

TE Verg Bescheid 2013/9/26 N/0087-BVA/09/2013-29

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.09.2013

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §13 Abs3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §20 Abs2

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §70 Abs2

BVergG 2006 §70 Abs5

BVergG 2006 §87 Abs3

BVergG 2006 §99 Abs2

BVergG 2006 §123 Abs1

BVergG 2006 §151 Abs3

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §322 Abs1 Z6

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §324 Abs2

BVergG 2006 §324 Abs3

ABGB §879 Abs3

UGB §8

UGB §189

B-VG Art14b Abs2 Z1 lita

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 87 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 151 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 151 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. ABGB § 879 heute
2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992

1. UGB § 8 heute
2. UGB § 8 gültig ab 01.01.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2005
3. UGB § 8 gültig von 01.01.1991 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 10/1991

1. UGB § 189 heute
2. UGB § 189 gültig ab 19.02.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 6/2026
3. UGB § 189 gültig von 20.07.2015 bis 18.02.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 43/2016
4. UGB § 189 gültig von 20.07.2015 bis 19.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2015
5. UGB § 189 gültig von 01.01.2010 bis 19.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 140/2009
6. UGB § 189 gültig von 01.01.2007 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2006
7. UGB § 189 gültig von 01.01.2007 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2005
8. UGB § 189 gültig von 01.01.1991 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 10/1991

1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 128/2013 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln & Gerichtsschränken für den Bund; BBG-GZ 2101.02031" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten

durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 23. August 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln & Gerichtsschränken für den Bund; BBG-GZ 2101.02031" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 23. August 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I. römisch eins.

Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge die rechtswidrige Ausschreibung "Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens gem BVergG 2006 betreffend Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln & Gerichtsschränken für den Bund" (GZ 2101.02031) für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 2, 19 Abs 1, 78 Abs 3, 99 Abs 2 und 151 Abs 3, BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 78, Absatz 3, 99, Absatz 2 und 151 Absatz 3, BVergG

II. römisch zwei.

Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 23. August 2013 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, auf Ersatz der Pauschalgebühren sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Mit Schriftsatz vom 23. August 2013 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen

vor: Die BBG führe das Vergabeverfahren als Vertreter der Republik Österreich

(Bund). Gegenstand der Ausschreibung sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln (Los 1) und Gerichtsschränken (Los 2) inklusiver aller für den Leistungserfolg erforderlichen Nebenleistungen. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Die Antragstellerin beabsichtige, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen und ein Angebot abzugeben. Sie sei leistungswillig und leistungsfähig. Auch handle es sich um ein wichtiges Referenzprojekt von öffentlichen Auftraggebern. Dieser Schaden sei nur dadurch zu verhindern, dass die Ausschreibung für nichtig erklärt werde und der Auftraggeber in der Folge eine vergaberechtskonforme Ausschreibungsgestaltung vornehme, die auch der Antragstellerin die Chance eröffne, ein Angebot zu legen, dem der Zuschlag erteilt werden könnte.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterem Wettbewerb und somit vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und in ihrem Recht auf gesetzeskonforme Ausschreibungsgestaltung verletzt.

Die vom Auftraggeber erstellten Ausschreibungsunterlagen seien in folgenden Punkten rechtswidrig:

1. 1. Ziffer eins

Fehlende Erhebung des konkreten Beschaffungsbedarfes:

Hinzuweisen sei darauf, dass die vorliegende Ausschreibung den dritten Versuch der BBG darstelle, die ausgeschriebenen Leistungen zur Vergabe zu bringen. Die gegenständliche Ausschreibung stelle im Wesentlichen eine "Neuaufgabe" der für nichtig erklärten Ausschreibung dar. Die BBG habe verschiedene Veränderungen gegenüber der nichtig erklärten Ausschreibung vorgenommen. Nun verringere sich der Auftragswert gegenüber der seinerzeitigen

