

TE Bvwg Erkenntnis 2014/8/6 W123 2009470-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.08.2014

Entscheidungsdatum

06.08.2014

Norm

AVG 1950 §32
AVG 1950 §33
BVerGG 2006 §13 Abs4
BVerGG 2006 §15 Abs3
BVerGG 2006 §150 Z1
BVerGG 2006 §2 Z16 lit a
BVerGG 2006 §201
BVerGG 2006 §202 Abs1
BVerGG 2006 §25 Abs11
BVerGG 2006 §28
BVerGG 2006 §29
BVerGG 2006 §292 Abs1
BVerGG 2006 §30
BVerGG 2006 §312 Abs2 Z2
BVerGG 2006 §316 Abs1 Z3
BVerGG 2006 §318 Abs1 Z1
BVerGG 2006 §319 Abs1
BVerGG 2006 §319 Abs2
BVerGG 2006 §32
BVerGG 2006 §320 Abs1
BVerGG 2006 §320 Abs3
BVerGG 2006 §320 Abs4
BVerGG 2006 §321 Abs1
BVerGG 2006 §321 Abs3
BVerGG 2006 §322 Abs2
BVerGG 2006 §325 Abs1
BVerGG 2006 §4
BVerGG 2006 §41a Abs1
BVerGG 2006 §5

BVergG 2006 §6

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

1. AVG 1950 § 32 gültig von 01.09.1950 bis 31.01.1991wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 51/1991

1. AVG 1950 § 33 gültig von 01.01.1991 bis 31.01.1991wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 51/1991

2. AVG 1950 § 33 gültig von 01.09.1950 bis 31.12.1990

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

2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

2. BVergG 2006 § 150 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

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

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

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

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 201 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 201 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 201 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 201 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 201 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 202 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 28 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 30 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

- [illegible]

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

Spruch

W123 2009469-1/15E

W123 2009470-1/20E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Wolfgang WIMMER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inklusive Applikationsgeräte und Zubehör (Lose 1-3)" des Auftraggebers Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, über die Anträge der 1. XXXXGmbH, XXXX, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien (Erstantragstellerin) sowie 2. XXXX GmbH, XXXX, vertreten durch RA Dr. Katrin Hornbanger, Universitätsring 10, 1010 Wien (Zweit Antragstellerin), beide vom 08.07.2014, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Wolfgang WIMMER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inklusive Applikationsgeräte und Zubehör (Lose 1-3)" des Auftraggebers Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, über die Anträge der 1. XXXXGmbH, römisch 40, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien (Erstantragstellerin) sowie 2. römisch 40 GmbH, römisch 40, vertreten durch RA Dr. Katrin Hornbanger, Universitätsring 10, 1010 Wien (Zweit Antragstellerin), beide vom 08.07.2014, zu Recht erkannt:

A)

I. römisch eins.

Dem Antrag der Erstantragstellerin, die Wahl des Vergabeverfahrens Direktvergabe mit Bekanntmachung der Auftraggeberin, bekannt gemacht am 01.07.2014, und die Bekanntmachung "Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inklusive Applikationsgeräte und Zubehör" der Auftraggeberin vom 01.07.2014 für nichtig zu erklären, sowie dem Antrag der Zweit Antragstellerin, das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung das Verfahren bzw. die Ausschreibung insgesamt für nichtig erklären, wird stattgegeben.

Die Entscheidung der Auftraggeberin, eine Direktvergabe mit Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 11 BVergG einzuleiten (Wahl des Vergabeverfahrens), wird für nichtig erklärt. Die Entscheidung der Auftraggeberin, eine Direktvergabe mit Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 11, BVergG einzuleiten (Wahl des Vergabeverfahrens), wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlagen: §§ 2 Z 16 lit. a sublit. oo, 4, 5, 6, 32, 41a Abs. 1, 150 Z 1 und 202 Abs. 1 iVm 312 Abs. 2 Z 2, 320 Abs. 1 und 4, 321 Abs. 3 und 325 Abs. 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, o, o., 4, 5, 6, 32, 41a Absatz eins, 150, Ziffer eins und 202 Absatz eins, in Verbindung mit 312 Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins und 4, 321 Absatz 3 und 325 Absatz eins, BVergG 2006

II.römisch zwei.

Dem Antrag der Erstantragstellerin sowie dem Antrag der Zweitantragstellerin, der Auftraggeberin aufzutragen, den Antragstellern die entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihrer Rechtsvertreter bei sonstiger Exekution zu bezahlen, wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Erstantragstellerin sowie der Zweitantragstellerin zu Händen ihrer jeweiligen Rechtsvertreter die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt € 769,50 (vgl. § 1 BVwG-Pauschalgebührenverordnung 2013) binnen 14 Tagen ab Zustellung des Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Erstantragstellerin sowie der Zweitantragstellerin zu Händen ihrer jeweiligen Rechtsvertreter die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt € 769,50 (vergleiche Paragraph eins, BVwG-Pauschalgebührenverordnung 2013) binnen 14 Tagen ab Zustellung des Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: § 319 BVergG 2006 Rechtsgrundlagen: Paragraph 319, BVergG 2006

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

1. Die Erstantragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 08.07.2014, beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt am 09.07.2014, das im Spruch ersichtliche Begehren.

