

TE Bvwg Beschluss 2023/8/11 W131 2264464-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.08.2023

Entscheidungsdatum

11.08.2023

Norm

BVergG 2018 §151

BVergG 2018 §155

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §334 Abs3

BVergG 2018 §342

BVergG 2018 §353

BVergG 2018 §356

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2018 § 151 heute
2. BVergG 2018 § 151 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 151 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 § 342 heute
2. BVergG 2018 § 342 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. BVergG 2018 § 356 heute
2. BVergG 2018 § 356 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 356 gültig von 01.03.2019 bis 28.02.2026
4. BVergG 2018 § 356 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2019
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

Spruch

,

W131 2264464-1/26E

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 3703.03821 durch die Auftraggeberin Republik Österreich, (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz und der zentralen Beschaffungsstelle und vergebenden Stelle Bundesbeschaffung GmbH, beide vor dem BVwG vertreten durch die Finanzprokuratur, 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 3703.03821 durch die Auftraggeberin Republik Österreich, (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz und der zentralen Beschaffungsstelle und vergebenden Stelle Bundesbeschaffung GmbH, beide vor dem BVwG vertreten durch die Finanzprokuratur, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung beschlossen:

A)

Der Feststellungsantrag vom 21.12.2022 mit den Feststellungsbegehren,

1) feststellen, dass die Zuschlagserteilung vom 28.09.2022 zu Gunsten der XXXX zur Lieferung vom 15 Mio Stück Antigentests zur österreichweiten Ausgabe in Apotheken aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Antigenschnelltests" (BBG GZ 3703.03821) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 4 bis 9 BVergG 2018 rechtswidrig war;1) feststellen, dass die Zuschlagserteilung vom 28.09.2022 zu Gunsten der römisch 40 zur Lieferung vom 15 Mio Stück Antigentests zur österreichweiten Ausgabe in Apotheken aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Antigenschnelltests" (BBG GZ 3703.03821) wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 155, Absatz 4 bis 9 BVergG 2018 rechtswidrig war;

in eventu

2) feststellen, dass die Zuschlagserteilung vom 28.09.2022 zu Gunsten der XXXX zur Lieferung von 5 Mio Stück XXXX aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Antigenschnelltests" (BBG GZ 3703.03821) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 4 bis 9 BVergG 2018 rechtswidrig war;2) feststellen, dass die Zuschlagserteilung vom 28.09.2022 zu Gunsten der römisch 40 zur Lieferung von 5 Mio Stück römisch 40 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Antigenschnelltests" (BBG GZ 3703.03821) wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 155, Absatz 4 bis 9 BVergG 2018 rechtswidrig war;

wird insgesamt zurückgewiesen.

B)

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

,

Text

Begründung:, Begründung:

I. Verfahrensgang;römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die ASt verfasste am 21.12.2022 einen beim BVwG zur GZ W131 2264464-1 protokollierten Feststellungsantrag mit insb folgendem hier interessierendem Inhalt und den dabei gestellten, unten nochmals wiedergegebenen Feststellungsbegehren:

I. ANTRAG AUF FESTSTELLUNGGrömisches eins. ANTRAG AUF FESTSTELLUNG

Maßgeblicher Sachverhalt

Allgemeines

Die Bundesbeschaffung GmbH (kurz "BBG") hat als vergebende Stelle für die Republik Österreich (Bund), sowie alle weiteren Auftraggeber (kurz "AG") gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste den Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Lieferung von qualitativen immunologischen Antigen- (Schnell-) tests inklusive Zubehör zum Nachweis von SARS-CoV-2 (Covid-19) in ganz Österreich für öffentliche AG in Österreich in einem beschleunigten offenen Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß den Bestimmungen des BVergG 2018 (kurz "Vergabeverfahren") ausgeschrieben.

Die EU-weite Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union am 02.03.2021 zu GZ 2021/S 042-104457.

Gegenstand des Vergabeverfahrens

Gegenstand des Vergabeverfahrens war der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit allen geeigneten Unternehmen mit einer Laufzeit von 24 Monaten zur Lieferung von qualitativen immunologischen Antigen-(Schnell-)tests inklusive Zubehör zum Nachweis von SARS-CoV-2 (Covid-19) basierend auf dem Nachweis [...] (im Folgenden "Antigenschnelltests") in ganz Österreich für öffentliche AG in Österreich.

Ausschreibungsunterlagen

Den Teilnehmern des Vergabeverfahrens wurden – neben weiteren Formblättern – folgende Unterlagen zur Verfügung gestellt:

- ? 01_Allgemeine Ausschreibungsbedingungen (im Folgenden "AAB");
- ? 02_Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (Rahmenvereinbarung, RVB) (im Folgenden "RVB");
- ? 03_Preisblatt;
- ? Beilage 04_Erläuterung Lieferantenvorlage; und
- ? 11_Kundenliste der BBG.

Relevante Festlegungen in den AAB

In den AAB wurden unter anderem folgende für den gegenständlichen Feststellungsantrag relevante Festlegungen getroffen:

1.4.1 Mindestanforderungen

In Punkt 5.6 AAB (Rz 101 ff) wurden die folgenden Mindestanforderungen für die angebotenen Artikel (Antigenschnelltests) festgelegt:

- ? [...]

1.4.2 Angebotsartikel und -preise

Gemäß Punkt 6.2.4 AAB (Rz 126) konnte der Bieter durch entsprechendes Ausfüllen der Unterlage "03_Preisblatt" [...]

1.4.3 Angebotsfrist

Die Angebote mussten bis spätestens 16.03.2021, 13:00 Uhr abgegeben werden (Rz 5, 137 AAB).

1.4.4 Abschluss der Rahmenvereinbarung

Gemäß Rz 143 AAB wurde die Rahmenvereinbarung mit allen nicht auszuscheidenden Bietern abgeschlossen, die ein gültiges Angebot gelegt haben.

Relevante Festlegungen in der RVB

[...]

1.5.2 Direktabrufe nach dem günstigsten Preis

Gemäß Punkt 5.2.3 RVB sind Direktabrufe für alle im Preisblatt definierten Produkte zulässig und erfolgen nach dem "Kaskadenprinzip" ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb.

