

TE Bvwg Erkenntnis 2015/2/27 W134 2017434-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.02.2015

Entscheidungsdatum

27.02.2015

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §99

B-VG Art.133 Abs4

Publikationsmedienverordnung 2006 §1 Abs1

Publikationsmedienverordnung 2006 §1 Abs2 Z2

SPG §55

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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 99 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. § 1 gültig von 18.09.2006 bis 28.02.2019 aufgehoben durch BGBl. II Nr. 364/2018
1. § 1 gültig von 18.09.2006 bis 28.02.2019 aufgehoben durch BGBl. II Nr. 364/2018
1. SPG § 55 heute
2. SPG § 55 gültig ab 25.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2018
3. SPG § 55 gültig von 01.01.2008 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2007
4. SPG § 55 gültig von 01.09.1999 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 146/1999
5. SPG § 55 gültig von 01.05.1993 bis 31.08.1999

Spruch

W134 2017434-2/33E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Exklusive Vertriebslizenz in Österreich für eine e-Procurement Lösung für öffentliche Auftraggeber", der Auftraggeberin Wiener Zeitung digitale Publikationen GmbH, Media Quarter Marx 3.3, Maria Jacobi Gasse 1, 1030 Wien, vertreten durch XXXX, aufgrund des Antrages der XXXX, vertreten durch XXXX, vom 21.01.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 17.02.2015 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Exklusive Vertriebslizenz in Österreich für eine e-Procurement Lösung für öffentliche Auftraggeber", der

Auftraggeberin Wiener Zeitung digitale Publikationen GmbH, Media Quarter Marx 3.3, Maria Jacobi Gasse 1, 1030 Wien, vertreten durch römisch 40 , aufgrund des Antrages der römisch 40 , vertreten durch römisch 40 , vom 21.01.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 17.02.2015 zu Recht erkannt:

A)

I. Dem Antrag das Bundesverwaltungsgericht möge "die Ausschreibung der Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH betreffend "Exklusive Vertriebslizenz in Österreich für eine e-Procurement Lösung für öffentliche Auftraggeber", welche am 02.01.2015 im Amtlichen Lieferungsanzeiger und im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union [...] veröffentlicht und in der diesbezüglichen Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags (vergleiche dazu Teilrömisch eins. Dem Antrag das Bundesverwaltungsgericht möge "die Ausschreibung der Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH betreffend "Exklusive Vertriebslizenz in Österreich für eine e-Procurement Lösung für öffentliche Auftraggeber", welche am 02.01.2015 im Amtlichen Lieferungsanzeiger und im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union [...] veröffentlicht und in der diesbezüglichen Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags (vergleiche dazu Teil

A - Teilnahmebestimmungen, Fassung 1. Berichtigung; Beilage C) konkretisiert wurde, für nichtig erklären" wird stattgegeben. Die Ausschreibung der Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH betreffend "Exklusive Vertriebslizenz in Österreich für eine e-Procurement Lösung für öffentliche Auftraggeber" welche am 02.01.2015 im Amtlichen Lieferungsanzeiger und im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union veröffentlicht und in der diesbezüglichen Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags (vergleiche dazu Teil A - Teilnahmebestimmungen, Fassung 1. Berichtigung) konkretisiert wurde, wird gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 für nichtig erklärt. A - Teilnahmebestimmungen, Fassung 1. Berichtigung; Beilage C) konkretisiert wurde, für nichtig erklären" wird stattgegeben. Die Ausschreibung der Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH betreffend "Exklusive Vertriebslizenz in Österreich für eine e-Procurement Lösung für öffentliche Auftraggeber" welche am 02.01.2015 im Amtlichen Lieferungsanzeiger und im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union veröffentlicht und in der diesbezüglichen Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags (vergleiche dazu Teil A - Teilnahmebestimmungen, Fassung 1. Berichtigung) konkretisiert wurde, wird gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 für nichtig erklärt.

II. Dem Antrag das Bundesverwaltungsgericht möge "der Wiener Zeitung digitale Publikationen GmbH auftragen, uns die entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1415,88 [...] zu Händen unseres Rechtsvertreters XXXX binnen 14 Tagen [...] bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird stattgegeben. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin zu Händen ihres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution € 1415,88 zu bezahlen. römisch zwei. Dem Antrag das Bundesverwaltungsgericht möge "der Wiener Zeitung digitale Publikationen GmbH auftragen, uns die entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1415,88 [...] zu Händen unseres Rechtsvertreters römisch 40 binnen 14 Tagen [...] bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird stattgegeben. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin zu Händen ihres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution € 1415,88 zu bezahlen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 21.01.2015, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigklärung der Ausschreibung in eventu von Teilen davon, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Primär richte sich der Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibung der Auftraggeberin betreffend "Exklusive Vertriebslizenz in Österreich für eine e-Procurement Lösung für öffentliche Auftraggeber". Die Frist zur Abgabe der

Teilnahmeanträge ende am 29.01.2015. Darüber hinaus richte sich der Nachprüfungsantrag gegen die 1. Berichtigung der Ausschreibung welche ihr am 19.01.2015 mitgeteilt worden sei. Die Auftraggeberin sei eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Wiener Zeitung GmbH deren Gesellschafterin zu 100 % die Republik Österreich vertreten durch den Bundeskanzler sei. Im Hinblick auf die der Muttergesellschaft, Wiener Zeitung GmbH, exklusiv übertragene Aufgabe der Bekanntmachung öffentlicher Ausschreibungen im Bundesbereich solle der Auftraggeberin die Aufgabe der e-Procurement Lösung im Bundesbereich - möglicherweise ohne Konkurrenzierung - zugewiesen werden und damit eine erhebliche Signalwirkung bei der Umsetzung von e-Procurement Lösungen in Österreich zukommen. Im Ergebnis sei die öffentliche Auftraggebereigenschaft der Auftraggeberin zu bejahen.

