

TE Bvwg Erkenntnis 2016/8/31 W149 2123690-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.08.2016

Entscheidungsdatum

31.08.2016

Norm

ABGB §914
BVerG 2006 §125
BVerG 2006 §13 Abs1
BVerG 2006 §13 Abs3
BVerG 2006 §13 Abs4
BVerG 2006 §150
BVerG 2006 §151
BVerG 2006 §152
BVerG 2006 §19 Abs1
BVerG 2006 §19 Abs4
BVerG 2006 §2 Z16 lita sublitii
BVerG 2006 §2 Z20 litc
BVerG 2006 §20 Abs5
BVerG 2006 §22
BVerG 2006 §25
BVerG 2006 §291
BVerG 2006 §292 Abs1
BVerG 2006 §3
BVerG 2006 §318 Abs1
BVerG 2006 §319
BVerG 2006 §32
BVerG 2006 §320 Abs1
BVerG 2006 §321 Abs1
BVerG 2006 §321 Abs4
BVerG 2006 §322
BVerG 2006 §325 Abs1
BVerG 2006 §74 Abs1
BVerG 2006 §78
BVerG 2006 §90

BVergG 2006 §96 Abs1

BVergG 2006 §96 Abs3

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 150 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 150 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 151 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 151 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 152 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 152 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

1. BVergG 2006 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 90 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 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 § 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

Spruch

W149 2123690-2/39E

W149 2124593-2/31E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Dr. Rita-Maria KIRSCHBAUM als Vorsitzende sowie Dr. Walter FUCHS als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Manfred MÜLLNER als fachkundige Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Hygienepapier (BBG-interne GZ: 4805.02603)" der Republik Österreich (Bund), der Bundesbeschaffung GmbH (BBG) sowie weiterer Auftraggeber gemäß Drittliste, alle vertreten durch die vergebende Stelle BBG, über die Anträge der XXXX, unter Mitbeteiligung der XXXX, sowie der XXXX, die Ausschreibung zur Gänze oder in eventu Teile derselben für nichtig zu erklären, wie folgt entschieden: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Dr. Rita-Maria KIRSCHBAUM als Vorsitzende sowie Dr. Walter FUCHS als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Manfred MÜLLNER als fachkundige Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Hygienepapier (BBG-interne GZ: 4805.02603)" der Republik Österreich (Bund), der Bundesbeschaffung GmbH (BBG) sowie weiterer Auftraggeber gemäß Drittliste, alle vertreten durch die vergebende Stelle BBG, über die Anträge der römisch 40, unter Mitbeteiligung der römisch 40, sowie der römisch 40, die Ausschreibung zur Gänze oder in eventu Teile derselben für nichtig zu erklären, wie folgt entschieden:

A) Der Antrag auf gänzliche, hilfsweise teilweise Nichtigklärung

der Ausschreibung wird abgewiesen.

B) Der Antrag auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeber binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution wird abgewiesen.

C) Die ordentliche Revision ist zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgangrömisch eins. Verfahrensgang

Der Bund, die Bundesbeschaffung GmbH (BBG) sowie in einer Drittliste festgehaltene weitere Drittkunden (Dienststellen des Bundes und weitere Institutionen), alle vertreten durch die BBG (im Folgenden vereinfacht: die Antragsgegnerin) beabsichtigen Hygienepapier verschiedener Art zu beschaffen.

1. Vergabeverfahren

Zu diesem Zwecke schrieb die Antragsgegnerin den Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens mit vorheriger österreich- und EU-weiter Bekanntmachung (am 22.02.2016 bzw. 24.02.2016) im Oberschwellerbereich nach dem Bestbieterprinzip aus.

Die Angebotsfrist sollte ursprünglich am 13.04.2016 enden.

Im Rahmen des Verfahrens erfolgten mehrere Bieteranfragen, welche auch von der XXXX (im Folgenden: die Antragstellerin) gestellt wurden. Im Rahmen des Verfahrens erfolgten mehrere Bieteranfragen, welche auch von der römisch 40 (im Folgenden: die Antragstellerin) gestellt wurden.

Am 24.03.2016 wurde die 1. Anfragebeantwortung und eine 1. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben; mit letzterer wurde die ua. die Angebotsfrist verlängert.

Am 05.04.2016 wurde den potentiellen Bietern eine 2. Anfragebeantwortung und eine 2. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen elektronisch bekannt gegeben.

Am 26.07.2016 wurde - während des gerichtlichen Verfahrens - eine Information an die Bieter und an versandt bekannt gegeben, mit der die Angebotsfrist auf den 29.07.2016 verlängert wurde.

2. Gerichtliches Verfahren

Am 29.03.2016 langte der erste Antrag der Antragstellerin ein, mit dem sie begehrte,

a) das Bundesverwaltungsgericht möge

1. eine mündliche Verhandlung anberaumen;

2. nach Durchführung derselben die Ausschreibung samt all ihren Unterlagen für das Vergabeverfahren Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens gemäß Bundesvergabegesetz 2006 betreffend Lieferung für Hygienepapier (internes Geschäftszeichen der BBG: GZ. 4805.02603) für nichtig erklären,

in eventu

die für die Antragstellerin diskriminierende Anforderungen bzw. technisch unmöglichen Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen streichen,

3. der Antragstellerin Akteneinsicht gewähren,

4. den Auftraggebern auftragen, der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühr für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

b) eine näher bezeichnete einstweilige Verfügung erlassen und die dafür entrichteten Gebühren den Auftraggebern auferlegen.

Mit Beschluss vom 06.04.2016 erließ das Bundesverwaltungsgericht unter der Gz. W149 2123690-1/2E die beantragte einstweilige Verfügung mit der die Angebotsfrist bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens über den Hauptantrag verlängert wurde.

Das Verfahren betreffend den Hauptantrag wird unter der Gz. W149 2123690-2 geführt.

Zur Begründung des Hauptantrages führte die Antragstellerin im Wesentlichen an, die Ausschreibungsunterlagen seien nicht gesetzeskonform, weil eines der Eignungskriterien (Mindestumsatz) unsachlich und diskriminierend sei, die gegenständliche Rahmenvereinbarung rechtsmissbräuchlich und sachlich nicht gerechtfertigt sei, die Angebote nicht kalkulierbar und nicht vergleichbar seien, der derzeitige Auftragnehmer entgegen dem Gleichbehandlungsgebot

bevorzugt sei, die Ausschreibungsunterlage eine unzureichende Leistungsbeschreibung und eine unsachliche Regelung in Bezug auf bestimmte Rabatte enthalte, die Angebotsfrist zum Nachweis bestimmter technischer Spezifikationen zu kurz sei und schließlich die fehlende Unterteilung in Lose diskriminierend sei.

Am selben Tag erfolgte die Veröffentlichung auf der Homepage des Bundesverwaltungsgerichts und der Antragsgegnerin wurde der Antrag zur Stellungnahme übermittelt.

Am 04.04.2016 langte die von der Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühr beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Mit Schriftsätzen vom 05. und 07.04.2016 brachten die mitbeteiligten Parteien "begründete Einwendungen".

In weiterer Folge wurden alle Schriftsätze den jeweils anderen Parteien übermittelt und Stellungnahme abgegeben.

Mit Antragschrift vom 13.04.2016 brachte die Antragstellerin einen weiteren Antrag ein, mit dem sie sich im Wesentlichen gegen die 2. Berichtigung vom 05.04.2016 (siehe oben 0) richtete und beantragte,

a) das Bundesverwaltungsgericht möge

1. eine mündliche Verhandlung anberaumen;

1. 2.Ziffer 2

nach Durchführung derselben die Ausschreibung in der Fassung der

2. 2.Ziffer 2

Berichtigung samt all ihren Unterlagen für das Vergabeverfahren Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens gemäß BVergG 2006 betreffend Lieferung für Hygienepapier (internes Geschäftszeichen der BBG: Gz. 4805.02603) für nicht erklären;

in eventu

die für die Antragstellerin diskriminierenden Anforderungen bzw. technisch unmöglichen Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen streichen;

3. der Antragstellerin Akteneinsicht gewähren;

4. den Auftraggebern auftragen, der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühr für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

b) eine näher bezeichnete einstweilige Verfügung erlassen und die dafür entrichteten Gebühren den Auftraggebern auferlegen.

Mit Beschluss vom 21.04.2016 erließ das Bundesverwaltungsgericht unter der Gz. W149 2124593-1/2E die beantragte einstweilige Verfügung mit der die Angebotsfrist bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens über diesen Antrag verlängert wurde.

Das Verfahren betreffend den Hauptantrag wird unter der Gz. W149 2124593-2 geführt.

In weiterer Folge wurden alle Stellungnahmen in beiden Hauptverfahren den jeweils anderen Parteien zur Stellungnahme übermittelt.

Die Verfahren W149 2123690-2 und W149 2124593-2 wurden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Am 29.06.2016 fand nach einer Beratung der Vorsitzenden mit den fachkundigen Laienrichtern eine mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Senat statt, an der neben den rechtsfreundlichen Vertretern der Parteien Zeugen teilnahmen und einvernommen wurden. Im Zuge der Verhandlungen wurden verschiedene weitere Dokumente als Beweismittel der Antragstellerin in das Verfahren eingebracht und den anderen Parteien - soweit dem nicht Interessen an der Geheimhaltung von Geschäftsinteressen entgegenstanden oder diese den Parteien bereits bekannt waren, zur Kenntnis gebracht.

Der in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweisantrag der Antragstellerin betreffend die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet der Betriebswirtschaft zum Beweis dessen, dass eine Kalkulation der Preise auf der Basis der Umsätze der letzten acht Jahre - anstelle der bisher zur Verfügung stehenden drei Jahre - wird abgewiesen. Eines solchen Beweises bedurfte es zur Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes nicht.

Dem Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht in die Berechnung für die Schätzung des Gesamtauftragswertes der gegenständlichen Ausschreibung wird nicht stattgegeben, weil der Sachverhalt aufgrund der nachvollziehbaren Darlegung der Berechnung insoweit feststeht. Eine Einsicht in die genauen Berechnungen würde darüber hinaus die Geschäftsinteressen der Antragsgegnerin beeinträchtigen und eine Bevorzugung der Antragstellerin als Bieterin gegenüber anderen potentiellen Bietern bedeuten.

Der erkennende Senat hat am heutigen Tag beraten und das vorliegende Erkenntnis einstimmig beschlossen.

II. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt römisch zwei. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

1. Beweismittel

Das Bundesverwaltungsgericht hat für die Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts folgende Beweismittel verwendet.

1.1. Auszug aus den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen

(A) Allgemeine Ausschreibungsbedingungen

4 Das Vergabeverfahren

4.1 Rechtliche Grundlagen und Art des Vergabeverfahrens

15 Der Abschluss der Rahmenvereinbarung erfolgt nach Durchführung eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG 2006 in der jeweils geltenden Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen.

16 Die aktuelle Fassung des Bundesvergabegesetzes ist auf der Web-Site des Bundeskanzleramtes <http://www.ris.bka.qv.at> abrufbar.

4.2 Ausschreibungsunterlagen

17 Die Ausschreibungsunterlagen bestehen aus

- diesen Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen
- den Angebotsblättern
- den Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (Rahmenvereinbarung) samt Beilagen
- dem Angebotsanschreiben samt Bietererklärungen
- dem ausfüllbaren Fahrplan / Checkliste
- dem Formblatt Subunternehmer
- dem Formblatt Statistische Information
- dem Muster Verpflichtungserklärung Subunternehmer
- der Drittkundenliste der BBG (Anhang 1)
- dem Formblatt "Erklärung Papierfaser"
- der Beilage 1 Kriterien Gebrauchstauglichkeit
- der Beilage 2 Berechnungsbeispiele für Wertsicherungsrechner
- der Beilage 3 Gewichtung Beispiel
- der Beilage 4 Bedarfe nach PLZ
- der Beilage 5 Umwelt

6. Eignungskriterien

6.4 Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

6.4.1 Allgemeines

67 Der Bieter muss die für die Erbringung der Leistung erforderliche finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufweisen.

68 Das Mindestniveau der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen ist gegeben, wenn zumindest folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

6.4.2 Gesamtjahresumsatz

69 Für die Erbringung der Leistungen hat der Bieter einen durchschnittlichen Gesamtjahresumsatz in jedem der letzten drei Geschäftsjahre (exkl. USt) in der Höhe von zumindest EUR 8.070.000,00 aufzuweisen.

70 Bei Arbeits- und Bietergemeinschaften gilt der kumulierte Umsatz. Im Fall von verbundenen Unternehmen sind die Umsätze zu konsolidieren (die Innenumsätze - also die zwischen den verbundenen Unternehmen erzielten Umsätze - sind zu eliminieren, soweit Doppelzählungen vorliegen). Sofern ein bietendes Unternehmen weniger als drei Jahre besteht, gilt das Zwölfwache des durchschnittlichen Monatsumsatzes seit Bestand des bietenden Unternehmens.

6.4.3 Nachweis Gesamtjahresumsatz

71 Zum Nachweis hierfür hat der Bewerber den Gesamtjahresumsatz im "Formblatt Eignung" anzugeben und hat dieser die nachstehenden Urkunden und Erklärungen vorzulegen:

- eine Erklärung über den durchschnittlichen Gesamtjahresumsatz der letzten drei Geschäftsjahre; sofern das Unternehmen des Bieters weniger als drei Jahre besteht, eine Erklärung über den durchschnittlichen Gesamtumsatz pro Jahr seit seinem Bestehen, und
- auf Verlangen des Auftraggebers die Bilanz samt Anhang des letzten Geschäftsjahres, sofern diese im Herkunftsland des Unternehmers zur Veröffentlichung vorgeschrieben sind.

9 Bewertung

9.1 Zuschlagskriterien

145 Die Bewertung erfolgt nach dem Bestbieterprinzip unter Zugrundelegung folgender Zuschlagskriterien, die Rahmenvereinbarung wird daher mit jenem nicht auszuscheidenden Bieter geschlossen, dessen Angebot insgesamt die höchste Punktezahl erreicht hat.

146 Folgende Zuschlagskriterien werden wie folgt bewertet:

Kriterium

Max. Punkte

Gesamtpreis

65

Umweltkriterien

15

Übererfüllung der Gebrauchstauglichkeit

30

Rabatt für Großbestellungen

5

9.2

Zuschlagskriterium "Gesamtpreis"

147 Bewertet wird bei diesem Zuschlagskriterium der Gesamtpreis, welcher aus der Summe des vom Bieter angebotenen Preises "Hygienepapier" und des vom Bieter angebotenen Preises "Spender" sowie des vom Bieter angebotenen Preises "Spendermontage" gebildet wird.

148 Von den Angeboten, die nicht auszuscheiden waren, erhält dasjenige mit dem niedrigsten bewertungsrelevanten Gesamtpreis die maximal möglichen 65,00 Punkte für dieses Kriterium. Die weiteren Angebote werden anhand der untenstehenden Formel bewertet.

(B) Kommerzielle Ausschreibungsbedingungen - Rahmenvereinbarung

4 Vereinbarungsgegenstand

4.1 Ziel dieser Rahmenvereinbarung

12 Gegenstand dieser Rahmenvereinbarung ist die Lieferung von Hygienepapier für öffentliche Auftraggeber nach den Bestimmungen gemäß Punkt 2 dieser Vereinbarung.

4.1.1 Produkte und Mengengerüst

13 Die Rahmenvereinbarung umfasst die Lieferung von Hygienepapier aller Art (WC-Papier, Papierhandtücher in verschiedenen Faltungen, Rollenhandtuchpapier Küchenrollen, Allzweckpapierrollen, Wischtücher, Servietten) sowie Lieferung und Montage der jeweils entsprechenden Spender und zwar österreichweit mit einem maximalen Abrufwert von 24.210.000,00 Euro (exkl. USt).

14 Die Anzahl der zu erwartenden Lieferungen und der Wert der zu liefernden Hygienepapiere samt Spendern sind zugeordnet nach Postleitzahlen der Beilage 4 "Bedarfe nach PLZ" zu entnehmen. Diese Daten beruhen auf Erfahrungswerte der BBG des Jahres 2015 und stellen Schätzmengen dar. Es ist jedoch zu erwarten, dass sich auf Grund der Eigenart der ausgeschriebenen Leistung das Abrufverhalten der Auftraggeber nicht wesentlich verändern wird.

15 Die detaillierte Leistungsbeschreibung der einzelnen Produkte ist in den Angebotsblättern definiert.

16 Die Auftraggeber sind nicht verpflichtet die gegenständlichen Leistungen auf Grundlage dieser Rahmenvereinbarung zu beschaffen.

