

# TE Bvwg Beschluss 2024/9/14 W131 2291306-3

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.09.2024

## Entscheidungsdatum

14.09.2024

## Norm

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §340

BVergG 2018 §341

BVergG 2018 §344 Abs2 Z3

BVergG 2018 §350 Abs7

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2018 § 327 heute
2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 328 heute
2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 333 heute
2. BVergG 2018 § 333 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 340 heute
2. BVergG 2018 § 340 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 341 heute
2. BVergG 2018 § 341 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 344 heute
2. BVergG 2018 § 344 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 350 heute
2. BVergG 2018 § 350 gültig ab 21.08.2018

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

## **Spruch**

W131 2291306-3/6E

### **BESCHLUSS**

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter iZm dem Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren der anwaltlich vertretenen Auftraggeberin Medizinische Universität Innsbruck (= AG) Ausschreibung „Lieferung von Sequenzier-Bibliotheken (Libraries) für genetische Analysen mittels massiv-paralleler Sequenzierung (NGS) für Laborgeräte des Auftraggebers“, GZ der Auftraggeberin: V24/02r aufgrund der Pauschalbührenersatzbegehren der anwaltlich vertretenen Antragstellerin (=ASt) XXXX folgenden Beschluss: Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter iZm dem Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren der anwaltlich vertretenen Auftraggeberin Medizinische Universität Innsbruck (= AG) Ausschreibung „Lieferung von Sequenzier-Bibliotheken (Libraries) für genetische Analysen mittels massiv-paralleler Sequenzierung (NGS) für Laborgeräte des Auftraggebers“, GZ der Auftraggeberin: V24/02r aufgrund der Pauschalbührenersatzbegehren der anwaltlich vertretenen Antragstellerin (=ASt) römisch 40 folgenden Beschluss:

A)

Die Medizinische Universität Innsbruck ist schuldig, der XXXX zu Handen deren Rechtsvertretung XXXX binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution den Betrag von 3051,00 Euro zu bezahlen. Die Medizinische Universität Innsbruck ist schuldig, der römisch 40 zu Handen deren Rechtsvertretung römisch 40 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution den Betrag von 3051,00 Euro 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**

Begründung:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. In dem im Entscheidungskopf ersichtlichen offenen Vergabeverfahren wurde von der ASt die Ausschreibung und eine erste Berichtigung der Ausschreibung mit Nachprüfungsantrag und einem damit verbundenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) angefochten.

Der geschätzte Auftragswert dieser Vergabe liegt gemäß auftraggeberseitiger Angabe bei 1,384 Mio Euro.

2. Das BVwG erließ - verfahrensgangsmäßig - am 13.05.2024 eine eV insb mit nachstehendem Spruch:

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung,

"a) Es [werde] der Auftraggeberin bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, untersagt, im Vergabeverfahren „Lieferung von Sequenzier-Bibliotheken (Libraries) für genetische Analysen mittels massiv-paralleler Sequenzierung (NGS) für Laborgeräte des Auftraggebers (interne Kennung: V24/02r)“ Angebote zu öffnen und den Zuschlag zu erteilen.

b) Die Angebotsfrist im genannten Verfahren [werde] bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag auf Nichtigerklärung, im Sinne einer Fortlaufhemmung ausgesetzt.",

der mit Eingabe der Ast vom 10.05.2024 teilweise dahin modifiziert wurde, dass er insoweit lautet:

"Es [werde] der Auftraggeberin bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, untersagt, im Vergabeverfahren „Lieferung von Sequenzier-Bibliotheken (Libraries) für genetische Analysen mittels massiv-paralleler Sequenzierung (NGS) für Laborgeräte des Auftraggebers (interne Kennung: V24/02r)“ Angebote zu öffnen und die Rahmenvereinbarung abzuschließen.",

wird nunmehr unter Abweisung des Mehrbegehrens dahin stattgegeben, dass es der Auftraggeberin Medizinische Universität Innsbruck und damit auch ihrer vergebenden Stelle Schiefer Rechtsanwälte GmbH untersagt ist, in diesem Vergabeverfahren Angebote zu öffnen.

Zusätzlich wird der Fortlauf der Angebotsfrist in diesem Vergabeverfahren ausgesetzt.

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.

3. IZm den Pauschalgebühren gemäß §§ 340, 341, 344 Abs 2 Z 3 und 350 Abs 7 BVergG ist zum Verfahrensgeschehen festzuhalten wie folgt: 3. IZm den Pauschalgebühren gemäß Paragraphen 340,, 341, 344 Absatz 2, Ziffer 3 und 350 Absatz 7, BVergG ist zum Verfahrensgeschehen festzuhalten wie folgt:

3.1. IZm der verfahrenseinleitenden Eingabe entrichtete die Ast anfänglich von sich aus 2.052 Euro:

3.2. Das BVwG verfasste mit dem Schreiben OZ 12 aus dem Verfahrensakt W131 2291306-2 folgende gebührenrechtliche Ausführungen samt einer Nachforderung:

[...]

Die AG hat als geschätzten Auftragswert mitgeteilt: Geschätzter Auftragswert (ohne USt): EUR 1.384.000,00

[Rücksichtlich der Ausschreibungsanfechtung in der OZ 12:] Dafür ist nach § 3 der Verordnung BGBl II 2018/212 ein Gebührenbetrag von 25% von 2.160 Euro zu entrichten, das sind 540 Euro. [Rücksichtlich der Ausschreibungsanfechtung in der OZ 12:] Dafür ist nach Paragraph 3, der Verordnung BGBl römisch II 2018/212 ein Gebührenbetrag von 25% von 2.160 Euro zu entrichten, das sind 540 Euro.

Rücksichtlich der weiteren Anfechtung der Berichtigung als sonstiger Entscheidung während der Angebotsfrist sind gemäß § 340 Abs 1 Z 5 BVergG 80% von 2.160 Euro zu entrichten, das sind 1.728 Euro. Rücksichtlich der weiteren Anfechtung der Berichtigung als sonstiger Entscheidung während der Angebotsfrist sind gemäß Paragraph 340, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 80% von 2.160 Euro zu entrichten, das sind 1.728 Euro.