Mit Bekanntmachung vom 01.07.2014 habe die Auftraggeberin eine "Direktvergabe mit Bekanntmachung zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung für die Lieferung von Sonden und Trinknahrung inkl. Applikationsgerät und Zubehör" eingeleitet. Das geschätzte Auftragsvolumen aller 3 Lose übersteige den Wert von Euro 130.000,-- bei weitem. Gemäß §§ 32 und 150 BVergG dürften Aufträge nur dann aufgrund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, wenn die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 28 bis 30 BVergG geschlossen worden sei. Die Vergabe einer Rahmenvereinbarung aufgrund einer Direktvergabe mit Bekanntmachung sei keine gemäß § 32 BVergG zulässige Verfahrensart zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung. Mit Bekanntmachung vom 01.07.2014 habe die Auftraggeberin eine "Direktvergabe mit Bekanntmachung zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung für die Lieferung von Sonden und Trinknahrung inkl. Applikationsgerät und Zubehör" eingeleitet. Das geschätzte Auftragsvolumen aller 3 Lose übersteige den Wert von Euro 130.000,-- bei weitem. Gemäß Paragraphen 32 und 150 BVergG dürften Aufträge nur dann aufgrund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, wenn die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den Paragraphen 28 bis 30 BVergG geschlossen worden sei. Die Vergabe einer Rahmenvereinbarung aufgrund einer Direktvergabe mit Bekanntmachung sei keine gemäß Paragraph 32, BVergG zulässige Verfahrensart zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung.

Das BVergG regle die Rahmenvereinbarung als eine eigene Art der Verfahrenswahl. Für die Beurteilung der Zulässigkeit des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung im Wege einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung seien daher (selbstverständlich) neben den Regelungen zur Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung auch die Regelungen betreffend den Abschluss von Rahmenvereinbarung maßgeblich und parallel zu lesen. In der abschließenden Aufzählung der zulässigen Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung des § 32 bzw. § 150 Z 1 BVergG sei die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nicht erwähnt. Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Wege einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung sei folglich unzulässig. Das BVergG regle die Rahmenvereinbarung als eine eigene Art der Verfahrenswahl. Für die Beurteilung der Zulässigkeit des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung im Wege einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung seien daher (selbstverständlich) neben den Regelungen zur Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung auch die Regelungen

betreffend den Abschluss von Rahmenvereinbarung maßgeblich und parallel zu lesen. In der abschließenden Aufzählung der zulässigen Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung des Paragraph 32, bzw. Paragraph 150, Ziffer eins, BVergG sei die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nicht erwähnt. Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Wege einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung sei folglich unzulässig.

Dieses Ergebnis entspreche auch der Systematik des BVergG: Gemäß § 41a Abs 1 BVergG sei nur die "Vergabe von Aufträgen" im Wege einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zulässig. Rahmenvereinbarungen seien jedoch "keine Aufträge" iSd BVergG, da sie keine unmittelbaren Leistungspflichten begründen würden. Erst die auf Basis einer Rahmenvereinbarung vergebenen Einzelaufträge seien öffentliche Aufträge. Dieses Ergebnis entspreche auch der Systematik des BVergG: Gemäß Paragraph 41 a, Absatz eins, BVergG sei nur die "Vergabe von Aufträgen" im Wege einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zulässig. Rahmenvereinbarungen seien jedoch "keine Aufträge" iSd BVergG, da sie keine unmittelbaren Leistungspflichten begründen würden. Erst die auf Basis einer Rahmenvereinbarung vergebenen Einzelaufträge seien öffentliche Aufträge.

Da beim gegenständlichen Vergabeverfahren der geschätzte Auftragswert aber jedenfalls über den zulässigen Schwellenwert von Euro 130.000,-- liege, sei die Wahl des Vergabeverfahrens auch aus diesem Grunde unzulässig. Die Wahl der Direktvergabe führe auch zur Beschneidung des Rechtsschutzes, da in anderen Verfahren der Bieter eine Fülle von gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Auftraggebers anfechten und Entscheidungen des Auftraggebers in verschiedenen Verfahrensstufen überprüfen lassen könne. All diese Rechtsschutzmöglichkeiten blieben dem Bieter im Rahmen einer Direktvergabe mit Bekanntmachung aber verwehrt.

2. Die Zweitansprechende stellte mit Schriftsatz vom 08.07.2014, beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt am 09.07.2014, das im Spruch ersichtliche Begehren.

Gegenständlich werde die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung für sämtliche Anspruchsberechtigten der Auftraggeberin ausgeschrieben. Die Ausschreibung sehe dabei die Vergabe in 3 Teillosen vor. Nach Ansicht der Antragstellerin seien die Bedarfe in den 3 Losen zur Schätzung des Auftragswertes jedenfalls zusammen zu rechnen. Sämtliche ausgeschriebene Produkte würden von allen am österreichischen Markt agierenden Unternehmen angeboten. Es handle sich somit um einen einheitlichen Bieterkreis. Das in § 13 Abs 4 BVergG verankerte Umgehungsverbot verlange, dass der Auftragswert der 3 Lose jedenfalls zusammen zu rechnen sei. So sehe auch § 15 Abs 3 BVergG vor, dass bei der Beschaffung gleichartiger Lieferleistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben werde, als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller Lose heranzuziehen sei. Nach den bisherigen Umsätzen der Antragstellerin mit der Auftraggeberin und deren Marktanteil sei davon auszugehen, dass das Auftragsvolumen über dem für die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung festgelegten Schwellenwert von Euro 130.000,-- liege. Die gewählte Verfahrensart sei daher jedenfalls unzulässig. Gegenständlich werde die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung für sämtliche Anspruchsberechtigten der Auftraggeberin ausgeschrieben. Die Ausschreibung sehe dabei die Vergabe in 3 Teillosen vor. Nach Ansicht der Antragstellerin seien die Bedarfe in den 3 Losen zur Schätzung des Auftragswertes jedenfalls zusammen zu rechnen. Sämtliche ausgeschriebene Produkte würden von allen am österreichischen Markt agierenden Unternehmen angeboten. Es handle sich somit um einen einheitlichen Bieterkreis. Das in Paragraph 13, Absatz 4, BVergG verankerte Umgehungsverbot verlange, dass der Auftragswert der 3 Lose jedenfalls zusammen zu rechnen sei. So sehe auch Paragraph 15, Absatz 3, BVergG vor, dass bei der Beschaffung gleichartiger Lieferleistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben werde, als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller Lose heranzuziehen sei. Nach den bisherigen Umsätzen der Antragstellerin mit der Auftraggeberin und deren Marktanteil sei davon auszugehen, dass das Auftragsvolumen über dem für die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung festgelegten Schwellenwert von Euro 130.000,-- liege. Die gewählte Verfahrensart sei daher jedenfalls unzulässig.