4.1.2 Spezifikationen

17 Die Produkte müssen zumindest die im Angebot vorgenommenen Artikelangaben (wie Hersteller, Hersteller Nummer, etc.), die technischen Spezifikationen (wie Größe, Lagen, Laufmeter, etc.), die Kriterien der Gebrauchstauglichkeit und die Umweltkriterien, die einerseits als Musskriterien festgelegt wurden und andererseits der Auftragnehmer im jeweiligen Angebotsblatt darüber hinaus angeboten hat, über die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung erfüllen.

18 Die jeweils ausgelieferten Produkte haben über die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung dieser Spezifikation und auch den Eigenschaften der im Zuge der Angebotslegung vorgelegten Mustern zu entsprechen.

4.1.3 Spender bzw. Spendersysteme

19 Der Auftragnehmer hat für die Produkte, für die Spender zwingend anzubieten waren, geeignete Spender zu den im jeweiligen Angebotsblatt angebotenen Konditionen zu liefern und zu montieren.

20 Ab Beauftragung einer Spendermontage ist die Montage innerhalb von 7 Werktagen durch den Auftragnehmer durchzuführen.

21 Für die Montagekosten (inkl. etwaiger Demontage der vorhandenen Spender) und Fahrtkosten pro Montagetermin/Dienststellenbesuch darf der Auftragnehmer die folgenden Beträge verrechnen:

- -Strichaufzählung
Montage € 5,45 exkl. USt, pro Spender
- -Strichaufzählung
Fahrtkostenpauschale Landeshauptstadt € 32,70 exkl. USt,
- -Strichaufzählung
Fahrtkostenpauschale außerhalb der Landeshauptstädte € 54,50 exkl. USt.

22 Sofern innerhalb eines Montagetermins mehrere Spender montiert werden, ist es ist nicht zulässig, die Fahrtkosten jeweils pro Spender zu berechnen. Pro Montagetermin und Dienststelle sind maximal 35 Spender zu montieren.

5.2 Zuschlag für Leistungen aus dieser Rahmenvereinbarung

5.2.1 Konkret spezifizierter Warenkorb - Kernwarenkorb

26 Die jeweiligen konkreten Zuschläge hinsichtlich der auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge werden hinsichtlich des Kernwarenkorb unmittelbar dem auf Grund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung gelegtem Angebot erteilt (Konkret spezifizierter Warenkorb - Kernwarenkorb).

27 Sollte ein Produkt aus dem Kernwarenkorb vorübergehend nicht lieferbar bzw. gänzlich nicht mehr verfügbar sein, ist der Auftragnehmer nach Rücksprache und Freigabe durch die BBG verpflichtet, solche Produkte durch Gleichwertige zu ersetzen.

28 Für das jeweilig ausgetauschte Produkt gilt der im ursprünglichen Angebot angebotene - allenfalls gemäß Punkt 8.2 bereits wertgesicherte - Preis (Einheitspreis) als vereinbart.

29 Ein solcher Austausch von Produkten ist ausschließlich nach vorheriger Rücksprache mit der BBG und schriftlicher vorheriger Genehmigung durch die BBG möglich. Ein Austausch von Produkten aus dem Kernwarenkorb kann nur aus triftigen, nachvollziehbaren und vom Auftragnehmer zu belegenden Gründen erfolgen (zB. Insolvenz eines Zulieferers oder Einstellung der Produktion des Artikels von Seiten des industriellen Zulieferers). Auslistungen bzw. Sortimentsänderungen aufgrund Produktionsänderungen des industriellen Zulieferers sind auf Aufforderung durch die BBG vom Zulieferer zu bestätigen.

30 Die BBG prüft in weiterer Folge den geplanten Austausch und wird die Zustimmung bei Gleichwertigkeit des Produktes und Nachvollziehbarkeit der Produktänderung nicht unbillig verwehren.

5.2.2 Restlicher Warenkorb

31 Die jeweiligen konkreten Zuschläge hinsichtlich der auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge betreffend die übrigen, derzeit noch nicht konkretisierten, sonstigen Hygienepapiere und Spender ("Restlicher Warenkorb") werden erst nach Vervollständigung, Abänderung oder Konkretisierung des jeweiligen Angebotes nach den in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung ursprünglich genannten Bedingungen erteilt.

32 Die angebotenen Rabattsätze betreffend Großbestellungen hat der Auftragnehmer auch in diesem Fall zu gewähren.

8 Entgelt und Zahlungsbedingungen

8.1 Entgelt

8.1.1 Kernwarenkorb

97 Als Entgelt gilt für Aufträge gemäß Randziffer 26 jener Preis sowie jene angebotenen Rabatte für Großbestellungen als vereinbart, der sich aus dem am besten bewerteten Angebot auf Grundlage der konkreten Bedingungen dieser Rahmenvereinbarung ergibt.

98 Der zugeschlagene Preis ist jener Preis, der im e-Shop Katalog zum Zeitpunkt der Bestellung angegeben war. Im e-Shop darf der Auftragnehmer maximal jenen Preis hinterlegen, der sich aus dem ursprünglichen Angebot für den Abschluss der Rahmenvereinbarung unter Berücksichtigung der folgenden Indexanpassung ergibt.

99 Der Preis erhöht sich um die österreichische Umsatzsteuer in der jeweils gültigen Höhe, sofern der Auftragnehmer nach den jeweils gültigen gesetzlichen Bestimmungen verpflichtet ist, diese Umsatzsteuer dem Auftraggeber in Rechnung zu stellen.

100 Der Preis ist jeweils ein Pauschalpreis, der insbesondere alle Nebenleistungen und sonstigen Leistungen umfasst, auch wenn sie in dieser Rahmenvereinbarung nicht gesondert aufgeführt sind, aber zur Herbeiführung des vertraglichen Leistungserfolges erforderlich sind.

8.1.2 Restwarenkorb

101 Als Entgelt gilt für Aufträge gemäß Randziffer 31 der angebotene Preis nach Vervollständigung, Konkretisierung, Abänderung oder Verbesserung des Angebotes als vereinbart, wobei auch diesfalls die angebotenen Rabatte betreffend die Großbestellung zu gewähren sind.

102 Der Preis erhöht sich um die österreichische Umsatzsteuer in der jeweils gültigen Höhe, sofern der Auftragnehmer nach den jeweils gültigen gesetzlichen Bestimmungen verpflichtet ist, diese Umsatzsteuer dem Auftraggeber in Rechnung zu stellen.

103 Der Preis ist jeweils ein Pauschalpreis, der insbesondere alle Nebenleistungen und sonstigen Leistungen umfasst, auch wenn sie in dieser Rahmenvereinbarung nicht gesondert aufgeführt sind, aber zur Herbeiführung des vertraglichen Leistungserfolges erforderlich sind.

8.2 Preisanpassung

104 Sämtliche vom jeweiligen Auftragnehmer angebotenen Preise sind für Bestellungen in den ersten 12 Monate nach Ablauf der Angebotsfrist unveränderliche Preise (= Festpreise). Nach Ende der Festpreisperiode gilt folgende Indexanpassung:

105 Für die Preisanpassung wird der angebotene Einheitspreis wie folgt geteilt:

Tabelle kann nicht abgebildet werden 106 Als Maß zur Wertbeständigkeit dienen für den jeweiligen Anteil die in der Tabelle angegebenen Indices. Als Bezugsgröße dient die für den Monat, in dem das jeweilige Ende der Angebotsfrist lag, verlaubliche Indexzahl.

107 Die Ermittlung der Veränderungsrate der genannten Indices erfolgt entsprechend nach dem von der Statistik Austria veröffentlichten Indexrechner (<http://www.statistik.at/Indexrechner/>) und der Beispielrechnung gemäß Beilage 2.

108 Konkreter Ablauf: Preisanpassungen erfolgen, sofern die Voraussetzungen dafür gegeben sind, zentral über die BBG und werden dem Auftragnehmer sowie den Auftraggebern zentral kommuniziert.

106 Als Maß zur Wertbeständigkeit dienen für den jeweiligen Anteil die in der Tabelle angegebenen Indices. Als Bezugsgröße dient die für den Monat, in dem das jeweilige Ende der Angebotsfrist lag, verlaubliche Indexzahl.

107 Die Ermittlung der Veränderungsrate der genannten Indices erfolgt entsprechend nach dem von der Statistik Austria veröffentlichten Indexrechner (<http://www.statistik.at/Indexrechner/>) und der Beispielrechnung gemäß Beilage 2.

108 Konkreter Ablauf: Preisanpassungen erfolgen, sofern die Voraussetzungen dafür gegeben sind, zentral über die BBG und werden dem Auftragnehmer sowie den Auftraggebern zentral kommuniziert.

(C) Beilage 4: Bedarfe eines Jahres 2013 2014 und 2015, gegliedert nach PLZ (idF 2. Berichtigung)(C) Beilage 4: Bedarfe eines Jahres 2013 2014 und 2015, gegliedert nach PLZ in der Fassung 2. Berichtigung)

Die Beilage "4805.02603 Beilage 4 Bedarfe nach PLZ" bestand aktuell aus einer Zusammenstellung der Bedarfe pro PLZ für das Jahr 2015. Diese wurde um die Bedarfe pro PLZ für die Jahre 2013 und 2014 ergänzt, welche in separaten Registerblättern zu finden sind und es wird die berichtigte Beilage 4 dieser Berichtigung beigegeben.

Berichtigte und dieser Fragenbeantwortung / Berichtigung beigelegte Unterlage ist: 4805.02603 Beilage 4 Bedarfe nach PLZ Version 2.xlsx

PLZ

Netto-Umsatz

Anzahl der Bestellungen

[...]

[...]

[...]

1082

29.482,91 €

43

[...]

[...]

[...]

7000

132.301,98€

327

[...]

[...]

[...]

Anm.: Es Anmerkung, Es

handelt sich betreffend um Beispielsangaben eines Jahres. Es sind pro Jahr ca. 500 PLZ angegeben. Die Tabellen sind nach aufsteigenden PLZ gestaffelt. Die Tabellen für alle Jahre sind gleich gestaltet.

1.2. Zeugenaussagen, Parteieneinvernahme

Eine Zeugin der Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung zusammengefasst ausgesagt, dass sich die Schätzung des Gesamtauftragswertes der gegenständlichen Rahmenvereinbarung von gut € 24.000.000 aus dem Dokument "Prognose Umsatz" im Vergabeakt befindet, welches aufgrund des Schutzes von Geschäftsinteressen von der Akteneinsicht ausgenommen wurde. Die konkrete Bedarfsschätzung und -erhebung basiere auf vier Komponenten:

Zunächst werde eine Bedarfsschätzung auf der Basis der vergangene Abrufwert vorgenommen. Weiters sei eine Preissteigerung aufgrund Preisindex von rund 3% pro Jahr prognostiziert. Als dritte Komponente werde die Mengensteigerung prognostiziert und sei dies in die Berechnung eingeflossen. Die Prognose beruhe auf den durchschnittlichen Mengensteigerungen der vergangenen Jahre. Schließlich sei für Neukunden (neue Dienststellen und Institutionen) eine konkrete Bedarfsschätzung bzw. -erhebung seitens der Auftraggeber lege artis und unter Berücksichtigung sämtlicher Erfahrungswerte und Prognosen derselben durchgeführt.

Insgesamt erkläre sich so auch die Abweichung des geschätzten Gesamtwertes von 24.000.000 von der Summe der Umsätze in den letzten drei Jahren erfolgten Abrufe in Höhe von etwa € 14.000.000.

Die Antragsgegnerin hat in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung angegeben, die so durchgeführte Bedarfserhebung habe für die Vergangenheit einen Anteil von Abrufen durch Bundesdienststellen von 63 % ergeben.

2. Sachverhalt nach Beweiswürdigung

a) Der Text der Ausschreibungsunterlagen ergibt sich unmittelbar aus den unter 0 angeführten wiedergegeben Auszüge der ABB und der RV.

b) Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin die in den Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 4.1.1 RV angegebene Schätzung des Gesamtauftragsvolumens der ausschreibungsgegenständlichen Rahmenvereinbarung durch ein vierstufiges System ermittelt hat, in welchem sie zunächst die tatsächlichen Abrufwerte der vergangenen Jahre ermittelte, dann den Preissteigerungsindex von 3% pro Jahr berücksichtigte. Weiters ermittelte sie die Mengensteigerung der Abrufe aus den vergangenen Jahren. Schließlich befragte sie die für die gegenständliche Rahmenvereinbarung neu hinzukommenden Dienststellen und Institutionen über deren Bedarf. b) Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin die in den Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 4.1.1 Regierungsvorlage angegebene Schätzung des Gesamtauftragsvolumens der ausschreibungsgegenständlichen Rahmenvereinbarung durch ein vierstufiges System ermittelt hat, in welchem sie zunächst die tatsächlichen Abrufwerte der vergangenen Jahre ermittelte, dann den Preissteigerungsindex von 3% pro Jahr berücksichtigte. Weiters ermittelte sie die Mengensteigerung der Abrufe aus den vergangenen Jahren. Schließlich befragte sie die für die gegenständliche Rahmenvereinbarung neu hinzukommenden Dienststellen und Institutionen über deren Bedarf.

c) Es wird festgestellt, dass in der Vergangenheit etwa 63% der Abrufe aus der Rahmenvereinbarung für die Beschaffung von Hygienepapier durch Bundesdienststellen erfolgte.

Diese Feststellungen zu b) und c) ergeben sich aus dem insoweit nachvollziehbaren und glaubwürdigen Vorbringen der Zeugin der Antragsgegnerin und ihres Vertreters [Beweismittel unter 0 b) und c)], die unter Belehrung in Bezug auf die Wahrheitspflicht nachvollziehbar entsprechende Angaben gemacht hat.

III. Rechtsgrundlagenrömisch drei. Rechtsgrundlagen

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach der Rechtslage zum Zeitpunkt der Bekanntmachung der Ausschreibung (26.02.2016) zu beurteilen, mithin nach dem BVerG 2006 idF. BGBl. II Nr. 438/2015. Diese lauten auszugsweise: Die Ausschreibungsunterlagen sind nach der Rechtslage zum Zeitpunkt der Bekanntmachung der Ausschreibung (26.02.2016) zu beurteilen, mithin nach dem BVerG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 438 aus 2015., Diese lauten auszugsweise:

§ 2 Paragraph 2

Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

16. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

aa) im offenen Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

ii) bei der Rahmenvereinbarung gemäß § 25 Abs. 7ii) bei der Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 25, Absatz 7 :

hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß sublit. aa), bb), dd) oder ee) mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung; die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll; bei einer Rahmenvereinbarung, die mit mehreren Unternehmern abgeschlossen wurde, der erneute Aufruf zum Wettbewerb; hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß Sub-Litera, a, a, bb), dd) oder ee) mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung; die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll; bei einer Rahmenvereinbarung, die mit mehreren Unternehmern abgeschlossen wurde, der erneute Aufruf zum Wettbewerb;

20. Kriterien:

c) Eignungskriterien sind die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

§ 13 Paragraph 13

(1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages ist der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.

(3) Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß § 46, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung. (3) Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß Paragraph 46,, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung.

(4) Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen.

§ 19 Paragraph 19

(1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an

befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(4) Verfahren zur Vergabe von Aufträgen und Realisierungswettbewerbe sind nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden.

§ 22 Paragraph 22

(1) Leistungen können gemeinsam oder getrennt vergeben werden. Eine getrennte Vergabe kann in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbezeige oder Fachrichtungen erfolgen. Für die Gesamt- oder getrennte Vergabe von Leistungen sind wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte, wie zu die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung, maßgebend.

(3) Die Wahl zwischen der Vergabe eines einzigen Auftrages oder die Vergabe mehrerer getrennter Aufträge darf nicht mit der Zielsetzung erfolgen, die Anwendung dieses Bundesgesetzes zu umgehen.

§ 25 Paragraph 25

(1) Die Vergabe von Aufträgen über Leistungen hat im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, eines Verhandlungsverfahrens, einer Rahmenvereinbarung, eines dynamischen Beschaffungssystems, eines wettbewerblichen Dialoges, einer Direktvergabe oder einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zu erfolgen.

(2) Beim offenen Verfahren wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert.

(7) Eine Rahmenvereinbarung ist eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Auf Grund einer Rahmenvereinbarung wird nach Abgabe von Angeboten eine Leistung von einer Partei der Rahmenvereinbarung mit oder ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb bezogen.