Ausschreibung um ca. XXXX. Euro. Dies dürfte vor allem darauf zurückzuführen sein, dass nunmehr lediglich der Bund Auftraggeber sei. Dennoch gehe die Antragstellerin davon aus, dass der Bundesbedarf nicht im Einklang mit dem Bestimmungen des BVergG sachverständig ermittelt worden sei, zumal zwischen der Aufhebung der vorangegangenen Ausschreibung und der Kundmachung der nunmehr angefochtenen Ausschreibung nur etwas mehr als 3 Wochen zu Verfügung gestanden seien. In diesem Zeitraum sei eine sachkundige Ermittlung des Bedarfs wohl nicht möglich. Die Ausschreibungsbedingungen seien daher bereits wegen Verstoßes gegen die §§ 13 ff und 96 ff BVergG rechtswidrig. Hinzuweisen sei darauf, dass die vorliegende Ausschreibung den dritten Versuch der BBG darstelle, die ausgeschriebenen Leistungen zur Vergabe zu bringen. Die gegenständliche Ausschreibung stelle im Wesentlichen eine "Neuaufgabe" der für nichtig erklärten Ausschreibung dar. Die BBG habe verschiedene Veränderungen gegenüber der nichtig erklärten Ausschreibung vorgenommen. Nun verringere sich der Auftragswert gegenüber der seinerzeitigen Ausschreibung um ca. römisch 40 . Euro. Dies dürfte vor allem darauf zurückzuführen sein, dass nunmehr lediglich der Bund Auftraggeber sei. Dennoch gehe die Antragstellerin davon aus, dass der Bundesbedarf nicht im Einklang mit dem Bestimmungen des BVergG sachverständig ermittelt worden sei, zumal zwischen der Aufhebung der vorangegangenen Ausschreibung und der Kundmachung der nunmehr angefochtenen Ausschreibung nur etwas mehr als 3 Wochen zu Verfügung gestanden seien. In diesem Zeitraum sei eine sachkundige Ermittlung des Bedarfs wohl nicht möglich. Die Ausschreibungsbedingungen seien daher bereits wegen Verstoßes gegen die Paragraphen 13, ff und 96 ff BVergG rechtswidrig.

1. 2.Ziffer 2

Verstoß gegen die Grundsetze des Vergabeverfahrens, insbesondere § 19 BVergG infolge Festlegung einer willkürlichen Verfahrensdurchführung: Verstoß gegen die Grundsetze des Vergabeverfahrens, insbesondere Paragraph 19, BVergG infolge Festlegung einer willkürlichen Verfahrensdurchführung:

In den Ausschreibungsbedingungen sei festgelegt, dass eine Bietergemeinschaft im Auftragsfall die Leistungen als ARGE zu erbringen habe. Würde eine Bietergemeinschaft auch bei Überschreiten der Umsatzschwellen der §§ 8 und 189 UGB ihre Leistungen als ARGE (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) erbringen und dies in Anbetracht des hohen Auftragsvolumens in ihrem Angebot entsprechend der Festlegung des Auftraggebers offen legen, würde sie ein gesetzlichen Vorschriften widersprechendes und somit auszuschließendes Angebot legen. Im Fall der Ankündigung der Gründung einer OG im Auftragsfall würde sie ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot legen. In den Ausschreibungsbedingungen sei festgelegt, dass eine Bietergemeinschaft im Auftragsfall die Leistungen als ARGE zu erbringen habe. Würde eine Bietergemeinschaft auch bei Überschreiten der Umsatzschwellen der Paragraphen 8 und 189 UGB ihre Leistungen als ARGE (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) erbringen und dies in Anbetracht des hohen Auftragsvolumens in ihrem Angebot entsprechend der Festlegung des Auftraggebers offen legen, würde sie ein gesetzlichen Vorschriften widersprechendes und somit auszuschließendes Angebot legen. Im Fall der Ankündigung der Gründung einer OG im Auftragsfall würde sie ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot legen.

Diese Festlegung führe somit in jedem Fall dazu, dass der Auftraggeber Angebote von Bietergemeinschaften stets ausschließen könne bzw. müsse.

1. 3.Ziffer 3

Verstoß gegen § 879 Abs. 3 ABGB: Verstoß gegen Paragraph 879, Absatz 3, ABGB:

Mit den Garantiebestimmungen verstoße der Auftraggeber gegen § 879 Abs. 3 ABGB: Mit den Garantiebestimmungen verstoße der Auftraggeber gegen Paragraph 879, Absatz 3, ABGB:

Die festgelegten Garantiebestimmungen würden von der dispositiven Rechtslage in einer für den Auftragnehmer gröblich benachteiligenden Weise abweichen, da der Erweiterung des dem Auftraggeber nach dispositivem Recht eingeräumten Gewährleistungsbehelfsrückgriffs keine äquivalente Gegenleistung gegenüber gestellt sei. Die gröbliche Benachteiligung ergebe sich insbesondere aus der Festlegung, dass nicht der Auftraggeber den Garantiefall nachzuweisen habe, sondern der Auftragnehmer den Beweis anzutreten habe, dass kein Garantiefall vorliege.