Unzulässig sei aber auch der Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Wege der Direktvergabe. Gemäß § 32 BVergG sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung nur im Rahmen eines offenen, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung sowie eines Verhandlungsverfahrens gemäß §§ 28 bis 30 BVergG zulässig. Auch wenn diese Regelung für den Bereich der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntgabe nicht ausdrücklich zur Anwendung gelange, so sei im Wege der Analogie davon auszugehen, dass auch im Bereich der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung der Abschluss einer Rahmenvereinbarung unzulässig sei. Unzulässig sei aber auch der Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Wege der Direktvergabe. Gemäß Paragraph 32, BVergG sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung nur im Rahmen eines offenen, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung

sowie eines Verhandlungsverfahrens gemäß Paragraphen 28 bis 30 BVergG zulässig. Auch wenn diese Regelung für den Bereich der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntgabe nicht ausdrücklich zur Anwendung gelange, so sei im Wege der Analogie davon auszugehen, dass auch im Bereich der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung der Abschluss einer Rahmenvereinbarung unzulässig sei.

3. Mit Schriftsatz vom 22.07.2014 erstattete die Auftraggeberin zwei Stellungnahmen (getrennt zu den beiden GZ:s). Zur Rechtzeitigkeit der beiden Nachprüfungsanträge wies die Auftraggeberin darauf hin, dass die Frist zur Einbringung der gegenständlichen Anträge am 08.07.2014 um 24.00 Uhr geendet habe. In der Verständigung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 09.07.2014 habe das Bundesverwaltungsgericht mitgeteilt, dass die beiden Antragsteller am 09.07.2014 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht hätten. Davon ausgehend, dass der Nachprüfungsantrag zeitgleich mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht worden sei, seien die Nachprüfungsanträge daher verspätet gewesen und seien sie aus diesem Grunde zurückzuweisen.

Zur behaupteten Unzulässigkeit der Wahl des Vergabeverfahrens sei den Antragstellern zu entgegnen, dass in § 41a Abs. 1 BVergG sämtliche Bestimmungen, die bei einer Vergabe von Aufträgen im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zur Anwendung gelangen würden, abschließend und taxativ (gelten "ausschließlich") geregelt seien. Die Auftraggeberin verwies auf die Gesetzesmaterialien, die klar besagten: "Abgesehen von diesen Bestimmungen ist das Verfahren der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung frei gestaltbar." Die von den Antragstellern angeführten Bestimmungen des § 32 BVergG sei in dieser taxativen Aufzählung nicht genannt und daher bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nicht anzuwenden. Für einen Analogie sei weder aus dem Gesetzeswortlaut noch den Gesetzesmaterialien eine Grundlage gegeben. Ganz im Gegenteil sei der Auftraggeber bei der Wahl einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung lediglich an die in § 41a Abs. 1 BVergG angesprochenen Bestimmungen gebunden und ansonsten vollkommen frei in der Gestaltung der Ausschreibung und könne daher auch eine Rahmenvereinbarung abschließen. Zur behaupteten Unzulässigkeit der Wahl des Vergabeverfahrens sei den Antragstellern zu entgegnen, dass in Paragraph 41 a, Absatz eins, BVergG sämtliche Bestimmungen, die bei einer Vergabe von Aufträgen im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zur Anwendung gelangen würden, abschließend und taxativ (gelten "ausschließlich") geregelt seien. Die Auftraggeberin verwies auf die Gesetzesmaterialien, die klar besagten: "Abgesehen von diesen Bestimmungen ist das Verfahren der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung frei gestaltbar." Die von den Antragstellern angeführten Bestimmungen des Paragraph 32, BVergG sei in dieser taxativen Aufzählung nicht genannt und daher bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nicht anzuwenden. Für einen Analogie sei weder aus dem Gesetzeswortlaut noch den Gesetzesmaterialien eine Grundlage gegeben. Ganz im Gegenteil sei der Auftraggeber bei der Wahl einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung lediglich an die in Paragraph 41 a, Absatz eins, BVergG angesprochenen Bestimmungen gebunden und ansonsten vollkommen frei in der Gestaltung der Ausschreibung und könne daher auch eine Rahmenvereinbarung abschließen.

Zudem seien im Fall einer Direktvergabe mit Bekanntmachung nur die Wahl des Vergabeverfahrens und die Bekanntmachung gesondert anfechtbare Entscheidungen. Das Bundesverwaltungsgericht sei nur zuständig, diese gesondert anfechtbaren Entscheidungen nachzuprüfen. Für die Überprüfung späterer behaupteter Rechtswidrigkeiten, die zeitlich nach der Wahl des Vergabeverfahrens und der Bekanntmachung liegen würden, sei das Bundesverwaltungsgericht daher unzuständig.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Mit Bekanntmachung im Lieferanzeiger vom 01.07.2014 hat die Auftraggeberin das Vergabeverfahren "Direktvergabe mit Bekanntmachung zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung für die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inklusive Applikationsgeräte und Zubehör" ausgeschrieben. Die Kurzbeschreibung des Auftrages lautet: "Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen pro Los über die Lieferung von näher angeführter Sonden- und Trinknahrung sowie von Applikationsgeräten und Zubehör." Als Dauer der Rahmenvereinbarung wurde ein Jahr angegeben.

