite, also insb auch die gegenständlich jedenfalls auch für den Bund (und auch Landesauftraggeber) handelnde Bundesbeschaffung GmbH (= BBG), teilte schließlich im gegenständlichen Vergabegeschehen Ende März 2021 den Abschluss der Rahmenvereinbarung an die von der BBG als Rahmenvereinbarungspartner behandelte UnternehmerInnen mit, worunter sich sowohl die ASt als auch derjenige

Apothekenbetreiber aus Deutschland befanden, der nach einem "Abruf aus der Rahmenvereinbarung" im Feststellungsantrag zu W131 2244508-1 als Zuschlagsempfänger bezeichnet wurde.

1.4. Auch die ASt erhielt entsprechend den Verhandlungsergebnissen insb am 09.05.2023 "Abrufe aus der Rahmenvereinbarung", zurückgehend auf ihre Angebotslegung zwecks Rahmenvereinbarungsabschluss.

1.5. Zusammenfassend daher insbesondere:

Nach Ausschreibung teilte die BBG im März 2021 den Abschluss der Rahmenvereinbarung mit 76 Unternehmen mit.

Zuvor hatte die BBG keine dem § 154 Abs 3 und 4 entsprechende Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitgeteilt, die einen Primärrechtsschutz gemäß § 334 Abs 2 BVergG 2018 ermöglicht hätte (, maW: - Nachprüfungsanträge gegen Austraggeberentscheidungen und diesbezügliche Anträge auf einstweilige Verfügungen zur Absicherung der Nachprüfungsanträge ermöglicht hätte).Zuvor hatte die BBG keine dem Paragraph 154, Absatz 3 und 4 entsprechende Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitgeteilt, die einen Primärrechtsschutz gemäß Paragraph 334, Absatz 2, BVergG 2018 ermöglicht hätte (, maW: - Nachprüfungsanträge gegen Austraggeberentscheidungen und diesbezügliche Anträge auf einstweilige Verfügungen zur Absicherung der Nachprüfungsanträge ermöglicht hätte).

Die ASt lukrierte iZm der als zu vergeben ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung eigene Aufträge von Landesauftraggebern iSd Art 14b B-VG im mehrfachen Oberschwellenbereichswert, bewertete diese Leistungsabrufe als der ursprünglichen Ausschreibung zurechenbar; und zahlte dafür auch umsatzprovisionsähnliche Servicegebühren an die zentrale Beschaffungsstelle BBG, wie diese in den Ausschreibungsunterlagen für die Rahmenvereinbarung vorgesehen gewesen waren.Die ASt lukrierte iZm der als zu vergeben ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung eigene Aufträge von Landesauftraggebern iSd Artikel 14 b, B-VG im mehrfachen Oberschwellenbereichswert, bewertete diese Leistungsabrufe als der ursprünglichen Ausschreibung zurechenbar; und zahlte dafür auch umsatzprovisionsähnliche Servicegebühren an die zentrale Beschaffungsstelle BBG, wie diese in den Ausschreibungsunterlagen für die Rahmenvereinbarung vorgesehen gewesen waren.

Die ASt brachte zu W131 2244508-1 und zu W131 2247310-1 zwei Feststellungsanträge ein, mit denen sie gegen mehrere Abrufe aus der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung vorgehen möchte.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und der entscheidungserhebliche Sachverhalt ergeben sich unstrittig aus dem Parteinovortrag ua auch im Verfahren W131 2244508-1 samt den vorgelegten Vergabeunterlagen, wobei diese Tatsachen auch in den teilweise verbunden geführten Feststellungsverfahren zu W131 2247310-1 und 2264464-1 im dortigen Prozessstoff Deckung finden, insb wenn es um die fehlende Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung geht.

Dass die ASt selbst Leistungsabrufe aus der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung mit einem erheblichen Oberschwellenbereichsumsatz lukrierte, ergibt sich aus dem insoweit übereinstimmenden bzw nicht substantiiert bestrittenen Tatsachenvortrag durch die Auftraggeberseite bzw der ASt (- bzw des Unterlassens substantiierter Bestreitungen durch die ASt).

Dass die BBG diesbezüglich auf die ausgeschriebenen Rahmenvereinbarungsbestimmungen zurückgehende umsatzprovisionsähnliche Servicegebühren von der ASt bezahlt erhalten hat, ergibt sich aus dem insoweit unbestrittenen Tatsachenvortrag der Auftraggeberseite.

Dass die ASt die eigenen Lieferungen nach Abrufen iZm der ausgeschriebenen "Rahmenvereinbarung" als solche iZm der (zumindest) ausgeschriebenen "Rahmenvereinbarung" bewertete und dafür auch die besagten Servicegebühren an die BBG bezahlte, ergibt sich aus dem in der Verhandlung am 09.05.2023 diesbezüglich erstatteten Tatsachenvortrag der ASt, die Direktvergabesachverhalte mangels gültiger Rahmenvereinbarung dort ausdrücklich verneinte, dies iZm der auch unbestrittenen Servicegebührenzahlung durch die ASt, da eine solche Zahlung von Servicegebühren ohne Bezug zu einer ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung keinen Sinn ergeben würde.