Dabei definiert der AG für den Abruf die notwendigen Merkmale gemäß Preisblatt. Für den Abruf ist daraus jener Artikel auszuwählen, der den geringsten Preis im e-Shop ausweist (Rz 32 RVB).

Ist für den günstigsten Artikel kein ausreichender Lagerstand für die benötigte Position hinterlegt, so kann der AG Teilmengen entsprechend dem hinterlegten Lagerbestand direkt abrufen, sofern der Artikel mindestens die Hälfte des Gesamtbedarfes abdecken kann und bei der für die Teilmenge gültigen Mengenstaffel nicht ein anderer Artikel günstiger ist. Die Restmenge wird an den AN vergeben, der den günstigsten Artikel in der für die Restmenge anwendbaren Mengenstaffel mit einem ausreichend hohen Lagerstand aufweist oder die Verfügbarkeit auf Anfrage bestätigt (Rz 34 iVm Rz 40 RVB). Ist für den günstigsten Artikel kein ausreichender Lagerstand für die benötigte Position hinterlegt, so kann der AG Teilmengen entsprechend dem hinterlegten Lagerbestand direkt abrufen, sofern der Artikel mindestens die Hälfte des Gesamtbedarfes abdecken kann und bei der für die Teilmenge gültigen Mengenstaffel nicht

ein anderer Artikel günstiger ist. Die Restmenge wird an den AN vergeben, der den günstigsten Artikel in der für die Restmenge anwendbaren Mengengruppe mit einem ausreichend hohen Lagerstand aufweist oder die Verfügbarkeit auf Anfrage bestätigt (Rz 34 in Verbindung mit Rz 40 RVB).

Relevante Festlegungen in Fragenbeantwortungen

[...]

[...] 4. Fragebeantwortung erfolgte im Rahmen der Antwort zu Frage 4 folgende Festlegung:

[...]

Unsere Teilnahme am Vergabeverfahren

Wir haben an dem gegenständlichen Vergabeverfahren durch fristgerechte Legung eines ausschreibungskonformen Angebots über 15 verschiedene Antigenschnelltests teilgenommen. Zusätzlich zu uns haben gemäß dem Angebotsöffnungsprotokoll (GZ 3703.03821) vom 16.03.2021 weitere 104 Bieter fristgerecht ein Angebot abgegeben.

Abschluss der Rahmenvereinbarung

Auf Grundlage der Ausschreibung und unseres Angebots hat die BBG im Namen und auf Rechnung der abrufberechtigten AG mit uns die RVB abgeschlossen. Gemäß der am 21.05.2021 im Amtsblatt der EU veröffentlichten Bekanntgabe über vergebene Aufträge (XXXX) wurde die Rahmenvereinbarung insgesamt mit 76 Partnern abgeschlossen, darunter auch dem Unternehmen XXXX Auf Grundlage der Ausschreibung und unseres Angebots hat die BBG im Namen und auf Rechnung der abrufberechtigten AG mit uns die RVB abgeschlossen. Gemäß der am 21.05.2021 im Amtsblatt der EU veröffentlichten Bekanntgabe über vergebene Aufträge (römisch 40) wurde die Rahmenvereinbarung insgesamt mit 76 Partnern abgeschlossen, darunter auch dem Unternehmen römisch 40

Mehrmalige Aktualisierung des Katalogs im e-Shop

Nach Abschluss der Rahmenvereinbarung haben wir die Preise, Merkmale und Mengen der von uns gelisteten Produkte und Artikel im Katalog SARS-CoV-2 (Covid 19) des e-Shops mehrmals entsprechend den Vorgaben der RVB (in Punkt 5.2.2) aktualisiert.

Die Einpflegung neuer Produkte

[...]

Zuschlagserteilung / Direktabruf vom 28.09.2022

Gemäß der als Beilage. /5 beigeschlossenen Veröffentlichung / Bekanntgabe der Kerndaten im Unternehmensserviceportal (im Folgenden "Bekanntgabe") erfolgte am 28.09.2022 durch das Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (im Folgenden "Sozialministerium") eine Zuschlagserteilung in Form eines Direktabrufs unter der Bezeichnung "Abruf von 15 Mio. Stück Antigentests zur österreichweiten Ausgabe in Apotheken" über

? Antigentests 5 Mio Stück XXXX und? Antigentests 5 Mio Stück römisch 40 und

? Antigentests 10 Mio Stück XXXX.? Antigentests 10 Mio Stück römisch 40 .

Gemäß der Bekanntgabe erfolgte die Zuschlagserteilung in Form eines Direktabrufs zur Lieferung von 15 Mio Stück Antigentests zur österreichweiten Ausgabe in Apotheken am 28.09.2022 zu Gunsten der XXXX mit einem Auftragswert von XXXX (kurz "Zuschlagserteilung").Gemäß der Bekanntgabe erfolgte die Zuschlagserteilung in Form eines Direktabrufs zur Lieferung von 15 Mio Stück Antigentests zur österreichweiten Ausgabe in Apotheken am 28.09.2022 zu Gunsten der römisch 40 mit einem Auftragswert von römisch 40 (kurz "Zuschlagserteilung").

Beweis:

? [...]

Beschwerdepunkte

Der gegenständliche Feststellungsantrag richtet sich gegen die auf Basis der Rahmenvereinbarung erfolgte Zuschlagserteilung vom 28.09.2022 in Form eines Direktabrufs über 15 Mio Stück Antigentests bei XXXX .Der gegenständliche Feststellungsantrag richtet sich gegen die auf Basis der Rahmenvereinbarung erfolgte

Zuschlagserteilung vom 28.09.2022 in Form eines Direktabrufs über 15 Mio Stück Antigentests bei römisch 40 .

Durch diese Zuschlagserteilung bzw den Direktabruf erachten wir uns in unserem Recht auf rechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens, unserem Recht auf rechtskonforme Abrufe aus Rahmenvereinbarungen, insbesondere im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Nicht-Diskriminierung, im Recht auf Einhaltung der Vorgaben und Bedingungen der Rahmenvereinbarung bei Abrufen aus dieser ohne neuerlichen Aufruf zum Wettbewerb sowie im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Billigstbieterermittlung verletzt.