Die Ausschreibungsbedingungen lauten auszugsweise:

1.1. Ausschreibungsgegenstand

Ausschreibungsgegenstand ist eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen pro Los über die Lieferung von im Leistungsverzeichnis näher angeführter Sonden- und Trinknahrung sowie von Applikationsgeräten und Zubehör für die im Deckblatt genannte Auftraggeberin.

Mit dieser Rahmenvereinbarung soll die Beschaffung von Sonden- und Trinknahrung inklusive Applikationsgeräte und Zubehör entsprechend der in den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen vorgegeben Mindestqualität sowie der anzuwendenden österreichischen und europäischen Rechtsvorschriften sichergestellt werden.

Beabsichtigt ist, über die Vertragslaufzeit den gesamten tatsächlich anfallenden Bedarf vom Auftragnehmer des jeweiligen Loses zu beziehen.

Die Vertragsbedingungen lauten auszugsweise:

2.1. Zustandekommen des Vertrages

2.1.1. Die Rahmenvereinbarung kommt durch deren Abschluss mit der Auftraggeberin zustande und ist mit keiner Abnahmeverpflichtung für die Auftraggeberin verbunden. Die Rahmenvereinbarung wird auf eine Laufzeit von einem Jahr abgeschlossen. Innerhalb des Zeitraumes der Rahmenvereinbarung besteht für die Auftraggeberin die Möglichkeit, Aufträge (Abrufe) beruhend auf dieser Rahmenvereinbarung zu erteilen.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Die Anträge wurden innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühren wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV). Ein Grund für die Unzulässigkeit der Anträge nach § 322 Abs 2 BVergG liegt daher nicht vor. Die Anträge wurden innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühren wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV). Ein Grund für die Unzulässigkeit der Anträge nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt daher nicht vor.

Soweit die Auftraggeber vorbringen, dass die Anträge aufgrund der verspäteten Antragstellung zurückzuweisen wären, verkennen sie, dass aus beiden Schriftsätzen ersichtlich ist, dass diese mit E-Mail am 08.07.2014, 18:41 Uhr bzw. 19:05 Uhr an die Einlaufstelle des Bundesverwaltungsgerichtes übermittelt worden sind. Da das fristauslösende Ereignis der 01.07.2014 war, gemäß § 321 Abs. 3 BVergG die Frist bei der Durchführung einer Direktvergabe sieben Tage ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können beträgt, und es sich zudem bei den Antragsfristen um verfahrensrechtliche Fristen, deren Berechnung nach den §§ 32 f AVG zu erfolgen hat, handelt (siehe RV 1171 BlgNR XXII. GP 137), sind beide Anträge zulässig iSd § 320 Abs. 3 BVergG. Soweit die Auftraggeber vorbringen, dass die Anträge aufgrund der verspäteten Antragstellung zurückzuweisen wären, verkennen sie, dass aus beiden Schriftsätzen ersichtlich ist, dass diese mit E-Mail am

08.07.2014, 18:41 Uhr bzw. 19:05 Uhr an die Einlaufstelle des Bundesverwaltungsgerichtes übermittelt worden sind. Da das fristauslösende Ereignis der 01.07.2014 war, gemäß Paragraph 321, Absatz 3, BVergG die Frist bei der Durchführung einer Direktvergabe sieben Tage ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können beträgt, und es sich zudem bei den Antragsfristen um verfahrensrechtliche Fristen, deren Berechnung nach den Paragraphen 32, f AVG zu erfolgen hat, handelt (siehe Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 137), sind beide Anträge zulässig iSd Paragraph 320, Absatz 3, BVergG.

Gemäß § 320 Abs. 4 erster Satz BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht für den Fall, dass dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung von mehreren Unternehmen angefochten wird, die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden. Da beide Antragsteller die "Wahl des Vergabeverfahrens" iSd § 2 Z 16 lit. a sublit. oo BVergG angefochten haben, ist das Verfahren gemäß § 320 Abs. 4 zu verbinden. Ein Fall des § 320 Abs. 4 zweiter Satz BVergG (vgl. "Eine getrennte Verfahrensführung ist zulässig, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist.") liegt gegenständlich nicht vor. Gemäß Paragraph 320, Absatz 4, erster Satz BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht für den Fall, dass dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung von mehreren Unternehmen angefochten wird, die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden. Da beide Antragsteller die "Wahl des Vergabeverfahrens" iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, o, BVergG angefochten haben, ist das Verfahren gemäß Paragraph 320, Absatz 4, zu verbinden. Ein Fall des Paragraph 320, Absatz 4, zweiter Satz BVergG vergleiche "Eine getrennte Verfahrensführung ist zulässig, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist.") liegt gegenständlich nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins.