Wenn die ASt daher zuletzt in den schriftlichen Erörterungen vorträgt, dass Abrufe durch Landesauftraggeber keine hier relevante Rechtswidrigkeit des Verhaltens der ASt iSv VwGH 2005/04/0200 bedeuten würden, ist es abseits der rechtlichen Seite auch auf Tatsachenbene unglaubwürdig, dass die ASt lebensnah Servicegebühren in Relation zu einer

Rahmenvereinbarungsausschreibung zahlen würde, wenn sie von Lieferungen außerhalb des ursprünglichen Ausschreibungssumfangs der Rahmenvereinbarung ausginge.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

3.1. Gegenständlich ist unstrittig das BVergG 2018 = BVergG, BGBl I 2018/65 idGF, mit seinen Bestimmungen für klassische öffentliche Auftraggeber im II. Teil anzuwenden, wobei insoweit die Vergabebestimmungen für den Oberschwellenbereich einschlägig sind. 3.1. Gegenständlich ist unstrittig das BVergG 2018 = BVergG, BGBl römisch eins 2018/65 idGF, mit seinen Bestimmungen für klassische öffentliche Auftraggeber im römisch zwei. Teil anzuwenden, wobei insoweit die Vergabebestimmungen für den Oberschwellenbereich einschlägig sind.

Das BVwG ist gegenständlich unbestritten zur Vergabekontrolle zuständig; und hatte gegenständlich gemäß Geschäftsverteilung in der im Entscheidungskopf ersichtlichen Senatsbesetzung zu entscheiden - § 328 BVergG 2018 iVm § 6 BVwGG. Das BVwG ist gegenständlich unbestritten zur Vergabekontrolle zuständig; und hatte gegenständlich gemäß Geschäftsverteilung in der im Entscheidungskopf ersichtlichen Senatsbesetzung zu entscheiden - Paragraph 328, BVergG 2018 in Verbindung mit Paragraph 6, BVwGG.

Als Verfahrensrecht waren dabei abseits der Sonderverfahrensvorschriften des BVergG das VwGVG und die in § 333 BVergG 2018 verwiesenen Teile des AVG anzuwenden. Bzw bis zum 30.06.2023 zusätzlich insb auch § 4 des Bundesverfassungsgesetzes betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens (COVID-19 Begleitgesetz Vergabe) idF BGBl I 2022/107; bzw aktuell insb auch § 8 Abs 7 BVwGG idF Art 8 des Bundesgesetzes BGBl I 2023/77. Als Verfahrensrecht waren dabei abseits der Sonderverfahrensvorschriften des BVergG das VwGVG und die in Paragraph 333, BVergG 2018 verwiesenen Teile des AVG anzuwenden. Bzw bis zum 30.06.2023 zusätzlich insb auch Paragraph 4, des Bundesverfassungsgesetzes betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens (COVID-19 Begleitgesetz Vergabe) in der Fassung BGBl römisch eins 2022/107; bzw aktuell insb auch Paragraph 8, Absatz 7, BVwGG in der Fassung Artikel 8, des Bundesgesetzes BGBl römisch eins 2023/77.

3.2. Zur hier ausgesprochenen Zurückweisung in der Sache ist festzuhalten wie folgt:

3.2.1. Nach hier herangezogener stRsp des VwGH gilt entsprechend zB ZI Ro 2021/04/0014 wie folgt:

Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist, gilt auch für die Auslegung der Willenserklärung des Bieters (vgl. VwGH 22.3.2019, Ra 2018/04/0176, Rn. 22, mwN). Diese ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Auftraggeber unter Bedachtnahme auf die Ausschreibungsbestimmungen auszulegen. Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist, gilt auch für die Auslegung der Willenserklärung des Bieters vergleiche VwGH 22.3.2019, Ra 2018/04/0176, Rn. 22, mwN). Diese ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Auftraggeber unter Bedachtnahme auf die Ausschreibungsbestimmungen auszulegen.

3.2.2. Zur Pflicht zur Anwendung unangefochten gebliebener Auftraggeberentscheidungen zur Beurteilung des darauf aufbauenden Vergabegeschehenes, hier iZm den oben zitierten Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, ist in deren Übernahme auf die stRsp des VwGH zu verweisen, die entsprechend zB VwGH ZI Ra 2019/04/0076 lautet wie folgt:

[...] Voranzustellen ist Folgendes: Nach ständiger Rechtsprechung kann eine unanfechtbar gewordene (bestandfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung von auf dieser Entscheidung aufbauenden Entscheidungen des Auftraggebers nicht mehr überprüft werden. Ist eine Ausschreibungsbestimmung mangels rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibung bestandfest geworden, ist sie - unabhängig davon, ob sie bei rechtzeitiger Anfechtung für nichtig zu erklären gewesen wäre - der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (vgl.