Ein Verstoß gegen § 879 Abs. 3 ABGB ergebe sich auch aus dem Ausschluss der Irrtumsanfechtung in Punkt 4.4 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen und der an dieser Stelle vorgesehenen zwingenden Bestätigung des Bieters, dass die Ausschreibungsunterlagen für seine Kalkulation ausreichend gewesen seien. Der Verzicht auf eine Anfechtung einzelner Bestimmungen aufgrund eines vom Auftraggeber veranlassten Irrtums stelle eine gröbliche Benachteiligung

des Auftragnehmers dar. Ein Verstoß gegen Paragraph 879, Absatz 3, ABGB ergebe sich auch aus dem Ausschluss der Irrtumsanfechtung in Punkt 4.4 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen und der an dieser Stelle vorgesehenen zwingenden Bestätigung des Bieters, dass die Ausschreibungsunterlagen für seine Kalkulation ausreichend gewesen seien. Der Verzicht auf eine Anfechtung einzelner Bestimmungen aufgrund eines vom Auftraggeber veranlassten Irrtums stelle eine gröbliche Benachteiligung des Auftragnehmers dar.

1. 4. Ziffer 4

Verstoß gegen § 151 Abs. 3 BVergG: Verstoß gegen Paragraph 151, Absatz 3, BVergG:

In Punkt 8.2.1 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sei festgelegt, dass eine Vergabe von Minuspunkten in einzelnen Kriterien nicht ausgeschlossen sei. Wann es zu einer Vergabe von Minuspunkten kommen könne, sei in den Ausschreibungsunterlagen jedoch nicht dargelegt. Insoweit seien die Zuschlagskriterien intransparent, nicht nachvollziehbar und daher rechtswidrig.

1. 5. Ziffer 5

Rechtswidrigkeiten im Zusammenhang mit dem Nachweis der Eignung und dem abzugebenden Angebot:

Die Festlegungen in den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen würden sich hinsichtlich des Zeitpunktes und der Art des Nachweises der Eignung widersprechen, da einerseits zunächst entsprechend der im BVergG enthaltenen Vorgabe die Nachweiserbringung im Wege einer Eigenerklärung als zulässig erklärt werde, andererseits festgelegt sei, dass einzelne Nachweise, insbesondere im Zusammenhang mit Subunternehmern, bereits mit dem Angebot vorzulegen seien. Die Ausschreibungsbestimmungen seien daher auch aufgrund der Widersprüchlichkeit dieser Festlegungen rechtswidrig.

Zudem sei die Festlegung, wonach "geeignete" Referenzprojekte nachzuweisen seien, unklar. Es sei für Bieter in keiner Weise ersichtlich, welche konkreten Kriterien die nachzuweisenden Referenzen erfüllen müssten. Der Auftraggeber verstoße damit gegen zwingende Mindestanforderungen in der Gestaltung von Ausschreibungsunterlagen. Darüber hinaus würden diese einen Rahmen für das durchzuführende Vergabeverfahren festlegen, in dem eine spätere Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit mangels erfolgter Festlegung von Kriterien für Bieter in keiner Weise objektiv möglich sei. Eine auf Basis von Ausschreibungsunterlagen ohne festgelegte Kriterien durchgeführte Eignungsprüfung könne daher nur willkürlich erfolgen und stehe mit den Grundsätzen des § 19 Abs. 1 BVergG in Widerspruch. Zudem sei die Festlegung, wonach "geeignete" Referenzprojekte nachzuweisen seien, unklar. Es sei für Bieter in keiner Weise ersichtlich, welche konkreten Kriterien die nachzuweisenden Referenzen erfüllen müssten. Der Auftraggeber verstoße damit gegen zwingende Mindestanforderungen in der Gestaltung von Ausschreibungsunterlagen. Darüber hinaus würden diese einen Rahmen für das durchzuführende Vergabeverfahren festlegen, in dem eine spätere Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit mangels erfolgter Festlegung von Kriterien für Bieter in keiner Weise objektiv möglich sei. Eine auf Basis von Ausschreibungsunterlagen ohne festgelegte Kriterien durchgeführte Eignungsprüfung könne daher nur willkürlich erfolgen und stehe mit den Grundsätzen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG in Widerspruch.