Zur Zulässigkeit des Antrags

Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

[...]

Zur Rechtzeitigkeit

Gemäß § 354 Abs 2 BVergG 2018 sind Anträge gemäß § 353 Abs 1 BVergG 2018 binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag bzw vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können. Gemäß Paragraph 354, Absatz 2, BVergG 2018 sind Anträge gemäß Paragraph 353, Absatz eins, BVergG 2018 binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag bzw vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können.

Der antragsgegenständliche Direktabruf und die Zuschlagserteilung an die XXXX wurde erstmals am 29.09.2022 am Unternehmensserviceportal öffentlich bekannt gemacht. Eine Mitteilung gemäß § 144 Abs 2 BVergG 2018 erfolgte nicht. Eine EU-weite Bekanntmachung erfolgte – soweit ersichtlich – ebenso nicht, sodass die Frist des § 356 Abs 7 BVergG 2018 mangels entsprechender Mitteilung gemäß § 144 Abs 2 BVergG 2018 oder Bekanntmachung gemäß § 61 Abs 1 BVergG 2018 nicht zur Anwendung gelangt. Der gegenständliche Feststellungsantrag ist damit jedenfalls rechtzeitig. Der antragsgegenständliche Direktabruf und die Zuschlagserteilung an die römisch 40 wurde erstmals am 29.09.2022 am Unternehmensserviceportal öffentlich bekannt gemacht. Eine Mitteilung gemäß Paragraph 144, Absatz 2, BVergG 2018 erfolgte nicht. Eine EU-weite Bekanntmachung erfolgte – soweit ersichtlich – ebenso nicht, sodass die Frist des Paragraph 356, Absatz 7, BVergG 2018 mangels entsprechender Mitteilung gemäß Paragraph 144, Absatz 2, BVergG 2018 oder Bekanntmachung gemäß Paragraph 61, Absatz eins, BVergG 2018 nicht zur Anwendung gelangt. Der gegenständliche Feststellungsantrag ist damit jedenfalls rechtzeitig.

Zum Interesse am Vertragsabschluss

Wir sind zu einem wesentlichen Teil im Bereich der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen aktiv und haben ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an dem antragsgegenständlichen Direktabruf. Darüber hinaus haben wir unser Interesse am Erhalt von Aufträgen aus der gegenständlichen Rahmenvereinbarung bereits durch Teilnahme am Vergabeverfahren zum Abschluss der Rahmenvereinbarung und durch Abschluss der Rahmenvereinbarung dokumentiert. Schließlich ist unser Interesse am Vertragsabschluss auch aufgrund der Einbringung des gegenständlichen Feststellungsantrags evident.

Drohender Schaden, entgangener Gewinn

Aufgrund der rechtswidrigen Vorgehensweise der AG, dh des Direktabrufs von 15 Mio Stück Antigentests zur österreichweiten Ausgabe in Apotheken bei XXXX durch das Sozialministerium, entstand uns ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden. Aufgrund der rechtswidrigen Vorgehensweise der AG, dh des Direktabrufs von 15 Mio Stück Antigentests zur österreichweiten Ausgabe in Apotheken bei römisch 40 durch das Sozialministerium, entstand uns ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden.

Bei rechtskonformem Vorgehen hätte zumindest ein Abruf iHv 5 Mio Stück Antigentests zur österreichweiten Ausgabe in Apotheken bei uns erfolgen müssen (siehe dazu Punkt 4.2), sodass uns dadurch ein Umsatz von XXXX entgangen ist. Würde dem Antrag auf Feststellung nicht stattgegeben, hätten wir keine Möglichkeit zur Geltendmachung des dadurch eingetretenen Schadens. Bei rechtskonformem Vorgehen hätte zumindest ein Abruf iHv 5 Mio Stück Antigentests zur österreichweiten Ausgabe in Apotheken bei uns erfolgen müssen (siehe dazu Punkt 4.2), sodass uns dadurch ein Umsatz von römisch 40 entgangen ist. Würde dem Antrag auf Feststellung nicht stattgegeben, hätten wir keine Möglichkeit zur Geltendmachung des dadurch eingetretenen Schadens.

Weiters ist uns ein Schaden in Gestalt des Verlusts eines wichtigen Referenzprojekts entstanden. Die vom Direktabruf erfassten Leistungen gehören zum Kernmarkt unseres Unternehmens, auf dem wir unsere Präsenz – insbesondere in Österreich - weiter ausbauen möchten. Die Durchführung der beauftragten Leistungen ist für unser Unternehmen von größter Bedeutung, weil wir dadurch einerseits belegen können, dass die Erbringung dieser Leistungen zu unserem spezialisierten Tätigkeitsbereich gehört und Schwerpunkt unseres Unternehmens ist und andererseits, weil die Erbringung der erfassten Lieferleistungen für den wirtschaftlichen Erfolg unseres Unternehmens essenziell ist.

Hinzu treten die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung in diesem Feststellungsverfahren von bisher EUR [...] (exkl. USt) sowie die Kosten für die Entrichtung der Pauschalgebühren.

Vergebührung

? [...]

Rechtswidrigkeiten

Rechtswidrige Hinterlegung und Abruf des XXXX aus dem e-Katalog
Rechtswidrige Hinterlegung und Abruf des römisch 40 aus dem e-Katalog

4.1.1 Bestandsfeste Festlegungen zu Katalogupdates

Wie in Punkt I dargelegt, wurden in den Ausschreibungsunterlagen konkrete Festlegungen zu Direktabrufen sowie zur Zulässigkeit und den Grenzen von Katalogupdates getroffen: Wie in Punkt römisch eins dargelegt, wurden in den Ausschreibungsunterlagen konkrete Festlegungen zu Direktabrufen sowie zur Zulässigkeit und den Grenzen von Katalogupdates getroffen:

Gemäß diesen Festlegungen [...]

? Zulässige Änderungen: In Rz 24 RVB [...]

? Unzulässige Änderungen: Gemäß Rz 23 RVB sind [...]