zuletzt VwGH 22.12.2020, Ra 2019/04/0091, mwN). Die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen wäre nämlich sinnlos, könnte die Vergabekontrollbehörde eine unanfechtbar gewordene (bestandfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung von auf dieser Entscheidung aufbauenden Entscheidungen des Auftraggebers überprüfen (vgl. VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135, sowie die dortigen Nachweise auf Rechtsprechung des EuGH; vgl. zur ständigen Rechtsprechung zur Bestandskraft auch VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090). [...] Voranzustellen ist Folgendes: Nach ständiger Rechtsprechung kann eine unanfechtbar gewordene (bestandfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung von auf dieser Entscheidung aufbauenden Entscheidungen des Auftraggebers nicht mehr überprüft werden. Ist eine Ausschreibungsbestimmung mangels rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibung bestandfest geworden, ist sie - unabhängig davon, ob sie bei rechtzeitiger Anfechtung für nichtig zu erklären gewesen wäre - der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen vergleiche zuletzt VwGH 22.12.2020, Ra 2019/04/0091, mwN). Die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen wäre nämlich sinnlos, könnte die Vergabekontrollbehörde eine unanfechtbar gewordene (bestandfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung von auf dieser Entscheidung aufbauenden Entscheidungen des Auftraggebers überprüfen vergleiche VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135, sowie die dortigen Nachweise auf Rechtsprechung des EuGH; vergleiche zur ständigen Rechtsprechung zur Bestandskraft auch VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090). [...]

3.2.3. § 154 BVergG lautet in den hier interessierenden Teilen 3.2.3. Paragraph 154, BVergG lautet in den hier interessierenden Teilen:

Abschluss von Rahmenvereinbarungen

§ 154 (1) Der öffentliche Auftraggeber hat in der Bekanntmachung oder – sofern ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wird – in der Aufforderung zur Angebotsabgabe anzugeben, ob eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen oder mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden soll. Soll eine Rahmenvereinbarung für mehrere öffentliche Auftraggeber abgeschlossen werden, so sind in der Bekanntmachung oder – sofern ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wird – in der Aufforderung zur Angebotsabgabe alle abrufberechtigten öffentlichen Auftraggeber eindeutig zu identifizieren. Nach Möglichkeit [...] Paragraph 154, (1) Der öffentliche Auftraggeber hat in der Bekanntmachung oder – sofern ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wird – in der Aufforderung zur Angebotsabgabe anzugeben, ob eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen oder mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden soll. Soll eine Rahmenvereinbarung für mehrere öffentliche Auftraggeber abgeschlossen werden, so sind in der Bekanntmachung oder – sofern ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wird – in der Aufforderung zur Angebotsabgabe alle abrufberechtigten öffentlichen Auftraggeber eindeutig zu identifizieren. Nach Möglichkeit [...].

(2) Die Unternehmer, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, werden nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines [...] ermittelt. Eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer [...]. Eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern ist mit jenen Bietern abzuschließen, die die gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewerteten Angebote gelegt haben. Soll eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden, so müssen mindestens drei Unternehmer daran beteiligt sein, sofern eine ausreichend große Zahl von Unternehmern die Eignungskriterien erfüllt hat und eine ausreichend große Zahl von zulässigen Angeboten abgegeben wurde. Die maßgeblichen Gründe für die Bewertung der Angebote sind festzuhalten.

(3) Der öffentliche Auftraggeber hat den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitzuteilen. In dieser Mitteilung sind die Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bzw. der erfolgreichen Angebote bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, besteht nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren gemäß den §§ 35 Abs. 1 Z 4, 36 Abs. 1 Z 4 oder 7 oder 37 Abs. 1 Z 4 zum Abschluss der Rahmenvereinbarung durchgeführt wurde. (3) Der öffentliche Auftraggeber hat den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitzuteilen. In dieser Mitteilung sind die Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes

bzw. der erfolgreichen Angebote bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, besteht nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren gemäß den Paragraphen 35, Absatz eins, Ziffer 4, 36, Absatz eins, Ziffer 4, oder 7 oder 37 Absatz eins, Ziffer 4, zum Abschluss der Rahmenvereinbarung durchgeführt wurde.

(4) Der öffentliche Auftraggeber darf die Rahmenvereinbarung bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht vor Ablauf der Stillhaltefrist abschließen. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Übermittlung bzw Bereitstellung der Mitteilung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Sie beträgt [...].

[...]

3.2.4. Der erkennende Senat übernimmt vorerst die Auffassung gemäß dem im Verfahrensgang wiedergegebenen Teilerledigungsbeschluss, dass die hier insb auch von der Auftraggeberseite als wirksam abgeschlossen bewertete Rahmenvereinbarung aus den im Teilerledigungsbeschluss dargestellten Gründen absolut nichtig ist. Dies entspricht rücksichtlich des § 154 BVergG auch dem § 878 Satz 1 ABGB. 3.2.4. Der erkennende Senat übernimmt vorerst die Auffassung gemäß dem im Verfahrensgang wiedergegebenen Teilerledigungsbeschluss, dass die hier insb auch von der Auftraggeberseite als wirksam abgeschlossen bewertete Rahmenvereinbarung aus den im Teilerledigungsbeschluss dargestellten Gründen absolut nichtig ist. Dies entspricht rücksichtlich des Paragraph 154, BVergG auch dem Paragraph 878, Satz 1 ABGB.