Die Antragstellerin habe über ihre hundertprozentige Gesellschafterin, den XXXX, unverzüglich ihr Interesse an der Ausschreibung bekundet und die Teilnahmeunterlagen angefordert. Schon den ursprünglichen Teilnahmeunterlagen seien die hier angefochtenen Teilnahmebestimmungen zu entnehmen gewesen. Darüber hinaus habe es weitere Unklarheiten bzw. Einschränkungen gegeben, die die Antragstellerin über ihre hundertprozentige Gesellschafterin, den XXXX, zum Inhalt ihrer Anfrage mit Schreiben vom 14.01.2015 gemacht habe. Die Fragebeantwortung sei mit E-Mail vom 19.01.2010 erfolgt. Der Fragebeantwortung angeschlossen seien die nunmehr angefochtenen berichtigten Teilnahmebestimmungen gewesen. Obzwar einzelne Klarstellungen und Behebungen erfolgt seien, habe die Auftraggeberin die zentralen Beschwerdepunkte der Antragstellerin nicht geändert. Trotz der Berichtigung der Ausschreibung sei keine Verlängerung der Frist zur Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren erfolgt, obwohl sich vor allem der Leistungsgegenstand wesentlich geändert habe. Während die ursprüngliche Beschreibung des Leistungsgegenstandes äußerst dünn gewesen sei, insbesondere nicht klar gewesen sei, was unter der ausgeschriebenen "exklusiven Vertriebslizenz in Österreich" gemeint gewesen sei, habe die Auftraggeberin dies durch die Berichtigung des Punktes 1.1 - Leistungsgegenstand in Verbindung mit der Fragebeantwortung 6 konkretisiert. Dabei habe sie zumindest insoweit eine substantielle Änderung vorgenommen, als sie die Forderung nach einer "exklusiven Vertriebslizenz in Österreich" eingeschränkt habe auf Vergabeplattformen für Auftraggeber, die dem BVergG oder dem BVergGVS unterliegen würden. Die Antragstellerin habe über ihre hundertprozentige Gesellschafterin, den römisch 40, unverzüglich ihr Interesse an der Ausschreibung bekundet und die Teilnahmeunterlagen angefordert. Schon den ursprünglichen Teilnahmeunterlagen seien die hier angefochtenen Teilnahmebestimmungen zu entnehmen gewesen. Darüber hinaus habe es weitere Unklarheiten bzw. Einschränkungen gegeben, die die Antragstellerin über ihre hundertprozentige Gesellschafterin, den römisch 40, zum Inhalt ihrer Anfrage mit Schreiben vom 14.01.2015 gemacht habe. Die Fragebeantwortung sei mit E-Mail vom 19.01.2010 erfolgt. Der Fragebeantwortung angeschlossen seien die nunmehr angefochtenen berichtigten Teilnahmebestimmungen gewesen. Obzwar einzelne Klarstellungen und Behebungen erfolgt seien, habe die Auftraggeberin die zentralen Beschwerdepunkte der Antragstellerin nicht geändert. Trotz der Berichtigung der Ausschreibung sei keine Verlängerung der Frist zur Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren erfolgt, obwohl sich vor allem der Leistungsgegenstand wesentlich geändert habe. Während die ursprüngliche Beschreibung des Leistungsgegenstandes äußerst dünn gewesen sei, insbesondere nicht klar gewesen sei, was unter der ausgeschriebenen "exklusiven Vertriebslizenz in Österreich" gemeint gewesen sei, habe die Auftraggeberin dies durch die Berichtigung des Punktes 1.1 - Leistungsgegenstand in Verbindung mit der Fragebeantwortung 6 konkretisiert. Dabei habe sie zumindest insoweit eine substantielle Änderung vorgenommen, als sie die Forderung nach einer "exklusiven Vertriebslizenz in Österreich" eingeschränkt habe auf Vergabeplattformen für Auftraggeber, die dem BVergG oder dem BVergGVS unterliegen würden.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Folgende Rechtswidrigkeiten werden von der Antragstellerin geltend gemacht:

1. unzulässige Forderung nach "Exklusivität"

1.1 Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz: Der Auftraggeberin sei bewusst, dass sie mit der Forderung nach Exklusivität die Antragstellerin und andere in Österreich tätige Vergabeplattformbetreiber ausschließe, wenn sie nicht bereit seien, ihren im eigenen Namen und auf eigene Rechnung bestehenden Vertrieb der e-Procurement Plattform aufzugeben (vergleiche Fragebeantwortung 6). Die Auftraggeberin spreche ausdrücklich davon, dass die Antragstellerin in diesem Fall von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren Abstand zu nehmen habe. Dafür gebe es keine sachliche Rechtfertigung. Erschwert werde diese Ungleichbehandlung durch die - ebenfalls hier

angefochtene Anforderung an die Unternehmensreferenzen (vergleiche 4.2.4.1 Teilnahmeunterlagen).