Nachdem § 340 Abs 1 Z 4 BVergG bei der eV - Gebühr 50% der [durch Verordnung gemäß § 340 Abs 1 Z 1 BVergG] festgesetzten Nachprüfungsgebühr als zu zahlend festlegt; und gerade nicht 50% der reduzierten Gebühr, daher ergeben 50% (aus der Summe von 540 Euro und 2.160 Euro) 50% aus der Bemessungsgrundlage von 2.700 Euro gegenständlich eine eV - Gebühr iHv 1.350 Euro. Nachdem Paragraph 340, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG bei der eV - Gebühr 50% der [durch Verordnung gemäß Paragraph 340, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG] festgesetzten Nachprüfungsgebühr als zu zahlend festlegt; und gerade nicht 50% der reduzierten Gebühr, daher ergeben 50% (aus der Summe von 540 Euro und 2.160 Euro) 50% aus der Bemessungsgrundlage von 2.700 Euro gegenständlich eine eV - Gebühr iHv 1.350 Euro.

Damit waren für die Rechtsschutzeingabe der ASt ursprünglich  $(540 + 1.728 + 1.350) = 3.618$  Euro zu entrichten.

Die ASt hat bislang Gebühren iHv 2.052 Euro an das BVwG entrichtet.

Sohin liegt derzeit eine Gebührenminderzahlung iHv  $(3.618 - 2.052 =)$  1.566 Euro vor.

Die ASt wird hiermit aufgefordert, bis zum 18.06.2024 den Gebührenfehlbetrag von 1.566 Euro an das Bundesverwaltungsgericht gemäß § 340 Abs 1 Z 2 BVerfG nachzubezahlen und den diesbezüglichen Einzahlungsnachweis gemäß § 336 BVerfG bis 18.06.2024, 12.00 Uhr an das BVwG vorzulegen. Die ASt wird hiermit aufgefordert, bis zum 18.06.2024 den Gebührenfehlbetrag von 1.566 Euro an das Bundesverwaltungsgericht gemäß Paragraph 340, Absatz eins, Ziffer 2, BVerfG nachzubezahlen und den diesbezüglichen Einzahlungsnachweis gemäß Paragraph 336, BVerfG bis 18.06.2024, 12.00 Uhr an das BVwG vorzulegen.

Sollte diese Nachzahlung nicht fristgerecht erfolgen und damit die hiermit verfügte Gebührenverbesserung nicht durchgeführt werden, wird der gegen die Ausschreibung und gegen die Berichtigung vom 26.04.2024 gerichtete jeweils verbunden eingebrachte Nachprüfungsantrag gemäß § 344 Abs 2 Z 3 BVerfG zurückgewiesen. Sollte diese Nachzahlung nicht fristgerecht erfolgen und damit die hiermit verfügte Gebührenverbesserung nicht durchgeführt werden, wird der gegen die Ausschreibung und gegen die Berichtigung vom 26.04.2024 gerichtete jeweils verbunden eingebrachte Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 344, Absatz 2, Ziffer 3, BVerfG zurückgewiesen.

Auf die Rechtsfolgen des § 336 Abs 2 BVerfG wird gleichfalls hingewiesen. [...] Auf die Rechtsfolgen des Paragraph 336, Absatz 2, BVerfG wird gleichfalls hingewiesen. [...]

3.4. Die ASt zahlte die vorstehend nachverlangten Gebühren vor der für 19.06.2024 anberaumten Nachprüfungsverhandlung nach.

3.5. Die ASt verfasste vor der Verhandlung am 19.06.2024 im Zuge eines Schriftwechsels am 18.06.2024 vorerst noch eine inhaltliche Replik zum AG -Vorbringen und zog dann am 18.06.2024 wenig später ihren Nachprüfungsantrag zurück.

Daraufhin wurden der ASt gemäß einem dafür iSv VfGH V64/2019 erforderlichen Senatsbeschluss 25% der für die Anfechtung der Ausschreibung und für die Anfechtung der Berichtigung, sprich Festlegung während der Angebotsfrist, vom 26.04.2024 geschuldeten Pauschalgebühren für die Nachprüfungsgebühren rückerstattet, maW 567,00 Euro.

MaW unter Verweis auf die obigen Ausführungen aus der OZ 12 des Verfahrens W131 2291306-2 hatte die ASt für die Begehren auf Nichtigerklärung der Ausschreibung und auf Nichtigerklärung der Festlegung vom 26.04.2024 rechtlich  $(540 + 1728 =)$  2268,00 Euro Nachprüfungsgebühr zu entrichten bzw danach auch entrichtet.

Wegen Zurückziehung vor der Verhandlungsdurchführung und vor einer Entscheidung erhielt die ASt danach 567,00 Euro vor dem rechtlichen Hintergrund des § 340 Abs 1 Z 7 BVerfG rückerstattet. Wegen Zurückziehung vor der Verhandlungsdurchführung und vor einer Entscheidung erhielt die ASt danach 567,00 Euro vor dem rechtlichen Hintergrund des Paragraph 340, Absatz eins, Ziffer 7, BVerfG rückerstattet.

4. Die vorgetragenen Ersatzbegehren der ASt stellen sich dabei wie folgt dar:

4.1. In der verfahrenseinleitenden Eingabe wurde Ersatz der Pauschalgebühren wie folgt beantragt.

4.1.1. IZm dem Nachprüfungsbegehren:

2. Die Auftraggeberin möge weiters verpflichtet werden, der Antragstellerin die für diesen Nachprüfungsantrag entrichteten Gebühren in Höhe von EUR 972,- binnen 14 Tagen zuhanden der Antragstellerinnenvertreter bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Die ASt ging also ursprünglich von einer Nachprüfungsgebühr iHv 972 Euro aus.