3.2.5. Daran anschließend übernimmt der erkennende Senat für die gegenständliche Entscheidung die gemäß § 7 ABGB teleologisch als richtig und gemäß Art 2 StGG bzw Art 7 B-VG ausdrücklich als sachlich und insb sachgerecht bewertete Auffassung des VwGH zu ZI 2005/04/0200 zur Antragslegitimation bzw zum Schadensbegriff, die gleichfalls vor dem Hintergrund des auch heute noch gemäß § 353 Abs 1 BVergG geltenden unionsrechtlichen Schadensbegriffs gemäß Art 1 der RL 89/665/EWG ergangen ist, und die insoweit lautet: 3.2.5. Daran anschließend übernimmt der erkennende Senat für die gegenständliche Entscheidung die gemäß Paragraph 7, ABGB teleologisch als richtig und gemäß Artikel 2, StGG bzw Artikel 7, B-VG ausdrücklich als sachlich und insb sachgerecht bewertete Auffassung des VwGH zu ZI 2005/04/0200 zur Antragslegitimation bzw zum Schadensbegriff, die gleichfalls vor dem Hintergrund des auch heute noch gemäß Paragraph 353, Absatz eins, BVergG geltenden unionsrechtlichen Schadensbegriffs gemäß Artikel eins, der RL 89/665/EWG ergangen ist, und die insoweit lautet:

[...]

Damit lässt sich die Sicht des Verwaltungsgerichtshofs dahin zusammenfassen, dass kein Schaden durch Entfall der Möglichkeit der Teilnahme am Folgeverfahren gegeben ist, wenn der Bieter selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, also - anders gesagt - dass der selbst nicht ausschreibungs- bzw vergaberechtskonform agierende Bieter nicht schützenswert ist. ...

[...]

Konform damit legt der erkennende Senat hier ausdrücklich auch die Rechtsmeinung des Generalanwalts beim EuGH in dessen Schlussanträgen zur Rs C-249/01 zu Grunde, wie sie in der dortigen Rdnr 62 dargelegt ist, und die lautet:

... Daraus ergibt sich, dass ein Bieter nicht den Zuschlag erhalten kann, wenn er selbst gegen Ausschreibungsbestimmungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat. ...

Mangels Zuschlagserhaltungsmöglichkeit kann nach hg Auffassung auch kein eingetretener oder drohender Schaden vorliegen.

3.2.6. Wenn die ASt im Folge ihrer Angebotslegung im Vergabeverfahren über den Abschluss der streitgegenständlichen "Rahmenvereinbarung",

ohne dass zuvor die in der Ausschreibung vergaberechtskonform gemäß § 154 BVergG vorgesehene Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird, jemals auch an die ASt kommuniziert wurde, ohne dass zuvor die in der Ausschreibung vergaberechtskonform gemäß Paragraph 154,

BVergG vorgesehene Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird, jemals auch an die ASt kommuniziert wurde,

das Vergabegeschehen insoweit akzeptiert hat, als dann unstrittig rücksichtlich dieser "Rahmenvereinbarungsausschreibung" Abrufe bei der ASt jedenfalls auch im vergaberechtlichen Oberschwellenbereich insb von Landesauftraggebern vorgenommen wurden; und die ASt rücksichtlich dieser Umsätze auch umsatzprovisionsähnliche "Servicegebühren" an die BBG gezahlt hat, die aus der "Rahmenvereinbarungsausschreibung" heraus als geschuldet normiert waren,

hat die ASt ein Verhalten zu verantworten, das gegen die Bestimmungen der auch von der ASt unangefochten gelassenen Ausschreibung verstößt und damit gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstößt.

Wenn nämlich die ASt einerseits den § 154 Abs 4 BVergG zu beachten hatte und andererseits die Rz 144 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen dahin lautet, dass die Frist zur Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, 2 Monate nach Ende der Angebotsfrist endet, hatte für die ASt in gebotener gesetzeskonformer Auslegung der Ausschreibung klar zu sein, dass ohne eine vorangehende Auswahlentscheidung iSv § 154 Abs 4 BVergG - bei sonstiger absoluter Nichtigkeit derselben - keine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden darf. Wenn nämlich die ASt einerseits den Paragraph 154, Absatz 4, BVergG zu beachten hatte und andererseits die Rz 144 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen dahin lautet, dass die Frist zur Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, 2 Monate nach Ende der Angebotsfrist endet, hatte für die ASt in gebotener gesetzeskonformer Auslegung der Ausschreibung klar zu sein, dass ohne eine vorangehende Auswahlentscheidung iSv Paragraph 154, Absatz 4, BVergG - bei sonstiger absoluter Nichtigkeit derselben - keine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden darf.