§ 32 Paragraph 32

Aufträge können auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 28 bis 30 abgeschlossen wurde. Aufträge können auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den Paragraphen 28 bis 30 abgeschlossen wurde.

§ 74 Paragraph 74

(1) Als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 3 kann der Auftraggeber insbesondere verlangen: (1) Als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 3, kann der Auftraggeber insbesondere verlangen:

5. eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht.

§ 78 Paragraph 78

(3) Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. (3) Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 95, Absatz 3, erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können.

§ 90 Paragraph 90

(1) Werden während der Angebotsfrist Änderungen der Ausschreibung erforderlich, so sind die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls auch die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern.

(2) Ist eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so ist allen Bewerbern oder Bietern die Berichtigung nachweislich zu übermitteln. Ist dies nicht möglich, so ist die Berichtigung in gleicher Weise wie die Ausschreibung bekannt zu machen.

§ 96 Paragraph 96

(1) Die Leistungen sind bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen zu ergänzen.

(3) Die Leistung und die Aufgabenstellung darf nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen.

§ 125 Paragraph 125

(1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

(2) Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

(3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn
(3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 4 und 5 vertieft prüfen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,

2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs. 4 aufweisen, oder
2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß Paragraph 79, Absatz 4, aufweisen, oder

3. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen
3. nach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

(4) Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;

2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;

3. die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.
3. die gemäß Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 3, geforderte oder vom Bieter gemäß Paragraph 109, Absatz 2, vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

§ 150 Paragraph 150

Öffentliche Aufträge können auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern

1. die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 28 bis 30 sowie 38 Abs. 1 ohne Zuschlagserteilung unter Beachtung der Bestimmungen des § 151 abgeschlossen wurde und
1. die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den Paragraphen 28 bis 30 sowie 38 Absatz eins, ohne Zuschlagserteilung unter Beachtung der Bestimmungen des Paragraph 151, abgeschlossen wurde und

2. bei der Vergabe des auf der Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Auftrags § 152 beachtet wird. 2. bei der Vergabe des auf der Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Auftrags Paragraph 152, beachtet wird.

§ 151 Paragraph 151

(1) [...] Nach Möglichkeit sind auch kleine und mittlere Unternehmen am Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zu beteiligen.

(3) Die Parteien der Rahmenvereinbarung werden nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 28 bis 30 sowie 38 Abs. 1 ermittelt. Eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer ist mit jenem Bieter abzuschließen, der das gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewertete Angebot gelegt hat. [...](3) Die Parteien der Rahmenvereinbarung werden nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den Paragraphen 28 bis 30 sowie 38 Absatz eins, ermittelt. Eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer ist mit jenem Bieter abzuschließen, der das gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewertete Angebot gelegt hat. [...]

(5) Das Instrument der Rahmenvereinbarung darf nicht missbräuchlich oder in einer Weise angewendet werden, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird.

(6) Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung darf drei Jahre nicht überschreiten. Sofern dies ausnahmsweise, insbesondere auf Grund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung, sachlich gerechtfertigt werden kann, darf eine maximale Laufzeit von fünf Jahren vorgesehen werden. Die dafür ausschlaggebenden Gründe sind festzuhalten.

§ 318 Paragraph 318

(1) Für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und § 331 Abs. 1 und 2 hat der Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten:(1) Für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und Paragraph 331, Absatz eins und 2 hat der Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten:

1. Die Pauschalgebühr ist gemäß den von der Bundesregierung durch Verordnung festzusetzenden Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten. [...]

5. Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß § 320 Abs. 1 oder gemäß § 331 Abs. 1 oder 2 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß § 320 Abs. 1 oder gemäß § 331 Abs. 1 oder 2 eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten.5. Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, oder gemäß Paragraph 331, Absatz eins, oder 2 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, oder gemäß Paragraph 331, Absatz eins, oder 2 eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten.

§ 320 Paragraph 320

(1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

§ 321 Paragraph 321

(1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

(4) Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages können über die in den Abs. 1 und 2 genannten Zeiträume hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, [...] eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt.(4) Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung sowie

der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages können über die in den Absatz eins und 2 genannten Zeiträume hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, [...] eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt.

§ 322 Paragraph 322

(1) Ein Antrag gemäß § 320 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten (1) Ein Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, hat jedenfalls zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,

(2) Der Antrag ist jedenfalls in folgenden Fällen unzulässig, wenn

1. er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet,

2. er nicht innerhalb der in § 321 genannten Fristen gestellt wird, oder 2. er nicht innerhalb der in Paragraph 321, genannten Fristen gestellt wird, oder

3. er trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß vergebungsgefordert wurde.

Bundesgesetz über die Errichtung einer Bundesbeschaffung Gesellschaft mit beschränkter Haftung BGBl. I Nr. 39/2001 i d F. BGBl. I Nr. 76/2006 (BBG-G). Dieses lautet auszugsweise: Bundesgesetz über die Errichtung einer Bundesbeschaffung Gesellschaft mit beschränkter Haftung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 39 aus 2001, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 76 aus 2006, (BBG-G). Dieses lautet auszugsweise:

§ 1 Paragraph eins

(1) Der Bundesminister für Finanzen wird ermächtigt, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Stammkapital von 70 000 Euro zu gründen. Sie führt die Firma "Bundesbeschaffung GmbH" (BB-GmbH). [...]

§ 2 Paragraph 2

(1) Unternehmensgegenstand der Gesellschaft ist die Wahrnehmung von Aufgaben auf dem Gebiet des Beschaffungswesens mit dem Ziel einer ökonomisch sinnvollen Volumens- und Bedarfsbündelung zur Optimierung der Einkaufsbedingungen des Bundes nach wirtschaftlichen und qualitativen Kriterien.

(2) Die Gesellschaft hat die in der Errichtungserklärung vorgesehenen und näher detaillierten Aufgaben. Dazu zählen insbesondere:

1. die Durchführung von Bedarfserhebungen;

2. die Durchführung von Vergabeverfahren einschließlich des Abschlusses von Verträgen auch im Namen und auf Rechnung des Bundes;

3. die Durchführung von Vergabeverfahren im besonderen Auftrag von Bundesdienststellen in deren Namen und auf deren Rechnung, wenn dadurch die Erfüllung der übrigen Aufgaben nach diesem Absatz nicht beeinträchtigt wird;

§ 4 Paragraph 4

(2) Die Dienststellen des Bundes haben diejenigen von ihnen benötigten Waren und Dienstleistungen, die aus den in den Verzeichnissen gemäß § 2 Abs. 2 Z 4 aufgeführten Verträgen bezogen werden können, von den darin genannten Vertragspartnern zu beziehen. (2) Die Dienststellen des Bundes haben diejenigen von ihnen benötigten Waren und Dienstleistungen, die aus den in den Verzeichnissen gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 4, aufgeführten Verträgen bezogen werden können, von den darin genannten Vertragspartnern zu beziehen.

[...]

Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (außer Kraft seit 18.04.2016) (im Folgenden: RL 2004/18). Diese lautet auszugsweise:

Art. 47 Artikel 47

(1) Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers kann in der Regel durch einen oder mehrere der nachstehenden Nachweise belegt werden:

c) eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, der Gegenstand der Ausschreibung ist, höchstens in den letzten drei Geschäftsjahren, entsprechend dem Gründungsdatum oder dem Datum der Tätigkeitsaufnahme des Wirtschaftsteilnehmers, sofern entsprechende Angaben verfügbar sind.

Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (Umsetzungsfrist: 18.04.2016) (im Folgenden: RL 2014/24). Diese lautet auszugsweise:

Begründungserwägung 79

Werden Aufträge in Lose unterteilt, so sollten die öffentlichen Auftraggeber beispielsweise zur Wahrung des Wettbewerbs oder zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit die Zahl der Lose, für die ein Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot unterbreiten kann, begrenzen dürfen; ebenso sollten sie die Zahl der Lose begrenzen dürfen, die an einen einzigen Bieter vergeben werden können.

Wenn die öffentlichen Auftraggeber jedoch verpflichtet wären, den Auftrag auch dann Los für Los zu vergeben, wenn dadurch wesentlich ungünstigere Lösungen im Vergleich zu einer gemeinsamen Vergabe mehrerer oder aller Lose akzeptiert werden müssten, so könnte sich dies negativ auf das Ziel auswirken, den Zugang der KMU zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern. Sofern die Möglichkeit der Anwendung einer solchen Methode vorab deutlich genannt worden ist, sollten öffentliche Auftraggeber daher eine vergleichende Bewertung der Angebote durchführen dürfen, um festzustellen, ob die Angebote eines bestimmten Bieters für eine bestimmte Kombination von Losen die Zuschlagskriterien, die gemäß dieser Richtlinie festgelegt worden sind, in Bezug auf diese Lose als Ganzes besser erfüllen als die Angebote für die betreffenden einzelnen Lose für sich genommen. Ist dies der Fall, so sollte es dem öffentlichen Auftraggeber gestattet sein, dem betreffenden Bieter einen Auftrag in Kombination der betreffenden Lose zu erteilen. Es sollte klargestellt werden, dass öffentliche Auftraggeber bei einer solchen vergleichenden Bewertung zunächst ermitteln sollten, welche Bieter die festgelegten Zuschlagskriterien für jedes einzelne Los am besten erfüllen, um dann einen Vergleich mit den Angeboten eines einzelnen Bieters für eine bestimmte Kombination von Losen zusammengekommen anzustellen.

Art 46 Artikel 46

(1) Die öffentlichen Auftraggeber können einen Auftrag in Form mehrerer Lose vergeben sowie Größe und Gegenstand der Lose bestimmen.

Außer bei Aufträgen, deren Aufteilung gemäß Absatz 4 des vorliegenden Artikels verbindlich vorgeschrieben worden ist, geben die öffentlichen Auftraggeber die wichtigsten Gründe für ihre Entscheidung an, keine Unterteilung in Lose vorzunehmen; diese Begründung wird in die Auftragsunterlagen oder den Vergabevermerk nach Artikel 84 aufgenommen.

(4) Die Mitgliedstaaten können Absatz 1 Unterabsatz 2 umsetzen, indem sie die Vergabe von Aufträgen in Form von getrennten Losen unter Bedingungen vorschreiben, die gemäß ihren nationalen Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Unionsrechts zu bestimmen sind. In diesem Fall finden Absatz 2 Unterabsatz 1 und - gegebenenfalls - Absatz 3 Anwendung.

Art. 58 Artikel 58

(3) Im Hinblick auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit können die öffentlichen Auftraggeber Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer über die erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten für die Ausführung des Auftrags verfügen. Zu diesem Zweck können die öffentlichen Auftraggeber von den Wirtschaftsteilnehmern insbesondere verlangen, einen bestimmten Mindestjahresumsatz, einschließlich eines bestimmten Mindestumsatzes in dem vom Auftrag abgedeckten Bereich, nachzuweisen. Zusätzlich können die öffentlichen Auftraggeber verlangen, dass die Wirtschaftsteilnehmer Informationen über ihre Jahresabschlüsse mit Angabe des Verhältnisses z. B. zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten bereitstellen. Sie können auch eine Berufshaftpflichtversicherung in geeigneter Höhe verlangen.

IV. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch vier. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Zulässigkeit der Antragstellungen

1.1. Antrag im Verfahren W149 2123690-2

Dieser Prüfungsantrag wurde gemäß § 321 Abs. 4 BVergG fristgerecht eingereicht und es bestehen auch sonst keine Gründe gegen die Zulässigkeit der Beschwerde. Dieser Prüfungsantrag wurde gemäß Paragraph 321, Absatz 4, BVergG fristgerecht eingereicht und es bestehen auch sonst keine Gründe gegen die Zulässigkeit der Beschwerde.

Der Nachprüfungsantrag richtete sich zum anderen gemäß § 320 Abs. 1 BVergG auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin iSd § 2 Z 16 lit a) aa) und ii) BVergG, nämlich die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung im offenen Verfahren. Der Nachprüfungsantrag richtete sich zum anderen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) aa) und ii) BVergG, nämlich die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung im offenen Verfahren.

Die Antragstellerin hat - was insoweit auch nicht bezweifelt wurde - ein Interesse am Abschluss der ausschreibungsgegenständlichen Rahmenvereinbarung.

Der Rahmenvertrag liegt zudem aufgrund dessen, dass die Antragsgegnerin und die von ihr vertretenen Dienststellen und Institutionen im Anwendungsbereich des BVergG liegen (§ 320 Abs. 1 Z 1 BVergG). Der Rahmenvertrag liegt zudem aufgrund dessen, dass die Antragsgegnerin und die von ihr vertretenen Dienststellen und Institutionen im Anwendungsbereich des BVergG liegen (Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG).

Des Weiteren ist auch nicht ersichtlich, dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit bestimmter Passagen oder gar der gesamten Ausschreibung kein Schaden zu entstehen droht (§ 320 Abs. 1 Z 2 BVergG). Des Weiteren ist auch nicht ersichtlich, dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit bestimmter Passagen oder gar der gesamten Ausschreibung kein Schaden zu entstehen droht (Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG).

Der Begriff "Schaden" ist nämlich nach ganz hM weit auszulegen ist, wobei eine detaillierte Aufgliederung und ins Einzelne gehende Darlegung des jeweiligen Antragstellers nicht erforderlich ist (zB. VwGH 23.05.2007, 2007/04/0010 und Walter/Hauck in: Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht³, Rdnr 1783 f, mwN).

Für die Antragslegitimation iSd § 320 Abs. 1 BVergG 2006 ist es zudem nicht erheblich, ob bei der Rahmenvereinbarung eine Abnahmeverpflichtung besteht. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Auftraggeber bei einer mit nur einem Unternehmer abgeschlossenen Rahmenvereinbarung gemäß § 152 Abs. 3 Z 1 BVergG 2006 die Möglichkeit hat, den Zuschlag unmittelbar dem auf Grund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung gelegten Angebot zu erteilen. Der drohende Schaden der antragstellenden Unternehmer liegt somit darin, dass sie in ihrer Möglichkeit beeinträchtigt werden, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen (VwGH v 19.03.2015, 2012/04/0070 unter Verweis auf VwGH v 24.02.2010, 2009/04/0209 und v 22. 06.2011, 2009/04/0128). Für die Antragslegitimation iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 ist es zudem nicht erheblich, ob bei der Rahmenvereinbarung eine Abnahmeverpflichtung besteht. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Auftraggeber bei einer mit nur einem Unternehmer abgeschlossenen Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 152, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 die Möglichkeit hat, den Zuschlag unmittelbar dem auf Grund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung gelegten Angebot zu erteilen. Der drohende Schaden der antragstellenden Unternehmer liegt somit darin, dass sie in ihrer Möglichkeit beeinträchtigt werden, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen (VwGH v 19.03.2015, 2012/04/0070 unter Verweis auf VwGH v 24.02.2010, 2009/04/0209 und v 22. 06.2011, 2009/04/0128).

1.2. Antrag im Verfahren W149 2124593-2

1.2.1. Wesentliches Parteivorbringen

Die Antragsgegnerin hat vorgebracht, sie bezweifle die Zulässigkeit dieses Antrages (betreffend die 2. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen) aus mehreren Gründen:

Zum einen habe die Antragstellerin fälschlicherweise (dh entgegen § 322 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006) die Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen "in der Fassung der 2. Berichtigung" angefochten, obwohl eine Berichtigung innerhalb der Angebotsfrist (also vor Bestandskraft) sich nach der Judikatur des VwGH gegen die Berichtigung als einen eigenen anfechtbaren Akt "sonstige Festlegungen" iSd. § 2 Z 16 a) aa), ii) BVergG 2006 darstelle. Die Unzulässigkeit ergebe sich somit aus § 322 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006. Zum einen habe die Antragstellerin fälschlicherweise (dh entgegen Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006) die Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen "in der Fassung der 2. Berichtigung" angefochten, obwohl eine Berichtigung innerhalb der Angebotsfrist (also vor Bestandskraft) sich nach

der Judikatur des VwGH gegen die Berichtigung als einen eigenen anfechtbaren Akt "sonstige Festlegungen" iSd. Paragraph 2, Ziffer 16, a) aa), ii) BVergG 2006 darstelle. Die Unzulässigkeit ergebe sich somit aus Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006.