4.1.2. IZm dem eV - Begehren:

Die Antragstellerin beantragt daher, [...]

c) Die Auftraggeberin ist schuldig, der Antragstellerin die Kosten des Antrags auf Erlassung der einstweiligen Verfügung in Höhe von EUR 1.080,-- zuhanden der Antragstellerinnenvertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

4.1.3. Die ASt hatte insoweit ursprünglich für ihr eV - Begehren eine Pauschalgebührenschild iHv 1080 Euro veranschlagt.

4.2. In der inhaltlichen Replik der ASt vom 18.06.2024 finden sich vor dem Hintergrund des § 341 BVergG folgende Ausführungen: 4.2. In der inhaltlichen Replik der ASt vom 18.06.2024 finden sich vor dem Hintergrund des Paragraph 341, BVergG folgende Ausführungen:

[...] Die Antragstellerin hält daher ihre im Nachprüfungsantrag vom 2.5.2024 gestellten Anträge weiterhin aufrecht. [...]

4.3. Im schlussendlichen Zurückziehungsschriftsatz der ASt vom 18.06.2024 finden sich iZm den Pauschalgebühren insb nachstehende Ausführungen:

[...] In umseits bezeichneter Rechtssache zieht die Antragstellerin den am 2.5.2024 eingebrachten Nachprüfungsantrag hiermit zurück. Der Antrag auf Ersatz der für Nachprüfungs- und EVAntrag entrichteten beziehungsweise festgesetzten Pauschalgebühr bleibt aufrecht. [...]

5. Inhaltlich bekämpfte die ASt mit ihrer verfahrenseinleitenden Rechtsschutzeingabe, OZ 1 aus W131 2291306-2 vom 02.05.2025 jedenfalls einmal eine herstellerepezifische Festlegung in der Ausschreibung und in der gleichfalls angefochtenen Festlegung vom 26.04.2024 wie folgt:

[...]

Im Zuge der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen hat die Antragstellerin festgestellt, dass sich die Auftraggeberin offenkundig dafür entschieden hat, ausschließlich Reagenzien zur Erstellung von Sequenzier-Bibliotheken eines bestimmten Herstellers, nämlich des Herstellers XXXX , im Folgenden aber in Entsprechung der Ausschreibungsunterlagen XXXX ), zu beschaffen (siehe Punkt 2. der Ausschreibungsunterlage). Im Zuge der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen hat die Antragstellerin festgestellt, dass sich die Auftraggeberin offenkundig dafür entschieden hat, ausschließlich Reagenzien zur Erstellung von Sequenzier-Bibliotheken eines bestimmten Herstellers, nämlich des Herstellers römisch 40 , im Folgenden aber in Entsprechung der Ausschreibungsunterlagen römisch 40 ), zu beschaffen (siehe Punkt 2. der Ausschreibungsunterlage).

Konkret hat die Auftraggeberin – ohne jede sachliche Rechtfertigung – ausdrücklich im Rahmen des Ausschreibungsgegenstands (Punkt 2. der Ausschreibungsunterlage) festgelegt, dass lediglich Produkte des Herstellers XXXX für die in der Ausschreibungsunterlage angeführten, bereits vorhandenen Sequenziergeräte und bereits erworbenen Pipettierroboter beschafft werden sollen, obwohl auch Reagenzien zur Erstellung von Sequenzier-Bibliotheken anderer Hersteller (wie jene der Antragstellerin) kompatibel sind. Dies ergibt sich außerdem auch aus dem Preisblatt, Beilage ./5 zur Ausschreibungsunterlage, das bereits die anzubietenden Kits samt Herstellerbezeichnung anführt, sodass nur (pauschalierte) Einzel- und Gesamtpreise für Kits des Herstellers XXXX angeboten werden können. Konkret hat die Auftraggeberin – ohne jede sachliche Rechtfertigung – ausdrücklich im Rahmen des Ausschreibungsgegenstands (Punkt 2. der Ausschreibungsunterlage) festgelegt, dass lediglich Produkte des Herstellers römisch 40 für die in der Ausschreibungsunterlage angeführten, bereits vorhandenen Sequenziergeräte und bereits erworbenen Pipettierroboter beschafft werden sollen, obwohl auch Reagenzien zur Erstellung von Sequenzier-Bibliotheken anderer Hersteller (wie jene der Antragstellerin) kompatibel sind. Dies ergibt sich außerdem auch aus dem Preisblatt, Beilage ./5 zur Ausschreibungsunterlage, das bereits die anzubietenden Kits samt Herstellerbezeichnung anführt, sodass nur (pauschalierte) Einzel- und Gesamtpreise für Kits des Herstellers römisch 40 angeboten werden können.

Im Zuge der Fragebeantwortung wurde die Auftraggeberin ersucht zu bestätigen, dass auch Produkte anderer Hersteller als die in Punkt 2 der Ausschreibungsunterlagen genannten (bereits etablierten) Markenprodukte zur Ausschreibung zugelassen sind und weitere technische Details offen zu legen, um auch anderen Herstellern von Reagenzien zur Erstellung von Sequenzier-Bibliotheken zu ermöglichen, ein Angebot zu legen.

Mit Fragebeantwortung vom 26.4.2024 hat die Auftraggeberin jedoch Angebote anderer Hersteller unter Berufung auf ihre (angebliche) Beschaffungsfreiheit abgelehnt. Die Antragstellerin stellt nun mit den vorhandenen Sequenziergeräten kompatible Produkte zur Erstellung von Sequenzier-Bibliotheken her, kann aber angesichts der unvollständigen und diskriminierenden Leistungsbeschreibung kein Angebot legen.

[...]

7. Die AG brachte idZ chronologisch insb wie folgt vor:

7.1. In ihrer Eingabe OZ 10 aus W131 2291306-2 vom 14.05.2024:

[...]

In der konsolidierten Fragebeantwortung vom 26.4.2024 stellt die Auftraggeberin klar, dass sich die Beschaffung auf die Lieferung von Kits bezieht, um diese beim Auftraggeber intern pipettieren zu können.