Musste der ASt aber die vorangehende Auswahlentscheidung iSv § 154 Abs 4 BVergG als Bedingung für eine existente Rahmenvereinbarung und für einen vergaberechtskonformen Ablauf klar sein, durfte die ASt bei den bei ihr aus dem Titel dieser "Rahmenvereinbarung" erfolgten Abrufen nicht mehr von der Vergaberechtskonformität dieser von ihr selbst lukrierten Abrufe, sprich "Einzelaufträge auf Basis der Rahmenvereinbarung" ausgehen. Musste der ASt aber die vorangehende Auswahlentscheidung iSv Paragraph 154, Absatz 4, BVergG als Bedingung für eine existente Rahmenvereinbarung und für einen vergaberechtskonformen Ablauf klar sein, durfte die ASt bei den bei ihr aus dem Titel dieser "Rahmenvereinbarung" erfolgten Abrufen nicht mehr von der Vergaberechtskonformität dieser von ihr selbst lukrierten Abrufe, sprich "Einzelaufträge auf Basis der Rahmenvereinbarung" ausgehen.

Die von der ASt bei ihr selbst akzeptierten Abrufe, die auf die "Rahmenvereinbarung" gestützt und danach unstrittig abgewickelt wurden (- dies samt Servicegebühreneinzahlungen der ASt an die BBG auf dem Titel der "Rahmenvereinbarung" -), sind der ASt daher als ein objektiv vergaberechtswidriges Verhalten im Sachverhaltsbereich dieser ausgeschriebenen "Rahmenvereinbarung" anzulasten.

Wegen dieses eigenen vergaberechtswidrigen Verhaltens der ASt,

spricht deren Akzeptanz von dem BVergG unterliegenden Beschaffungen ohne notwendig vorangehende Auswahlentscheidung iSv EuGH Rs C 81/98 iZm einer Rahmenvereinbarungsausschreibung und "Abrufen" und zudem ohne Rechtmäßigkeitsbestreben der ASt gemäß § 334 Abs 5 BVergG spricht deren Akzeptanz von dem BVergG unterliegenden Beschaffungen ohne notwendig vorangehende Auswahlentscheidung iSv EuGH Rs C 81/98 iZm einer Rahmenvereinbarungsausschreibung und "Abrufen" und zudem ohne Rechtmäßigkeitsbestreben der ASt gemäß Paragraph 334, Absatz 5, BVergG

im gegenständlich durch die Ausschreibung abgesteckten Beschaffungsgeschehen, sprich im Sachverhaltsbereich dieser ausgeschriebenen "Rahmenvereinbarung" fehlt der ASt rücksichtlich der oben wiedergegebenen Passagen aus VwGH zu ZI 2005/04/0200 der Schaden gemäß § 353 Abs 1 BVergG bzw die Antragslegitimation nach dieser Bestimmung, im gegenständlich durch die Ausschreibung abgesteckten Beschaffungsgeschehen, sprich im Sachverhaltsbereich dieser ausgeschriebenen "Rahmenvereinbarung" fehlt der ASt rücksichtlich der oben wiedergegebenen Passagen aus VwGH zu ZI 2005/04/0200 der Schaden gemäß § 353 Absatz eins, BVergG bzw die Antragslegitimation nach dieser Bestimmung,

die ASt erscheint iSd VwGH nicht mehr durch vergaberechtliche Rechtsbehelfsmöglichkeiten vor dem BVwG

schützenswert bzw ist die Ast insoweit nicht schutzbedürftig, wenn dann andere UnternehmerInnen in gleicher Weise Umsatz aus einer vergaberechtswidrigen bzw nichtigen "Rahmenvereinbarung" erzielen, den die Ast dann eben nicht gemacht hat.

3.2.7. Vergleicht man innerstaatlich den Rechtsweg gemäß § 1 UWG wegen eines vorwerfbaren Rechtsbruchs mit dem Antragslegitimationssystem des § 353 Abs 1 BVergG, ist festzuhalten, dass der Schaden iSv § 353 Abs 1 BVergG bzw die Antragslegitimation nach dieser Bestimmung iSv VwGH ZI 2005/04/0200 bei einem eigenen Vergaberechtsverstoß im jeweils streitgegenständlichen Vergabegeschehen entfallen, während Unterlassungs- und Schadenersatzklagen nach UWG (samt UWG - eV- Antragstellungen, und wohl auch naturalrestitutive Klagsbegehren gegen Auftraggeberentscheidungen) auch bei eigenem Rechtsverstoß zulässig erachtet werden, so in Verneinung des "unclean hands - Einwands" zB der OGH zu 4Ob380/77; 4Ob399/77; 4Ob328/82; 4Ob23/06w; 4Ob125/06w; 4Ob51/08s; 4Ob113/08h; 4Ob107/08a; 4Ob43/14y; 4Ob155/16x; 4Ob170/16b; 4Ob95/17z; 4Ob85/17d; 4Ob185/17k; 4Ob35/18b; 4Ob229/17f mit dem jeweiligen Rechtssatz.