In den §§ 4 bis 6 werden die dem Vergaberecht unterliegenden Auftragsstypen näher geregelt. Als Aufträge im Sinne der RL und des BVergG gelten entgeltliche schriftliche Verträge über bestimmte Leistungen. Unter diesen Auftragsbegriff fallen auch so genannte Rahmenverträge. Dabei handelt es sich um Aufträge, die typischer Weise bei der Beschaffung wiederkehrender Leistungen eingesetzt werden, wenn die Leistungen in einem zeitlich und quantitativ nicht genau vorhersehbaren Bedarf während der Laufzeit des Rahmenvertrages abgerufen werden sollen. Als Beispiele für derartige Rahmenverträge können angeführt werden: witterungsabhängige Schneeräumung, Behebung von Gebrechen (Stördienst), Durchführung von Nassbaggerarbeiten in Abhängigkeit vom Wasserstand, Abruf von PC's und Möbeln in unterschiedlichen Tranchengrößen im Zuge einer laufend erforderlichen Ausstattung von Arbeitsplätzen, Versorgung mit Lebensmitteln. Der wesentliche Unterschied zur Rahmenvereinbarung besteht im beidseitig verbindlichen Charakter des Rahmenvertrages. Als beidseitig verbindlicher Leistungsvertrag mit einer Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers zu festen Konditionen hat der Rahmenvertrag bereits alle für den Abschluss des Vertrages erforderlichen, für die kaufmännische Kalkulation wesentlichen Festlegungen zu enthalten. Der Rahmenvertrag ist im System des BVergG als Auftrag im Sinne der §§ 4 bis 6 zu qualifizieren und nach den allgemeinen vergaberechtlichen Regeln für Aufträge zu vergeben. Eine der Besonderheiten ist, dass der Umfang der Gesamtleistung und der Erfüllungszeitpunkt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht fixiert sind. Kommt es jedoch zu einem Bedarf an den im Rahmenvertrag fixierten Leistungen, hat der Auftraggeber sämtliche vom Rahmenvertrag erfassten Leistungen ausschließlich vom Vertragspartner des Rahmenvertrages zu den im Rahmenvertrag vereinbarten Konditionen zu beziehen. Aufgrund der Ausgestaltung des Rahmenvertrages ergeben sich u. a. auch folgende Konsequenzen: im Rahmenvertrag müssen nicht die Abrufzeitpunkte festgelegt sein; auch müssen die Volumina der abgerufenen Leistung für die einzelnen Abrufzeitpunkte nicht im Vorhinein fixiert werden; bei Rahmenverträgen können in der Regel für die Positionen eines Leistungsverzeichnisses keine exakten Mengenangaben gemacht werden [vgl. dazu auch die Erläuterungen zu § 97 Abs. 3 Z 1] (RV 1171 BlgNR XXII. GP 27) In den Paragraphen 4 bis 6 werden die dem Vergaberecht unterliegenden Auftragsstypen näher geregelt. Als Aufträge im Sinne der RL und des BVergG gelten entgeltliche schriftliche Verträge über bestimmte Leistungen. Unter diesen Auftragsbegriff fallen auch so genannte Rahmenverträge. Dabei handelt es sich um Aufträge, die typischer Weise bei der Beschaffung wiederkehrender Leistungen eingesetzt werden, wenn die Leistungen in einem zeitlich und quantitativ nicht genau vorhersehbaren Bedarf während der Laufzeit des Rahmenvertrages abgerufen werden sollen. Als Beispiele für derartige Rahmenverträge können angeführt werden: witterungsabhängige Schneeräumung, Behebung von Gebrechen (Stördienst), Durchführung von Nassbaggerarbeiten in Abhängigkeit vom Wasserstand, Abruf von PC's und Möbeln in

unterschiedlichen Tranchengrößen im Zuge einer laufend erforderlichen Ausstattung von Arbeitsplätzen, Versorgung mit Lebensmitteln. Der wesentliche Unterschied zur Rahmenvereinbarung besteht im beidseitig verbindlichen Charakter des Rahmenvertrages. Als beidseitig verbindlicher Leistungsvertrag mit einer Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers zu festen Konditionen hat der Rahmenvertrag bereits alle für den Abschluss des Vertrages erforderlichen, für die kaufmännische Kalkulation wesentlichen Festlegungen zu enthalten. Der Rahmenvertrag ist im System des BVergG als Auftrag im Sinne der Paragraphen 4 bis 6 zu qualifizieren und nach den allgemeinen vergaberechtlichen Regeln für Aufträge zu vergeben. Eine der Besonderheiten ist, dass der Umfang der Gesamtleistung und der Erfüllungszeitpunkt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht fixiert sind. Kommt es jedoch zu einem Bedarf an den im Rahmenvertrag fixierten Leistungen, hat der Auftraggeber sämtliche vom Rahmenvertrag erfassten Leistungen ausschließlich vom Vertragspartner des Rahmenvertrages zu den im Rahmenvertrag vereinbarten Konditionen zu beziehen. Aufgrund der Ausgestaltung des Rahmenvertrages ergeben sich u. a. auch folgende Konsequenzen: im Rahmenvertrag müssen nicht die Abrufzeitpunkte festgelegt sein; auch müssen die Volumina der abgerufenen Leistung für die einzelnen Abrufzeitpunkte nicht im Vorhinein fixiert werden; bei Rahmenverträgen können in der Regel für die Positionen eines Leistungsverzeichnisses keine exakten Mengenangaben gemacht werden [vgl. dazu auch die Erläuterungen zu Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer eins], Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 27)

Gemäß § 32 BVergG können Aufträge 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. "Entsprechend der Regelung in Art. 32 Abs. 2 der RL 2004/18/EG setzt der Abschluss einer Rahmenvereinbarung voraus, dass der Auftraggeber ein offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder - bei Vorliegen der Voraussetzungen - ein Verhandlungsverfahren mit oder ohne vorherige(r) Bekanntmachung durchgeführt hat. Da der Abschluss einer Rahmenvereinbarung noch nicht zu einem Vertragsverhältnis führen soll, sind die jeweiligen Bestimmungen über den Zuschlag für den Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht maßgeblich." (RV 1171 BlgNR XXII. GP 48). Gemäß Paragraph 32, BVergG können Aufträge 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. "Entsprechend der Regelung in Artikel 32, Absatz 2, der RL 2004/18/EG setzt der Abschluss einer Rahmenvereinbarung voraus, dass der Auftraggeber ein offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder - bei Vorliegen der Voraussetzungen - ein Verhandlungsverfahren mit oder ohne vorherige(r) Bekanntmachung durchgeführt hat. Da der Abschluss einer Rahmenvereinbarung noch nicht zu einem Vertragsverhältnis führen soll, sind die jeweiligen Bestimmungen über den Zuschlag für den Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht maßgeblich." Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 48).