Die Antragsgegnerin hat aufgrund der geforderten und sachlich gerechtfertigten Qualitäts-standards an den Beschaffungsbedarf (siehe dazu Punkt 3.) bewusst (die herstellerspezifischen, bereits im Routinediagnostikbetrieb validierten und akkreditierten) XXXX -Produkte als Liefergegenstand festgelegt. Die Antragsgegnerin hat aufgrund der geforderten und sachlich gerechtfertigten Qualitäts-standards an den Beschaffungsbedarf (siehe dazu Punkt 3.) bewusst (die herstellerspezifischen, bereits im Routinediagnostikbetrieb validierten und akkreditierten) römisch 40 - Produkte als Liefergegenstand festgelegt.

[...]

Am 10.5.2024 wurden die Ausschreibungsunterlage und das Preisblatt berichtigt. Es wurde mitunter folgende Klarstellung in der Ausschreibungsunterlage (Punkt 2.) vorgenommen:

„Falls in diesen Ausschreibungsunterlagen aus Gründen der Verständlichkeit in technischen Spezifikationen, Produktbezeichnungen, geschützte Marken oder Bezeichnungen von Industriestandards als Leitprodukt verwendet werden, sind auch Leistungen gleichwertiger Art, die zu den genannten Produkten und Geräten voll kompatibel sind, ausschreibungskonform. Vom Bieter ist in diesem Zusammenhang das jeweils vorstehende Leitprodukt oder ein Erzeugnis/Typ gleichwertiger Art im Preisblatt (Beilage ./5) anzubieten. Die Leistungsanforderungen an die zu beschaffenden Leistungen (Kriterien für die Gleichwertigkeit) samt Genliste und Panel-Daten finden sich in Anlage ./2. Die Gleichwertigkeit der Äquivalenzprodukte und die Kompatibilität zu den vorstehenden Laborgeräten des Auftraggebers ist vom Bieter unaufgefordert mittels Produktdatenblättern und/oder Referenzlaboren nachzuweisen.

Der Auftraggeber weist darauf hin, dass aus Vertraulichkeitsgründen keine Panel-Daten zur Verfügung gestellt werden können, die Patientendaten beinhalten.“

Im berichtigten Preisblatt wurde zu jeder Einzelposition des Leitproduktes XXXX die Möglichkeit vorgesehen, ein Produkt gleichwertiger Art samt Angabe des Nachweises für die Gleichwertigkeit des Bieters anzugeben. Die Leistungsanforderungen/Kriterien der Gleichwertigkeit) wurden in der Anlage ./2 erfasst und den Bietern wurden darüber hinaus entsprechende Genlisten zur Bewertung der Gleichwertigkeit und Kompatibilität der Leitprodukte in der Anlage ./2 zur Verfügung gestellt. Es können daher (neben dem Leitprodukt) nunmehr auch Produkte anderer Hersteller angeboten werden, sofern diese alle Qualitätsanforderungen erfüllen (siehe dazu auch unten unter Punkt 3.2). Die Auftraggeberin weist darauf hin, dass durch die zur Verfügung gestellten Informationen für alle fachkundigen Bieter erkennbar ist, welche Leistungen die Auftraggeberin beschaffen will. Im berichtigten Preisblatt wurde zu jeder Einzelposition des Leitproduktes römisch 40 die Möglichkeit vorgesehen, ein Produkt gleichwertiger Art samt Angabe des Nachweises für die Gleichwertigkeit des Bieters anzugeben. Die Leistungsanforderungen/Kriterien der Gleichwertigkeit) wurden in der Anlage ./2 erfasst und den Bietern wurden darüber hinaus entsprechende Genlisten zur Bewertung der Gleichwertigkeit und Kompatibilität der Leitprodukte in der Anlage ./2 zur Verfügung gestellt. Es können daher (neben dem Leitprodukt) nunmehr auch Produkte anderer Hersteller angeboten werden, sofern diese alle Qualitätsanforderungen erfüllen (siehe dazu auch unten unter Punkt 3.2). Die Auftraggeberin weist darauf hin, dass durch die zur Verfügung gestellten Informationen für alle fachkundigen Bieter erkennbar ist, welche Leistungen die Auftraggeberin beschaffen will.

Am 10.5.2024 wurde zudem die Anfragenfrist bis 17.5.2024, 12:00 Uhr, und die Angebotsfrist bis 28.5.2024, 12:00 Uhr, verlängert und die Berichtigung entsprechend am 13.5.2024 im Amtsblatt der Europäischen Union zur GZ 2024/S 92 – 277591 sowie am 13.5.2024 zu GZ V24/02r national auf data.gv.at bekanntgemacht. Die berichtigten Dokumente wurden den Interessenten in der Fassung der 4. Berichtigung über das Vergabeportal zur Verfügung gestellt.

Nach Ansicht der Auftraggeberin führt die vorgenommene Berichtigung vom 10.5.2024 zu einer gänzlichen Klaglosstellung der Antragstellerin.

[...]

7.2. In ihrer Eingabe vom 17.06.2024, OZ 13 aus W131 2291306-2, brachte die AG insb wie folgt vor:

[...]

Formale Klaglosstellung der Antragstellerin Durch die Unterscheidung zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Auftraggebers soll eine Strukturierung des Vergabeverfahrens und eine effiziente Abwicklung von Rechtsschutzverfahren erreicht werden. Durch die gesondert anfechtbaren Entscheidungen wird ein Vergabeverfahren in verschiedene Abschnitte unterteilt. Der Gesetzgeber hat in § 2 Z 15 lit a sublit aa BVergG eine Regelung getroffen, bei der die aufgezählten Entscheidungen im offenen Verfahren anfechtbar sind. Gesondert anfechtbare Entscheidungen sind Willenserklärungen bzw zumindest Willensmitteilungen der Auftraggeberseite. Auch Berichtigungen sind daher als gesondert anfechtbare Entscheidungen zu qualifizieren. Formale Klaglosstellung der Antragstellerin Durch die Unterscheidung zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Auftraggebers soll eine Strukturierung des Vergabeverfahrens und eine effiziente Abwicklung von Rechtsschutzverfahren erreicht werden. Durch die gesondert anfechtbaren Entscheidungen wird ein Vergabeverfahren in verschiedene Abschnitte unterteilt. Der Gesetzgeber hat in Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG eine Regelung getroffen, bei der die aufgezählten Entscheidungen im offenen Verfahren anfechtbar sind. Gesondert anfechtbare Entscheidungen sind Willenserklärungen bzw zumindest Willensmitteilungen der Auftraggeberseite. Auch Berichtigungen sind daher als gesondert anfechtbare Entscheidungen zu qualifizieren.