1.2 unzulässige Ausnützung einer Marktmacht - Forderung einer Bedingung, die Ausdruck eines marktmissbräuchlichen Verhaltens sei bzw. die gegen den Grundsatz eines freien und lauten Wettbewerbs verstoße: Der Grundsatz eines freien und lauten Wettbewerbs binde auch den öffentlichen Auftraggeber insoweit, als er nicht seine Marktmacht dadurch ausnützen dürfe, dass er unfaire Bedingungen fordere. Ausdruck dieses Vergabegrundsatzes gemäß § 19 Abs. 1 BVergG sei unter anderem auch § 99 BVergG. 1.2 unzulässige Ausnützung einer Marktmacht - Forderung einer Bedingung, die Ausdruck eines marktmissbräuchlichen Verhaltens sei bzw. die gegen den Grundsatz eines freien und lauten Wettbewerbs verstoße: Der Grundsatz eines freien und lauten Wettbewerbs binde auch den öffentlichen Auftraggeber insoweit, als er nicht seine Marktmacht dadurch ausnützen dürfe, dass er unfaire Bedingungen fordere. Ausdruck dieses Vergabegrundsatzes gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sei unter anderem auch Paragraph 99, BVergG.

2. unzulässige Beschränkung der Haftung/Schadenersatz (Punkt 2.8 Teilnahmeunterlagen)

3. die geforderten Unternehmensreferenzen (Punkt 4.2.4.1 Teilnahmeunterlagen): die Auftraggeberin fordere - trotz diesbezüglicher Hinweise der Antragstellerin - weiterhin den Nachweis, dass über die angebotene Vergabeplattform zumindest 1000 Ausschreibungen/Jahr aus zumindest 2 verschiedenen Mitgliedstaaten der EU abgewickelt worden sein müssten. Dies sei offenkundig schon deshalb gemeinschaftsrechtswidrig/diskriminierend, weil Ausschreibungen in einem EWR-Mitgliedstaat (z.B. Norwegen) nicht zugelassen würden.

4. unzulässige Forderung nach Personalausstattung (Punkt 4.2.4.2 Teilnahmeunterlagen)

5. Unternehmenszertifizierungen (Punkt 4.2.4.5)

6. zu kurze Teilnahmeantragsfrist

7. unzulässige Berichtigung der Ausschreibung - gebotener Widerruf:

Unzweifelhaft seien Ausschreibungen berichtigbar (§ 90 BVergG). Grenze einer zulässigen Berichtigung sei jedoch dort, wenn sich der potentielle Bewerberkreis verändere. Dies sei hier der Fall. Unzweifelhaft seien Ausschreibungen berichtigbar (Paragraph 90, BVergG). Grenze einer zulässigen Berichtigung sei jedoch dort, wenn sich der potentielle Bewerberkreis verändere. Dies sei hier der Fall.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 26.01.2015 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Wiener Zeitung digitale Publikationen GmbH vertreten durch XXXX sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich der in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 02.01.2015, in der EU am 02.01.2015 erfolgt. Die Teilnahmefrist ende am 29.01.2015. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 26.01.2015 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Wiener Zeitung digitale Publikationen GmbH vertreten durch römisch 40 sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich der in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 02.01.2015, in der EU am 02.01.2015 erfolgt. Die Teilnahmefrist ende am 29.01.2015.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 28.01.2015, W 134 2017434-1/3E, wurde der Auftraggeberin untersagt, die Teilnahmeanträge zu öffnen.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 10. Februar 2015 brachte diese, soweit entscheidungsrelevant, vor, dass nach den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen eine voll elektronische E-Procurement-Lösung ausschließlich zur Durchführung von Vergabeverfahren nach dem österreichischen Bundesvergabegesetz vergeben werden sollte. Nach der Berichtigung solle eine exklusive Lizenz nicht nur für Vergabeverfahren nach dem BVergG sondern auch nach dem BVergGVS vergeben werden. Die Auftraggeberin ergänze dadurch den Leistungsgegenstand um einen wesentlichen neuen Aspekt. Es gehe um eine zusätzliche große Anzahl an Auftraggebern im Bereich Verteidigung und Sicherheit und vor allem um die voll elektronische Durchsetzung spezieller Sicherheitsanforderungen, wie sie durch das BVergGVS vorgeschrieben werde. Es handle sich hierbei also nicht nur um eine bloße Ausweitung potentieller Kunden, sondern auch um die Schaffung zusätzlicher elektronischer Anforderungen. Die Ausschreibung richte sich nunmehr auch an spezielle Softwareplattformbetreiber im Bereich Verteidigung und Sicherheit. Dies sei eine unzulässige Berichtigung der Ausschreibung, der Bieterkreis sei dadurch verändert, die Ausschreibung sei daher zu widerrufen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 16.02.2015 brachte diese, soweit entscheidungsrelevant, vor, dass das Bundesverwaltungsgericht im Gegenstand unzuständig sei, weil die Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens keine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 BVergG sei. Dies insbesondere deshalb, weil die Auftraggeberin keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, erfülle. Der Gegenstand des Unternehmens der Auftraggeberin bestehe ausschließlich in dem Betrieb und Vertrieb der Informationsplattform für Unternehmern" www.auftrag.at", der Ausschreibungsplattform" www.lieferanzeiger.at" und der e-Tenderring Lösung "pep-online". Diese Plattformen würden jedoch die mit Hilfe der darin enthaltenen Masken erstellten Bekanntmachungen öffentlicher Aufträge lediglich an die jeweiligen Bekanntmachungsorgane (Amtsblatt zur Wiener Zeitung, Supplement zum Amtsblatt der EU, Landesamtsblätter, et cetera) weiterleiten. Die Auftraggeberin veröffentliche daher selbst keine Bekanntmachungen öffentlicher Ausschreibungen. Die Bekanntmachung von Ausschreibungen obliege vielmehr der Muttergesellschaft der Auftraggeberin, der Wiener Zeitung GmbH. Alle Tätigkeiten der Auftraggeberin fänden in einem wettbewerblichen Umfeld statt und seien damit jedenfalls gewerblicher Art. Die Auftraggeberin führe derzeit lediglich freiwillig ein Verfahren nach dem BVergG durch. Zu Frage der Änderung des Bieterkreises brachte die Auftraggeberin vor, dass die Abwicklung von Verfahren nach dem BVergGVS keinerlei Änderungen an den Voraussetzungen und der Funktionalität des zu beschaffenden Systems erfordere. Die zusätzlichen elektronischen Anforderungen, die die Antragstellerin zu erkennen vermeine, würden nicht existieren.