1. 6. Ziffer 6

Verbot der Aufrechnung:

Das in Punkt 15.3 der Rahmenvereinbarung - ausschließlich zu Lasten des Auftragnehmers - vorgesehene Verbot der Aufrechnung, sei jedenfalls insoweit gröblich benachteiligend und damit rechtswidrig, als das Aufrechnungsverbot keine Ausnahmen für jene Fälle vorsehe, in denen die Gegenforderung anerkannt oder rechtskräftig sei. Dies sei rechtswidrig.

Mit Schriftsatz vom 28. August 2013 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Das Verfahren befinde sich zur Zeit in der Angebotsfrist (Ende der Frist: 3.9.2013, 12.00 Uhr). Eine Angebotsöffnung sei naturgemäß noch nicht erfolgt. Auch eine Zuschlagsentscheidung sei noch nicht bekannt gegeben worden. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Mit Schriftsatz vom 29. August 2013 brachte die B***, vertreten durch Y*** (mitbeteiligte Partei), begründete Einwendungen ein. Die mitbeteiligte Partei brachte im Wesentlichen vor, dass die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens am 23. August 2013 im Internet bekannt gemacht worden sei. Geschäftsgegenstand der

mitbeteiligter Partei sei insbesondere die Erbringung der in der angefochtenen Ausschreibung nachgefragten Leistung. Sie habe deshalb die Ausschreibungsunterlagen angefordert und bereits dadurch ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet. Bekräftigt worden sei dies durch die vorliegenden begründeten Einwendungen. Die mitbeteiligte Partei wolle sich an der Ausschreibung beteiligen und letztlich den Auftrag erhalten. Durch die Nichtigerklärung der Ausschreibung würde ihr die Möglichkeit zur Teilnahme an einer rechtskonformen Ausschreibung und Legung eines erfolgsversprechenden Angebotes genommen. Sie werde daher durch die begehrte Nichtigerklärung der Ausschreibung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen und sei daher Partei gemäß § 324 Abs. 2 BVergG. Zur Aufrechterhaltung der Parteistellung erhebe sie gemäß § 324 Abs. 3 BVergG fristgerecht die gegenständlichen begründeten Einwendungen. Mit Schriftsatz vom 29. August 2013 brachte die B***, vertreten durch Y*** (mitbeteiligte Partei), begründete Einwendungen ein. Die mitbeteiligte Partei brachte im Wesentlichen vor, dass die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens am 23. August 2013 im Internet bekannt gemacht worden sei. Geschäftsgegenstand der mitbeteiligten Partei sei insbesondere die Erbringung der in der angefochtenen Ausschreibung nachgefragten Leistung. Sie habe deshalb die Ausschreibungsunterlagen angefordert und bereits dadurch ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet. Bekräftigt worden sei dies durch die vorliegenden begründeten Einwendungen. Die mitbeteiligte Partei wolle sich an der Ausschreibung beteiligen und letztlich den Auftrag erhalten. Durch die Nichtigerklärung der Ausschreibung würde ihr die Möglichkeit zur Teilnahme an einer rechtskonformen Ausschreibung und Legung eines erfolgsversprechenden Angebotes genommen. Sie werde daher durch die begehrte Nichtigerklärung der Ausschreibung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen und sei daher Partei gemäß Paragraph 324, Absatz 2, BVergG. Zur Aufrechterhaltung der Parteistellung erhebe sie gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG fristgerecht die gegenständlichen begründeten Einwendungen.

Die mitbeteiligte Partei habe gegen die drei vorangegangenen "Ausschreibungen" jeweils Nachprüfungsanträge eingebracht, welche auch erfolgreich gewesen seien. Der Auftraggeber habe nunmehr mit der vorliegenden Ausschreibung erstmals einen echten und fairen Wettbewerb hergestellt. Vor allem den Hauptkritikpunkten der vorangehenden Nachprüfungsanträge sei zur Gänze Rechnung getragen worden. Dies vor allem dadurch, dass der eingrenzbarer Bedarf nur eines Auftraggebers (Bund) Gegenstand sei und darüber hinaus nur mehr solche Leistungen abgerufen werden könnten, die zuvor im Wettbewerb gegenübergestellt worden seien. Der Auftraggeber habe geradezu vorbildlich auch weitgehend die übrigen Kritikpunkte bereinigt. Eine maßgebliche, zur Nichtigerklärung führende Rechtswidrigkeit der vorliegenden Ausschreibung sei nicht zu erkennen. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sei daher jedenfalls unberechtigt und abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 28. August 2013, beim BVA eingelangt am 29. August 2013, erstattete der Auftraggeber folgende Stellungnahme:

Das Vorbringen der Antragstellerin werde zur Gänze bestritten.