Die Berichtigung vom 10.5.2024 ist dergestalt erfolgt, dass die ursprüngliche Ausschreibungsunterlage mit einzelnen inhaltlichen Änderungen (siehe Punkt 2.2) zur Gänze noch einmal an die Interessenten (mitunter die Antragstellerin) kommuniziert wurde und insoweit eine die ursprüngliche Ausschreibungsunterlage ersetzende, neue Ausschreibungsunterlage darstellt. Die Auftraggeberin hat daher mit der Ausschreibung und der zitierten Berichtigung zweifach und als jeweils gesondert anfechtbare Entscheidung präkludierbar festgelegt, was sie zu welchen Bestimmungen beschaffen will. Dies bedeutet, dass selbst dann, wenn eine Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage vom 8.4. bzw 9.4.2024 anzunehmen wäre - was ausdrücklich bestritten wird -, diese allfällige Rechtswidrigkeit nicht mehr von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 347 Abs 1 Z 2 BVergG sein kann und folglich zu einer Klaglosstellung der Antragstellerin führt. Die Berichtigung vom 10.5.2024 ist dergestalt erfolgt, dass die ursprüngliche Ausschreibungsunterlage mit einzelnen inhaltlichen Änderungen (siehe Punkt 2.2) zur Gänze noch einmal an die Interessenten (mitunter die Antragstellerin) kommuniziert wurde und insoweit eine die ursprüngliche Ausschreibungsunterlage ersetzende, neue Ausschreibungsunterlage darstellt. Die Auftraggeberin hat daher mit der Ausschreibung und der zitierten Berichtigung zweifach und als jeweils gesondert anfechtbare Entscheidung präkludierbar festgelegt, was sie zu welchen Bestimmungen beschaffen will. Dies bedeutet, dass selbst dann, wenn eine Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage vom 8.4. bzw 9.4.2024 anzunehmen wäre - was ausdrücklich bestritten wird -, diese allfällige Rechtswidrigkeit nicht mehr von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 347, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sein kann und folglich zu einer Klaglosstellung der Antragstellerin führt.

Die Antragstellerin hat gegen diese neue Ausschreibungsunterlage in der Fassung der Berichtigung vom 10.5.2024 (EU-weit bekanntgemacht am 13.5.2024) keinen Nachprüfungsantrag eingebracht, weshalb daher die gesamte Ausschreibung in der Fassung der Berichtigung vom 10.5.2024 gemäß der vorstehenden Rechtsansicht des VWGH bestandsfest wurde, was bereits an sich zu einer Klaglosstellung der Antragstellerin führt.

Allfällige Rechtswidrigkeiten einer bestandsfesten Entscheidung dürfen von der Vergabekontrollbehörde im Rahmen der Nachprüfung nicht aufgegriffen werden. Die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen wäre nämlich sinnlos, könnte die Vergabekontrollbehörde eine unanfechtbar gewordene (bestandsfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung überprüfen.

Vor diesem Hintergrund wurde die Antragstellerin durch die Berichtigung vom 10.5.2024 auch (siehe dazu nachfolgenden Punkt 2.2) formal klaglos gestellt, zumal die bestandsfeste Berichtigung – unabhängig ihres genauen Inhalts – die ursprüngliche Ausschreibung ersetzt hat.

[...]

Wegfall der Beschwer / Materielle Klaglosstellung der Antragstellerin

Die Antragstellerin behauptet in ihrem Antragsvorbringen, dass sie mit den vorhandenen Sequenziergeräten der

Auftraggeberin kompatible Produkte zur Erstellung von Sequenzier -Bibliotheken herstelle, aber angesichts einer angeblich unvollständigen und diskriminierenden Leistungsbeschreibung kein Angebot legen könne. Aufgrund der bisherigen Vorgabe, Produkte des Herstellers XXXX anbieten zu müssen, sei es der Antragstellerin nicht möglich gewesen, trotz Kompatibilität der von ihr hergestellten Reagenzien zur Erstellung von Sequenzier-Bibliotheken mit den bereits vorhandenen Sequenziergeräten und dem Pipettierroboter ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen. Die Antragstellerin behauptet in ihrem Antragsvorbringen, dass sie mit den vorhandenen Sequenziergeräten der Auftraggeberin kompatible Produkte zur Erstellung von Sequenzier -Bibliotheken herstelle, aber angesichts einer angeblich unvollständigen und diskriminierenden Leistungsbeschreibung kein Angebot legen könne. Aufgrund der bisherigen Vorgabe, Produkte des Herstellers römisch 40 anbieten zu müssen, sei es der Antragstellerin nicht möglich gewesen, trotz Kompatibilität der von ihr hergestellten Reagenzien zur Erstellung von Sequenzier-Bibliotheken mit den bereits vorhandenen Sequenziergeräten und dem Pipettierroboter ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen.