Gemäß § 41a Abs. 1 BVergG gelten für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ausschließlich der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 20, die §§ 3 Abs. 1, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 bis 4, 25 Abs. 11, 42 Abs. 3, 43 Abs. 1 und 2, 87a, 99a, 135 Abs. 1, 140 Abs. 9, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften der Abs. 2 bis 7. Gemäß Paragraph 41 a, Absatz eins, BVergG gelten für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ausschließlich der 1. Teil mit Ausnahme des Paragraph 2, Ziffer 20,, die Paragraphen 3, Absatz eins, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Absatz eins, 19, Absatz eins bis 4, 25 Absatz 11, 42, Absatz 3, 43, Absatz eins und 2, 87 a, 99 a, 135 Absatz eins, 140, Absatz 9,, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften der Absatz 2 bis 7,

Gemäß § 150 Z 1 BVergG können öffentliche Aufträge 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 sowie 38 Abs. 1 ohne Zuschlagserteilung unter Beachtung der Bestimmungen des § 151 abgeschlossen wurde. "Gemäß Art. 32 Abs. 2 der RL 2004/18/EG hat der Abschluss von Rahmenvereinbarungen gemäß den "Verfahrensvorschriften dieser Richtlinie" zu erfolgen. Sofern daher die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind, ist nach der Richtlinie auch der Abschluss von Rahmenvereinbarungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig. Für das BVergG (Ober- wie Unterschwellenbereich) richtet sich daher die Zulässigkeit der Verfahren zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes, d.h. somit nach den §§ 27 bis 30 (bzw. § 40).

In der ersten Stufe wird eine Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines "regulären", allerdings fiktiven, weil ohne Zuschlag endenden Vergabeverfahrens mit einem oder mit mehreren Unternehmern abgeschlossen. Zu betonen ist, dass die Rahmenvereinbarung den Auftraggeber nicht bindet, die von der Rahmenvereinbarung erfassten Leistungen oder Leistungsgruppen jedenfalls von den Parteien der Rahmenvereinbarung für die Dauer derselben zu beziehen [arg. "ohne Abnahmeverpflichtung" in § 25 Abs. 7] (RV 1171 BlgNR XXII. GP 94). Gemäß Paragraph 150, Ziffer eins, BVergG können öffentliche Aufträge 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 sowie 38 Absatz eins, ohne Zuschlagserteilung unter Beachtung der Bestimmungen des Paragraph 151, abgeschlossen wurde. "Gemäß Artikel 32, Absatz 2, der RL 2004/18/EG hat der Abschluss von Rahmenvereinbarungen gemäß den "Verfahrensvorschriften dieser Richtlinie" zu erfolgen. Sofern daher die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind, ist nach der Richtlinie auch der Abschluss von Rahmenvereinbarungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig. Für das BVergG (Ober- wie Unterschwellenbereich) richtet sich daher die Zulässigkeit der Verfahren zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes, d.h. somit nach den Paragraphen 27 bis 30 (bzw. Paragraph 40.). In der ersten Stufe wird eine Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines "regulären", allerdings fiktiven, weil ohne Zuschlag endenden Vergabeverfahrens mit einem oder mit mehreren Unternehmern abgeschlossen. Zu betonen ist, dass die Rahmenvereinbarung den Auftraggeber nicht bindet, die von der Rahmenvereinbarung erfassten Leistungen oder Leistungsgruppen jedenfalls von den Parteien der Rahmenvereinbarung für die Dauer derselben zu beziehen [arg. "ohne Abnahmeverpflichtung" in Paragraph 25, Absatz 7], Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 94).

Die Ausführungen der Auftraggeberin, wonach § 32 BVergG in § 41a Abs. 1 BVergG nicht taxativ aufgezählt ist und daher bei der Direktvergabe nicht anzuwenden sei, gehen schon deshalb ins Leere, da sie Wortlaut und Systematik des BVergG 2006 grundlegend verkennen. Dies aus nachfolgenden Erwägungen: Die Ausführungen der Auftraggeberin, wonach Paragraph 32, BVergG in Paragraph 41 a, Absatz eins, BVergG nicht taxativ aufgezählt ist und daher bei der Direktvergabe nicht anzuwenden sei, gehen schon deshalb ins Leere, da sie Wortlaut und Systematik des BVergG 2006 grundlegend verkennen. Dies aus nachfolgenden Erwägungen:

Wie bereits die Erläuterungen zu den §§ 4 bis 6 BVergG festhalten, gelten als Aufträge im Sinne der RL und des BVergG entgeltliche schriftliche Verträge über bestimmte Leistungen. Die Erläuterungen zu § 32 BVergG weisen darauf hin, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung noch nicht zu einem Vertragsverhältnis führen soll, womit aber die Rahmenvereinbarung nicht als "Auftrag" qualifiziert werden kann. Auch in der Literatur ist unstrittig, dass die Rahmenvereinbarungen nicht als "Aufträge" im Sinne des BVergG zu verstehen sind (siehe dazu Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 863 und Zellhofer/Hornbanger in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel [Hrsg], § 150 Rz 6). Schließlich gehen auch die Vergabekontrollbehörden davon aus, dass bei einer Rahmenvereinbarung - aufgrund der fehlenden Abrufverpflichtung - noch kein Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Unternehmen zustande kommt (Hörmandinger in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 3., 4. und 5. zu § 152). Wie bereits die Erläuterungen zu den Paragraphen 4 bis 6 BVergG festhalten, gelten als Aufträge im Sinne der RL und des BVergG entgeltliche schriftliche Verträge über bestimmte Leistungen. Die Erläuterungen zu Paragraph 32, BVergG weisen darauf hin, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung noch nicht zu einem Vertragsverhältnis führen soll, womit aber die Rahmenvereinbarung nicht als "Auftrag" qualifiziert werden kann. Auch in der Literatur ist unstrittig, dass die Rahmenvereinbarungen nicht als "Aufträge" im Sinne des BVergG zu verstehen sind (siehe dazu Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 863 und Zellhofer/Hornbanger in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel [Hrsg], Paragraph 150, Rz 6). Schließlich gehen auch die Vergabekontrollbehörden davon aus, dass bei einer Rahmenvereinbarung - aufgrund der fehlenden Abrufverpflichtung - noch kein Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Unternehmen zustande kommt (Hörmandinger in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 3., 4. und 5. zu Paragraph 152.).