1. 1. Ziffer eins

Zur angeblich fehlenden Erhebung des konkreten Beschaffungsbedarfs:

Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin basiere auf reinen Vermutungen und sei unrichtig. Es sei festzuhalten, dass sämtliche Mengen und angegebenen Werte aus Bedarfsmeldungen der Bundesdienststellen im Rahmen einer qualifizierten Bedarfserhebung resultieren würden. Diese Bedarfsmeldungen seien schriftlich per Email auf Grundlage der vom Auftraggeber durchgeführten Bedarfsanalyse erfolgt. Wie aus dem Vergabeakt ersichtlich, sei die Bedarfsanalyse jedenfalls lege artis in fünf Stufen durchgeführt worden. Sie habe aus der Analyse der abgerufenen Stückzahlen der letzten zwei Jahre, der Analyse des Abrufverhaltens nach Wert der letzten fünf Jahre für Abrufe bis Euro 200.000,--, aus Mengenzuweisung zum jeweiligen Ressort, aus persönlichen Analyse- u. Einzelgesprächen mit allen bedarfsmeldenden Ressorts und der schriftlichen Bedarfsmeldung durch das jeweilige Ressort bestanden.

Zudem sei festzuhalten, dass der Auftraggeber berechtigt sei, Erfahrungswerte aus der Vergangenheit über die voraussichtlich anfallenden Abrufmengen heranzuziehen, um den Auftragswert sachkundig zu schätzen. Für wiederkehrende Leistungen schreibe § 15 Abs 2 BVergG dies sogar ausdrücklich vor. Zudem sei festzuhalten, dass der Auftraggeber berechtigt sei, Erfahrungswerte aus der Vergangenheit über die voraussichtlich anfallenden Abrufmengen heranzuziehen, um den Auftragswert sachkundig zu schätzen. Für wiederkehrende Leistungen schreibe Paragraph 15, Absatz 2, BVergG dies sogar ausdrücklich vor.

Die von der Antragstellerin genannten §§ 13ff und 96ff BVergG seien verfehlt, zumal darin mit keinem Wort die

sachkundige Ermittlung des Beschaffungsbedarf auferlegt werde, sondern die sachkundige Schätzung des Auftragswertes. Die von der Antragstellerin genannten Paragraphen 13 f, f und 96 f, f BVergG seien verfehlt, zumal darin mit keinem Wort die sachkundige Ermittlung des Beschaffungsbedarf auferlegt werde, sondern die sachkundige Schätzung des Auftragswertes.

Schließlich ergebe sich bereits aus den Gesetzesmaterialien, dass ein Auftraggeber nicht zwingend bereits zum Zeitpunkt der Durchführung des Vergabeverfahrens, das in einer Rahmenvereinbarung münden solle, einen konkreten Bedarf haben müsse, sondern es ausreiche, einen in Zukunft allfällig entstehenden Bedarf aus der Rahmenvereinbarung abzudecken. Bei einer Rahmenvereinbarung handle es sich nämlich nicht um einen Leistungsvertrag, sondern um eine mit einer Option vergleichbare Vereinbarung, die den Auftraggeber nicht zur Abnahme verpflichte. Dies sei aus dem Sinn und Zweck der Rahmenvereinbarung erklärbar, die es dem Auftraggeber ermöglichen solle, kurzfristig auf einen allfälligen Bedarf zu reagieren. Das BVA habe jüngst ausgesprochen, dass es der BBG selbstverständlich aufgrund ihrer Kenntnisse und Erfahrungen zustehe, Bedarfserhebungen und Bedarfsschätzungen in die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung einfließen zu lassen. Ebenso habe das BVA kürzlich dezidiert festgehalten, dass im Fall der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung der Auftraggeber nur zu einer Schätzung des Bedarfs verpflichtet sei, wobei der bisherige Bedarf eine taugliche Grundlage darstelle, den künftigen Bedarf zu schätzen.