Fazit: Gemäß den bestandsfesten Festlegungen setzt ein Direktabruf aus der Rahmenvereinbarung zunächst voraus, dass der entsprechende Artikel, in dem jeweils aktuellen e-Katalog des AN hinterlegt ist. Eine solche Hinterlegung eines Artikels (bestehend aus den Produktdaten und den in Rz 24 definierten Merkmalen) kann entweder auf Grundlage des Angebots im Erstkatalog erfolgt sein oder im Rahmen eines Katalogupdates. Im Zuge eines Katalogupdates können aber nur der Preis und die Merkmale eines Artikels im Katalog geändert werden oder weitere Artikel zu einem bestehenden Produkt hinterlegt werden. Ein ursprünglich nicht angebotenes Produkt darf im Rahmen eines Updates nicht hinterlegt werden. Ein Produkt, das daher nicht im Erstkatalog hinterlegt war, kann auch im Rahmen eines Updates nicht hinterlegt werden.

4.1.2 XXXX war nicht im Erstkatalog der XXXX 4.1.2 römisch 40 war nicht im Erstkatalog der römisch 40

Gemäß der Bekanntgabe hat das Sozialministerium mit der Zuschlagserteilung an XXXX diese [...] Gemäß der Bekanntgabe hat das Sozialministerium mit der Zuschlagserteilung an römisch 40 diese [...]

4.1.3 Unzulässigkeit der Hinterlegung des XXXX im Zuge eines Katalogupdates 4.1.3 Unzulässigkeit der Hinterlegung des römisch 40 im Zuge eines Katalogupdates

[...]

4.1.4 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Gemäß der bestandsfesten Festlegung sind Direktabrufe nur zulässig, sofern der entsprechende Artikel im e-Katalog des Bieters in entsprechender Menge als günstigster Artikel hinterlegt ist.

Da XXXX den XXXX nach unserer Kenntnis von XXXX ursprünglich nicht angeboten werden konnte, konnte dieser nach den Festlegungen in der Ausschreibung (Punkt 5.2.2 RVB) auch nicht im Rahmen eines Katalogupdates hinterlegt werden: Denn [...] Da römisch 40 den römisch 40 nach unserer Kenntnis von römisch 40 ursprünglich nicht angeboten werden konnte, konnte dieser nach den Festlegungen in der Ausschreibung (Punkt 5.2.2 RVB) auch nicht im Rahmen eines Katalogupdates hinterlegt werden: Denn [...]

4.2.1 Bestandsfeste Festlegungen zum Direktabruf

Gemäß Punkt 5.2.3 der RVB ist für einen (Direkt)Abruf jener Artikel auszuwählen, der den vom AG geforderten Merkmalen entspricht und geringsten Preis im e-Shop ausweist.

Gemäß Rz 33 RVB kann der AG bei einem ausreichenden Lagerstand des entsprechenden Artikels unmittelbar mit einer Bestellung aus dem Katalog den Auftrag erteilen (Direktabruf).

Ist für den günstigsten Artikel kein ausreichender Lagerstand hinterlegt, so kann der AG Teilmengen entsprechend dem hinterlegten Lagerbestand direkt abrufen. Die Restmenge ist diesfalls an den AN vergeben, der den günstigsten Artikel in der für die Restmenge anwendbaren Mengenstaffel mit einem ausreichend hohen Lagerstand aufweist oder die Verfügbarkeit auf Anfrage bestätigt hat (Rz 40 RVB).

4.2.2 Verstoß gegen die Festlegungen zum "Direktabruf Kaskade"

Gemäß der Bekanntgabe hat der AG insgesamt 15 Mio Stück Antigentest im Rahmen des antragsgegenständlichen Direktabrufs / Zuschlagserteilung abgerufen, sodass davon auszugehen ist, dass der Zuschlagserteilung ein Bedarf von 15 Mio. Stück Antigentests zur österreichweiten Ausgabe in Apotheken zu Grunde lag.

Diesen Bedarf hat der AG rechtswidriger Weise durch den Abruf von 10 Mio Stück XXXX [...] und 5 Mio Stück XXXX gedeckt. Denn [...] Diesen Bedarf hat der AG rechtswidriger Weise durch den Abruf von 10 Mio Stück römisch 40 [...] und 5 Mio Stück römisch 40 gedeckt. Denn [...]

Zusammenfassung

Beim hier gegenständlichen Abruf zu Gunsten der XXXX zur Lieferung vom 15 Mio Schnelltests aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Antigenschnelltests" hat der AG wiederholt gegen § 155 Abs 4 bis 9 BVergG 2018 verstoßen: Beim hier gegenständlichen Abruf zu Gunsten der römisch 40 zur Lieferung vom 15 Mio Schnelltests aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Antigenschnelltests" hat der AG wiederholt gegen Paragraph 155, Absatz 4 bis 9 BVergG 2018 verstoßen:

? Zum einen hat der AG durch die Zulassung / Berücksichtigung der Hinterlegung des im Zuge der Zuschlagserteilung abgerufenen XXXX gegen die Bedingungen der Rahmenvereinbarung verstoßen, weil der XXXX ein eigenständiges Produkt (eigene Device-ID, eigene Konformitätserklärung, eigene Bezeichnung) ist, dass nach unserem Kenntnisstand ursprünglich nicht von XXXX angeboten werden konnte und daher gemäß den Festlegungen der Ausschreibung (Punkt 5.2.2 RVB) und der Fragebeantwortungen nicht im Rahmen eines Katalogupdates hinterlegt hätte werden dürfen. Da Direktabrufe nur durch Abruf von im e-Katalog hinterlegten Produkten zulässig sind, hat der AG durch den Abruf von 5 Mio Stück XXXX gegen die bestandsfesten Bedingungen der Rahmenvereinbarung und damit gegen § 155 Abs 4 BVergG verstoßen. ? Zum einen hat der AG durch die Zulassung / Berücksichtigung der Hinterlegung des im Zuge der Zuschlagserteilung abgerufenen römisch 40 gegen die Bedingungen der Rahmenvereinbarung verstoßen, weil der römisch 40 ein eigenständiges Produkt (eigene Device-ID, eigene Konformitätserklärung, eigene Bezeichnung) ist, dass nach unserem Kenntnisstand ursprünglich nicht von römisch 40 angeboten werden konnte und daher gemäß den Festlegungen der Ausschreibung (Punkt 5.2.2 RVB) und der Fragebeantwortungen nicht im Rahmen eines Katalogupdates hinterlegt hätte werden dürfen. Da Direktabrufe nur durch Abruf von im e-Katalog hinterlegten Produkten zulässig sind, hat der AG durch den Abruf von 5 Mio Stück römisch 40 gegen die bestandsfesten Bedingungen der Rahmenvereinbarung und damit gegen Paragraph 155, Absatz 4, BVergG verstoßen.