§ 25 BVergG steht unter der Überschrift "Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen". Gemäß § 25 Abs. 11 BVergG wird bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung, nachdem einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmern die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages bekannt gemacht wurde, und nach Einholung von einem oder mehreren Angeboten, eine Leistung formfrei von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen. Bereits aus dieser Definition (vgl. den Wortlaut "Leistung gegen Entgelt") wird

ersichtlich, dass es sich bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung um einen "Auftrag" handelt. Dies wird wiederum durch den Wortlaut des § 41a Abs. 1 BVergG bekräftigt, der von der "Vergabe von Aufträgen" spricht. Paragraph 25, BVergG steht unter der Überschrift "Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen". Gemäß Paragraph 25, Absatz 11, BVergG wird bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung, nachdem einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmen die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages bekannt gemacht wurde, und nach Einholung von einem oder mehreren Angeboten, eine Leistung formfrei von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen. Bereits aus dieser Definition vergleiche den Wortlaut "Leistung gegen Entgelt") wird ersichtlich, dass es sich bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung um einen "Auftrag" handelt. Dies wird wiederum durch den Wortlaut des Paragraph 41 a, Absatz eins, BVergG bekräftigt, der von der "Vergabe von Aufträgen" spricht.

Aber auch der Wortlaut des § 32 BVergG, der taxativ jene Fälle aufzählt, wann eine Rahmenvereinbarung vergeben werden darf, ist eindeutig. Die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ist in dieser Bestimmung nicht aufgezählt. Aber auch der Wortlaut des Paragraph 32, BVergG, der taxativ jene Fälle aufzählt, wann eine Rahmenvereinbarung vergeben werden darf, ist eindeutig. Die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ist in dieser Bestimmung nicht aufgezählt.

Auch führt eine systematische Interpretation des 2. Hauptstückes im BVergG 2006 zum Ergebnis, dass der Gesetzgeber ausschließlich die in § 32 taxativ aufgezählten Verfahrensarten regeln wollte: Auch führt eine systematische Interpretation des 2. Hauptstückes im BVergG 2006 zum Ergebnis, dass der Gesetzgeber ausschließlich die in Paragraph 32, taxativ aufgezählten Verfahrensarten regeln wollte:

Der 2. Abschnitt des 2. Hauptstückes steht unter der Überschrift "Wahl der Vergabeverfahren im Ober- und im Unterschwellenbereich". § 32 BVergG ist in diesem Abschnitt geregelt. Der 3. Abschnitt des 2. Hauptstückes steht unter der Überschrift "Nur im Unterschwellenbereich zugelassene Vergabeverfahren". Unter diesen Abschnitt fallen die Bestimmungen zu § 41a (Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung). Daraus folgt, dass der Gesetzgeber klar zwischen den einzelnen Verfahrensarten unterschieden und sie demzufolge in zwei getrennte Abschnitte geregelt hat. Da aber § 41a BVergG ausdrücklich unter den 3. Abschnitt des 2. Hauptstückes fällt, ist auch aus diesem Grunde eine Subsumtion unter § 32 unzulässig. Der 2. Abschnitt des 2. Hauptstückes steht unter der Überschrift "Wahl der Vergabeverfahren im Ober- und im Unterschwellenbereich". Paragraph 32, BVergG ist in diesem Abschnitt geregelt. Der 3. Abschnitt des 2. Hauptstückes steht unter der Überschrift "Nur im Unterschwellenbereich zugelassene Vergabeverfahren". Unter diesen Abschnitt fallen die Bestimmungen zu Paragraph 41 a, (Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung). Daraus folgt, dass der Gesetzgeber klar zwischen den einzelnen Verfahrensarten unterschieden und sie demzufolge in zwei getrennte Abschnitte geregelt hat. Da aber Paragraph 41 a, BVergG ausdrücklich unter den 3. Abschnitt des 2. Hauptstückes fällt, ist auch aus diesem Grunde eine Subsumtion unter Paragraph 32, unzulässig.

Schließlich ist auf die Sektorenregelung des § 202 Abs. 1 BVergG hinzuweisen, der zunächst - wie im klassischen Bereich - bestimmt, dass Aufträge auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden können, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens abgeschlossen wurde. Danach sind zwei Sätze angeschlossen, die im klassischen Bereich fehlen: "Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung erforderlich erscheint, ist beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Verfahrensart zu wählen, durch die ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist. Das Verfahren der Direktvergabe für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung darf nur unter den in § 201 genannten Voraussetzungen gewählt werden." Daraus folgt die offenkundige Absicht des Gesetzgebers, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Wege der Direktvergabe ausschließlich im Sektorenbereich zur Anwendung gelangen darf. Auch aus diesem Grunde ist die beabsichtigte Wahl des Vergabeverfahrens nicht zulässig. Schließlich ist auf die Sektorenregelung des Paragraph 202, Absatz eins, BVergG hinzuweisen, der zunächst - wie im klassischen Bereich - bestimmt, dass Aufträge auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden können, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens abgeschlossen wurde. Danach sind zwei Sätze angeschlossen, die im klassischen Bereich fehlen: "Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung erforderlich erscheint, ist beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Verfahrensart zu wählen, durch die ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist. Das Verfahren der Direktvergabe für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung darf nur unter den in Paragraph 201, genannten Voraussetzungen gewählt