3.2.7. Vergleicht man innerstaatlich den Rechtsweg gemäß Paragraph eins, UWG wegen eines vorwerfbaren Rechtsbruchs mit dem Antragslegitimationssystem des Paragraph 353, Absatz eins, BVergG, ist festzuhalten, dass der Schaden iSv Paragraph 353, Absatz eins, BVergG bzw die Antragslegitimation nach dieser Bestimmung iSv VwGH ZI 2005/04/0200 bei einem eigenen Vergaberechtsverstoß im jeweils streitgegenständlichen Vergabegeschehen entfallen, während Unterlassungs- und Schadenersatzklagen nach UWG (samt UWG - eV- Antragstellungen, und wohl auch naturalrestitutive Klagsbegehren gegen Auftraggeberentscheidungen) auch bei eigenem Rechtsverstoß zulässig erachtet werden, so in Verneinung des "unclean hands - Einwands" zB der OGH zu 4Ob380/77; 4Ob399/77; 4Ob328/82; 4Ob23/06w; 4Ob125/06w; 4Ob51/08s; 4Ob113/08h; 4Ob107/08a; 4Ob43/14y; 4Ob155/16x; 4Ob170/16b; 4Ob95/17z; 4Ob85/17d; 4Ob185/17k; 4Ob35/18b; 4Ob229/17f mit dem jeweiligen Rechtssatz

Das Klagerecht des Mitbewerbers nach § 14 UWG wird durch eigene, gleichartige Wettbewerbsverstöße nicht beeinträchtigt. Das Klagerecht des Mitbewerbers nach Paragraph 14, UWG wird durch eigene, gleichartige Wettbewerbsverstöße nicht beeinträchtigt.

Beachtet man insoweit weiters, dass UWG - Prozesse mit großem Kostenrisiko gemäß §§ 41ff ZPO belastet sind und nach dem OGH insb iSv 4Ob 216/11k Klagen nach UWG jedenfalls dann ohne vergabekontrollrechtliche Feststellungsentscheidung zulässig sind, wenn [hier interessierend] vor dem BVwG keine Antragslegitimation besteht, Beachtet man insoweit weiters, dass UWG - Prozesse mit großem Kostenrisiko gemäß Paragraphen 41 f, f, ZPO belastet sind und nach dem OGH insb iSv 4Ob 216/11k Klagen nach UWG jedenfalls dann ohne vergabekontrollrechtliche Feststellungsentscheidung zulässig sind, wenn [hier interessierend] vor dem BVwG keine Antragslegitimation besteht,

so erscheint es verfassungskonform gleichheitsrechtlich sachgerecht, wenn der VwGH zu ZI 2005/04/0200 klargestellt hat, dass der eigene Vergaberechtsverstoß eines Bieters, wie hier das aufgezeigte vergaberechtswidrige Verhalten der Ast, dazu führt, dass der im Punkte des Prozesskostenrisikos privilegierte Rechtsweg wegen vorgebrachter Vergaberechtsverstöße von vergaberechtsgebundenen Auftraggebern zu Gunsten von Konkurrenten vor dem [hier:] BVwG verschlossen ist,

sondern der Bieter, hier die Ast, dann eben auf den risikoreicheren Rechtsweg gemäß UWG verwiesen ist, wo von der Ast der Auftraggeber und der Konkurrent als wettbewerbsrechtliche Mit-, Bestimmungs- oder Beitragstätter mit einem hohen Prozesskostenersatzrisiko rücksichtlich dann zweier Prozessgegner zu verklagen sein werden und dort neben anderen Beweiserfordernissen insb auch der nach UWG vorwerfbare Rechtsstoß gegen Vergabevorschriften sehr oft über drei Instanzen mit allenfalls mehreren dortigen Verfahrensgängen bewiesen werden müssen.

3.2.8. Insoweit die Ast im Verfahren maW vorgebracht hat, dass erst seit der Entscheidung des EuGH in den verbundenen Rechtssachen Rs C-274/21 ua nachträglich klar wäre, dass die Rahmenvereinbarung gemäß § 154 BVergG ein Auftrag wäre, ist die Ast vorerst darauf zu verweisen, dass § 154 BVergG die Nichtigkeit der Rahmenvereinbarung mangels Auswahlentscheidung bereits im Zeitraum der Einleitung des Vergabeverfahrens für die streitrelevante "Rahmenvereinbarung" vorgesehen hat und Art 1 RL 89/665/EWG idgF bereits damals, also 2020 bzw 2021, unionsrechtlich Rahmenvereinbarungen als Aufträge verstand.

3.2.8. Insoweit die Ast im Verfahren maW vorgebracht hat, dass erst seit der Entscheidung des EuGH in den verbundenen Rechtssachen Rs C-274/21 ua nachträglich klar wäre, dass die Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 154, BVergG ein Auftrag wäre, ist die Ast

vorerst darauf zu verweisen, dass Paragraph 154, BVergG die Nichtigkeit der Rahmenvereinbarung mangels Auswahlentscheidung bereits im Zeitraum der Einleitung des Vergabeverfahrens für die streitrelevante "Rahmenvereinbarung" vorgesehen hat und Artikel eins, RL 89/665/EWG idGF bereits damals, also 2020 bzw 2021, unionsrechtlich Rahmenvereinbarungen als Aufträge verstand.

Zudem kommt, dass nach den Entscheidungen des VfGH zu B 1160/00 und des VwGH zu Z2001/04/0121 Auslegungsurteile des EuGH wie eben in der Rs C-274/21 ua bewirken, dass die nationale Rechtslage immer so auszulegen und anzuwenden ist, wie sie der EuGH ausgelegt hat.