? Zum anderen hat das Sozialministerium durch den Abruf von 5 Mio Stück XXXX im Rahmen der Zuschlagserteilung auch gegen die bestandsfesten Bedingungen für Direktabrufe und das Kaskadenprinzip verstoßen: Da XXXX zum Abrufzeitpunkt offenkundig nur 10 Mio Stück XXXX im e-Katalog hinterlegt hatte, hätte das Sozialministerium gemäß Punkt 5.2.3 RVB bei der gebotenen rechtmäßigen Ablehnung / Nicht-Berücksichtigung des XXXX den verbleibenden Bedarf von 5 Mio Antigentests durch Abruf des von uns hinterlegten Tests [...] als den günstigsten Artikel in der für die Restmenge anwendbaren Mengenstaffel mit einem ausreichend hohen Lagerstand vornehmen müssen. Durch den Abruf von 5 Mio Stück XXXX hat das Sozialministerium die Restmenge nicht an den AN vergeben, der den günstigsten (rechtmäßig gelisteten) Artikel in der für die Restmenge anwendbaren Mengenstaffel mit einem ausreichend hohen Lagerstand aufweist und damit abermals gegen die bestandsfesten Bedingungen der Rahmenvereinbarung (insb Rz 40 RVB) und gegen § 155 Abs 4 BVergG verstoßen. Auch aus diesem Grund ist die Zuschlagserteilung daher rechtswidrig. ? Zum anderen hat das Sozialministerium durch den Abruf von 5 Mio Stück römisch 40 im Rahmen der Zuschlagserteilung auch gegen die bestandsfesten Bedingungen für Direktabrufe und das

Kaskadenprinzip verstoßen: Da römisch 40 zum Abrufzeitpunkt offenkundig nur 10 Mio Stück römisch 40 im e-Katalog hinterlegt hatte, hätte das Sozialministerium gemäß Punkt 5.2.3 RVB bei der gebotenen rechtmäßigen Ablehnung / Nicht-Berücksichtigung des römisch 40 den verbleibenden Bedarf von 5 Mio Antigentests durch Abruf des von uns hinterlegten Tests [...] als den günstigsten Artikel in der für die Restmenge anwendbaren Mengenstaffel mit einem ausreichend hohen Lagerstand vornehmen müssen. Durch den Abruf von 5 Mio Stück römisch 40 hat das Sozialministerium die Restmenge nicht an den AN vergeben, der den günstigsten (rechtmäßig gelisteten) Artikel in der für die Restmenge anwendbaren Mengenstaffel mit einem ausreichend hohen Lagerstand aufweist und damit abermals gegen die bestandsfesten Bedingungen der Rahmenvereinbarung (insb Rz 40 RVB) und gegen Paragraph 155, Absatz 4, BVergG verstoßen. Auch aus diesem Grund ist die Zuschlagserteilung daher rechtswidrig.

Beweis:

? [...]

Anträge

Aus all diesen Gründen stellt die Antragstellerin nachstehende

Anträge:

Das Bundesverwaltungsgericht möge

1) feststellen, dass die Zuschlagserteilung vom 28.09.2022 zu Gunsten der XXXX zur Lieferung von 15 Mio Stück Antigentests zur österreichweiten Ausgabe in Apotheken aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Antigenschnelltests" (BBG GZ 3703.03821) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 4 bis 9 BVergG 2018 rechtswidrig war; 1) feststellen, dass die Zuschlagserteilung vom 28.09.2022 zu Gunsten der römisch 40 zur Lieferung von 15 Mio Stück Antigentests zur österreichweiten Ausgabe in Apotheken aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Antigenschnelltests" (BBG GZ 3703.03821) wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 155, Absatz 4 bis 9 BVergG 2018 rechtswidrig war;

in eventu

2) feststellen, dass die Zuschlagserteilung vom 28.09.2022 zu Gunsten XXXX zur Lieferung von 5 Mio Stück XXXX aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Antigenschnelltests" (BBG GZ 3703.03821) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 4 bis 9 BVergG 2018 rechtswidrig war; 2) feststellen, dass die Zuschlagserteilung vom 28.09.2022 zu Gunsten römisch 40 zur Lieferung von 5 Mio Stück römisch 40 aufgrund der Rahmenvereinbarung "SARS-CoV-2 (Covid-19) Antigenschnelltests" (BBG GZ 3703.03821) wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 155, Absatz 4 bis 9 BVergG 2018 rechtswidrig war;

sowie jedenfalls

3) der Antragstellerin Akteneinsicht nach Vorlage des Vergabeakts gewähren und eine mündliche Verhandlung anberaumen

und

der Auftraggeberin auftragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Feststellungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen.

2. In Behandlung des gegenständlichen Feststellungsantrags fanden schriftliche Erörterungen und eine gemeinsam auch für andere vergaberechtliche Feststellungsverfahren durchgeführte mündliche Verhandlung mit Verhandlungsterminen am 09.05.2023 statt, und legte die Auftraggeberseite, also der Bund und die zentrale Beschaffungsstelle und vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH (= BBG) zur Verfahrenszahl W131 2244508-1 ua auch ein Rechtsgutachten eines Universitätsprofessors vor, in welchem dieser Erörterungen ua auch zur Frage der allfälligen Nichtigkeit der gegenständlich streitzentralen Rahmenvereinbarung erstattete, das am 09.05.2023 auch der in diesem Verfahren antragstellenden Partei zur Verfügung gestellt wurde.

2.1. In diesem Rechtsgutachten führt der befasste Universitätsprofessor ua aus:

[...]