Dieser unterliege auch nicht der erweiterten Anfechtungsfrist für Ausschreibungsunterlagen des § 321 Abs. 4 BVergG 2006, sondern jener des Abs. 1, welche bei der Einbringung verstrichen und der Antrag somit verspätet war. Die Unzulässigkeit des Antrages ergebe sich somit aus § 322 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006. Dieser unterliege auch nicht der erweiterten Anfechtungsfrist für Ausschreibungsunterlagen des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG 2006, sondern jener des Absatz eins,, welche bei der Einbringung verstrichen und der Antrag somit verspätet war. Die Unzulässigkeit des Antrages ergebe sich somit aus Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006.

Schließlich habe die Antragstellerin auch nicht die richtige Pauschalgebühr entrichtet, weil sie sich auf die Minderung der Gebühr für Anträge im selben Verfahren gerichtet habe und es sich bei der hier maßgeblichen "sonstigen Festlegung" um ein eigenes Verfahren handelt. Die Unzulässigkeit des Antrages ergebe sich somit aus § 322 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006. Schließlich habe die Antragstellerin auch nicht die richtige Pauschalgebühr entrichtet, weil sie sich auf die Minderung der Gebühr für Anträge im selben Verfahren gerichtet habe und es sich bei der hier maßgeblichen "sonstigen Festlegung" um ein eigenes Verfahren handelt. Die Unzulässigkeit des Antrages ergebe sich somit aus Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006.

1.2.2. Rechtliche Beurteilung

Der Antrag in diesem Verfahren ist zulässig. Die von der Antragsgegnerin angeführten Unzulässigkeitsgründe gemäß § 322 Abs. 2 BVergG 2006 liegen nicht vor. Der Antrag in diesem Verfahren ist zulässig. Die von der Antragsgegnerin angeführten Unzulässigkeitsgründe gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG 2006 liegen nicht vor.

Hiezu ist zunächst an die Judikatur des VwGH in Bezug auf Anträge auf Nichtigkeit von Ausschreibungsunterlagen im Falle eines während der Angebotsfrist - mithin vor Bestandskraft der Ausschreibungsunterlagen - erfolgten Antrags auf Nichtigkeit erinnert:

Durch die Berichtigung wird die Ausschreibung nicht zur Gänze neu gefasst, sondern nur - in bestimmten Punkten - abgeändert. Es besteht bei Bestandskraft der früheren Fassung eine Anfechtungsmöglichkeit hinsichtlich des Inhalts der Berichtigung, die eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist gemäß § 2 Z. 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 und somit eine - eigenständige - gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt (VwGH v 12.09.2013, 2010/04/0119). Durch die Berichtigung wird die Ausschreibung nicht zur Gänze neu gefasst, sondern nur - in bestimmten Punkten - abgeändert. Es besteht bei Bestandskraft der früheren Fassung eine Anfechtungsmöglichkeit hinsichtlich des Inhalts der Berichtigung, die eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 und somit eine - eigenständige - gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt (VwGH v 12.09.2013, 2010/04/0119).

Die Rechtswidrigkeiten einer Berichtigung dürfen nicht zum Gegenstand des die früher ergangene Ausschreibung betreffenden Nachprüfungsverfahrens gemacht werden, zumal diese jeweils gesondert anfechtbaren Entscheidungen voneinander abgrenzbar sind (vgl. zur Abgrenzbarkeit die Erkenntnisse vom 17. Juni 2014, 2013/04/0029, und vom 12. September 2013, 2010/04/0119). Die Rechtswidrigkeiten einer Berichtigung dürfen nicht zum Gegenstand des die früher ergangene Ausschreibung betreffenden Nachprüfungsverfahrens gemacht werden, zumal diese jeweils gesondert anfechtbaren Entscheidungen voneinander abgrenzbar sind vergleiche zur Abgrenzbarkeit die Erkenntnisse vom 17. Juni 2014, 2013/04/0029, und vom 12. September 2013, 2010/04/0119).

Jene Punkte der Ausschreibung, die durch eine Berichtigung geändert wurden, die nach dem Nachprüfungsantrag versandt wurde, sind daher als zeitlich der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung nachfolgende gesondert anfechtbare Entscheidungen nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens. Prüfgegenstand eines die Ausschreibung betreffenden Nachprüfungsverfahrens ist demgegenüber die Ausschreibung unter Ausklammerung allfälliger Berichtigungen (VwGH v 15.12.2014, 2013/04/0119; v 21.01.2015, 2012/04/0154).

Die als Begründung für die Nichtigklärung herangezogene Berichtigung stellt eine zeitlich nach der in Prüfung gezogenen Ausschreibung ergangene Entscheidung dar. Die Heranziehung der Rechtswidrigkeit der Berichtigung zur Begründung der Nichtigklärung der dieser Entscheidung zeitlich vorgelagerten Ausschreibung widerspricht der Tatbestandsvoraussetzung des § 325 Abs. 1 Z. 1 BVergG 2006 (VwGH v 21.01.2015, 2012/04/0154). Die als Begründung

für die Nichtigerklärung herangezogene Berichtigung stellt eine zeitlich nach der in Prüfung gezogenen Ausschreibung ergangene Entscheidung dar. Die Heranziehung der Rechtswidrigkeit der Berichtigung zur Begründung der Nichtigerklärung der dieser Entscheidung zeitlich vorgelagerten Ausschreibung widerspricht der Tatbestandsvoraussetzung des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 (VwGH v 21.01.2015, 2012/04/0154).

Was zunächst das Vorbringen in Bezug auf die "falsche" anfechtbare Entscheidung betrifft, so ist es zwar nach der dargestellten Judikatur richtig, dass eine Berichtigung von Ausschreibungsunterlagen einen von der Ausschreibung selbst zu unterscheidende "sonstige Festlegung" iSd § 2 Z 16 lit a) aa), Was zunächst das Vorbringen in Bezug auf die "falsche" anfechtbare Entscheidung betrifft, so ist es zwar nach der dargestellten Judikatur richtig, dass eine Berichtigung von Ausschreibungsunterlagen einen von der Ausschreibung selbst zu unterscheidende "sonstige Festlegung" iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) aa),

ii) BVergG 2006. Dennoch kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin die genaue Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung gemäß § 322 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 unterlassen hat, weil der Antrag sich erkennbar gegen den Inhalt der 2. Berichtigung richtet, welche die Ursprungsfassung der Ausschreibungsunterlagen in Punkt zivilrechtlich in Bezug auf die Anlage 4 ABB beseitigt. Die Antragstellerin irrte somit allenfalls in der rechtlichen Einordnung, nicht aber in der Bezeichnung des angefochtenen Akts als solche.ii) BVergG 2006. Dennoch kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin die genaue Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 unterlassen hat, weil der Antrag sich erkennbar gegen den Inhalt der 2. Berichtigung richtet, welche die Ursprungsfassung der Ausschreibungsunterlagen in Punkt zivilrechtlich in Bezug auf die Anlage 4 ABB beseitigt. Die Antragstellerin irrte somit allenfalls in der rechtlichen Einordnung, nicht aber in der Bezeichnung des angefochtenen Akts als solche.

Hinzu kommt, dass gemäß § 322 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 eine Unzulässigkeit nur gegeben ist, wenn sich ein Antrag (inhaltlich) nicht gegen eine anfechtbare Entscheidung richtet, was nach der Judikatur des VwGH im Falle von Berichtigungen in Ausschreibungsunterlagen für Rahmenvereinbarungen nicht der Fall ist. Sie sind als "sonstige Festlegungen" anfechtbare Akte gemäß § 2 Z 16 lit a) aa), ii) BVergG 2006.Hinzu kommt, dass gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 eine Unzulässigkeit nur gegeben ist, wenn sich ein Antrag (inhaltlich) nicht gegen eine anfechtbare Entscheidung richtet, was nach der Judikatur des VwGH im Falle von Berichtigungen in Ausschreibungsunterlagen für Rahmenvereinbarungen nicht der Fall ist. Sie sind als "sonstige Festlegungen" anfechtbare Akte gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) aa), ii) BVergG 2006.

In Bezug auf das Vorbringen, wonach die Frist für den Antrag nicht eingehalten wurde, weil mit ihm nicht die Ausschreibung als solche, sondern die Nichtigkeit einer "sonstige Festlegung" beantragt worden sei, kann dahingestellt bleiben, ob eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen innerhalb der allgemeinen Frist des § 321 Abs. 1 BVergG 2006 zu erfolgen hat oder nach der erweiterten Frist des § 322 Abs. 4 BVergG 2006 als Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlage zu bewerten ist.In Bezug auf das Vorbringen, wonach die Frist für den Antrag nicht eingehalten wurde, weil mit ihm nicht die Ausschreibung als solche, sondern die Nichtigkeit einer "sonstige Festlegung" beantragt worden sei, kann dahingestellt bleiben, ob eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen innerhalb der allgemeinen Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 zu erfolgen hat oder nach der erweiterten Frist des Paragraph 322, Absatz 4, BVergG 2006 als Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlage zu bewerten ist.

Der gegenständliche Antrag wurde nämlich jedenfalls innerhalb der allgemeinen 10-Tage-Frist (ab Kenntnis auf elektronischem Wege) des § 322 Abs. 1 BVergG 2006 eingebracht.Der gegenständliche Antrag wurde nämlich jedenfalls innerhalb der allgemeinen 10-Tage-Frist (ab Kenntnis auf elektronischem Wege) des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht.

Schließlich führt auch die Begleichung der Pauschalgebühr unter Berücksichtigung von § 318 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 nicht zur Unzulässigkeit des Antrages, weil der zweite Antrag unzweifelhaft "zum selben Vergabeverfahren" eingebracht wurde, wie der erste. Auf die Natur des anfechtbaren Aktes stellt das Gebührenrecht insoweit nicht ab.Schließlich führt auch die Begleichung der Pauschalgebühr unter Berücksichtigung von Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 nicht zur Unzulässigkeit des Antrages, weil der zweite Antrag unzweifelhaft "zum selben Vergabeverfahren" eingebracht wurde, wie der erste. Auf die Natur des anfechtbaren Aktes stellt das Gebührenrecht insoweit nicht ab.

2. Rechtmäßigkeit der Ausschreibungsunterlagen

Die Ausschreibungsunterlagen haben keinen rechtswidrigen Inhalt, und sie sind daher nicht für nichtig zu erklären.

2.1. Vorbemerkungen

a) Der erste Antrag wurde in Bezug auf einen Beschwerdepunkt zurückgezogen, über diesen ist daher nicht mehr zu entscheiden.

Die Antragstellerin hatte nämlich im ersten Antrag geltend gemacht, die Angebotsfrist sei - selbst unter Berücksichtigung der Verlängerung der 1. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen - gleichheitswidrig, weil mit derselben Berichtigung erstmals das Format verschiedener Positionen bekannt gegeben worden sei und daher auch erst zu diesem Zeitpunkt die nach den Ausschreibungsunterlagen erforderlichen besonderen Zertifizierungen hätten beauftragt werden können. Solche Zertifizierungen würden jedoch zwei oder mehr Wochen dauern und könnten daher auch in der verlängerten Angebotsfrist nicht mehr zeitgerecht erlangt werden.

In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin erklärt, sie ziehe diesen Antragspunkt zurück, wenn die Angebotsfrist um eine weitere Woche verlängert werde. Mit Information an die Bieter hat die Antragsgegnerin die Angebotsfrist auf den 29.07.2016 ausgedehnt und ist damit der Forderung der Antragstellerin nachgekommen.

Der Antrag gilt insoweit als zurückgezogen und wird der behauptete Nichtigkeitsgrund daher im Folgenden nicht mehr behandelt.

b) Der Umfang der inhaltlichen Nachprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts stellt sich auf der Grundlage der zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden Rechtssachen unter besonderer Berücksichtigung der 2. Berichtigung vom 05.04.2016 wie folgt dar:

Die Ausschreibungsunterlagen wurden von der Antragsgegnerin in Bezug auf die Anlage 4 ABB durch autonome (und bekanntgegebene) Entscheidung ersetzt. Die ursprüngliche Fassung kann daher nicht mehr Gegenstand der Nachprüfung sein. Durch den Antrag im Verfahren W149 2124593-2 ist der Inhalt der Anlage 4 ABB in der Fassung der 2. Berichtigung Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens und einer Überprüfung zugänglich gemacht worden (siehe auch VwGH 21.0 1. 2015, 2012/04/0154).

2.2. Eignungskriterium Mindestumsatz

2.2.1. Wesentliches Parteivorbringen

Die Antragstellerin hat im Wesentlichen vorgebracht, der in Punkt

6.4.2 Rz 69 AAB als Eignungskriterium vorgesehene Nachweis eines jährlichen Mindestumsatzes von € 8.070.000 jährlich in jedem der letzten drei Geschäftsjahren sei gleichheitswidrig und nicht sachgerecht. Der Sachbezug sei nicht gegeben, weil das geschätzte Gesamtvolumen für die dreijährige Laufzeit in Höhe € 24.210.000 nicht nachvollzogen werden könne, die in der Anlage 4 zur AAB bekannt gemachten Umsätze der letzten drei Jahre addiert lediglich eine Summe von € 14.309.115,07 ergäbe. Außerdem seien auch kleinere Unternehmen mithilfe entsprechender Zulieferer in der Lage, den Auftragsumfang zu bewältigen.

Die Antragsgegnerin und die mitbeteiligten Parteien haben dagegen erklärt, die Mindestumsatzregelung sei sachgerecht, weil das Gesamtauftragsvolumen der geplanten Rahmenvereinbarung nach näher dargestellter ordnungsgemäßer Schätzung der Antragsgegnerin im Vorfeld der Ausschreibung erfolgt und bekannt gegeben (Punkt 4.1.1 RV) worden sei. Die Höhe der jährlichen Mindestumsätze sei mit einem Drittel des so ermittelten Gesamtvolumens für jedes der letzten drei Geschäftsjahre festgelegt worden, um das Vorhandensein ausreichender wirtschaftlicher und finanzieller Mittel des künftigen Partners der Rahmenvereinbarung sicherzustellen. Im Übrigen würden die Punkte Die Antragsgegnerin und die mitbeteiligten Parteien haben dagegen erklärt, die Mindestumsatzregelung sei sachgerecht, weil das Gesamtauftragsvolumen der geplanten Rahmenvereinbarung nach näher dargestellter ordnungsgemäßer Schätzung der Antragsgegnerin im Vorfeld der Ausschreibung erfolgt und bekannt gegeben (Punkt 4.1.1 Regierungsvorlage worden sei. Die Höhe der jährlichen Mindestumsätze sei mit einem Drittel des so ermittelten Gesamtvolumens für jedes der letzten drei Geschäftsjahre festgelegt worden, um das Vorhandensein ausreichender wirtschaftlicher und finanzieller Mittel des künftigen Partners der Rahmenvereinbarung sicherzustellen. Im Übrigen würden die Punkte

5.2.3 Rz 42 ff und 5.1 Rz 30 ff AAB die Beteiligung von Subunternehmen und die Bildung von Bietergemeinschaften erlauben, deren Umsätze

2.2.2. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 2 Z 20 lit c) BVergG 2006 sind Eignungskriterien nichtdiskriminierende, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen. Gemäß § 13 Abs. 3 BVergG 2006 ist der geschätzte Auftragswert vom Auftraggeber vor der Durchführung des Verfahrens sachkundig zu ermitteln und zu mit der Veröffentlichung bekannt zu machen. Die Wahl der Methode steht dem Auftraggeber gemäß Abs. 4 frei, sie darf jedoch nicht Umgehungszwecken dienen. Gemäß §§ 74 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 können zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit die Umsätze der letzten drei Jahre und - falls das Unternehmen noch nicht so lange existiert - für einen kürzeren Zeitraum verlangt werden. Im Übrigen sind die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts gemäß § 19 BVergG 2006 zu beachten. Die von der Antragstellerin beanstandete Regelung in Punkt Gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c,) BVergG 2006 sind Eignungskriterien nichtdiskriminierende, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, BVergG 2006 ist der geschätzte Auftragswert vom Auftraggeber vor der Durchführung des Verfahrens sachkundig zu ermitteln und zu mit der Veröffentlichung bekannt zu machen. Die Wahl der Methode steht dem Auftraggeber gemäß Absatz 4, frei, sie darf jedoch nicht Umgehungszwecken dienen. Gemäß Paragraphen 74, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 können zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit die Umsätze der letzten drei Jahre und - falls das Unternehmen noch nicht so lange existiert - für einen kürzeren Zeitraum verlangt werden. Im Übrigen sind die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts gemäß Paragraph 19, BVergG 2006 zu beachten. Die von der Antragstellerin beanstandete Regelung in Punkt

6.4.2 ABB entspricht den gesetzlichen Vorgaben:

Die Antragsgegnerin hat den geschätzten Gesamtwert zum einen sachkundig ermittelt und zuvor bekannt gegeben. Sie hat diese Schätzung nämlich ausgehend von den einschlägigen Auftragssummen der letzten drei Jahre, erhöht um eine 10%-ige Steigerung sowie den vorab ermittelten voraussichtlichen Bedarf neu hinzugekommener Dienststellen oder Institutionen vorgenommen. Insoweit die Antragstellerin dagegen vorbringt, die Antragsgegnerin habe die neu hinzukommenden Dienststellen und Institutionen nur befragt und insoweit keine eigenen Schätzungen vorgenommen, so vermag das Bundesverwaltungsgericht nicht zu erkennen, worin der Mehrwert einer solchen zusätzlichen Schätzung liegen sollte, wenn die angegebenen Bedarfe ansonsten realistisch waren.