Insoweit spricht der Zeitpunkt des Ergehens des Auslegungsurteils des EuGH zu Rs C-274/21 ua entgegen der Auffassung der ASt nicht gegen die Beurteilung,

gegenständlich von der Nichtigkeit der "Rahmenvereinbarung" auszugehen;

bzw auch nicht gegen die Beurteilung, das Verhalten der ASt iZm der nichtigen "Rahmenvereinbarung", der keine Auswahlentscheidung gemäß § 154 Abs 4 BVergG vorangegangen ist, als vergaberechtswidrig iSv VwGH ZI 2005/04/0200 zu qualifizieren, wenn die ASt idZ selbst Eigenumsatz (sogar im Oberschwellenbereich) ohne vergaberechtskonform geltende "Rahmenvereinbarung" auf Basis einer Rahmenvereinbarungsausschreibung akzeptiert. bzw auch nicht gegen die Beurteilung, das Verhalten der ASt iZm der nichtigen "Rahmenvereinbarung", der keine Auswahlentscheidung gemäß Paragraph 154, Absatz 4, BVergG vorangegangen ist, als vergaberechtswidrig iSv VwGH ZI 2005/04/0200 zu qualifizieren, wenn die ASt idZ selbst Eigenumsatz (sogar im Oberschwellenbereich) ohne vergaberechtskonform geltende "Rahmenvereinbarung" auf Basis einer Rahmenvereinbarungsausschreibung akzeptiert.

3.2.9. Sofern die ASt vorbringt bzw zugesteht, dass sie im Zusammenhang mit der gegenständlichen "Rahmenvereinbarungsausschreibung" im Oberschwellenbereich nur Abrufe von Landesauftraggebern iSd Art 14b B-VG abgewickelt hat und diese einzeln betrachtet nichts mit der gegenständlich als nichtig beurteilten "Rahmenvereinbarung" zu tun hätten, sondern von den Landesvergabekontrollinstanzen je für sich zu beurteilen wären, ist die ASt darauf hinzuweisen, dass sie sachverhaltsmäßig in der Verhandlung am 09.05.2023 nach Thematisierung durch den vorsitzenden Richter wie folgt ausgeführt hat: 3.2.9. Sofern die ASt vorbringt bzw zugesteht, dass sie im Zusammenhang mit der gegenständlichen "Rahmenvereinbarungsausschreibung" im Oberschwellenbereich nur Abrufe von Landesauftraggebern iSd Artikel 14 b, B-VG abgewickelt hat und diese einzeln betrachtet nichts mit der gegenständlich als nichtig beurteilten "Rahmenvereinbarung" zu tun hätten, sondern von den Landesvergabekontrollinstanzen je für sich zu beurteilen wären, ist die ASt darauf hinzuweisen, dass sie sachverhaltsmäßig in der Verhandlung am 09.05.2023 nach Thematisierung durch den vorsitzenden Richter wie folgt ausgeführt hat:

[vorsitzender Richter]: Nach dem Aktenstand dürfte es sich so zugetragen haben, dass keine Auswahlentscheidung an die jeweils anderen 75 Unternehmen ausgeschickt wurde, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen worden sein soll. Weiters wird der Sachverhalt derzeit so bewertet, dass die „Abrufe“ bei den Antragstellerinnen und bei den 3 ggst. Zuschlagsempfängerinnen nach dem ggst. teilweise vorgebrachten „Rahmenvereinbarungsabschluss“ erfolgt sind.

Daher die Frage an die Antragstellerinnen, ob der Sachverhalt dahingehend zu bewerten sein könnte, dass die Auftraggeberseite mit der Konstruktion „Rahmenvereinbarung ohne vorangehende Auswahlentscheidung“ in wahrer wirtschaftlicher Betrachtungsweise an die Antragstellerinnen eine anstehende Wahl einer Direktvergabe kommuniziert haben könnte, die vor den angefochtenen Einzelabrufen bekannt war. Wollen Sie sich dazu äußern?

[namens der ASt]: Nach Ansicht der ASt war seitens der Auftraggeber zu keinem Zeitpunkt der Abschluss einer Direktvergabe beabsichtigt. Dem widerspricht insbesondere die EU-Bekanntmachung über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung und die folgende Vorgangsweise durch die Auftraggeber.

Das BVwG geht daher - wiederholend -auf Sachverhaltsebene davon aus, dass die ASt sehr wohl aus dem angenommenen Titel und damit wegen einer für sie nutzbaren "Rahmenvereinbarungsvergabe", bei deren Vergabeverfahren die BBG für Bundes- und Landesauftraggeber iSd Art 14b B-VG tätig gewesen war, eigene Lieferungen an Landesauftraggeber durchgeführt und dafür Servicegebühr an die BBG gezahlt hat. Das BVwG geht daher - wiederholend -auf Sachverhaltsebene davon aus, dass die ASt sehr wohl aus dem angenommenen Titel und

damit wegen einer für sie nutzbaren "Rahmenvereinbarungsvergabe", bei deren Vergabeverfahren die BBG für Bundes- und Landesauftraggeber iSd Artikel 14 b, B-VG tätig gewesen war, eigene Lieferungen an Landesauftraggeber durchgeführt und dafür Servicegebühr an die BBG gezahlt hat.