1. 2.Ziffer 2

Zum angeblichen Verstoß gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens:

Die Festlegung unter Pkt. 5.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen entspreche dem § 20 Abs 2 letzter Satz BVergG. Diese Bestimmung regle, dass Bietergemeinschaften im Auftragsfall dem Auftraggeber zwingend die solidarische Leistungserbringung als ARGE schulden würden. Eine Rechtswidrigkeit der Festlegung liege daher nicht vor, entspreche diese Festlegung doch gerade den gesetzlichen Erfordernissen des BVergG. Die Festlegung unter Pkt. 5.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen entspreche dem Paragraph 20, Absatz 2, letzter Satz BVergG. Diese Bestimmung regle, dass Bietergemeinschaften im Auftragsfall dem Auftraggeber zwingend die solidarische Leistungserbringung als ARGE schulden würden. Eine Rechtswidrigkeit der Festlegung liege daher nicht vor, entspreche diese Festlegung doch gerade den gesetzlichen Erfordernissen des BVergG.

§ 8 Abs 3 UGB sehe nur vor, dass dann, wenn mehrere Personen ein Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts - etwa auch einer ARGE - betreiben würden und die Gesellschaft den Schwellenwert des § 189 UGB überschreiten würden, sie zur Eintragung der Gesellschaft als OG oder KG verpflichtet seien. Da sich im Falle der Bildung einer ARGE mehrere Unternehmer zur Durchführung eines Projektes zusammenschließen würden, diese somit dazu diene, die Tätigkeiten der einzelnen Gesellschafter in einem spezifischen Projekt zu koordinieren, würden diese eben kein Unternehmen im Sinne einer auf Dauer angelegten Organisation betreiben. Da für die Pflicht zum Rechtsformwechsel aber gerade der Betrieb eines Unternehmens im Sinne des UGB erforderlich sei, ein solcher im Falle einer ARGE jedoch zu verneinen sei, bestehe selbst bei Überschreitung der Schwellenwerte keine Pflicht zur Gründung einer OG oder KG. Paragraph 8, Absatz 3, UGB sehe nur vor, dass dann, wenn mehrere Personen ein Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts - etwa auch einer ARGE - betreiben würden und die Gesellschaft den Schwellenwert des Paragraph 189, UGB überschreiten würden, sie zur Eintragung der Gesellschaft als OG oder KG verpflichtet seien. Da sich im Falle der Bildung einer ARGE mehrere Unternehmer zur Durchführung eines Projektes zusammenschließen würden, diese somit dazu diene, die Tätigkeiten der einzelnen Gesellschafter in einem spezifischen Projekt zu koordinieren, würden diese eben kein Unternehmen im Sinne einer auf Dauer angelegten Organisation betreiben. Da für die Pflicht zum Rechtsformwechsel aber gerade der Betrieb eines Unternehmens im Sinne des UGB erforderlich sei, ein solcher im Falle einer ARGE jedoch zu verneinen sei, bestehe selbst bei Überschreitung der Schwellenwerte keine Pflicht zur Gründung einer OG oder KG.

1. 3.Ziffer 3

Zum behaupteten Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB: Zum behaupteten Verstoß gegen Paragraph 879, Absatz 3, ABGB:

Die Antragstellerin erkenne, dass es nicht Aufgabe des BVA sei, anlässlich einer Überprüfung der Ausschreibungsbestimmungen vorab eine fiktive Prüfung von zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen vorzunehmen. Die von der Antragstellerin monierten Festlegungen hätten rein zivilrechtlichen Charakter, sie würden erst bei der

Vertragsabwicklung schlagend. Deren inhaltliche Beurteilung obliege somit den Zivilgerichten (BVA 3.12.2010, N/0076-BVA/02/2010-36; 15.3.2013, N/0003-BVA/06/2013-34).