Zum anderen sind die Höhe und die Anzahl der geforderten Jahres-Mindestumsätze als Eignungskriterium auch nicht diskriminierend, sie ist sachbezogen und ist nicht zur Umgehung der Vorschriften des BVergG geeignet.

Die Ausschreibungsunterlagen sehen nämlich vor, dass im Falle von Subunternehmern oder Bietergemeinschaften der kumulierte Umsatz zu berücksichtigen ist. Damit ist es auch kleineren Unternehmen ermöglicht, dieses Eignungskriterium zu erfüllen. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, warum die Gesamtumsätze der Bieter kein sachbezogenes Eignungskriterium für die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sein soll, zumal § 74 BVergG 2006 dies ausdrücklich als Beispiel für den Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit anführt. Inwiefern hierin eine Umgehung der sonstigen Vorschriften des BVergG 2006 liegen könnte wurde nicht vorgebracht und es ist eine solche auch nicht ersichtlich. Die Ausschreibungsunterlagen sehen nämlich vor, dass im Falle von Subunternehmern oder Bietergemeinschaften der kumulierte Umsatz zu berücksichtigen ist. Damit ist es auch kleineren Unternehmen ermöglicht, dieses Eignungskriterium zu erfüllen. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, warum die Gesamtumsätze der Bieter kein sachbezogenes Eignungskriterium für die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sein soll, zumal Paragraph 74, BVergG 2006 dies ausdrücklich als Beispiel für den Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit anführt. Inwiefern hierin eine Umgehung der sonstigen Vorschriften des BVergG 2006 liegen könnte wurde nicht vorgebracht und es ist eine solche auch nicht ersichtlich.

Insofern in der rechtlichen Diskussion die RL 2004/18 sowie die in Österreich trotz abgelaufener Umsetzungsfrist nur ansatzweise umgesetzte Richtlinie 2014/24 angeführt und die Pflicht zur richtlinien-konformen Auslegung (grundlegend EUGH v 10.04.1984, Rs 14/83, Colson/Kaman) bzw. deren unmittelbar Anwendbarkeit (grundlegend EUGH v 04.12.1974, van Duyn) gefordert wurden, vermag das Bundesverwaltungsgericht nicht zu erkennen, dass diese zu einem anderen Ergebnis führen würde.

Was nämlich die nicht mehr in Kraft befindliche RL 2004/18 betrifft, so entspricht die Regelung des BVergG 2006 nämlich genau deren Art. 47 Die geltende RL 2014/24 sieht in Art. 58 sogar vor, dass der als Eignungskriterium

festsetzbare Mindestumsatz bis zum doppelten des (Gesamt)Auftragswertes betragen kann. Was nämlich die nicht mehr in Kraft befindliche RL 2004/18 betrifft, so entspricht die Regelung des BVergG 2006 nämlich genau deren Artikel 47, Die geltende RL 2014/24 sieht in Artikel 58, sogar vor, dass der als Eignungskriterium festsetzbare Mindestumsatz bis zum doppelten des (Gesamt)Auftragswertes betragen kann.

Einer weiteren Erörterung, welche der Richtlinien zur Auslegung des BVergG 2006 herangezogen werden muss und ob der neuen Richtlinie unmittelbare Wirkung zukommt (obwohl das gegenständliche Verfahren vor Ablauf der Umsetzungsfrist eingeleitet worden ist), bedarf es daher nicht.

2.3. Kalkulierbarkeit und Vergleichbarkeit der Preise für die Rahmenvereinbarung

2.3.1. Wesentliches Parteivorbringen

Die Antragstellerin hat im Wesentlichen vorgebracht, die Ausschreibungsunterlagen seien rechtswidrig, weil die Angebote nicht kalkulierbar, nicht vergleichbar und diskriminierend seien.

Dies liege zum einen darin begründet, dass für die gegenständliche Rahmenvereinbarung keinerlei Mindestabnahmeverpflichtung der Auftraggeber vorgesehen sei, wodurch eine realistische Preiskalkulation kaum möglich sei. Grundsätzlich könne eine sehr geringe Menge oder gar keine Abrufe erfolgen, weshalb die Antragstellerin die Preise, welche naturgemäß in Abhängigkeit zur Menge der Produkte stünden, nicht kalkulieren könne.

Zum anderen fehle es an einem brauchbaren Mengengerüst. Die Antragsgegnerin habe nämlich in Anlage 4 ABB zunächst nur die Abfragemenge und den Umsatz für das letzte Jahr (2015), gestaffelt nach Postleitzahlen der abrufenden Stellen, bekannt gegeben. Auch die mit der 2. Berichtigung erfolgte Ausdehnung der Angaben auf die letzten drei Jahre (2013 bis 2015) sei diesbezüglich nicht ausreichend, um eine realistische Kalkulation zu ermöglichen. Außerdem verfüge der seit acht Jahren für die Auftraggeber tätige Vertragspartner der geltenden Rahmenvereinbarung über ein entsprechend erweitertes Wissen betreffend die Höhe der Abrufe aus einem längeren Zeitraum und in Bezug auf die genauen Abfrage-Gewohnheiten der künftigen Auftraggeber.

Schließlich seien die Angebote der Bieter auch aus diesem Gründen nicht vergleichbar. Dem derzeitigen Vertragspartner sei es nämlich möglich, aufgrund seines detaillierten Vorwissens Preise anzubieten, welche nicht mehr denen der anderen Bieter vergleichbar seien.

Die Antragsgegnerin und die mitbeteiligten Parteien haben dagegen geltend gemacht, dass es Wesensmerkmal der Rahmenvereinbarung sei, dass es keinerlei Mindestabnahmeverpflichtung der späteren Auftraggeber gebe. Allerdings liege es im gegenständlichen Verfahren in der Natur der nachgefragten Produkte (Hygienepapier), dass die Nachfrage im Wesentlichen gleichbleibt und nur geringen Schwankungen unterliegt.

Im Übrigen sei die Antragsgegnerin gemäß ihrer gesetzlichen Grundlage (BBG-G) verpflichtet, ihren Bedarf aus den abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen zu decken. Im konkreten Fall handele es sich um 63% des geschätzten Gesamtbedarfes der gegenständlichen Rahmenvereinbarung.

Das Mengengerüst habe die Antragsgegnerin in der Anlage 4 ABB - jedenfalls in der erweiterten Fassung der 2. Berichtigung - detailliert aufgezeigt. Hierin seien die Mengen und die Umsatzhöhen, gestaffelt nach sämtlichen Postleitzahlen der Dienststellen und sonstigen Institutionen, welche Auftraggeber der Rahmenvereinbarung werden und Abrufe tätigen könnten aufgelistet. Dieses Mengengerüst sei auch als Excel-Datei zur Verfügung gestellt, wodurch es den Bietern ermöglicht werde, die Schwankungen der einzelnen Nachfragen über einen Dreijahreszeitraum zu ermitteln und eine realistische Kalkulation der Preise und Mengen durchzuführen sowie eine Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten.

Was schließlich den Wissensvorsprung des derzeitigen Vertragspartners betreffe, so werde dieses durch das nunmehr detaillierte, an der Laufzeit des Vertrages orientierte Information über das Abrufverhalten und die Umsätze der letzten drei Jahre weitestgehend aufgefangen. Soweit darüber hinaus Detailwissen besteht, so liegt dieses in der Natur jedes Vorgängerauftrages, welches durch das Vergaberecht nie vollständig beseitigt werden kann.

2.3.2. Rechtliche Beurteilung

Aus den § 25 Abs. 1 BVergG 2006 ergibt sich zunächst, dass es im Ermessen der Antragstellerin lag, den gegenständlichen Bedarf durch Abschluss einer Rahmenvereinbarung zu decken. Die gesetzlichen Bestimmungen enthalten als solche keinerlei Einschränkungen für die Wahl einer Rahmenvereinbarung zur Deckung des künftigen

Bedarfs öffentlicher Auftraggeber. Aus den Paragraph 25, Absatz eins, BVergG 2006 ergibt sich zunächst, dass es im Ermessen der Antragstellerin lag, den gegenständlichen Bedarf durch Abschluss einer Rahmenvereinbarung zu decken. Die gesetzlichen Bestimmungen enthalten als solche keinerlei Einschränkungen für die Wahl einer Rahmenvereinbarung zur Deckung des künftigen Bedarfs öffentlicher Auftraggeber.

Aus § 4 Abs. 2 BBG-G ergibt sich, dass die Dienststellen des Bundes die von ihnen benötigten Waren aus den von der Antragsgegnerin abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen bei den entsprechenden Auftragnehmern zu beziehen haben. Aus Paragraph 4, Absatz 2, BBG-G ergibt sich, dass die Dienststellen des Bundes die von ihnen benötigten Waren aus den von der Antragsgegnerin abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen bei den entsprechenden Auftragnehmern zu beziehen haben.

Gemäß § 125 Abs. 7 BVergG 2006 ist die Rahmenvereinbarung eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen. Bei einer Rahmenvereinbarung handelt es sich demnach um ein Instrument der Auftragsvergabe, in dem die Bedingungen für die konkrete Leistungserbringung erst nachträglich fixiert oder nachträglich modifiziert werden können. Rahmenvereinbarungen sind nicht als Aufträge im Sinne des BVergG 2006 zu verstehen, weil sie keine Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers begründen. Vielmehr können auf Grund der Rahmenvereinbarung öffentliche Aufträge vergeben werden (VwGH v 16.12.2015, Ra 2015/04/0071; v 16.03.2016, Ro 2014/04/0070). Gemäß Paragraph 125, Absatz 7, BVergG 2006 ist die Rahmenvereinbarung eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen. Bei einer Rahmenvereinbarung handelt es sich demnach um ein Instrument der Auftragsvergabe, in dem die Bedingungen für die konkrete Leistungserbringung erst nachträglich fixiert oder nachträglich modifiziert werden können. Rahmenvereinbarungen sind nicht als Aufträge im Sinne des BVergG 2006 zu verstehen, weil sie keine Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers begründen. Vielmehr können auf Grund der Rahmenvereinbarung öffentliche Aufträge vergeben werden (VwGH v 16.12.2015, Ra 2015/04/0071; v 16.03.2016, Ro 2014/04/0070).

Die Möglichkeiten der Vergabe eines Auftrages auf Grund einer Rahmenvereinbarung, aber auch des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung sind mit § 32 BVergG 2006 abschließend und eindeutig geregelt (VwGH v 16.12.2016, Ro 2014/04/0070). Die Möglichkeiten der Vergabe eines Auftrages auf Grund einer Rahmenvereinbarung, aber auch des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung sind mit Paragraph 32, BVergG 2006 abschließend und eindeutig geregelt (VwGH v 16.12.2016, Ro 2014/04/0070).

Die §§ 32 und 150 f. BVergG 2006 nennen ausdrücklich die zulässigen Möglichkeiten einer Auftragsvergabe auf Grund einer Rahmenvereinbarung (VwGH v 16.03.2016, Ro 2104/05/0070). Die Paragraphen 32 und 150 f. BVergG 2006 nennen ausdrücklich die zulässigen Möglichkeiten einer Auftragsvergabe auf Grund einer Rahmenvereinbarung (VwGH v 16.03.2016, Ro 2104/05/0070).

§ 152 BVergG 2006 ist als spezielle Ausformulierungen des Diskriminierungsverbotes im Bereich der Vergabe von Rahmenvereinbarungen zu sehen (VwGH v 16.12.2015, Ra 2015/04/0071; v 16.03.2016, Ro 2104/05/0070). Paragraph 152, BVergG 2006 ist als spezielle Ausformulierungen des Diskriminierungsverbotes im Bereich der Vergabe von Rahmenvereinbarungen zu sehen (VwGH v 16.12.2015, Ra 2015/04/0071; v 16.03.2016, Ro 2104/05/0070).

Rahmenvereinbarungen gemäß § 25 Abs. 7 BVergG 2006 ist es wesensimmanent, dass sie keine Abnahmeverpflichtungen gegenüber dem Auftragnehmer enthalten. Rahmenvereinbarungen gemäß Paragraph 25, Absatz 7, BVergG 2006 ist es wesensimmanent, dass sie keine Abnahmeverpflichtungen gegenüber dem Auftragnehmer enthalten.

Gesetzliche Voraussetzung ist gemäß §§ 151 Z 1, 150 Abs. 3 BVergG 2006, dass eines der dort genannten Verfahrensarten - gemäß Punkt Gesetzliche Voraussetzung ist gemäß Paragraphen 151, Ziffer eins, 150, Absatz 3, BVergG 2006, dass eines der dort genannten Verfahrensarten - gemäß Punkt

4.1. ABB hier das offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung - durchgeführt wird. Des Weiteren darf die Laufzeit der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung drei Jahre nicht überschreiten (§ 151 Abs. 6 BVergG 2006), was hier gemäß Punkt 13.1 Rz 184 RV beachtet wurde. 4.1. ABB hier das offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung - durchgeführt wird. Des Weiteren darf die Laufzeit der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung drei Jahre nicht

überschreiten (Paragraph 151, Absatz 6, BVergG 2006), was hier gemäß Punkt 13.1 Rz 184 Regierungsvorlage beachtet wurde.

Schließlich ist zu beachten, dass gemäß § 151 Abs. 5 BVergG 2006 das Instrument der Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder in einer Weise angewendet wird, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird. Außerdem sind die allgemeinen Bestimmungen für Vergabeverfahren zu beachten, welche in § 78 Abs. 3 BVergG 2006 vorsehen, dass die Ausschreibungsunterlagen in einer Weise gestaltet sind, welche die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellt und es den Bietern ermöglicht, die Preise ohne nicht kalkulierbare Risiken zu ermitteln. Jedenfalls sind nach der Judikatur des VwGH auch bei Ausschreibungen für Rahmenvereinbarungen die allgemeinen Vergabegrundsätze des § 19 BVergG 2006 zu beachten und Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayer Rechtsanwälte (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015), Rdnr. 1061 f.). Schließlich ist zu beachten, dass gemäß Paragraph 151, Absatz 5, BVergG 2006 das Instrument der Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder in einer Weise angewendet wird, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird. Außerdem sind die allgemeinen Bestimmungen für Vergabeverfahren zu beachten, welche in Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 vorsehen, dass die Ausschreibungsunterlagen in einer Weise gestaltet sind, welche die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellt und es den Bietern ermöglicht, die Preise ohne nicht kalkulierbare Risiken zu ermitteln. Jedenfalls sind nach der Judikatur des VwGH auch bei Ausschreibungen für Rahmenvereinbarungen die allgemeinen Vergabegrundsätze des Paragraph 19, BVergG 2006 zu beachten und Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayer Rechtsanwälte (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015), Rdnr. 1061 f.).

Nach der bisherigen einhelligen Rechtsprechung der Unterinstanzen liegt die Wahl einer Rahmenvereinbarung als solcher allein beim künftigen Auftraggeber. Allerdings sind Ausschreibungen für Rahmenvereinbarungen, bei denen es an jeglicher Vorgabe eines Mengengerüsts fehlt, mangels Kalkulierbarkeit und Vergleichbarkeit der Angebote (insbesondere, in Fällen, in denen die Bieter in Konkurrenz zu einem früheren Vertragspartner stehen) rechtswidrig. Auch Ausschreibungsbestimmungen für Rahmenvereinbarungen, bei denen sich das kalkulatorische Risiko eines Minderabrufs bedeutend erhöht, weil selbst die Auftraggeber ihren eigenen Angaben zufolge nicht bzw nicht vollständig über alle notwendigen Daten verfügen, und die Bieter daher das vollständige Risiko tragen, dass die von ihm angenommenen Kalkulationsparameter nicht der Realität entsprechen, entsprechen nicht den gesetzlichen Vorgaben (UVS Stm v 03.05.2004, 44.15-2/2004; BVA v 13.04.2006, N/0009-BA/06/2006-38; BVA v 15.07.2010, N/0054-BVA/10/2011-25; BVA v 03.12.2010, N/0076-BVA/02/2010-36 - aus anderen Gründen vom VwGH E v 06.03.2013, 2011/04/0115 aufgehoben; BVwG v 03.12.2015, W139 2115379-2/39E).