Die Auftraggeberin hat bereits in der ursprünglichen Fassung der Ausschreibungsunterlagen bewusst und auf Basis einer entsprechenden sachlichen Begründung – und demnach zulässigerweise – anzubietende Leitprodukte festgelegt, um die hohen Anforderungen im Betrieb der Auftraggeberin zu erfüllen. Wie bereits in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 14.5.2024 dargelegt, hat sich die Auftraggeberin durch die Leistungsbeschreibung daher für eine bewusste – jedoch sachlich gerechtfertigte – Beschränkung des Wettbewerbs entschieden. Das Vorgehen führt jedoch keineswegs zu einem vollkommenen Ausschluss des Wettbewerbs, zumal der Vertrieb der gewünschten (Leit-) Produkte nicht (ausschließlich) über den Hersteller selbst, sondern auch durch weitere Unternehmen erfolgt. Die Leistungsbeschreibung führt somit zu keiner exklusiven Belieferung der Produkte durch die Herstellerin XXXX . Aus diesem Grund wurde auch kein Vergabeverfahren ohne vorige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmen durchgeführt, sondern ein offenes Verfahren gewählt, um auch weiteren Bietern zu ermöglichen, diese Produkte anzubieten. Die Auftraggeberin hat bereits in der ursprünglichen Fassung der Ausschreibungsunterlagen bewusst und auf Basis einer entsprechenden sachlichen Begründung – und demnach zulässigerweise – anzubietende Leitprodukte festgelegt, um die hohen Anforderungen im Betrieb der Auftraggeberin zu erfüllen. Wie bereits in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 14.5.2024 dargelegt, hat sich die Auftraggeberin durch die Leistungsbeschreibung daher für eine bewusste – jedoch sachlich gerechtfertigte – Beschränkung des Wettbewerbs entschieden. Das Vorgehen führt jedoch keineswegs zu einem vollkommenen Ausschluss des Wettbewerbs, zumal der Vertrieb der gewünschten (Leit-) Produkte nicht (ausschließlich) über den Hersteller selbst, sondern auch durch weitere Unternehmen erfolgt. Die Leistungsbeschreibung führt somit zu keiner exklusiven Belieferung der Produkte durch die Herstellerin römisch 40 . Aus diesem Grund wurde auch kein Vergabeverfahren ohne vorige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmen durchgeführt, sondern ein offenes Verfahren gewählt, um auch weiteren Bietern zu ermöglichen, diese Produkte anzubieten.

Trotzdem hat die Auftraggeberin – wie bereits in Punkt 2.2 der Stellungnahme der Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag angeführt – am 10.5.2024 die Ausschreibungsunterlage und das Preisblatt inhaltlich berichtigt, um den unveränderten Bietermarkt noch bestmöglich auszuweiten. Vor dem Hintergrund der genannten Berichtigung hat (mitunter) die Antragstellerin als potenzielle Bieterin – trotz sachlicher Begründung und damit Zulässigkeit der bisherigen produktspezifischen Leistungsbeschreibung – (umso mehr) die Möglichkeit, den Qualitätsanforderungen und dem Leistungsgegenstand gleichwertige und mit den Laborgeräten der Auftraggeberin (insbesondere auch funktional und qualitativ) kompatible Produkte anzubieten. Der Gleichwertigkeitsnachweis und Kompatibilitätsnachweis sind folglich im Zuge der Angebotslegung vom Bieter anhand von Produktdatenblättern oder Referenzen zu erbringen.

Mit der bezeichneten Berichtigung vom 10.5.2024 wurden den potenziellen Bietern weitergehende Informationen zur Leistungsspezifikation zur Verfügung gestellt. Insbesondere in den Leistungsanforderungen der Anlage ./2 hat die Auftraggeberin auch Genlisten/Regionen angeführt, anhand deren die (fachkundigen) Interessenten die Beurteilung der ordnungsgemäßen Erstellung der für die geforderten Sequenzier-Bibliotheken geeigneten Reagenzien vornehmen können.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens gilt der Grundsatz des materiellen Obsiegens. Bei der Bekämpfung der Ausschreibung ist etwa dann von einer Klaglosstellung auszugehen, wenn der Auftraggeber die bekämpften Teile berichtigt. Die von der Auftraggeberin vorgenommene Berichtigung vom 10.5.2024 führt daher auch zu einer materiellen Klaglosstellung der Antragstellerin. Der von der Antragstellerin monierte Ausschluss des Wettbewerbs



durch eine angeführte „Alleinstellung eines bestimmten Herstellers“ lag bisher nicht vor und liegt insbesondere nach der Berichtigung nicht vor. Die Antragstellerin kann daher entsprechend der geltenden Leistungsbeschreibung ihr Angebot legen und die geforderte Gleichwertigkeit und Kompatibilität zum Leitprodukt nachweisen. Die Antragstellerin ist daher durch die Ausschreibungsunterlage und die vermeintliche (bestrittene) Rechtswidrigkeit nicht mehr belastet, so dass ihr für den gegenständlichen Antrag auf Nichtigkeitsklärung die erforderliche Beschwer fehlt.

[...]

8. Die ASt reagiert auf die AG - Stellungnahmen in ihrer kurz vor der Antragszurückziehung am 18.06.2024 eingebrachten Replik, OZ 15 aus W131 2291306-2, zuvor noch wie folgt:

[...]

Keine Klaglosstellung der Antragstellerin

Anders als von der Auftraggeberin vertreten, wurde die Antragstellerin durch die am 7.5.2024 vorgenommene Berichtigung der Ausschreibung nicht klaglos gestellt. Schließlich hat die Auftraggeberin gemäß § 104 BVergG 2018 die gewünschte Leistung genau und neutral zu beschreiben und darauf Bedacht zu nehmen, dass durch die Leistungsbeschreibung weder bestimmte Bieter diskriminiert noch gewissen Bietern von vornherein Wettbewerbsvorteile eingeräumt werden. Das erforderliche Ausmaß der Konkretisierung einer Leistungsbeschreibung ist an den Vergabegrundsätzen (§ 20 BVergG 2018) zu messen. Anders als von der Auftraggeberin vertreten, wurde die Antragstellerin durch die am 7.5.2024 vorgenommene Berichtigung der Ausschreibung nicht klaglos gestellt. Schließlich hat die Auftraggeberin gemäß Paragraph 104, BVergG 2018 die gewünschte Leistung genau und neutral zu beschreiben und darauf Bedacht zu nehmen, dass durch die Leistungsbeschreibung weder bestimmte Bieter diskriminiert noch gewissen Bietern von vornherein Wettbewerbsvorteile eingeräumt werden. Das erforderliche Ausmaß der Konkretisierung einer Leistungsbeschreibung ist an den Vergabegrundsätzen (Paragraph 20, BVergG 2018) zu messen.