Auch inhaltlich sei das Vorbringen der Antragstellerin als unrichtig zu qualifizieren: Eine Garantie sei ein allgemein anerkanntes zivilrechtliches Instrument, mit welchem der Schuldner sich vertraglich verpflichte für Mängel einzustehen. Gerade durch eine Garantie werde sicher gestellt, dass der Auftraggeber nicht nur Möbel geliefert bekomme, sondern diese seinen Bedarf auch tatsächlich für einen gewissen Zeitraum decken würde. Dies sei aus wirtschaftlicher Sicht für den Auftraggeber sehr sinnvoll und verbessere auch die Vergleichbarkeit der Angebote, da die geforderte bzw. angebotene Qualität dadurch abgesichert werde. Gehe die Antragstellerin davon aus, dass eine gröbliche Benachteiligung vorliege, weil der Erweiterung der Gewährleistungsrückgriffe keine äquivalente Gegenleistung gegenüber gestellt sei, sei darauf hinzuweisen, dass die äquivalente Gegenleistung der vom Auftraggeber zu zahlende Preis sei. Dieser Preis sei vom Bieter unter Berücksichtigung aller Leistungsbedingungen zu kalkulieren und sei allein deswegen bereits eine äquivalente Gegenleistung.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin liege eine gröbliche Benachteiligung auch nicht vor, wenn unter Pkt. 13.1 der Rahmenvereinbarung festgelegt werde, dass die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens einer Ausnahme von der Garantie beim Auftragnehmer liege. Hiez zu sei anzumerken, dass das Rechtsgeschäft nicht zwischen einem Unternehmer und einem Konsumenten abgeschlossen werde, sondern zwischen zwei Unternehmern. Mit einer solchen Regelung werde zwischen den Parteien kein auffallendes Missverhältnis geschaffen. Dies werde auch von der Antragstellerin nicht behauptet. Die Antragstellerin unterlasse es, konkret auszuführen, worin die grobe Benachteiligung liegen solle. Aus diesen Gründen sei auch das spärliche Vorbringen der Antragstellerin, wonach der Ausschluss der Irrtumsanfechtung in Pkt. 4.4. der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen rechtswidrig sei, verfehlt und unrichtig.

1. 4.Ziffer 4

Zum behaupteten Verstoß gegen § 151 Abs 3 BVergG Zum behaupteten Verstoß gegen Paragraph 151, Absatz 3, BVergG:

Wenn die Antragstellerin vermeine, dass die Zuschlagskriterien intransparent, nicht nachvollziehbar und daher rechtswidrig seien, bleibe sie eine Erklärung hiefür schuldig. In welchem Fall es rechnerisch zu Minuspunkten kommen könne, werde in Pkt. 8.2.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen, Rz 162 - 167, einwandfrei und mathematisch nachvollziehbar dargelegt. Einerseits könnten Minuspunkte nur in einem Zuschlagskriterium (Gesamtpreis) entstehen, nachdem das zweite Zuschlagskriterium (Garantieverlängerung) in absoluten Zahlen bewertet werde (0 Jahr = 0 Punkte, 1 Jahr = 5 Punkte, 2 Jahre = 10 Punkte). Diese Minuspunkte würden sich klar aus der angegebenen Formel (Pkt. 8.2.1, Rz 165) ergeben. Sie würden rechnerisch ausschließlich dann vergeben, wenn ein Angebot mehr als doppelt so teuer sei, wie das günstigste Angebot.

1. 5.Ziffer 5

Zur behaupteten Rechtswidrigkeit im Zusammenhang mit dem Nachweis der Eignung:

Die Antragstellerin sei der Ansicht, dass die Festlegungen hinsichtlich des Zeitpunktes und der Art des Nachweises der Eignung widersprüchlich und daher rechtswidrig seien. Dieses Vorbringen sei verfehlt. Eine Widersprüchlichkeit sei nicht gegeben. Für Subunternehmer sei geregelt, dass die Nachweise mit dem Angebot zu erbringen seien. Hinsichtlich der Art der Erbringung der Nachweise werde aber ausdrücklich auf die Möglichkeit der Eigenerklärung hingewiesen. Ein Widerspruch sei nicht gegeben, da die Eigenerklärung nach den Bestimmungen des BVergG als Nachweis auch für Subunternehmer expressis verbis zugelassen sei.

1. 6.Ziffer 6

Zur behaupteten Rechtswidrigkeit im Zusammenhang mit den geforderten Referenzprojekten:

Es liege im durch das Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot determinierten Ermessen des Auftraggebers, die Mindestanforderungen an Referenzen festzulegen. Es sei darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin zumindest alleine aus der vergangenen Rahmenvereinbarung mit der BBG über 30 geeignete Referenzprojekte aufweise, die Anforderungen daher bei weitem erfülle und durch die Festlegungen keinesfalls beschwert sei. Worin die Unklarheit liegen solle, sei dem Auftraggeber nicht erkennbar. Es sei vielmehr so, dass die Anforderungen klar und umfassend in den Ausschreibungsbedingungen festgelegt worden seien. So würden sich aus Pkt. 6.3.2, Rz 60, die Anforderungen für Los 1 ergeben. Für das Los 2 würden die Anforderungen in Pkt. 6.3.2, Rz 61, der Allgemeinen

Ausschreibungsbestimmungen festgelegt. Pkt. 6.3.3, Rz 62 - 70, der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen würde darüber hinaus noch exakt verbalisierte Detailausführungen zu den Anforderungen an die Referenzen enthalten. Zusätzlich liege den Ausschreibungsunterlagen die Beilage 16 (Formblatt Referenzen) zur Unterstützung der Bieter bei.