In den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen wurde das Mengengerüst in der Anlage 4 ABB in der Form angegeben, dass eine detaillierte Liste für das Jahr 2015, sortiert nach dem Sitz (Ort) der abrufenden Auftraggeber, der jeweiligen Anzahl der Abrufe und des preislichen Gesamtvolumens der Abrufe angegeben. Mit der hier prüfungsgegenständlichen 2. Berichtigung wurde diese Liste mit den entsprechenden Angaben auf den Zeitraum 2013 bis 2015 ausgedehnt. Darüber hinaus wurden die Angaben den Bietern auch als elektronisch auswertbare Excel-Listen zur Verfügung gestellt.

Es ist weiters zu beachten, dass der ausschreibungsgegenständlichen Produkte (Hygienepapiere, zB. Toilettenpapier, Papierhandtücher, Papierservietten) solche des täglichen Gebrauchs sind, die gleichzeitig eine hohe Standardisierung aufweisen, also nicht von Abruf zu Abruf unkalkulierbar stark variieren.

Damit ist es den Bietern möglich, anhand der Abrufe aus der derzeitigen Rahmenvereinbarung Rückschlüsse sowohl auf die Anzahl der Bestellung an einem bestimmten Ort in Österreich und die dadurch erzielten Umsätze zu treffen. Es wird also ohne besonderen Aufwand möglich sein - ggf. durch elektronische Auswertung - möglich sein, die für die Kalkulation der Preis notwendigen Gesamtmengen von Abrufen und die Transportkosten zu schätzen. Zwar fehlt es an einer genauen Angabe der einzelnen Auftraggeber, allerdings ist es mithilfe der Postleitzahlen und unter Zuhilfenahme der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen vollständigen Liste der Auftraggeber Anhang 1 ABB) die Anzahl der Abrufe samt Umsatzgröße relativ leicht, diese durch elektronische Auswertung (Excel-Dateien) bestimmten Auftraggebern zuzuordnen.

Auch der Zeitraum von drei (unmittelbar zurückliegenden) Jahren ist angemessen, da er der Laufzeit der derzeitigen Rahmenvereinbarung entspricht und somit ein realistisches Abbild etwaiger Veränderungen für den auch in den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen vorgesehen Gesamtzeitraum ermöglicht. Es ist nicht ersichtlich, welchen

Mehrwert im Hinblick auf die Kalkulation der Preise und die Vergleichbarkeit der Angebote Informationen aus einem weiter zurückliegenden Zeitraum ergeben könnten.

Des Weiteren ist zu beachten, dass in der Vergangenheit 63 % der Bedarfe aus der gegenständlichen Rahmenvereinbarung der Bundesdienststellen erfolgten [0 zu c)], welche gemäß § 4 Abs. 2 BBG-G ihren Bedarf verpflichtend durch Abrufe aus der Rahmenvereinbarung zu decken haben. Wie oben bereits erwähnt, ist es nicht mit besonderem Aufwand verbunden, anhand der Auftraggeberliste und der Postleitzahlen die Bundesdienststellen weitgehend zu identifizieren und deren Abrufe in der Vergangenheit nach Menge und Umsatz zu identifizieren. Des Weiteren ist zu beachten, dass in der Vergangenheit 63 % der Bedarfe aus der gegenständlichen Rahmenvereinbarung der Bundesdienststellen erfolgten [0 zu c)], welche gemäß Paragraph 4, Absatz 2, BBG-G ihren Bedarf verpflichtend durch Abrufe aus der Rahmenvereinbarung zu decken haben. Wie oben bereits erwähnt, ist es nicht mit besonderem Aufwand verbunden, anhand der Auftraggeberliste und der Postleitzahlen die Bundesdienststellen weitgehend zu identifizieren und deren Abrufe in der Vergangenheit nach Menge und Umsatz zu identifizieren.

Somit fehlt den Bietern allenfalls das Herunterbrechen der Abrufzahlen und der betreffenden Umsätze pro Auftraggeber auf die einzelnen Produkte.

Es ist zwar verständlich, dass diese Angaben für die Bieter in Zusammenhang mit der Kalkulation der Preise von besonderem Interesse sind. Dennoch sind auch die Interessen der Antragsgegnerin und des derzeitigen Auftragnehmers zu beachten. Würde man nämlich Details über die Anzahl und Art der einzelnen Produkte in Zusammenschau mit den Umsätzen pro Auftraggeber für vergaberechtlich geboten erachten, wäre damit praktisch die Offenlegung der vom derzeitigen Auftragnehmer angebotenen Preise pro Produkt verbunden. Dies würde jedoch dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs (§ 19 BVergG 2006) widersprechen. Es ist zwar verständlich, dass diese Angaben für die Bieter in Zusammenhang mit der Kalkulation der Preise von besonderem Interesse sind. Dennoch sind auch die Interessen der Antragsgegnerin und des derzeitigen Auftragnehmers zu beachten. Würde man nämlich Details über die Anzahl und Art der einzelnen Produkte in Zusammenschau mit den Umsätzen pro Auftraggeber für vergaberechtlich geboten erachten, wäre damit praktisch die Offenlegung der vom derzeitigen Auftragnehmer angebotenen Preise pro Produkt verbunden. Dies würde jedoch dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs (Paragraph 19, BVergG 2006) widersprechen.

Aus diesem Grunde kann nicht davon ausgegangen werden, dass der (insoweit natürlicherweise bestehende) entsprechende Informationsvorsprung des derzeitigen Auftragnehmers nach dem in derselben Bestimmung enthaltenen Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter von Seiten der Antragsgegnerin durch entsprechende Informationen in den Ausschreibungsunterlagen auszugleichen ist.

Eine Abwägung der Grundsätze des § 19 BVergG 2006 ergibt somit, dass es zur Konkretisierung der Erfordernisse der Kalkulierbarkeit und Vergleichbarkeit der Angebote gemäß § 78 Abs. 1 BVergG 2006, ausreicht, dass hier die Information der Anzahl der Abrufe und der damit getätigten Umsätze pro Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen enthalten ist. Eine Abwägung der Grundsätze des Paragraph 19, BVergG 2006 ergibt somit, dass es zur Konkretisierung der Erfordernisse der Kalkulierbarkeit und Vergleichbarkeit der Angebote gemäß Paragraph 78, Absatz eins, BVergG 2006, ausreicht, dass hier die Information der Anzahl der Abrufe und der damit getätigten Umsätze pro Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen enthalten ist.

2.4. Preisanpassungs-Index

2.4.1. Wesentliches Parteivorbringen

Die Antragstellerin hat geltend gemacht, der in Punkt 8.2. RV angeführte Preisindex zur Anpassung der angebotenen Preise sei unsachlich. Er beziehe sich zu 80% auf den allgemeinen Preisindex des Großhandels für "Papier und Pappe" und zu 20% auf den allgemeinen Verbraucherpreisindex für "Verkehr" und nicht auf einen eigenen Preisindex für Hygienepapier, welcher aufgrund der Unterschiede der Produkte zu den anderen Papier- und Pappe-Produkten hätte herangezogen werden müssen. Die Antragstellerin hat geltend gemacht, der in Punkt 8.2. Regierungsvorlage angeführte Preisindex zur Anpassung der angebotenen Preise sei unsachlich. Er beziehe sich zu 80% auf den allgemeinen Preisindex des Großhandels für "Papier und Pappe" und zu 20% auf den allgemeinen Verbraucherpreisindex für "Verkehr" und nicht auf einen eigenen Preisindex für Hygienepapier, welcher aufgrund der Unterschiede der Produkte zu den anderen Papier- und Pappe-Produkten hätte herangezogen werden müssen.

Die Antragsgegnerin hat dagegen erklärt, der herangezogene Preisindex sei sachbezogen. Die in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Preisindices würden von einer neutralen Stelle (Statistik Austria) regelmäßig erstellt und angepasst. Ein eigener Preisindex für "Hygienepapier" existiere nicht und müsste erst kostenträchtig in Auftrag gegeben und jährlich angepasst werden.

2.4.2. Rechtliche Beurteilung

Es ist zunächst daran zu erinnern, dass die allgemeinen Bestimmungen für Vergabeverfahren zu beachten, welche in § 78 Abs. 3 BVergG 2006 vorsehen, dass die Ausschreibungsunterlagen in einer Weise gestaltet sind, welche die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellt und es den Bietern ermöglicht, die Preise ohne nicht kalkulierbare Risiken zu ermitteln. Es ist zunächst daran zu erinnern, dass die allgemeinen Bestimmungen für Vergabeverfahren zu beachten, welche in Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 vorsehen, dass die Ausschreibungsunterlagen in einer Weise gestaltet sind, welche die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellt und es den Bietern ermöglicht, die Preise ohne nicht kalkulierbare Risiken zu ermitteln.

Daraus lässt sich ableiten, dass Rahmenvereinbarungen ohne eine sachlich begründete Preisanpassungsregelung zum Überwälzen der Preissteigerungs-Risiko auf den Partner der der Rahmenvereinbarung führen würde, weil dieser über die Laufzeit des Vertrages zu den ursprünglich angebotenen Preisen zu liefern hätte.

In den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen wurde ein Preisindex für die Rahmenvereinbarung aufgenommen, der sich an regelmäßig erhobenen und veröffentlichten Teil-Indices der Statistik Austria orientiert.

Es ist nicht ersichtlich, dass der gewählte Misch-Index unsachlich ist und damit gegen § 78 Abs. 3 BVergG 2006 zu einer Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken führt. Es ist nicht ersichtlich, dass der gewählte Misch-Index unsachlich ist und damit gegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 zu einer Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken führt.

Der Index der Ausschreibungsunterlagen ist nämlich zum einen ein von einer neutralen Stelle erhobener. Er setzt sich um anderen überwiegend aus dem Großhandelspreis-Index "Papier und Pappe" des Grundstoffes der hier gegenständlichen Produkte (Hygienepapier) zusammen im Übrigen aus dem Verbrauch-Index "Verkehr", welcher durchaus geeignet ist den Preisbestandteil "Logistik" des Ausschreibungsinhaltes abzubilden. Zudem ist auch das Verhältnis (85:15) von Grundstoff und Logistik für die Preisbildung realistisch. Schließlich ist zu beachten, dass die Antragsgegnerin die Erstellerin der Teilindices, ihr Mengenverhältnis und die Fundstelle der Veröffentlichung in den Ausschreibungsunterlagen angeführt hat (Punkt 8.2. Rz 105), womit sie auch dem Transparenzgrundsatz des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 entsprochen hat. Der Index der Ausschreibungsunterlagen ist nämlich zum einen ein von einer neutralen Stelle erhobener. Er setzt sich um anderen überwiegend aus dem Großhandelspreis-Index "Papier und Pappe" des Grundstoffes der hier gegenständlichen Produkte (Hygienepapier) zusammen im Übrigen aus dem Verbrauch-Index "Verkehr", welcher durchaus geeignet ist den Preisbestandteil "Logistik" des Ausschreibungsinhaltes abzubilden. Zudem ist auch das Verhältnis (85:15) von Grundstoff und Logistik für die Preisbildung realistisch. Schließlich ist zu beachten, dass die Antragsgegnerin die Erstellerin der Teilindices, ihr Mengenverhältnis und die Fundstelle der Veröffentlichung in den Ausschreibungsunterlagen angeführt hat (Punkt 8.2. Rz 105), womit sie auch dem Transparenzgrundsatz des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 entsprochen hat.

Insoweit die Antragstellerin geltend macht, der verwendete Gesamt-Index, insbesondere der Teil-Index "Großhandel Papier und Pappe" könne die Preisentwicklung im Bereich Hygienepapier nur unzureichend abbilden, weil der Markt eigenen Gesetzen folge, so kann dem nicht gefolgt werden. Die Antragstellerin hat nämlich nicht substantiiert vorgebracht, worin die maßgeblichen Unterschiede zwischen der Preisentwicklung des Grundstoffes (Papier und Pappe) unter Mitberücksichtigung der Logistik-Kosten (Verkehr) zu jenem der Endprodukte (Hygienepapier) liegen sollen.

Was schließlich die Erstellung eines eigenen Preis-Indexes für "Hygienepapier" betrifft, so kann nicht davon ausgegangen werden, dass § 78 Abs. 3 BVergG 2006 eine solche Pflicht im Einzelfall normiert, wenn es andere, bereits vorhandene und publizierte Indices gibt, die sachgerecht sind, wenn auch vielleicht nicht bis ins Detail einem speziellen Preis-Index entsprechen. Dies würde nämlich - vor dem Hintergrund der Bedeutung, welche die Preisanpassungsregeln bei einer Rahmenvertrags-Ausschreibung haben - im Ergebnis stets dazu führen, dass praktisch für jede auf diesem Wege zu beschaffende Art von Waren oder Warengruppen ein eigener Preis-Index (und dessen Anpassung) von der Auftraggeberseite in Auftrag zu geben und zu finanzieren wäre. Ein entsprechendes Erfordernis kann dem Sachlichkeitsgebot nicht entnommen werden. Was schließlich die Erstellung eines eigenen Preis-

Indexes für "Hygienepapier" betrifft, so kann nicht davon ausgegangen werden, dass Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 eine solche Pflicht im Einzelfall normiert, wenn es andere, bereits vorhandene und publizierte Indices gibt, die sachgerecht sind, wenn auch vielleicht nicht bis ins Detail einem speziellen Preis-Index entsprechen. Dies würde nämlich - vor dem Hintergrund der Bedeutung, welche die Preisanpassungsregeln bei einer Rahmenvertrags-Ausschreibung haben - im Ergebnis stets dazu führen, dass praktisch für jede auf diesem Wege zu beschaffende Art von Waren oder Warengruppen ein eigener Preis-Index (und dessen Anpassung) von der Auftraggeberseite in Auftrag zu geben und zu finanzieren wäre. Ein entsprechendes Erfordernis kann dem Sachlichkeitsgebot nicht entnommen werden.

2.5. Gesamtvergabe

2.5.1. Wesentliche Parteienvorbringen

Die Antragstellerin hat in der Antragschrift vorgebracht, die Antragsgegnerin habe für bestimmte Produktgruppen (P92, P93 - bestimmte Spenderservietten) erst mit der 1. Fragebeantwortung genau Mindestangaben für deren Größe (zumindest, was die Mindestbreite betrifft) angegeben. Es zeige sich aber, dass damit eine Unterschreitung der Breite bestimmter Spenderservietten von nur 1 mm zum Ausscheiden des gesamten Angebotes wegen Ausschreibungswidrigkeit führen würde, obwohl der Umsatz mit diesen Produkten nur einen verschwindend geringen Teil des Gesamtvolumens von rund € 24.000.000 ausmache. Dies gelte erst recht für die Produkte des vollständig unbestimmten "Restlichen Warenkorbes" (Punkt 5.2.2 RV).

Im weiteren Verlauf des Verfahrens hat die Antragstellerin ergänzt, dass die Unterteilung in Lose auch die Wettbewerbsvorteile, welche der aktuelle Vertragspartner aufgrund dessen, dass er bereits produktgebundene Spender für die von ihm vertriebenen Hygienepapiere bei den Auftraggebern montiert habe.

Die Antragstellerin hat letztlich auch darauf hingewiesen, dass die neue RL 2014/24 in Art. 46 Bestimmungen vorsehe, aus denen sich ableiten lasse, dass einer los-weisen Aufteilung des Beschaffungsgegenstandes der Vorrang zu geben sei. Die Antragstellerin hat letztlich auch darauf hingewiesen, dass die neue RL 2014/24 in Artikel 46, Bestimmungen vorsehe, aus denen sich ableiten lasse, dass einer los-weisen Aufteilung des Beschaffungsgegenstandes der Vorrang zu geben sei.

Die Antragsgegnerin und die mitbeteiligten Parteien haben dagegen vorgebracht, dass es vergaberechtlich frei entscheidbar sei, ob eine Beschaffung in Form einer losweisen Vergabe oder einer Gesamtvergabe erfolgt.