Somit muss bei der Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung ein echter Wettbewerb gewahrt werden und die Leistungsbeschreibung mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung aller Bieter und dem Diskriminierungsverbot sowie dem Transparenzgebot vereinbar sein. Technische Anforderungen sind neutral und technisch machbar – aber auch nachvollziehbar konkret – zu beschreiben, sodass diese im Ergebnis zu keiner Benachteiligung einzelner Bieter führen (Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 (1.Lfg 2020) zu § 103 BVergG 2018, Rz 6). Somit muss bei der Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung ein echter Wettbewerb gewahrt werden und die Leistungsbeschreibung mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung aller Bieter und dem Diskriminierungsverbot sowie dem Transparenzgebot vereinbar sein. Technische Anforderungen sind neutral und technisch machbar – aber auch nachvollziehbar konkret – zu beschreiben, sodass diese im Ergebnis zu keiner Benachteiligung einzelner Bieter führen (Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 (1.Lfg 2020) zu Paragraph 103, BVergG 2018, Rz 6).

Im Ergebnis hat der Auftraggeber sohin mit der Leistungsbeschreibung jedenfalls dafür Sorge zu tragen, dass die spätere Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet und die Gleichbehandlung der Bieter sichergestellt ist (Holoubek/Fuchs/Ziniel in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Aufl. 4 (2019) Vergaberecht).

Die Auftraggeberin hat es jedoch verabsäumt, die Leistungsbeschreibung im Sinne des § 104 BVergG 2018 hinreichend zu konkretisieren und anderen Bietern als dem Hersteller XXXX (im Folgenden in Anlehnung an die Ausschreibungsunterlagen XXXX ) die Legung eines wirtschaftlichen und vergleichbaren Angebots zu ermöglichen. Die Auftraggeberin hat es jedoch verabsäumt, die Leistungsbeschreibung im Sinne des Paragraph 104, BVergG 2018 hinreichend zu konkretisieren und anderen Bietern als dem Hersteller römisch 40 (im Folgenden in Anlehnung an die Ausschreibungsunterlagen römisch 40 ) die Legung eines wirtschaftlichen und vergleichbaren Angebots zu ermöglichen.

So können - entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin - anhand der zur Verfügung gestellten Informationen jedenfalls für die Reagenzien zur Erstellung von kundenspezifischen Sequenzierbibliotheken (sog. „custom panels“) weiterhin nur Produkte des Herstellers XXXX angeboten werden. Es fehlen weiterhin preisrelevante Informationen zu der Zusammensetzung der Sequenzierbibliotheken, sodass anderen Bietern im Vergabeverfahren entgegen § 88 Abs 2018 nicht ermöglicht wird, ein wirtschaftliches und vergleichbares Angebot zu legen. Die Angaben zu den XXXX Ziffer

2.2. der mit der Berichtigung vom 7.5.2024 neu hinzugefügten Leistungsanforderungen, Anlage ./2 des Vergabeaktes sowie die Genliste zum XXXX (Punkt 2.3 der Leistungsanforderungen, Anlage ./2 des Vergabeaktes) sind nämlich auch für den fachkundigen Bieter nicht konkret genug. Den nun genannten Genen fehlt weiterhin die essentielle Angabe, welche kodierenden Regionen der angegebenen Gene im Panel enthalten sein sollen. Diese Informationen bestimmen aber die Zusammensetzung der „Reagenzienkits“ und damit auch den Preis entscheidend mit. So können - entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin - anhand der zur Verfügung gestellten Informationen jedenfalls für die Reagenzien zur Erstellung von kundenspezifischen Sequenzierbibliotheken (sog. „custom panels“) weiterhin nur Produkte des Herstellers römisch 40 angeboten werden. Es fehlen weiterhin preisrelevante Informationen zu der Zusammensetzung der Sequenzierbibliotheken, sodass anderen Bietern im Vergabeverfahren entgegen Paragraph 88, Absatz 2018, nicht ermöglicht wird, ein wirtschaftliches und vergleichbares Angebot zu legen. Die Angaben zu den römisch 40 Ziffer 2.2. der mit der Berichtigung vom 7.5.2024 neu hinzugefügten Leistungsanforderungen, Anlage ./2 des Vergabeaktes sowie die Genliste zum römisch 40 (Punkt 2.3 der Leistungsanforderungen, Anlage ./2 des Vergabeaktes) sind nämlich auch für den fachkundigen Bieter nicht konkret genug. Den nun genannten Genen fehlt weiterhin die essentielle Angabe, welche kodierenden Regionen der angegebenen Gene im Panel enthalten sein sollen. Diese Informationen bestimmen aber die Zusammensetzung der „Reagenzienkits“ und damit auch den Preis entscheidend mit.

Entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin in Punkt 2. der Ausschreibungsunterlage in der Fassung der 5. Berichtigung sprechen auch keine datenschutzrechtlichen Bedenken oder Vertraulichkeitsgründe gegen die Offenlegung der Paneldaten, da diese keine Personendaten umfassen und sonst auch oft in wissenschaftlichen Publikationen veröffentlicht werden. Somit ist es auch folgerichtig üblich, dass Paneldaten im Rahmen einer Ausschreibung zur Verfügung gestellt werden.

Außerdem bildet die Gestaltung der Leistungspositionen der Ausschreibung weiterhin ausschließlich den Arbeitsprozess („Workflow“) des Herstellers XXXX ab. Dies spiegelt sich insbesondere im Preisblatt in der Fassung der vierten Berichtigung, Beilage ./5 des Vergabeaktes wider, das Positionen wie z.B. XXXX , enthält, die im Rahmen des Arbeitsprozesses der Antragstellerin zur Erstellung von Sequenzierbibliotheken überhaupt nicht benötigt werden. So sind etwa die genannten XXXX jeweils bereits im „Kit“ der Antragstellerin inkludiert, sodass hierfür auch keine Preise im Preisblatt in der Fassung der vierten Berichtigung, Beilage ./5 des Vergabeaktes anzuführen sind. Außerdem bildet die Gestaltung der Leistungspositionen der Ausschreibung weiterhin ausschließlich den Arbeitsprozess („Workflow“) des Herstellers römisch 40 ab. Dies spiegelt sich insbesondere im Preisblatt in der Fassung der vierten Berichtigung, Beilage ./5 des Vergabeaktes wider, das Positionen wie z.B. römisch 40 , enthält, die im Rahmen des Arbeitsprozesses der Antragstellerin zur Erstellung von Sequenzierbibliotheken überhaupt nicht benötigt werden. So sind etwa die genannten römisch 40 jeweils bereits im „Kit“ der Antragstellerin inkludiert, sodass hierfür auch keine Preise im Preisblatt in der Fassung der vierten Berichtigung, Beilage ./5 des Vergabeaktes anzuführen sind.