Am 17.02.2015 hat im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Dabei hat die Auftraggeberin wie folgt ausgeführt: "Grundsätzlich ist die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH technischer Dienstleister für die Wiener Zeitung GmbH. Die Schnittstelle an sich liegt nicht bei der Wiener Zeitung GmbH, sondern Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH. Dies bedeutet, dass wenn die XXXX Plattform Bekanntmachungen im Amtsblatt der Wiener Zeitung schalten wollen, schickt die XXXX ein xml-Dokument an die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH. Diese Daten werden dann in die Applikation Wiener Zeitung Onlineamtsblatt eingespeist. Die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH betreibt alle Applikationen der Wiener Zeitung GmbH, wie Wiener Zeitung Onlineamtsblatt, auftrag.at, lieferanzeiger.at, firmenmonitor.at." Am 17.02.2015 hat im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Dabei hat die Auftraggeberin wie folgt ausgeführt: "Grundsätzlich ist die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH technischer Dienstleister für die Wiener Zeitung GmbH. Die Schnittstelle an sich liegt nicht bei der Wiener Zeitung GmbH, sondern Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH. Dies bedeutet, dass wenn die römisch 40 Plattform Bekanntmachungen im Amtsblatt der Wiener Zeitung schalten wollen, schickt die römisch 40 ein xml-Dokument an die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH. Diese Daten werden dann in die Applikation Wiener Zeitung Onlineamtsblatt eingespeist. Die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH betreibt alle Applikationen der Wiener Zeitung GmbH, wie Wiener Zeitung Onlineamtsblatt, auftrag.at, lieferanzeiger.at, firmenmonitor.at."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH, vertreten durch XXXX, hat einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenwertbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 02.01.2015, in der EU ebenfalls am 02.01.2015 erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 26.01.2015). Die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH, vertreten durch römisch 40, hat einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenwertbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 02.01.2015, in der EU ebenfalls am 02.01.2015 erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 26.01.2015).

Im Firmenbuch scheint als Gesellschafter der Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH die Wiener Zeitung GmbH und als Gesellschafter der Wiener Zeitung GmbH die Republik Österreich vertreten durch den Bundeskanzler auf. (Firmenbuch)

Die Teilnahmeunterlagen "Teil A Teilnahmebestimmungen, 1.

Berichtigung" lauten auszugsweise:

"1.4 Konkretisierung des Leistungsgegenstandes, Vorbehalt des Auftraggebers

Es wird darauf hingewiesen, dass die Beschreibung des Leistungsgegenstandes noch nicht dem vollständigen Leistungsbild des verfahrensgegenständlichen Auftrages entspricht. Die gegenständliche Beschreibung dient vielmehr dazu, interessierten Unternehmen eine Grundlage für eine Beurteilung dafür zu geben, ob die gegenständliche Ausschreibung für sie von Interesse ist. Eine detaillierte Beschreibung der Leistung sowie der konkret abzuschließende Vertrag (inklusive Leistungsbild und rechtlichen Vertragsgrundlagen) sind Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens, die jedoch ausschließlich den eingeladenen Bewerbern mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe übermittelt werden. Der AG behält sich vor, im Zuge dieser Konkretisierung und im Laufe des weiteren Verfahrens Änderungen bzw. Anpassungen vorzunehmen. Der Bewerber/Bieter ist verpflichtet, diese Änderungen bzw. Anpassungen zu akzeptieren." (Akt des Vergabeverfahrens)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024).

3. a) Zur Frage der Auftraggebereigenschaft der Wiener Zeitung digitale Publikationen GmbH:

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 16.02.2015 brachte diese, soweit entscheidungsrelevant, vor, dass das Bundesverwaltungsgericht im Gegenstand unzuständig sei, weil die Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens keine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 BVergG sei. Dies insbesondere deshalb, weil die Auftraggeberin keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, erfülle. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 16.02.2015 brachte diese, soweit entscheidungsrelevant, vor, dass das Bundesverwaltungsgericht im Gegenstand unzuständig sei, weil die Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens keine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, BVergG sei. Dies insbesondere deshalb, weil die Auftraggeberin keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, erfülle.

§ 3 Abs. 1 BVergG 2006 lautet:

§ 3. (1) Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für

die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden:

Auftraggeber), das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,

2. Einrichtungen, die

a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und

b) zumindest teilrechtsfähig sind und

c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind,c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind,

3. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen3. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder 2 bestehen.