Was die geringfügige Unterschreitung bestimmter in der Ausschreibung geforderter Maße betreffe, so sei dies - wie alle nicht ausschreibungskonformen Angebote - ein Ausscheidungsgrund. Das Vergaberecht sehe keine Staffelung nach mehr oder minderschweren Nicht-Konformitäten vor.

Auch der Vorteil, den ein früherer Vertragspartner naturgemäß aus bestimmten Gründen habe, führe nicht zur Pflicht von einer Gesamtvergabe abzusehen. Im Übrigen werde der behauptete Vorteil durch die Pflicht, Preise für die Hygienepapiere und die passenden Spender anzubieten, welche jeden Bieter treffe, neutralisiert (siehe dazu unten 0).

Im Übrigen stehe es der Antragsgegnerin nach dem BVergG 2006 unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze frei, eine Gesamt- oder eine los-weise Ausschreibung vorzunehmen. Auch die neue RL 2014/24 sehe keine diesbezügliche Änderung vor und sei im Übrigen im das gegenständlichen Verfahren (noch) nicht unmittelbar anwendbar, weil die Ausschreibung vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist erfolgt.

Die Entscheidung für eine Gesamtvergabe liege in der praktischen Durchführbarkeit der angestrebten Rahmenvereinbarung. Es handele sich nämlich um die Beschaffung von besonders häufig nachgefragten Produkten des täglichen Gebrauchs (Hygienepapier), bei denen es nicht praktikabel sei, für jeden einzelnen Auftrag erst ermitteln zu müssen, welcher Auftragnehmer in Frage komme. Die einzelnen Abrufe würden sich insbesondere vor dem Hintergrund der großen Anzahl an Auftraggebern (mehrere Hundert) unnötig vervielfältigen und verkomplizieren.

2.5.2. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 22 Abs. 1 BVergG 2006 können Leistungen gemeinsam oder getrennt vergeben werden. Für die Entscheidung sind wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte maßgebend. Abs. 3 bestimmt, dass die Wahl nicht mit der Zielsetzung erfolgen darf, die Anwendung dieses Gesetzes zu umgehen. Gemäß Paragraph 22, Absatz eins, BVergG

2006 können Leistungen gemeinsam oder getrennt vergeben werden. Für die Entscheidung sind wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte maßgebend. Absatz 3, bestimmt, dass die Wahl nicht mit der Zielsetzung erfolgen darf, die Anwendung dieses Gesetzes zu umgehen.

§ 151 Abs. 5 BVergG 2006 bestimmt, dass Rahmenvereinbarungen nicht zur Umgehung dieses Gesetzes gewählt werden dürfen. Mit dieser Bestimmung wird im Wesentlichen die allgemeinen Vergabegrundsätze nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 für den Bereich der Rahmenvereinbarungen besonders hervorgehoben bzw. konkretisiert (zB Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayer Rechtsanwälte (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015), Rdnr. 1056 mwN]. Paragraph 151, Absatz 5, BVergG 2006 bestimmt, dass Rahmenvereinbarungen nicht zur Umgehung dieses Gesetzes gewählt werden dürfen. Mit dieser Bestimmung wird im Wesentlichen die allgemeinen Vergabegrundsätze nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 für den Bereich der Rahmenvereinbarungen besonders hervorgehoben bzw. konkretisiert (zB Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayer Rechtsanwälte (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015), Rdnr. 1056 mwN].

Den Gesetzesmaterialien zufolge (RV, 1087 BlgNR 21. GP, S 34, AB 1118 BlgNR 21. GP, S 45) wurde durch § 58 BVergG 2002 (nunmehr: § 22 BVergG 2006) der bisher streng geltende Grundsatz der ungeteilten Vergabe aufgegeben. Allerdings kann aus Abs. 2 - auf Grund seines Wortlautes ("kann") - auch kein unbedingter gesetzlicher Vorbehalt zu Gunsten einer gewerksweisen Vergabe abgeleitet werden. Ein öffentlicher Auftrag kann z.B. dann gewerksweise vergeben werden, wenn er nach Art und Größe besonders umfangreich ist und trotz Teilung eine notwendige einheitliche Ausführung und eine eindeutige Gewährleistung sichergestellt seien. Bei Einhaltung des Ermessensspielraumes durch den Auftraggeber lässt sich weder ein Anspruch auf gewerksweise Vergabe noch auf Gesamtvergabe eines Auftrages ableiten (VwGH v 24.02.2006, 2004/04/0083). Den Gesetzesmaterialien zufolge (RV, 1087 BlgNR 21. GP, S 34, Ausschussbericht 1118 BlgNR 21. GP, S 45) wurde durch Paragraph 58, BVergG 2002 (nunmehr: Paragraph 22, BVergG 2006) der bisher streng geltende Grundsatz der ungeteilten Vergabe aufgegeben. Allerdings kann aus Absatz 2, - auf Grund seines Wortlautes ("kann") - auch kein unbedingter gesetzlicher Vorbehalt zu Gunsten einer gewerksweisen Vergabe abgeleitet werden. Ein öffentlicher Auftrag kann z.B. dann gewerksweise vergeben werden, wenn er nach Art und Größe besonders umfangreich ist und trotz Teilung eine notwendige einheitliche Ausführung und eine eindeutige Gewährleistung sichergestellt seien. Bei Einhaltung des Ermessensspielraumes durch den Auftraggeber lässt sich weder ein Anspruch auf gewerksweise Vergabe noch auf Gesamtvergabe eines Auftrages ableiten (VwGH v 24.02.2006, 2004/04/0083).

Im gegenständlichen Verfahren hat die Antragsgegnerin von ihrem Ermessen unter Beachtung wirtschaftlicher und technischer Gesichtspunkte rechtmäßig Gebrauch gemacht. Sie hat nämlich nachvollziehbar dargelegt, dass die Gesamtvergabe im vorliegenden Fall aufgrund der Vielzahl von Auftraggebern und der hohen Anzahl von zu erwartenden dezentralen Beschaffungsvorgängen für Produkte des täglichen Gebrauchs wirtschaftlich besser durch einen einzelnen Auftragnehmer für alle Produkte erfolgt.

Das von der Antragstellerin vorgebrachten Argument, dass einem Bieter bei einer Gesamtvergabe ein Ausscheiden im Verfahren drohe, wenn auch nur ein kleinster Teil der nachzufragenden Produkte nicht den Ausschreibungsanforderungen entspreche, kann dem nicht entgegenstehen, weil dies eine wesensimmanente Folge von Gesamtvergaben ist. Eine Rechtswidrigkeit der Entscheidung für eine solche kann dem also nicht entnommen werden.

Es ist nicht ersichtlich und wurde auch nicht vorgebracht, dass die Antragsgegnerin dabei die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts verletzt hat. Insofern die Antragstellerin dazu angeführt hat, der Wettbewerbsvorteil des derzeitigen Vertragspartners (produktgebundene Spender bereits vorhanden) könne mit einer los-weisen Ausschreibung entgegengewirkt werden, hat sie offenbar in Erwägung gezogen, dass andere Unternehmen (nur) mit einer los-weisen Ausschreibung eine Chance hätten, zumindest einen Teil der neuen Rahmenvereinbarung (spenderlose oder nicht spendergebundene Hygienepapiere) zu erhalten.

Sie übersieht dabei jedoch, dass die §§ 19 Abs. 1 und 151 Abs. 5 BVergG 2006 zwar verlangen, dass Ausschreibungsunterlagen zwar den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter entsprechen müssen. Der behauptete Vorteil des derzeitigen Vertragspartners entsteht jedoch nicht durch die gegenständliche Gesamt-Ausschreibung, sondern hat seine Ursache in einem früheren Verfahren, welche auf einer Bewertung der produktgebundenen Spender/spendergebundenen Produkte nach Ausschreibung einer

Rahmenvereinbarung als wirtschaftlich oder finanziell günstigstes Angebot bewertet hatte. Dieses ist jedoch nicht Gegenstand der hier zu beurteilenden Ausschreibung, welche als solche den behaupteten Wettbewerbsvorteil nicht (auch nicht durch die Wahl einer Gesamtbeschaffung) begründet. Sie übersieht dabei jedoch, dass die Paragraphen 19, Absatz eins und 151 Absatz 5, BVergG 2006 zwar verlangen, dass Ausschreibungsunterlagen zwar den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter entsprechen müssen. Der behauptete Vorteil des derzeitigen Vertragspartners entsteht jedoch nicht durch die gegenständliche Gesamt-Ausschreibung, sondern hat seine Ursache in einem früheren Verfahren, welche auf einer Bewertung der produktgebundenen Spender/spendergebundenen Produkte nach Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung als wirtschaftlich oder finanziell günstigstes Angebot bewertet hatte. Dieses ist jedoch nicht Gegenstand der hier zu beurteilenden Ausschreibung, welche als solche den behaupteten Wettbewerbsvorteil nicht (auch nicht durch die Wahl einer Gesamtbeschaffung) begründet.

Eine Verpflichtung, durch frühere Vergabeverfahren bewirkten etwaigen Wettbewerbsvorteil im Wege der Wahl einer Gesamtbeschaffung entgegen zu wirken, kann weder § 22 Abs. 1 noch § 151 Abs. 5 BVergG 2006 entnommen werden. Eine Verpflichtung, durch frühere Vergabeverfahren bewirkten etwaigen Wettbewerbsvorteil im Wege der Wahl einer Gesamtbeschaffung entgegen zu wirken, kann weder Paragraph 22, Absatz eins, noch Paragraph 151, Absatz 5, BVergG 2006 entnommen werden.

§ 150 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2006 legt fest, dass nach bei Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung nach Möglichkeit auch kleine und mittlere Unternehmen am Verfahren zu beteiligen sind. Paragraph 150, Absatz eins, letzter Satz BVergG 2006 legt fest, dass nach bei Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung nach Möglichkeit auch kleine und mittlere Unternehmen am Verfahren zu beteiligen sind.

Die Beteiligung von Klein- und Mittelunternehmen wird bei einer los-weise Teilung eines Beschaffungsvorgangs unbestreitbar gefördert, weil sie auch die Leistung von kleineren Teil-Einheiten ermöglicht.

Daraus kann für sich genommen jedoch nicht abgeleitet werden, dass § 150 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2006 bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen zwingend eine los-weise Aufteilung verlangt, zumal die Bestimmung nur davon spricht, dass die Beteiligung von KMU "nach Möglichkeit" erfolgen soll [Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayer Rechtsanwälte (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015), Rdnr. 1056 u 1306 mwN], womit im Grunde nur ein Verweis auf die Grundregel des § 22 BVergG 2006 vorliegt. Daraus kann für sich genommen jedoch nicht abgeleitet werden, dass Paragraph 150, Absatz eins, letzter Satz BVergG 2006 bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen zwingend eine los-weise Aufteilung verlangt, zumal die Bestimmung nur davon spricht, dass die Beteiligung von KMU "nach Möglichkeit" erfolgen soll [Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayer Rechtsanwälte (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015), Rdnr. 1056 u 1306 mwN], womit im Grunde nur ein Verweis auf die Grundregel des Paragraph 22, BVergG 2006 vorliegt.

Schließlich kann auch der neuen RL 2014/24 - selbst im Falle einer hier noch nicht gegebenen unmittelbaren Wirkung (siehe oben 0) - nicht entnommen werden, dass über die geltenden Regelungen hinausgehende Vorschriften für die Wahl einer Gesamt- oder los-weisen Beschaffung enthält.

Aus Art. 48 Abs. 1 und 4 RL 2014/24 ergibt sich nämlich lediglich eine Begründungspflicht, wenn von einer los-weisen Beschaffung abgesehen wird. Daraus lässt sich zwar eine gewisse Präferenz erkennen, die ihren Grund in der Förderung der Beteiligung von Klein- und Mittelunternehmen hat. Die neue RL enthält jedoch keine Beschränkung der Wahlfreiheit der Antragsgegnerin und geht auch anderweitig kaum über die geltenden (aber hier noch nicht anwendbaren) Bestimmung des §§ 22 Abs. 4 BVergG 2006 idF BGBl. I Nr. 7/2016 und die §§ 3, 22 Abs. 1, 3, 150 Abs. 1 und 151 Abs. 5 BVergG 2006 (in der anwendbaren Fassung) hinaus. Aus Artikel 48, Absatz eins und 4 RL 2014/24 ergibt sich nämlich lediglich eine Begründungspflicht, wenn von einer los-weisen Beschaffung abgesehen wird. Daraus lässt sich zwar eine gewisse Präferenz erkennen, die ihren Grund in der Förderung der Beteiligung von Klein- und Mittelunternehmen hat. Die neue RL enthält jedoch keine Beschränkung der Wahlfreiheit der Antragsgegnerin und geht auch anderweitig kaum über die geltenden (aber hier noch nicht anwendbaren) Bestimmung des Paragraphen 22, Absatz 4, BVergG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 7 aus 2016, und die Paragraphen 3, 22, Absatz eins, 3, 150, Absatz eins und 151 Absatz 5, BVergG 2006 (in der anwendbaren Fassung) hinaus.

2.6. Restlicher Warenkorb

2.6.1. Wesentliches Parteivorbringen

Die Antragstellerin hat vorgebracht, der unter Punkt 8.1.2. RV angeführte "restliche Warenkorb" sei in Bezug auf die gewünschten Produkte völlig unbestimmt. Dadurch sei es nicht möglich, einen Preis zu kalkulieren und die Angebote zu vergleichen. Die Antragstellerin hat vorgebracht, der unter Punkt 8.1.2. Regierungsvorlage angeführte "restliche Warenkorb" sei in Bezug auf die gewünschten Produkte völlig unbestimmt. Dadurch sei es nicht möglich, einen Preis zu kalkulieren und die Angebote zu vergleichen.

Die Antragsgegnerin hat erklärt, es handele sich bei der Position "restlicher Warenkorb" um Sonderprodukte (zB Papierservietten mit bestimmten Aufdrucken), deren Nachfrage außerhalb des Kernwarenkorbess weder in Bezug auf das "Ob" noch auf das "Was" vorhersehbar sei. Daher könne auch keine Produktbeschreibung in den Ausschreibungsunterlagen aufgenommen werden. Es handele sich in etwa um 1,5% des geschätzten Gesamtabrufwertes.

Zudem sei ohnehin nur eine Option für den künftigen Vertragspartner der Rahmenvereinbarung. Im Falle eines unvorhersehbaren Bedarfs einer der Auftraggeber könne der Partner der Rahmenvereinbarung ein Angebot legen und die Lieferung entsprechend vornehmen. Eine Lieferverpflichtung bestehe nicht.

2.6.2. Rechtliche Beurteilung

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung des VwGH auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (VwGH 21.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA 14.06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua; Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung des VwGH auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (VwGH 21.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA 14.06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua;

BVA 18.01.2008, N/0118- BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25;

Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1).

Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren (ua VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; ebenso ua BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN).

Aus dem Text von Punt 5.2.2 RV ergibt sich, dass der "restliche Warenkorb" kein konkretes Angebot bestimmter Produkte und Preise erfordert, sondern lediglich die Bereitschaft, im Falle einer Nachfrage nach Produkten, die nicht im Kernwarenkorb enthalten sind, ein Angebot zu legen. Aus dem Text von Punt 5.2.2 Regierungsvorlage ergibt sich, dass der "restliche Warenkorb" kein konkretes Angebot bestimmter Produkte und Preise erfordert, sondern lediglich die Bereitschaft, im Falle einer Nachfrage nach Produkten, die nicht im Kernwarenkorb enthalten sind, ein Angebot zu legen.

Es besteht somit keine Lieferverpflichtung aus der Rahmenvereinbarung, sondern lediglich eine Option, nach welcher der Partner der Rahmenvereinbarung - vor einer neuen Ausschreibung oder Direktbeschaffung außerhalb dieser - um ein Angebot ersucht werden kann und damit die Möglichkeit erhält, zusätzliche Produkte zu den von ihm angebotenen Preisen zu liefern.

Dadurch entsteht den Bietern mithin kein Nachteil in Bezug auf die Kalkulation dieses Postens, weil eine solche nicht zu erfolgen hat. Lediglich die allgemeinen Angebotsregelungen eines Bieters (zB. Rabattsätze für etwaige Großbestellungen) finden ggf. Anwendung.

2.7. Produktgebundene Spender

2.7.1. Wesentliches Parteivorbringen

Die Antragstellerin hat vorgebracht, die Tatsache, dass das Vertragsunternehmen der aktuellen Rahmenvereinbarung für "Hygienepapier" produktgebunden Spender an die Auftraggeber geliefert und diese auch in Zukunft nur mit den passenden Produkten desselben Herstellers befüllt werden könnten, gebe ihm einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil.