Damit ist aber die oben zu Lasten der ASt aufgezeigte Vergaberechtswidrigkeit jedenfalls eine solche, die iSv VwGH 2005/04/0200 hier wertend zu Lasten der ASt geht.

3.2.10. Verfahrensrechtlich ist noch festzuhalten wie folgt:

- Der zurückweisungstragende Sachverhalt wurde in der mündlichen Verhandlung angesprochen und erörtert; und danach insb auch noch durch die Schreiben OZZ 100 und 110 mit der ASt umfangreich und konform mit VwGH ZI 2007/04/0112 zusätzlich erörtert.

- Bei dem vorstehenden Verfahrensergebnis kann dahinstehen, ob auch aus anderen Gründen zurückzuweisen wäre; und kann dahinstehen, dass in § 334 Abs 3 Z 1 BVergG zentral auf die Rechtswidrigkeit des Zuschlags abgestellt wird, wenn die ASt mit der Eingabe, OZ 111 des Gerichtsakts, auf eine aus ihrer Sicht erst während des Verfahrens eingetretene "Klarstellungen" durch den EuGH zu den Rs C-274/21 ua iZm Rahmenvereinbarungsabschlüssen als Vertragsabschlüssen bzw Zuschlägen hinweist.- Bei dem vorstehenden Verfahrensergebnis kann dahinstehen, ob auch aus anderen Gründen zurückzuweisen wäre; und kann dahinstehen, dass in Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG zentral auf die Rechtswidrigkeit des Zuschlags abgestellt wird, wenn die ASt mit der Eingabe, OZ 111 des Gerichtsakts, auf eine aus ihrer Sicht erst während des Verfahrens eingetretene "Klarstellungen" durch den EuGH zu den Rs C-274/21 ua iZm Rahmenvereinbarungsabschlüssen als Vertragsabschlüssen bzw Zuschlägen hinweist.

Zu B) Zulässigkeit der Revision:

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs fehlt. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs fehlt.

Gegenständlich liegt nach hier vertretener Auffassung eine derartige reversible Rechtsfrage jedenfalls einmal deshalb vor, weil noch keine gefestigte VwGH - Rsp zu den vergaberechtlichen Antragslegitimationsbestimmungen mit dem unionsrechtlichen Hintergrund des Art 1 Abs 1 RL 89/665/EWG dahin vorliegt, ob der insoweit sehr sachgerecht erscheinende Schutzbedürftigkeitsaspekt iSv VwGH ZI 2005/04/0200, der nach hier vertretener Auffassung va auch dem Fairnessgebot des Art 47 GRC entspricht, nach Ergehen des EuGH - Urteils in der Rs C-355/15 weiter angewendet werden kann, wenn der EuGH - nach hier vertretener Auffassung mitunter anders als zuvor in der Rs C-249/01 - in der hier erstgenannten Rechtssache zu C-355/15 - zu einem nicht ganz vergleichbaren Sachverhalt - synchron mit dem Art 2a RL 89/665/EWG idgF formal darauf abgestellt hat, dass ein Bieter bereits endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen gewesen sein muss, damit diesem dann die Antragslegitimation bei einer kritisierten Vergabe zu Gunsten eines Konkurrenten fehlt. Gegenständlich liegt nach hier vertretener Auffassung eine derartige reversible Rechtsfrage jedenfalls einmal deshalb vor, weil noch keine gefestigte VwGH - Rsp zu den vergaberechtlichen Antragslegitimationsbestimmungen mit dem unionsrechtlichen Hintergrund des Artikel eins, Absatz eins, RL 89/665/EWG dahin vorliegt, ob der insoweit sehr sachgerecht erscheinende Schutzbedürftigkeitsaspekt iSv VwGH ZI 2005/04/0200, der nach hier vertretener Auffassung va auch dem Fairnessgebot des Artikel 47, GRC entspricht, nach Ergehen des EuGH - Urteils in der Rs C-355/15 weiter angewendet werden kann, wenn der EuGH - nach hier vertretener Auffassung mitunter anders als zuvor in der Rs C-249/01 - in der hier erstgenannten Rechtssache zu C-355/15 - zu einem nicht ganz vergleichbaren Sachverhalt - synchron mit dem Artikel 2 a, RL 89/665/EWG idgF formal darauf abgestellt hat, dass ein Bieter bereits endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen gewesen sein muss, damit diesem dann die Antragslegitimation bei einer kritisierten Vergabe zu Gunsten eines Konkurrenten fehlt.

Schlagworte

Auslegung der Ausschreibung Ausschreibung bestandfeste Ausschreibung Bindung an Ausschreibungsunterlagen Direktvergabe Feststellungsantrag Feststellungsverfahren Gleichbehandlung Grundsatz der Gleichbehandlung Medizinprodukte mündliche Verhandlung objektiver Erklärungswert öffentlicher Auftraggeber Pandemie Preisblatt Preisvergleich Rahmenvereinbarung Revision zulässig Stillhaltefrist Unionsrecht Vergabeverfahren Zurückweisung

Zuschlagserteilung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2024:W131.2244508.1.00

Im RIS seit

28.02.2024

Zuletzt aktualisiert am

03.08.2026

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at