Als Ergebnis der vorstehenden Überlegungen lässt sich festhalten:

Die absolute Nichtigkeitssanktion des § 154 Abs 4 BVergG 2018 greift nur, wenn eine Mitteilung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, erfolgt ist und somit der Beginn der Stillhaltefrist ausgelöst wurde. Die absolute Nichtigkeitssanktion des Paragraph 154, Absatz 4, BVergG 2018 greift nur, wenn eine Mitteilung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, erfolgt ist und somit der Beginn der Stillhaltefrist ausgelöst wurde.

Eine solche Mitteilung ist im vorliegenden Sachverhalt nicht erfolgt. Die Erklärung an die einzelnen Bieter, die ein gültiges Angebot gelegt haben, dass mit ihnen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird, ist keine solche Mitteilung sondern äquivalent einer Zuschlagserteilung die Willenserklärung über den Abschluss der Rahmenvereinbarung.

Eine Verletzung der Mitteilungspflicht gemäß § 154 Abs 3 BVergG 2018 ist mit Nichtigkeit
Mitteilungspflicht gemäß Paragraph 154, Absatz 3, BVergG 2018 ist mit Nichtigkeit

bedroht, die im Feststellungsverfahren vor dem Verwaltungsgericht innerhalb der einschlägigen Fristen geltend zu machen ist.

Ob in der konkreten Konstellation

alle Bieter, die ein gültiges Angebot gelegt haben, werden Partner der Rahmenvereinbarung

eine entsprechende Mitteilungspflicht im Sinne des § 154 Abs 3 BVergG 2018 besteht, ist diskutabel. Wortlaut und Systematik des § 154 Abs 3 BVergG 2018 sprechen dafür, dass dies nicht der Fall ist, weil eine solche Mitteilung nur gegenüber den nicht berücksichtigten Bietern zu ergehen hat. Es gibt aber auch Gegenargumente. Der EuGH hat sich bislang zu dieser Frage nicht geäußert, insbesondere auch nicht in der Rechtssache Epic, sodass eine unionsrechtliche Verpflichtung in eine bestimmte Richtung erst angenommen werden kann, wenn eine diesbezügliche Entscheidung des EuGH vorliegt. Bis dahin ist wohl davon auszugehen, dass dem innerstaatlichen Gesetzgeber hier ein gewisser Umsetzungsspielraum zukommt. [...]eine entsprechende Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 154, Absatz 3, BVergG 2018 besteht, ist diskutabel. Wortlaut und Systematik des Paragraph 154, Absatz 3, BVergG 2018 sprechen dafür, dass dies nicht der Fall ist, weil eine solche Mitteilung nur gegenüber den nicht berücksichtigten Bietern zu ergehen hat. Es gibt aber auch Gegenargumente. Der EuGH hat sich bislang zu dieser Frage nicht geäußert, insbesondere auch nicht in der Rechtssache Epic, sodass eine unionsrechtliche Verpflichtung in eine bestimmte Richtung erst angenommen werden kann, wenn eine diesbezügliche Entscheidung des EuGH vorliegt. Bis dahin ist wohl davon auszugehen, dass dem innerstaatlichen Gesetzgeber hier ein gewisser Umsetzungsspielraum zukommt. [...]

2.2. Am 18.01.2023 vertrat die ASt nach einem amtswegigen Vorhalt maW insb folgenden Standpunkt:

2.2.1. Ein Bieter, mit dem - ohne dass zuvor eine Auswahlentscheidung mit der Information, mit wem sonst die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird - nochmalig die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung so wie mit 75 anderen Bietern abgeschlossen wurde, wäre kein nichtberücksichtigter Bieter gemäß § 154 Abs 4 BVergG. 2.2.1. Ein Bieter, mit dem - ohne dass zuvor eine Auswahlentscheidung mit der Information, mit wem sonst die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird - nochmalig die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung so wie mit 75 anderen Bietern abgeschlossen wurde, wäre kein nichtberücksichtigter Bieter gemäß Paragraph 154, Absatz 4, BVergG.

2.2.2. Anders als insb zum BVergG 2006 vertreten wäre im Anwendungsbereich des BVergG 2018 insb unter Bedachtnahme auf die Gesetzesmaterialien dann nicht mehr von absoluter Nichtigkeit auszugehen, wenn auftraggeberseitig vor Rahmenvereinbarungsabschluss gar keine Zuschlagsentscheidung bzw Auswahlentscheidung versandt würde

2.3. Zuletzt trat insb auch die Auftraggeberseite am 09.05.2023 für die Einholung eines Vorabentscheidungsersuchens ein, nachdem der EuGH bereits in der Rs C-274/21 ua auch Aussagen iZm dem Rahmenvereinbarungsabschluss als Vertragsabschluss und damit Zuschlagserteilung gemäß § 2 z 50 BVergG traf. 2.3. Zuletzt trat insb auch die Auftraggeberseite am 09.05.2023 für die Einholung eines Vorabentscheidungsersuchens ein, nachdem der EuGH bereits in der Rs C-274/21 ua auch Aussagen iZm dem Rahmenvereinbarungsabschluss als Vertragsabschluss und damit Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 2, z 50 BVergG traf.

Am 09.05.2023 erstattete die Vertretung der Auftraggeberseite auch ein Vorbringen, wonach eine Auswahlentscheidung getroffen worden wäre, dies wie folgt;

