

TE Bvwg Beschluss 2023/8/3 W131 2244508-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.08.2023

Entscheidungsdatum

03.08.2023

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 2244508-1/98Z

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 Bundesbeschaffung GmbH, beide 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 römisch 40 durch die Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung und Bundesbeschaffung GmbH, beide vertreten durch die Finanzprokurator, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung beschlossen:

A)

Das am 19.07.2021 zweitvorgetragene Feststellungsbegehren,

„das Bundesverwaltungsgericht möge 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,“ „das Bundesverwaltungsgericht möge 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,“

wird zurückgewiesen,

dies unter Vorbehalt der gesonderten Erledigung des erstvorgetragenen Feststellungsbegehrens, gemäß § 334 Abs 3 Z 1 BVergG feststellen, dass der Zuschlag vom XXXX 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. dies unter Vorbehalt der gesonderten Erledigung des erstvorgetragenen Feststellungsbegehrens, gemäß Paragraph 334, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG feststellen, dass der Zuschlag vom römisch 40 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.

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 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 XXXX 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 römisch 40 bei der Zuschlagsempfängerin Schnelltests der Marke [...] mit einem Auftragswert in Höhe von römisch 40, -- abgerufen. Obwohl [...].

Beweis: Bekanntgabe des Abrufes aus der Rahmenvereinbarung vom XXXX (Anlage ./E); Beweis: Bekanntgabe des Abrufes aus der Rahmenvereinbarung vom römisch 40 (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 XXXX (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 römisch 40 (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 ausrei-chende 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 BVerfG 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 BVerfG 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 Antigentests 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 Selbstanwendung bzw. zur Unionsrechtswidrigkeit von § 323c Abs. 18 BAO idF BGBl 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 iVm Art. 9 Abs. 1 IVD-RL iVm Anhang III Nr. 6 IVD-RL sowie die Unionsrechtskonformität des § 323c Abs. 18 BAO idF BGBl 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 Selbstanwendung 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 (= AG), 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.

2.1. In dem Rechtsgutachten gemäß OZ 77 führt der von der AG 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
Eine Verletzung der 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. Zuletzt trat insb auch die Auftraggeberseite am 09.05.2023 für die Einholung eines Vorabentscheidungsersuchens ein, nachdem während des gegenständlichen Verfahrensgeschehens vom EuGH ua auch das Vorabentscheidungsverfahren des EuGH in der Rs C-274/21 ua erledigt wurde, in welchem der EuGH ua auch Aussagen iZm Rahmenvereinbarungsabschluss und Zuschlagserteilung 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.

2.3. 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 gemäß § 354 Abs 4 BVergG vorgebracht. 2.4. Die Auftraggeberseite hat im Verfahrensgeschehen mehrfach die Zurückweisungsnotwendigkeit der gestellten Feststellungsbegehren gemäß Paragraph 354, Absatz 4, BVergG vorgebracht.

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, versandt, wie in den Absätzen 3 und 4 des § 154 BVergG 2018 vor dem Rahmenvereinbarungsabschluss vorgesehen, es wurde 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, versandt, wie in den Absätzen 3 und 4 des Paragraph 154, BVergG 2018 vor dem Rahmenvereinbarungsabschluss vorgesehen, es wurde 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 derjenige Apothekenbetreiber aus Deutschland befanden, der nach einem "Abruf aus der Rahmenvereinbarung" im oben teilweise wiedergegebenen Feststellungsantrag 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.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und der entscheidungserhebliche Sachverhalt ergeben sich unstrittig aus dem Parteivortrag 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.

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 Sondervorfahrsvorschriften 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 Sondervorfahrsvorschriften 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.

Die Teilerledigung eines einzelnen Feststellungsbegehrens unter Vorbehalt der restlichen Erledigung in einem anderen Entscheidung gründet sich dabei auf den gemäß § 333 BVergG anwendbaren § 59 Abs 1 AVG idF BGBl I 2023/88, der insoweit im dritten Satz lautet: Die Teilerledigung eines einzelnen Feststellungsbegehrens unter Vorbehalt der restlichen Erledigung in einem anderen Entscheidung gründet sich dabei auf den gemäß Paragraph 333, BVergG anwendbaren Paragraph 59, Absatz eins, AVG in der Fassung BGBl römisch eins 2023/88, der insoweit im dritten Satz lautet:

Läßt der Gegenstand der Verhandlung eine Trennung nach mehreren Punkten zu, so kann, wenn dies zweckmäßig erscheint, über jeden dieser Punkte, sobald er spruchreif ist, gesondert abgesprochen werden.

Mangels bisheriger Spruchreife betreffend das erstvorgetragene Feststellungsbegehren war daher wegen Trennbarkeit der Aussprüche gegenständlich jedenfalls einmal über das zweitvorgetragene Feststellungsbegehren abzusprechen.

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 lauten 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 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 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 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 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 offo 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 offo 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 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. 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 BVergG 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, BVerG 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 BVerG. 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, BVerG.

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 BVerG - im Vergabewettbewerb auf "Abrufsebene" befindet. 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, BVerG - 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 BVerG 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, BVerG den Zuschlag als klassischen Vertragsabschluss iSd Paragraphen 861 f, 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 BVerG 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 BVerG 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, BVerG 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, BVerG zur Bewirkung einer noch nicht erfolgten Auswahl- bzw Widerrufsentscheidung zu drängen.

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 Preisvergleich Rahmenvereinbarung Rechtswidrigkeit Unionsrecht Vergabeverfahren Zurückweisung Zuschlagserteilung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2023:W131.2244508.1.00

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