werden." Daraus folgt die offenkundige Absicht des Gesetzgebers, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Wege der Direktvergabe ausschließlich im Sektorenbereich zur Anwendung gelangen darf. Auch aus diesem Grunde ist die beabsichtigte Wahl des Vergabeverfahrens nicht zulässig.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ausführungen der Antragsteller zu § 32 und § 150 BVergG im Ergebnis zutreffen. Hingegen verkennt die Auftraggeberin in ihren rechtlichen Erwägungen, wonach die gewählte Wahl des Vergabeverfahrens schon allein aufgrund der in § 41a Abs. 1 BVergG geregelten Bestimmungen zulässig wäre, Wortlaut, Systematik und Intention des BVergG 2006. Da es sich bei einer Rahmenvereinbarung um keinen "Auftrag" handelt, § 41a Abs. 1 BVergG aber eindeutig von "Aufträgen" spricht, ist es der Auftraggeberin verwehrt, das gegenständliche Verfahren im Wege einer Direktvergabe nach § 41a BVergG auszuschreiben. Die gesonderte anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. oo BVergG "Wahl des Vergabeverfahrens" war daher für nichtig zu erklären. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ausführungen der Antragsteller zu Paragraph 32 und Paragraph 150, BVergG im Ergebnis zutreffen. Hingegen verkennt die Auftraggeberin in ihren rechtlichen Erwägungen, wonach die gewählte Wahl des Vergabeverfahrens schon allein aufgrund der in Paragraph 41 a, Absatz eins, BVergG geregelten Bestimmungen zulässig wäre, Wortlaut, Systematik und Intention des BVergG 2006. Da es sich bei einer Rahmenvereinbarung um keinen "Auftrag" handelt, Paragraph 41 a, Absatz eins, BVergG aber eindeutig von "Aufträgen" spricht, ist es der Auftraggeberin verwehrt, das gegenständliche Verfahren im Wege einer Direktvergabe nach Paragraph 41 a, BVergG auszuschreiben. Die gesonderte anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, o, o, BVergG "Wahl des Vergabeverfahrens" war daher für nichtig zu erklären.

Gemäß § 316 Abs 1 Z 3 BVergG kann - soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen - die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist. Gemäß Paragraph 316, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG kann - soweit dem weder Artikel 6, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen - die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

Die Voraussetzungen für den Entfall einer mündlichen Verhandlung liegen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor. Sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen ergaben sich aus den Schriftsätzen der Parteien sowie dem vorgelegten Vergabeakt. Das Parteiengehör gemäß § 45 Abs 3 AVG zugunsten der Auftraggeberin wurde durch Übermittlung der verfahrenseinleitenden Schriftsätze der Antragsteller in Verbindung mit der Möglichkeit zur Abgabe einer diesbezüglichen Stellungnahme jedenfalls gewahrt (vgl. die zu beiden Geschäftszahlen ergangenen Verständigungen an die Auftraggeberin, OZ 2 der beiden Nachprüfungsakte). Abgesehen davon, handelt es sich bei der Beurteilung der Frage, ob die gewählte Verfahrensart der Auftraggeberin rechtmäßig erfolgt ist, um eine Rechtsfrage, die allein aufgrund der interpretatorischen Auseinandersetzungen mit den einzelnen Bestimmungen des BVergG 2006 zu entscheiden war. Die Voraussetzungen für den Entfall einer mündlichen Verhandlung liegen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor. Sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen ergaben sich aus den Schriftsätzen der Parteien sowie dem vorgelegten Vergabeakt. Das Parteiengehör gemäß Paragraph 45, Absatz 3, AVG zugunsten der Auftraggeberin wurde durch Übermittlung der verfahrenseinleitenden Schriftsätze der Antragsteller in Verbindung mit der Möglichkeit zur Abgabe einer diesbezüglichen Stellungnahme jedenfalls gewahrt vergleiche die zu beiden Geschäftszahlen ergangenen Verständigungen an die Auftraggeberin, OZ 2 der beiden Nachprüfungsakte). Abgesehen davon, handelt es sich bei der Beurteilung der Frage, ob die gewählte Verfahrensart der Auftraggeberin rechtmäßig erfolgt ist, um eine Rechtsfrage, die allein aufgrund der interpretatorischen Auseinandersetzungen mit den einzelnen Bestimmungen des BVergG 2006 zu entscheiden war.

Zu Spruchpunkt II. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Die Antragsteller haben die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Die Antragsteller haben mit ihrem Nachprüfungsantrag obsiegt, da das Bundesverwaltungsgericht den beiden Nachprüfungsanträgen stattgegeben hat. Die Auftraggeberin ist daher verpflichtet, den Antragstellern die tatsächlich geschuldete und bezahlte Pauschalgebühr in der Höhe von jeweils €

769,50 zu ersetzen.

Zu B) Zulässigkeit der 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 zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Zu der wesentlichen Rechtsfrage der Zulässigkeit der Wahl der Direktvergabe im Wege einer Rahmenvereinbarung fehlt es bisher an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Zu der wesentlichen Rechtsfrage der Zulässigkeit der Wahl der Direktvergabe im Wege einer Rahmenvereinbarung fehlt es bisher an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Schlagworte

Analogie, Direktvergabe, einstweilige Verfügung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Obsiegen, Pauschalgebühren, Pauschalgebührenersatz, Rahmenvereinbarung, Rechtsschutzinteresse, Revision zulässig, Umgehungsverbot, Verfahrensart, Vergabeverfahren, Wahl des Vergabeverfahrens, Zusammenrechnung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W123.2009470.1.01

Zuletzt aktualisiert am

10.12.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at