Im konkreten Fall hat der Auftraggeber selbstverständlich eine entsprechende Entscheidung getroffen und diese spätestens mit der Übermittlung der Abschlüsse der Rahmenvereinbarung am 30.03.2021 den am Verfahren beteiligten Unternehmen auch bekannt geworden ist. Da die Angebotsfrist am 16.03.2021 geendet hat, ist die Entscheidung daher nachweislich innerhalb dem in Rz 144 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen festgelegten Zeitraum von 2 Monaten erfolgt. Davon getrennt zu betrachten ist die Bekanntgabe der Auswahlentscheidung gemäß § 154 Abs 3 BVergG 2018. Selbst wenn die Ansicht vertreten werden sollte, dass eine solche Bekanntgabe erforderlich gewesen sein sollte, kann es auf die Bezeichnung der Mitteilung nicht ankommen. Wesentlich wäre nur, dass dem Bieter bekannt geworden ist, mit wem der Auftraggeber die Rahmenvereinbarung abschließen möchte. Im konkreten Fall hat der Auftraggeber selbstverständlich eine entsprechende Entscheidung getroffen und diese spätestens mit der Übermittlung der Abschlüsse der Rahmenvereinbarung am 30.03.2021 den am Verfahren beteiligten Unternehmen auch bekannt geworden ist. Da die Angebotsfrist am 16.03.2021 geendet hat, ist die Entscheidung daher nachweislich innerhalb dem in Rz 144 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen festgelegten Zeitraum von 2 Monaten erfolgt. Davon getrennt zu betrachten ist die Bekanntgabe der Auswahlentscheidung gemäß Paragraph 154, Absatz 3, BVergG 2018. Selbst wenn die Ansicht vertreten werden sollte, dass eine solche Bekanntgabe erforderlich gewesen sein sollte, kann es auf die Bezeichnung der Mitteilung nicht ankommen. Wesentlich wäre nur, dass dem Bieter bekannt geworden ist, mit wem der Auftraggeber die Rahmenvereinbarung abschließen möchte.

2.4. Eine weitere ASt in den am 09.05.2023 verbunden verhandelten weiteren Feststellungsverfahren zu W131 2244508-1 und W131 2247310-1 ging hingegen dabei ausweislich deren dortiger Eingaben, 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.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. 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 BVergG 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 BVergG 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, mitgeteilt, wie in den Absätzen 3 und 4 des § 154 BVergG 2018 vor dem Rahmenvereinbarungsabschluss vorgesehen, es wurde damit auch keine dem § 154 Abs 4 BVergG 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, mitgeteilt, wie in den Absätzen 3 und 4 des Paragraph 154, BVergG 2018 vor dem Rahmenvereinbarungsabschluss vorgesehen, es wurde damit auch keine dem Paragraph 154, Absatz 4, BVergG 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

1.3. Die Auftraggeberseite, also die gegenständlich jedenfalls auch für den Bund handelnde Bundesbeschaffung GmbH, teilte schließlich im gegenständlichen Vergabegeschehen den Abschluss der Rahmenvereinbarung mit 76 UnternehmerInnen mit, worunter sich sowohl die ASt als auch die XXXX , befanden, wobei die ASt mit ihrer Rechtsschutzeingabe evident "Abrufe aus der Rahmenvereinbarung" von dieser letztgenannten Unternehmerin bekämpfen möchte. 1.3. Die Auftraggeberseite, also die gegenständlich jedenfalls auch für den Bund handelnde Bundesbeschaffung GmbH, teilte schließlich im gegenständlichen Vergabegeschehen den Abschluss der Rahmenvereinbarung mit 76 UnternehmerInnen mit, worunter sich sowohl die ASt als auch die römisch 40 , befanden, wobei die ASt mit ihrer Rechtsschutzeingabe evident "Abrufe aus der Rahmenvereinbarung" von dieser letztgenannten Unternehmerin bekämpfen möchte

1.4. Auch die ASt (dieses Verfahrens zu W131 2264464-1) "erhielt" entsprechend den Verhandlungsergebnissen insb am 09.05.2023 "Abrufe aus der Rahmenvereinbarung", zurückgehend auf ihre Angebotslegung zwecks verfahrensfraglichem Rahmenvereinbarungsabschluss.

2. Beweiswürdigung:

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

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 Bauaufträge und das offene Vergabeverfahren im 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 Bauaufträge und das offene Vergabeverfahren im 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 Teilzurückweisung in der Sache ist festzuhalten wie folgt:

3.2.1. Nach 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 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 lauten 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. § 154 Abs 4 BVergG verwendet den Begriff der absoluten Nichtigkeit bei der Rahmenvereinbarung mangels Einhaltung des Prozederes mit vorangehender Auswahlentscheidung und nachfolgender Stillhaltefrist. 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 nachfolgender Stillhaltefrist.

Wenn § 154 Abs 4 BVergG davon spricht, dass der Abschluss der Rahmenvereinbarung bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht vor Ablauf der Stillhaltefrist erfolgen darf und die Stillhaltefrist nach § 154 Abs 4 Satz 2 BVergG erst mit der Mitteilung der in § 154 Abs 3 BVergG vorgesehenen Auswahlentscheidung ex lege beginnt, ist klar, dass die erst nach Auswahlentscheidungsmitteilung ex lege beginnende Stillhaltefrist bereits abgelaufen sein muss, wenn die Rahmenvereinbarung nicht absolut nichtig sein soll. Wenn Paragraph 154, Absatz 4, BVergG davon spricht, dass der Abschluss der Rahmenvereinbarung bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht vor Ablauf der Stillhaltefrist erfolgen darf und die Stillhaltefrist nach Paragraph 154, Absatz 4, Satz 2 BVergG erst mit der Mitteilung der in Paragraph 154, Absatz 3, BVergG vorgesehenen Auswahlentscheidung ex lege beginnt, ist klar, dass die erst nach Auswahlentscheidungsmitteilung ex lege beginnende Stillhaltefrist bereits abgelaufen sein muss, wenn die Rahmenvereinbarung nicht absolut nichtig sein soll.

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. 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 mit mehreren Unternehmern die Bedingungen für künftige entgeltliche Einzelaufträge festlegt und damit paradigmatisch ein entgeltsfremdes mehrseitiges 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 I 14, Rz 381 mwN in den dortigen FN 108 und 109.

Es ist insoweit hier von der ex tunc vorliegenden und ex offo 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 (nur) in Bezug auf - existente - Rahmenvereinbarungen möglich erscheint. Es ist insoweit hier von der ex tunc vorliegenden und ex offo 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 (nur) 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 RL 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 RL 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 Sechundsiebzigtel berücksichtigt wurde und daher zu 75 Sechundsiebzigtel eben 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 Sechundsiebzigtel berücksichtigt wurde und daher zu 75 Sechundsiebzigtel eben 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/Mitteilung 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/Mitteilung 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 gesetzeskonformer Auswahlentscheidung samt damit mangels gemäß § 154 Abs 4 BVergG 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 denkmöglich positive Feststellung gemäß § 334 Abs 3 Z 5 BVergG bzw gemäß § 353 Abs 1 Z 4 BVergG ist. 3.2.7. Mangels im Anlasssachverhalt vorangehender gesetzeskonformer Auswahlentscheidung samt damit mangels gemäß Paragraph 154, Absatz 4, BVergG 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 denkmöglich positive Feststellung gemäß Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG bzw gemäß Paragraph 353, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG ist.