Bei der Prüfung der Frage ob es sich bei der Wiener Zeitung digitale Publikationen GmbH um eine öffentliche Auftraggeberin handelt ist somit zu prüfen, ob die Kriterien des § 3 Abs. 1 Z. 2 lit. a) bis c) BVergG 2006 bei ihr gegeben sind. Unstrittig steht fest und ergibt sich bereits aus dem Firmenbuch, dass die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH zumindest teilrechtsfähig ist und auch die Voraussetzungen von § 3 Abs. 1 Z. 2 lit. c) BVergG 2006 gegeben sind. Strittig ist jedoch, ob die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Z. 2 lit. a) BVergG 2006 gegeben sind. Bei der Prüfung der Frage ob es sich bei der Wiener Zeitung digitale Publikationen GmbH um eine öffentliche Auftraggeberin handelt ist somit zu prüfen, ob die Kriterien des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a,) bis c) BVergG 2006 bei ihr gegeben sind. Unstrittig steht fest und ergibt sich bereits aus dem Firmenbuch, dass die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH zumindest teilrechtsfähig ist und auch die Voraussetzungen von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c,) BVergG 2006 gegeben sind. Strittig ist jedoch, ob die Voraussetzungen des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a,) BVergG 2006 gegeben sind.

Die Publikationsmedienverordnung 2006, BGBl. II Nr. 300/2006, lautet auszugsweise: Die Publikationsmedienverordnung 2006, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 300 aus 2006,, lautet auszugsweise:

§ 1. (1) Sofern die in § 2 angeführten Bekanntmachungen Leistungsvergaben betreffen, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, sind sie jedenfalls in der Online-Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers, der als Teil des gemäß § 1 Abs. 4 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 Z 4 des Staatsdruckereigesetzes 1996, BGBl. I Nr. 1/1997, in der Fassung BGBl. I Nr. 47/2001 im Eigentum der Wiener Zeitung GmbH stehenden "Amtsblattes zur Wiener Zeitung" erscheint, zu veröffentlichen. Paragraph eins, (1) Sofern die in Paragraph 2, angeführten Bekanntmachungen Leistungsvergaben betreffen, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, sind sie jedenfalls in der Online-Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers, der als Teil des gemäß Paragraph eins, Absatz 4, in Verbindung mit Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 4, des Staatsdruckereigesetzes 1996, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 1 aus 1997,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 47 aus 2001, im Eigentum der Wiener Zeitung GmbH stehenden "Amtsblattes zur Wiener Zeitung" erscheint, zu veröffentlichen.

(2) Die Wiener Zeitung GmbH hat sicherzustellen, dass ab dem Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieser Verordnung

1. die Wiener Zeitung GmbH registrierter OJS eSender ist,

2. Bekanntmachungen grundsätzlich jederzeit online oder in Ausnahmefällen (§ 3 Abs. 2) elektronisch oder per Fax übermittelt werden können, [...]2. Bekanntmachungen grundsätzlich jederzeit online oder in Ausnahmefällen (Paragraph 3, Absatz 2,) elektronisch oder per Fax übermittelt werden können, [...]

Die Wiener Zeitung GmbH hat somit den in der Publikationsmedienverordnung vorgesehenen Auftrag bei Leistungsvergaben, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, sicherzustellen, dass Bekanntmachungen grundsätzlich jederzeit online in der Online Ausgabe des Amtlichen Lieferanzeigers des Amtsblattes zur Wiener Zeitung veröffentlicht werden können. Wie die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH in der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2015 glaubwürdig und nachvollziehbar ausgeführt hat, ist sie der technische Dienstleister für ihre Muttergesellschaft die Wiener Zeitung GmbH und betreibt sie alle Applikationen der Wiener Zeitung GmbH. Dies ergibt sich auch aus der von der Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH vorgelegten "Intercompany-Vereinbarung" (siehe OZ 30) zwischen der Wiener Zeitung GmbH und der Auftrag.at Ausschreibungsservice GmbH (welche mit

Verschmelzungsvertrag vom 01.09.2014 als übertragende Gesellschaft mit der übernehmenden Gesellschaft Wiener Zeitung digitale Publikationen GmbH verschmolzen wurde; siehe OZ 28), wo es unter Punkt 4.1 heißt: "Seitens A-AT [Anmerkung: dies ist eine Abkürzung für die "Auftrag.at Ausschreibungsservice GmbH"] werden der WZ [Anmerkung: Dies ist eine Abkürzung für die "Wiener Zeitung GmbH"] jene Funktionen zur Verfügung gestellt, damit die gesetzlichen Verpflichtungen der WZ aus der Publikationsmedienverordnung 2006 in der jeweils gültigen Fassung (derzeit BGBl. II Nr. 111/2012) erfüllt werden können." Die Wiener Zeitung GmbH hat somit den in der Publikationsmedienverordnung vorgesehenen Auftrag bei Leistungsvergaben, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, sicherzustellen, dass Bekanntmachungen grundsätzlich jederzeit online in der Online Ausgabe des Amtlichen Lieferanzeigers des Amtsblattes zur Wiener Zeitung veröffentlicht werden können. Wie die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH in der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2015 glaubwürdig und nachvollziehbar ausgeführt hat, ist sie der technische Dienstleister für ihre Muttergesellschaft die Wiener Zeitung GmbH und betreibt sie alle Applikationen der Wiener Zeitung GmbH. Dies ergibt sich auch aus der von der Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH vorgelegten "Intercompany-Vereinbarung" (siehe OZ 30) zwischen der Wiener Zeitung GmbH und der Auftrag.at Ausschreibungsservice GmbH (welche mit Verschmelzungsvertrag vom 01.09.2014 als übertragende Gesellschaft mit der übernehmenden Gesellschaft Wiener Zeitung digitale Publikationen GmbH verschmolzen wurde; siehe OZ 28), wo es unter Punkt 4.1 heißt: "Seitens A-AT [Anmerkung: dies ist eine Abkürzung für die "Auftrag.at Ausschreibungsservice GmbH"] werden der WZ [Anmerkung: Dies ist eine Abkürzung für die "Wiener Zeitung GmbH"] jene Funktionen zur Verfügung gestellt, damit die gesetzlichen Verpflichtungen der WZ aus der Publikationsmedienverordnung 2006 in der jeweils gültigen Fassung (derzeit Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 111 aus 2012,) erfüllt werden können."