Es sei zu erwarten, dass die Antragsgegnerin und die anderen künftigen Auftraggeber schon allein aus Kostengründen kein Interesse an der Beschaffung von Produkten anderer Hersteller hätten, weil sie diesfalls sämtliche Spender kostenträchtig und zeitaufwendig austauschen müssten.

Auf den Hinweis der Antragsgegnerin die Ausschreibung sehe ausdrücklich vor, dass jeder Bieter - also auch die aktuelle Auftragnehmerin - Preise für die jeweils passenden Produkte samt Spendern und Montage anbieten müsste, und damit alle Bieter dieselben Kalkulationsgrundlagen hätten, hat die Antragstellerin erklärt, dass es aufgrund der zu erwartenden Einzelabrufe allein der Produkte (ohne Spender) ein Leichtes sei, die Preise für diese unter Zugrundelegung der Preisvorteile aus der fehlenden Nachfrage nach bereits vorhandenen Spendern zu kalkulieren. Damit würde dieser Bieter jedenfalls unter den Preisen jener Bieter zu liegen, welche nicht Exklusiv-Vertragspartner der Herstellerfirma der derzeitigen Produkte und Spender sind.

Die Antragsgegnerin hat dagegen zunächst betont, dass die Bieter gemäß Punkt 9.2 Rz 147 ABB - gerade, um den Vorteil produktgebundener Spender, die bereits bei den Auftraggebern montiert seien, zu kompensieren - verpflichtend die Preise für die Produkte samt passender Spender zu bieten hätten, und diese auch nur zusammen in die Bewertung der Gesamtpreise eingehen. Angebote ohne Preise für die zum jeweiligen Papier-Produkt passenden Spender müssten ausgeschlossen werden.

Damit könnten zum einen neue Produkt-Spender-Kombinationen anderer Hersteller durch deren Vertragspartner angeboten (und ggf. später abgerufen) werden. Zum anderen würde der Preis für Spender der derzeit verwendeten Produkte (unabhängig davon, ob dies jemals abgerufen würden) jedenfalls in das entsprechende Zuschlags-Kriterium (Preis) einfließen, auch wenn letztlich in Anwendung der Rahmenvereinbarung keine entsprechenden Abrufe mehr folgen sollten.

2.7.2. Rechtliche Beurteilung

Zunächst ist festzuhalten, dass es keine ausdrückliche Regelung im BVergG gibt, welche es ermöglicht, einen Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen, weil er über einen Wettbewerbsvorteil verfügt. § 20 Abs. 5 BVergG stellt insoweit - abgesehen von den allgemeinen Ausschlusskriterien des - eine abschließende Regelung dar und beschränkt sich auf Bieter, die an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen beteiligt waren. Dies ist hier nicht der Fall. Zunächst ist festzuhalten, dass es keine ausdrückliche Regelung im BVergG gibt, welche es ermöglicht, einen Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen, weil er über einen Wettbewerbsvorteil verfügt. Paragraph 20, Absatz 5, BVergG stellt insoweit - abgesehen von den allgemeinen Ausschlusskriterien des - eine abschließende Regelung dar und beschränkt sich auf Bieter, die an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen beteiligt waren. Dies ist hier nicht der Fall.

Im Übrigen zielt der Antrag in diesem Stadium des Vergabeverfahrens auch nicht auf Ausschluss eines Bieters, sondern auf Nichtigkeit der Ausschreibungsunterlagen, welche nach Meinung der Antragstellerin den Wettbewerbsvorteil des Bieters, der Partner der aktuellen Rahmenvereinbarung ist, nicht ausreichend beachten.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG muss die Antragsgegnerin bei der Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen darauf Bedacht nehmen, dass die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter beachtet werden. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG muss die Antragsgegnerin bei der Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen darauf Bedacht nehmen, dass die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter beachtet werden.

Nach § 78 Abs. 3 BVergG sind die Ausschreibungsunterlagen so zu gestalten, dass die Preise ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden. Nach Paragraph 78, Absatz 3, BVergG sind die Ausschreibungsunterlagen so zu gestalten, dass die Preise ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden.

§ 96 Abs. 1 und 3 BVergG sieht vor, dass die Beschreibung der Leistung neutral zu erfolgen hat und nicht so umschrieben werden darf, dass bestimmte Bieter von vornherein einen Wettbewerbsvorteil genießen. Paragraph 96, Absatz eins und 3 BVergG sieht vor, dass die Beschreibung der Leistung neutral zu erfolgen hat und nicht so umschrieben werden darf, dass bestimmte Bieter von vornherein einen Wettbewerbsvorteil genießen.

Die Bestimmungen in Punkt 9.2 Rz 147 ABB sowie Punkte 4.1.3 RV erfüllt diese Voraussetzungen, weil sie zum einen nach außen hin jedenfalls neutral formuliert sind und für alle Bieter, einschließlich der aktuellen Auftragnehmerin der

Rahmenvereinbarung gleichermaßen gelten. Die Bestimmungen in Punkt 9.2 Rz 147 ABB sowie Punkte 4.1.3 Regierungsvorlage erfüllt diese Voraussetzungen, weil sie zum einen nach außen hin jedenfalls neutral formuliert sind und für alle Bieter, einschließlich der aktuellen Auftragnehmerin der Rahmenvereinbarung gleichermaßen gelten.

Wie die Antragsgegnerin zu Recht anführt, soll die Vorgabe, dass für die betroffenen Produkte jedenfalls auch die passenden Spender anzubieten und auszupreisen sind, eine gleiche Ausgangsposition für die Kalkulation der Preise gewährleisten. Die gilt mithin auch für die derzeitige Auftragnehmerin, wenn sie sich an der Ausschreibung für die künftige Rahmenvereinbarung beteiligen will - und zwar unabhängig davon, ob die Spender aufgrund der geltenden Rahmenvereinbarung bereits bei den Auftraggebern vorhanden und montiert sind. Dasselbe gilt für die Montagekosten, selbst wenn bei der Durchführung der Rahmenvereinbarung Spender nicht (mehr) abgefragt werden und daher auch nicht montiert werden sollten.

Die Zuschlagskriterien sind in Punkt 9.1 Rz ABB nämlich so geregelt, dass der Gesamtpreis der Angebote den weitaus maßgeblichen Teil der Bewertung (65%) ausmacht, die besondere Qualität (Übererfüllung der Gebrauchstauglichkeit), die Umweltkriterien und die angebotenen Rabattstaffelungen für Großbestellungen treten demgegenüber in den Hintergrund.

Dieser Gesamtpreis wiederum besteht gemäß der Punkte 7.4. Rz 95 und 9.2. Rz. 147 ABB aus der Summe der Preise für die Hygienepapiere selbst sowie für die dafür passenden Spender und die Montagekosten.

Mit anderen Worten: die Bewertung des Gesamtpreises basiert ggf. auf den "fiktiven" Kosten für Spender und Montage - und nur diese ist maßgeblich für die Bewertung der Angebote, nicht etwa ein künftiges Abrufverhalten der Auftraggeber.

Allerdings stellt sich auch die Frage, ob der aktuelle Auftragnehmer nicht bei der Kalkulation der Kosten für die Papiere als solche die eben nur "fiktiven" Kosten für die Spender und deren Montage einkalkulieren und somit zu einem wettbewerbsfähigeren, niedrigen Gesamt-Preis kommen kann. Eine solche Kalkulation ist nach den Ausschreibungsunterlagen zwar denkbar. Ist jedoch auch zu beachten, dass Angebote zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung den allgemeinen Bestimmungen des Vergaberechts unterliegen, gemäß § 125 BVergG einer Plausibilitätsprüfung und ggf. einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen sind. Dennoch bleibt fraglich, ob damit alle Preisvorteile, die unmittelbar aus dem Vorhandensein der Spender fließen könnten, auch tatsächlich erfassbar wären. Man denke nur an die in der Zeugenaussage (siehe [...]) angeführte Praxis der Hersteller von Hygienepapier, Händlern, welche in der Lage sind, exklusiv die Produkte der Hersteller an bestimmte Großabnehmer zu liefern, die Spender günstig bis kostenlos zu überlassen, was durchaus einer betriebswirtschaftlich plausiblen Darstellung der Preiskalkulation entgegenkommen könnte, ihre Ursache aber im Wettbewerbsvorteil aus der früheren Rahmenvereinbarung hat. Allerdings stellt sich auch die Frage, ob der aktuelle Auftragnehmer nicht bei der Kalkulation der Kosten für die Papiere als solche die eben nur "fiktiven" Kosten für die Spender und deren Montage einkalkulieren und somit zu einem wettbewerbsfähigeren, niedrigen Gesamt-Preis kommen kann. Eine solche Kalkulation ist nach den Ausschreibungsunterlagen zwar denkbar. Ist jedoch auch zu beachten, dass Angebote zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung den allgemeinen Bestimmungen des Vergaberechts unterliegen, gemäß Paragraph 125, BVergG einer Plausibilitätsprüfung und ggf. einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen sind. Dennoch bleibt fraglich, ob damit alle Preisvorteile, die unmittelbar aus dem Vorhandensein der Spender fließen könnten, auch tatsächlich erfassbar wären. Man denke nur an die in der Zeugenaussage (siehe [...]) angeführte Praxis der Hersteller von Hygienepapier, Händlern, welche in der Lage sind, exklusiv die Produkte der Hersteller an bestimmte Großabnehmer zu liefern, die Spender günstig bis kostenlos zu überlassen, was durchaus einer betriebswirtschaftlich plausiblen Darstellung der Preiskalkulation entgegenkommen könnte, ihre Ursache aber im Wettbewerbsvorteil aus der früheren Rahmenvereinbarung hat.

Es ist jedoch zu beachten, dass im gegenständlichen Verfahren nur die Rechtmäßigkeit der Ausschreibungsunterlagen zu beurteilen ist. Isoliert betrachtet enthalten diese aber durch die für alle Bieter gleichermaßen geltende Pflicht, die Kosten der Spender und deren Montage in der Gesamtpreiskalkulation zu berücksichtigen, eine den Vorgaben des BVergG entsprechende Regelung. Es kann nicht erkannt werden, dass die Ausschreibung insoweit gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder den Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs, wie sie in den Bestimmungen der §§ 19 Abs. 1, 78 Abs. 3 und § 96 Abs. 1 und 3 BVergG 2006 zum Ausdruck kommen, verstößt. Es ist jedoch zu beachten, dass im gegenständlichen Verfahren nur die Rechtmäßigkeit der Ausschreibungsunterlagen zu beurteilen ist.

Isoliert betrachtet enthalten diese aber durch die für alle Bieter gleichermaßen geltende Pflicht, die Kosten der Spender und deren Montage in der Gesamtpreiskalkulation zu berücksichtigen, eine den Vorgaben des BVergG entsprechende Regelung. Es kann nicht erkannt werden, dass die Ausschreibung insoweit gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder den Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs, wie sie in den Bestimmungen der Paragraphen 19, Absatz eins, 78, Absatz 3 und Paragraph 96, Absatz eins und 3 BVergG 2006 zum Ausdruck kommen, verstößt.

3. Gebührenersatz - Spruchpunkt B)

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wird, besteht gemäß § 319 Abs. 1 und 2 kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für die Hauptanträge und die einstweiligen Verfügungen. Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wird, besteht gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für die Hauptanträge und die einstweiligen Verfügungen.

4. Zulässigkeit der ordentlichen Revision - Spruchpunkt C)

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Bundesverwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Bundesverwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Eine Revision gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt und zu der es noch keine einschlägige Judikatur des VwGH gibt. Eine Revision gegen diese Entscheidung ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt und zu der es noch keine einschlägige Judikatur des VwGH gibt.

Die hier gegenständliche Konstellation von

a) der Wahl einer Rahmenvereinbarung unter

b) Verzicht auf eine los-weise Aufteilung der Gegenstände unter Berücksichtigung dessen, dass der

c) Preis als Zuschlagskriterium besonders hoch bewertet wird und das

d) Instrument der vertieften Angebotsprüfung in Fällen von rechtmäßigem "bundlings" nicht ausreichend wirksam ist, führt nämlich im Ergebnis dazu, dass ein Unternehmen, welches mit Hilfe von produktgebunden Waren früher einmal den günstigsten Preis für eine Rahmenvereinbarung bieten konnte, letztlich bei jeder weiteren Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung den einmal daraus lukrierten Vorteil zu Lasten anderer Bieter perpetuieren kann.

Es stellt sich daher die Frage, ob (künftige) Auftraggeber einer Rahmenvereinbarung rechtlich gehalten sein könnten, diesen Wettbewerbsvorteil in Anwendung des BVergG zu kompensieren oder nicht.

Falls dem nach Ansicht des VwGH so ist, würde sich ggf. die Frage eröffnen, mit Hilfe welcher Bestimmung des BVergG oder der unionsrechtlichen Grundlagen eine freie und faire Wettbewerbssituation (wieder) hergestellt werden kann.

Wie oben gezeigt, ist nämlich jede der einzelnen Regelungen für sich genommen nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit von Ausschreibung in den beschriebenen Konstellationen zu begründen. Die Rahmenvereinbarung ist als solche zulässig, die Gesamtvergabe ebenfalls und der Verweis auf eine spätere Prüfung der Angebotspreise des derzeitigen Vertragspartners im Wege einer vertieften Angebotsprüfung scheint nicht gänzlich zielführend, wenn nämlich die Kalkulation der Preise unter Berücksichtigung zB einer kostengünstigen oder kostenfreien Zurverfügungstellung (hier) von Spendern als Kundenbindungsmaßnahme der Hersteller betriebswirtschaftlich als solche nachvollziehbar und daher nicht spekulativ ist.

Das Bundesverwaltungsgericht ist sich dessen bewusst, dass die Beseitigung von Wettbewerbsstörungen nicht primär Gegenstand des Vergaberechts und somit auch nicht der Prüfung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist, sondern das Wettbewerbsrecht im entsprechenden Rechtsweg.

Dennoch stellt sich die Frage, ob insbesondere der Grundsatz des fairen und lauterer Wettbewerbs iSd § 19 BVergG und die entsprechenden unionsrechtlichen Grundlagen - wenn nicht im Wege einer Einzelauslegung, so doch

möglicherweise in jenem einer Gesamtauslegung der §§ 22, 25, 32, 125, 150 f BVerfG 2006 - dazu führen könnten, Ausschreibungsunterlagen wie die gegenständliche, in denen eine Rahmenvereinbarung im Wege der Gesamtvergabe unter schwerpunktmäßiger Berücksichtigung des Preises bei der (fiktiven) Zuschlagsentscheidung rechtswidrig sein könnte. Dennoch stellt sich die Frage, ob insbesondere der Grundsatz des fairen und lauterer Wettbewerbs iSd Paragraph 19, BVerfG und die entsprechenden unionsrechtlichen Grundlagen - wenn nicht im Wege einer Einzelauslegung, so doch möglicherweise in jenem einer Gesamtauslegung der Paragraphen 22, 25, 32, 125, 150, f BVerfG 2006 - dazu führen könnten, Ausschreibungsunterlagen wie die gegenständliche, in denen eine Rahmenvereinbarung im Wege der Gesamtvergabe unter schwerpunktmäßiger Berücksichtigung des Preises bei der (fiktiven) Zuschlagsentscheidung rechtswidrig sein könnte.

Aus den dargelegten Gründen geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass es sich um eine Rechtsfrage handelt, der über den Einzelfall hinaus Bedeutung zukommt.

Unter Verweis auf oben 0, 0, 0 und 0 wird darauf hingewiesen, dass es bisher an einer einschlägigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes mangelt.

Schlagworte

Angebotsfrist, Auslegung der Ausschreibung, Ausschreibung, Begründungspflicht, Berichtigung, Bestandskraft, Bewertung, Bietergleichbehandlung, Diskriminierungsverbot, Eignungskriterien, Ermessen, Ermessensspielraum, fairer Wettbewerb, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz, Informationsinteresse, Kalkulation, Leistungsfähigkeit, Lieferauftrag, Mindestanforderung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Ausschreibung, objektiver Erklärungswert, Pauschalgebührenersatz, Plausibilität, Preisvergleich, Rahmenvereinbarung, Rahmenvertrag, Revision zulässig, Risikotragung, Sachlichkeitsprüfung, Schaden, Transparenz, Transportkosten, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote, vertiefte Angebotsprüfung, Wettbewerb, Wettbewerbsrelevanz, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W149.2123690.2.00

Zuletzt aktualisiert am

15.09.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at