Insoweit war mangels im Anlasssachverhalt existenter Rahmenvereinbarung der hier erledigte Feststellungsantrag im Haupt- und Eventualbegehren zurückzuweisen, da die ASt ihr Rechtsschutzbegehren aus einer Rahmenvereinbarung ableitet, die wirksam noch gar nicht existiert.

3.2.7.1. Entgegen der mitunter vorgetragenen Auffassung der Auftraggeberseite ersetzt dabei die Mitteilung bzw Bekanntmachung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung nicht das iSd gebotenen 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 Auftraggeberseite ersetzt dabei die Mitteilung bzw Bekanntmachung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung nicht das iSd gebotenen 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 in das Verfahren eingebrachten Gutachtens eines Universitätsprofessors 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 entsprechend damit ausgelöster Stillhaltefrist an noch nicht endgültig ausgeschiedene Bieter 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 (= die ASt) eben noch nicht weiß, mit welchen Konkurrenten sie sich künftig - mitunter ohne Primärrechtsschutz gemäß § 155 Abs 4 Z 1 BVerfG - im Vergabewettbewerb auf "Abrufsebene" befindet. ja noch immer in der Situation befindet, in der sie (= die ASt) eben noch nicht weiß, mit welchen Konkurrenten sie sich künftig - mitunter ohne Primärrechtsschutz gemäß Paragraph 155, Absatz 4, Ziffer eins, BVerfG - 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 BVerfG 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, BVerfG 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 BVerfG 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 BVerfG 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, BVerfG 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, BVerfG zur Bewirkung einer noch nicht erfolgten Auswahl- bzw Widerrufsentscheidung zu drängen.

Es waren weiters auch keine Erörterungen mehr notwendig, insoweit zurückzuweisen wäre, als die Auftraggeberseite im Verfahren va in einem Schriftsatz die Auffassung vertrat, dass sich die ASt nicht an den exakten Wortlaut der im Gesetz vertypten zulässigen Feststellungsbegehren gehalten hat, während nach der Rsp des VwGH zu § 13 AVG einem Anbringen kein vorab sinnloser Inhalt zu unterstellen ist, so zB VwGH 20.06.2023, Ra 2022/03/0190, zumal im Gesetz selbst in dem mit "Zuständigkeit" überschriebene § 334 Abs 3 Z 5 BVerfG den § 155 Abs 4 BVerfG als einen Maßstab für Feststellungen vorsieht, in dem mit "Einleitung des Feststellungsverfahrens" überschriebenen § 353 Abs 1 Z 4 BVerfG hingegen die Aufzählung der insoweit als Rechtswidrigkeitsmaßstab dienenden Gesetzesbestimmungen erst mit § 155 Abs 5 BVerfG beginnt. Es waren weiters auch keine Erörterungen mehr notwendig, insoweit zurückzuweisen wäre, als die Auftraggeberseite im Verfahren va in einem Schriftsatz die Auffassung vertrat, dass sich die ASt nicht an den exakten Wortlaut der im Gesetz vertypten zulässigen Feststellungsbegehren gehalten hat, während nach der Rsp des VwGH zu Paragraph 13, AVG einem Anbringen kein vorab sinnloser Inhalt zu unterstellen ist, so zB VwGH 20.06.2023, Ra 2022/03/0190, zumal im Gesetz selbst in dem mit "Zuständigkeit" überschriebene Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer 5, BVerfG den Paragraph 155, Absatz 4, BVerfG als einen Maßstab für Feststellungen vorsieht, in dem mit "Einleitung des Feststellungsverfahrens" überschriebenen Paragraph 353, Absatz eins, Ziffer 4, BVerfG hingegen die Aufzählung der insoweit als Rechtswidrigkeitsmaßstab dienenden Gesetzesbestimmungen erst mit Paragraph 155, Absatz 5, BVerfG beginnt.

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 erscheint es als solche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, inwieweit eine als abgeschlossen vorgebrachte Rahmenvereinbarung mangels vorangehender Versendung einer Auswahlentscheidung gemäß § 154

Abs 3 BVergG gemäß § 154 Abs 4 BVergG absolut nichtig ist und insoweit in weiterer Folge ein Feststellungsbegehren gemäß § 334 Abs 3 Z 5 BVergG daher zurückzuweisen ist, zumal es dann an einer Rahmenvereinbarung mangelt, die in § 155 Abs 4 bis Abs 9 BVergG iVm § 334 Abs 3 Z 5 BVergG für den Rechtsschutz vorausgesetzt wird. Gegenständlich erscheint es als solche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, inwieweit eine als abgeschlossen vorgebrachte Rahmenvereinbarung mangels vorangehender Versendung einer Auswahlentscheidung gemäß Paragraph 154, Absatz 3, BVergG gemäß Paragraph 154, Absatz 4, BVergG absolut nichtig ist und insoweit in weiterer Folge ein Feststellungsbegehren gemäß Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG daher zurückzuweisen ist, zumal es dann an einer Rahmenvereinbarung mangelt, die in Paragraph 155, Absatz 4 bis Absatz 9, BVergG in Verbindung mit Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG für den Rechtsschutz vorausgesetzt wird.

Schlagworte

Angebotsabänderung Ausschreibung Ausschreibungskriterien Befugnis beurteilt am Auftragsgegenstand bestandfeste Ausschreibung Bindung an Ausschreibungsunterlagen Datenermittlung Feststellungsantrag Feststellungsverfahren mündliche Verhandlung objektiver Erklärungswert Pandemie Preisnachlass Rahmenvereinbarung Rechtswidrigkeit Vergabeverfahren Zurückweisung Zuschlagserteilung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2023:W131.2264464.1.00

Im RIS seit

12.09.2023

Zuletzt aktualisiert am

12.09.2023

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at