Die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH stellt somit sicher, dass die ihre Muttergesellschaft Wiener Zeitung GmbH treffende Verpflichtung gemäß § 1 Abs. 2 Z. 2 Publikationsmedienverordnung erfüllt wird. Die Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH stellt somit sicher, dass die ihre Muttergesellschaft Wiener Zeitung GmbH treffende Verpflichtung gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 2, Publikationsmedienverordnung erfüllt wird.

Der Begriff "im Allgemeininteresse liegende Aufgabe" ist ein autonomer Begriff des Gemeinschaftsrechts. Im Allgemeinen stellen Aufgaben, die zum einen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die zum anderen der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte, in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art dar. (EuGH 27.02.2003, C-373/00, Truley, Rz 45, 50)

Es geht darum, ob die betreffende Einrichtung so vollständig unter Wettbewerbsbedingungen agiert, dass der Markt ein hinreichendes Korrektiv dagegen bietet, dass die fragliche Einrichtung sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (M. Holoubek/C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 3 Rz. 56; vgl. auch VwGH 12.12.2007, 2006/04/0179). Es ist daher nicht zu bestreiten, dass die staatlich verordnete Sicherstellung, dass Bekanntmachungen grundsätzlich jederzeit online in der Online Ausgabe des Amtlichen Lieferanzeigers des Amtsblattes zur Wiener Zeitung veröffentlicht werden können, als tatsächlich im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit zu betrachten ist (vgl. auch EuGH 15.01.1998, C-44/96, Mannesmann/Strohal, wo der EuGH das Herstellen von amtlichen Druckprodukten als im Allgemeininteresse liegende Aufgaben qualifiziert hat). Daher handelt es sich bei der Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006. Es geht darum, ob die betreffende Einrichtung so vollständig unter Wettbewerbsbedingungen agiert, dass der Markt ein hinreichendes Korrektiv dagegen bietet, dass die fragliche Einrichtung sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (M. Holoubek/C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 3, Rz. 56; vergleiche auch VwGH 12.12.2007, 2006/04/0179). Es ist daher nicht zu bestreiten, dass die staatlich verordnete Sicherstellung, dass Bekanntmachungen grundsätzlich jederzeit online in der Online Ausgabe des Amtlichen Lieferanzeigers des Amtsblattes zur Wiener Zeitung veröffentlicht werden können, als tatsächlich im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit zu betrachten ist (vergleiche auch EuGH 15.01.1998, C-44/96, Mannesmann/Strohal, wo der EuGH das Herstellen von amtlichen Druckprodukten als im Allgemeininteresse liegende Aufgaben qualifiziert hat). Daher handelt es sich bei der Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Dabei kommt es auf den Umstand, dass die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben möglicherweise nur einen relativ geringen Teil der Tätigkeit der Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH ausmacht nicht an,

solange diese Einrichtung weiterhin die Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht ihrer Muttergesellschaft zu erfüllen hat (vgl. EuGH 15.01.1998, C-44/96, Mannesmann/Strohal, Rz 25). Der nicht gewerbliche Geschäftsbereich "infiziert" hier gewissermaßen den gewerblichen Geschäftsbereich der Auftraggeberin. Dabei kommt es auf den Umstand, dass die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben möglicherweise nur einen relativ geringen Teil der Tätigkeit der Wiener Zeitung Digitale Publikationen GmbH ausmacht nicht an, solange diese Einrichtung weiterhin die Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht ihrer Muttergesellschaft zu erfüllen hat (vergleiche EuGH 15.01.1998, C-44/96, Mannesmann/Strohal, Rz 25). Der nicht gewerbliche Geschäftsbereich "infiziert" hier gewissermaßen den gewerblichen Geschäftsbereich der Auftraggeberin.

3. b) Zum Nachprüfungsantrag (Spruchpunkt A) I.); 3. b) Zum Nachprüfungsantrag (Spruchpunkt A) römisch eins.):

3. b) 1) Zu Punkt 1.4 Teil A Teilnahmebestimmungen:

Aus den Teilnahmeunterlagen "Teil A Teilnahmebestimmungen, 1. Berichtigung" Punkt 1.4 geht hervor, dass die Auftraggeberin eine detaillierte Beschreibung der Leistung sowie des konkret abzuschließenden Vertrages für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens vorgesehen hat. In den Teilnahmeunterlagen heißt es dazu weiters wörtlich: "Der AG behält sich vor, im Zuge dieser Konkretisierung und im Laufe des weiteren Verfahrens Änderungen bzw. Anpassungen vorzunehmen. Der Bewerber/Bieter ist verpflichtet, diese Änderungen bzw. Anpassungen zu akzeptieren."