Mit diesem Einwand im Rahmen einer Bieterfrage vom 17.5.2024, beantwortet am 23.5.2024 konfrontiert, hat die Auftraggeberin auch zugestanden, dass Positionen, die für den jeweiligen Arbeitsablauf des Bieters nicht benötigt werden, mit dem Preis „0,00€“ ausgewiesen werden dürfen. Dies widerspricht allerdings wiederum § 88 Abs 2 BVergG 2018, wonach die Vergleichbarkeit der Angebote durch eine hinreichend konkrete Leistungsbeschreibung sichergestellt sein muss. Gemäß § 88 Abs 2 BVergG 2018 muss Bietern ermöglicht werden, die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermitteln zu können. Damit hat die Auftraggeberin zu gewährleisten, dass Bieter ihrem Angebot konkrete Annahmen und nicht bloße Mutmaßungen zugrunde legen können (Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 (1. Lfg 2020) zu § 104 BVergG 2018 Rz 15). Dies ist im gegenständlichen Fall aufgrund der Ausgestaltung des Preisblatts, Beilage ./5 anderen Bietern weiterhin nicht möglich. Mit diesem Einwand im Rahmen einer Bieterfrage vom 17.5.2024, beantwortet am 23.5.2024 konfrontiert, hat die Auftraggeberin auch zugestanden, dass Positionen, die für den jeweiligen Arbeitsablauf des Bieters nicht benötigt werden, mit dem Preis „0,00€“ ausgewiesen werden dürfen. Dies widerspricht allerdings wiederum Paragraph 88, Absatz 2, BVergG 2018, wonach die Vergleichbarkeit der Angebote durch eine hinreichend konkrete Leistungsbeschreibung sichergestellt sein muss. Gemäß Paragraph 88, Absatz 2, BVergG 2018 muss Bietern ermöglicht werden, die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermitteln zu können. Damit hat die Auftraggeberin zu gewährleisten, dass Bieter ihrem Angebot konkrete Annahmen und nicht bloße Mutmaßungen

zugrunde legen können (Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmam (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 (1. Lfg 2020) zu Paragraph 104, BVergG 2018 Rz 15). Dies ist im gegenständlichen Fall aufgrund der Ausgestaltung des Preisblatts, Beilage ./5 anderen Bietern weiterhin nicht möglich.

In ähnlicher Weise verstößt auch die Tatsache, dass die Bieter zur Recherche der Produkte des Herstellers XXXX und zum Nachweis der Gleichwertigkeit von Äquivalenzprodukten verpflichtet werden (vgl. Punkt 2 der Ausschreibungsunterlage in der Fassung der 4. Berichtigung), gegen die vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung und des freien und lauterer Wettbewerbs gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2018. In ähnlicher Weise verstößt auch die Tatsache, dass die Bieter zur Recherche der Produkte des Herstellers römisch 40 und zum Nachweis der Gleichwertigkeit von Äquivalenzprodukten verpflichtet werden vergleiche Punkt 2 der Ausschreibungsunterlage in der Fassung der 4. Berichtigung), gegen die vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung und des freien und lauterer Wettbewerbs gemäß Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018.

Im klaren Verstoß gegen § 20 Abs 9 BVergG 2018 wird der Hersteller der „Leitprodukte“ gerade durch die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen unzulässig bevorzugt, indem allen anderen Herstellern gleichsam im Wege einer „Beweislastumkehr“ – ohne vorherige Festlegung hinreichend vergleichbarer objektiver Leistungskriterien – die Last des Vergleichs und der Bewertung des Angebots aufgebürdet wird. Vielmehr wäre es Aufgabe der Auftraggeberin gewesen, alle notwendigen technischen Informationen im Rahmen einer Markterkundung gemäß § 24 BVergG 2018 einzuholen, um eine hinreichend konkrete Leistungsbeschreibung zu erstellen. Im klaren Verstoß gegen Paragraph 20, Absatz 9, BVergG 2018 wird der Hersteller der „Leitprodukte“ gerade durch die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen unzulässig bevorzugt, indem allen anderen Herstellern gleichsam im Wege einer „Beweislastumkehr“ – ohne vorherige Festlegung hinreichend vergleichbarer objektiver Leistungskriterien – die Last des Vergleichs und der Bewertung des Angebots aufgebürdet wird. Vielmehr wäre es Aufgabe der Auftraggeberin gewesen, alle notwendigen technischen Informationen im Rahmen einer Markterkundung gemäß Paragraph 24, BVergG 2018 einzuholen, um eine hinreichend konkrete Leistungsbeschreibung zu erstellen.

Die Ausschreibungsunterlagen widersprechen somit selbst in ihrer berichtigten Fassung weiterhin den vergaberechtlichen Anforderungen an Leistungsbeschreibungen (§§ 103f BVergG 2018) sowie vergaberechtlichen Grundsätzen. Die Ausschreibungsunterlagen widersprechen somit selbst in ihrer berichtigten Fassung weiterhin den vergaberechtlichen Anforderungen an Leistungsbeschreibungen (Paragraphen 103 f, BVergG 2018) sowie vergaberechtlichen Grundsätzen.

[...]

9. Nach Antragszurückziehung durch die ASt brachte dann die AG in einem Schriftsatz vom 28.06.2024, OZ 3 aus W131 2291306-3, noch vor, dass der ASt kein Pauschalgebührenersatz zustünde, weil die ASt -maW - geltend der Zurückziehung nicht auf eine Klaglosstellung hingewiesen hätte.

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

1. Feststellungen

Der Verfahrensgang wird mit den darin festgehaltenen Vergabeverfahrenstatsachen als entscheidungsrelevanter Sac

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)