Der objektive Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt dieser beiden oben zitierten Sätze im Zusammenhang ist jener, dass die Auftraggeberin im Laufe des weiteren Vergabeverfahrens uneingeschränkt Änderungen bzw. Anpassungen der Leistungsbeschreibung sowie des abzuschließenden Vertrages vornehmen kann und der Bewerber/Bieter diese Änderungen bzw. Anpassungen zu akzeptieren hat, d.h. die entsprechenden gesondert anfechtbaren Entscheidungen der Auftraggeberin nicht mit einem Nachprüfungsantrag vor dem Bundesverwaltungsgericht anfechten darf. Diese intransparente Regelung widerspricht den §§ 19 Abs. 1 und 320 BVergG 2006. Der objektive Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt dieser beiden oben zitierten Sätze im Zusammenhang ist jener, dass die Auftraggeberin im Laufe des weiteren Vergabeverfahrens uneingeschränkt Änderungen bzw. Anpassungen der Leistungsbeschreibung sowie des abzuschließenden Vertrages vornehmen kann und der Bewerber/Bieter diese Änderungen bzw. Anpassungen zu akzeptieren hat, d.h. die entsprechenden gesondert anfechtbaren Entscheidungen der Auftraggeberin nicht mit einem Nachprüfungsantrag vor dem Bundesverwaltungsgericht anfechten darf. Diese intransparente Regelung widerspricht den Paragraphen 19, Absatz eins und 320 BVergG 2006.

Im gegenständlichen Fall ist aufgrund dieser intransparenten Regelung die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, weil bei Streichung der entsprechenden Bestimmungen ein anderer Bieterkreis (nämlich diejenigen Bieter, die nicht bereit sind solche intransparenten Regelungen zu akzeptieren, mit der sie der etwaigen Willkür des Auftraggebers ausgeliefert sind) angesprochen würde (vgl. VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139). Im gegenständlichen Fall ist aufgrund dieser intransparenten Regelung die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, weil bei Streichung der entsprechenden Bestimmungen ein anderer Bieterkreis (nämlich diejenigen Bieter, die nicht bereit sind solche intransparenten Regelungen zu akzeptieren, mit der sie der etwaigen Willkür des Auftraggebers ausgeliefert sind) angesprochen würde (vergleiche VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139).

Die Antragstellerin ist somit durch die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt worden. Diese Rechtswidrigkeit ist iSd § 325 Abs. 1 BVergG 2006 für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Die Antragstellerin ist somit durch die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt worden. Diese Rechtswidrigkeit ist iSd Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss.

Wenn die Auftraggeberin dazu vorbringt, dass es sich aus der Zusammenschau dieser beiden Sätze, insbesondere ihrer direkt aufeinanderfolgenden Aneinanderreihung ergebe, dass sich die Akzeptanz der Bewerber/Bieter ausschließlich auf Änderungen bzw. Anpassungen im Zusammenhang mit der Konkretisierung des Leistungsgegenstandes beziehe, so ist ihr entgegenzuhalten, dass sich dieser ausschließliche Bezug auf Konkretisierungen nicht aus dem Wortlaut ergibt (arg. "im Zuge dieser Konkretisierung und im Laufe des weiteren Verfahrens Änderungen bzw. Anpassungen vorzunehmen").

3. b) 2) Zur vorgebrachten unzulässigen Berichtigung

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die Ausschreibungsunterlage in der ursprünglichen Fassung sich nur auf Vergabeverfahren nach dem BVergG bezogen habe und mit der 1. Berichtigung dieser Bezug auf Vergabeverfahren nach dem BVergGVS ausgedehnt worden sei, womit der Leistungsgegenstand erheblich geändert worden sei und ein Widerruf geboten sei. Die Auftraggeberin ergänze dadurch den Leistungsgegenstand um einen wesentlichen neuen Aspekt, da die vollelektronische Durchsetzung spezielle Sicherheitsanforderungen wie sie durch das Bundesvergabegesetz für Verteidigung und Sicherheit vorgeschrieben würde, verlange.

Aus den Teilnahmeunterlagen "Teil A Teilnahmebestimmungen, 1. Berichtigung" Punkt 1.1 geht hervor, dass mit der 1. Berichtigung etwa im 1. Absatz des Punktes 1.1 die Wortfolge "dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit ("BVergGVS")" hinzugefügt wurde. Ein solcher neuer Hinweis auf das BVergGVS findet sich auch im 3., 7. und 8. Absatz des Punktes 1.1.

§ 69 Abs. 1 BVergGVS 2012 lautet:

§ 69. (1) Bei Aufträgen, bei denen Verschlusssachen verwendet werden

oder die solche Verschlusssachen erfordern und/oder beinhalten, hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen alle Maßnahmen und Anforderungen anzugeben, die erforderlich sind, um den Schutz solcher Verschlusssachen auf der vorgeschriebenen Sicherheitsstufe zu gewährleisten.

Die Auftraggeberin führt in ihrem Schreiben vom 30.01.2015, Punkt 1.2, wie folgt aus: "Die verfahrensgegenständlich zu beschaffende e-Procurement Plattform soll es Auftraggebern ebenso bzw. in verbesserter Weise ermöglichen, ihre Vergabeverfahren gemäß den Bestimmungen des BVergG bzw. des BVergGVS voll elektronisch abzuwickeln. Dazu gehören einerseits die elektronische Zurverfügungstellung von Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen, andererseits die Abwicklung der Kommunikation mit den Teilnehmern und Bietern auf elektronischem Weg, inklusive der elektronischen Einreichung von Angeboten."

Da sich somit auf der verfahrensgegenständlich zu beschaffenden e-Procurement Plattform sämtliche relevanten Dokumente und Unterlagen des Vergabeverfahrens befinden sollen, sind bei Vergabeverfahren nach dem BVergGVS gemäß § 69 Abs. 1 BVergGVS nach den individuellen Vorgaben des Auftraggebers besondere Maßnahmen und Anforderungen einzuhalten, die erforderlich sind, um den Schutz von Verschlusssachen auf der vorgeschriebenen Sicherheitsstufe zu gewährleisten. So ist davon auszugehen, dass von Personen die mit solchen Verschlusssachen zu tun haben, eine Sicherheitsüberprüfung gem § 55 SPG gefordert wird. Eine solche Sicherheitsüberprüfung des Bieters und seines Personals erfordert von diesen, Einblick in sehr persönliche Daten zu gewähren, wozu möglicherweise nicht alle Bieter (bzw. deren Personal) bereit sind. Im Übrigen entspricht es der Erfahrung des täglichen Lebens, dass zur Wahrung der Geheimhaltung von Verschlusssachen ein besonderer technischer Aufwand erforderlich ist, der hier nicht konkret ermittelt werden kann, da es gemäß § 69 Abs. 1 BVergGVS im Einzelfall auf die individuellen Vorgaben des jeweiligen Auftraggebers ankommt. Da sich somit auf der verfahrensgegenständlich zu beschaffenden e-Procurement Plattform sämtliche relevanten Dokumente und Unterlagen des Vergabeverfahrens befinden sollen, sind bei Vergabeverfahren nach dem BVergGVS gemäß Paragraph 69, Absatz eins, BVergGVS nach den individuellen Vorgaben des Auftraggebers besondere Maßnahmen und Anforderungen einzuhalten, die erforderlich sind, um den Schutz von Verschlusssachen auf der vorgeschriebenen Sicherheitsstufe zu gewährleisten. So ist davon auszugehen, dass von Personen die mit solchen Verschlusssachen zu tun haben, eine Sicherheitsüberprüfung gem Paragraph 55, SPG gefordert wird. Eine solche Sicherheitsüberprüfung des Bieters und seines Personals erfordert von diesen, Einblick in sehr persönliche Daten zu gewähren, wozu möglicherweise nicht alle Bieter (bzw. deren Personal) bereit sind. Im Übrigen entspricht es der Erfahrung des täglichen Lebens, dass zur Wahrung der Geheimhaltung von Verschlusssachen ein besonderer technischer Aufwand erforderlich ist, der hier nicht konkret ermittelt werden kann, da es gemäß Paragraph 69, Absatz eins, BVergGVS im Einzelfall auf die individuellen Vorgaben des jeweiligen Auftraggebers ankommt.

Im gegenständlichen Fall ist aufgrund dieser Ausdehnung auf Vergabeverfahren nach dem BVergGVS die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, weil durch die 1. Berichtigung der Teilnahmeunterlage ein anderer Bieterkreis (nämlich diejenigen Bieter, die insbesondere die Zuverlässigkeit und technische Leistungsfähigkeit aufweisen, eine e-Procurement Plattform für Vergabeverfahren nach dem BVergGVS zu betreuen) angesprochen wird (vgl. VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139). Im gegenständlichen Fall ist aufgrund dieser Ausdehnung auf Vergabeverfahren nach dem BVergGVS die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, weil durch die 1. Berichtigung der

Teilnahmeunterlage ein anderer Bieterkreis (nämlich diejenigen Bieter, die insbesondere die Zuverlässigkeit und technische Leistungsfähigkeit aufweisen, eine e-Procurement Plattform für Vergabeverfahren nach dem BVergGVS zu betreiben) angesprochen wird vergleiche VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139).

Die Antragstellerin ist somit durch die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt worden. Diese Rechtswidrigkeit ist iSd § 325 Abs. 1 BVergG 2006 für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Die Antragstellerin ist somit durch die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt worden. Diese Rechtswidrigkeit ist iSd Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss.

Aufgrund dieses Ergebnisses erübrigt sich ein Eingehen auf das weitere Vorbringen der Antragstellerin.

4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) II.) 4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) römisch zwei.):

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird." § 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Die Antragstellerin hat für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt € 1.415,88 entrichtet. Da dem Hauptantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch die Auftraggeberin.

B) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht 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 Verwaltungsgericht 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.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (vgl. VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 12.12.2007, 2006/04/0179; VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Rechtslage ist eindeutig, weshalb keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (VwGH 28.5.2014, Ro 2014/07/0053). Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 12.12.2007, 2006/04/0179; VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Rechtslage ist eindeutig, weshalb keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (VwGH 28.5.2014, Ro 2014/07/0053).

Schlagworte

Änderung des Bieterkreises, Änderung des Leistungsinhalts,
Berichtigung der Ausschreibung, Dienstleistungsauftrag, fairer

Wettbewerb, Fristverlängerung, Geheimhaltung, Gleichbehandlung,
Grundsatz der Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz,
Marktmacht, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
Nichtigerklärung der Ausschreibung, objektiver Erklärungswert,
öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, Teilnahmeantrag,
Ungleichbehandlung, Vergabeverfahren, Widerruf

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W134.2017434.2.00

Zuletzt aktualisiert am

23.04.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at