1. 7.Ziffer 7

Zur behaupteten Rechtswidrigkeit des Aufrechnungsverbotes:

Auch hier sei festzuhalten, dass es nicht Aufgabe des BVA sei, anlässlich einer Überprüfung der Ausschreibungsbestimmungen vorab eine fiktive Prüfung von zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen vorzunehmen. Der Vollständigkeit halber sei jedoch festzuhalten, dass Aufrechnungsverbote nicht sittenwidrig seien, da die Gegenforderung gesondert geltend gemacht werden könne. Da sich in der vorliegenden Konstellation zwei Unternehmer auf gleicher Augenhöhe gegenüber stehen würden, sei das in Pkt. 15.3 der Rahmenvereinbarung enthaltene Aufrechnungsverbot jedenfalls zulässig.

1. 8.Ziffer 8

Zum Antrag auf Gesamtnichtigerklärung der Ausschreibung:

Sofern das BVA zur Ansicht gelangen sollte, dass einzelne Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen rechtswidrig sein sollten - was ausdrücklich bestritten werde - werde von einer Gesamtnichtigerklärung der Ausschreibung jedenfalls Abstand zu nehmen sein. Wenn überhaupt, könne lediglich eine Streichung einzelner Spezifikationen gemäß § 325 Abs 2 BVergG in Frage kommen, da durch die Modifikation der von der Antragstellerin behaupteten rechtswidrigen Einzelbestimmungen ohne Zweifel kein anderer Bieterkreis als der bisherige angesprochen werden würde. Sofern das BVA zur Ansicht gelangen sollte, dass einzelne Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen rechtswidrig sein sollten - was ausdrücklich bestritten werde - werde von einer Gesamtnichtigerklärung der Ausschreibung jedenfalls Abstand zu nehmen sein. Wenn überhaupt, könne lediglich eine Streichung einzelner Spezifikationen gemäß Paragraph 325, Absatz 2, BVergG in Frage kommen, da durch die Modifikation der von der Antragstellerin behaupteten rechtswidrigen Einzelbestimmungen ohne Zweifel kein anderer Bieterkreis als der bisherige angesprochen werden würde.

Mit Stellungnahme vom 5.9.2013, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 6.9.2013, erstattete die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor:

1. 1.Ziffer eins

Zur fehlenden Erhebung des konkreten Beschaffungsbedarfs:

Zunächst sei im Hinblick auf die §§ 13ff und 96ff BVergG anzumerken, dass eine sachkundige Schätzung des Auftragswertes eine sachkundige Ermittlung des Beschaffungsbedarfs voraussetze. Eine diesbezügliche Pflicht werde offensichtlich auch vom Auftraggeber nicht in Frage gestellt. Zunächst sei im Hinblick auf die Paragraphen 13 f, f und 96 f, f BVergG anzumerken, dass eine sachkundige Schätzung des Auftragswertes eine sachkundige Ermittlung des Beschaffungsbedarfs voraussetze. Eine diesbezügliche Pflicht werde offensichtlich auch vom Auftraggeber nicht in Frage gestellt.

Dass die Ermittlung des konkreten Beschaffungsbedarfs auch auf Grundlage von Erfahrungswerten erfolgen könne, stelle die Antragstellerin nicht in Abrede. Sie bezweifle aber aufgrund des engen Zeitfensters, dass konkret eine den Erfordernissen bei der Vergabe einer Rahmenvereinbarung entsprechende Vorgehensweise bei der Bedarfserhebung zur Anwendung gelangt sei.

1. 2.Ziffer 2

Zum Verstoß gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens:

Der Auftraggeber bringe vor, dass im Falle der Bildung einer ARGE zur

Durchführung eines Projektes keine unternehmerische Tätigkeit vorliege, weshalb

§ 8 Abs 3 UGB nicht einschlägig sei. Weiters verweise der Auftraggeber hiezu auf

§ 20 Abs 2 letzter Satz BVergG.

Gemäß § 8 Abs 3 UGB hätten jedoch Personen, die ein Unternehmen in der Rechtsform einer GesBR betreiben würden, die Gesellschaft als OG oder KG ins Firmenbuch einzutragen, wenn die Gesellschaft die Schwellenwerte des §

189 UGB überschreite. Diese Bestimmung sei im Zuge des GesRÄG 2006 in das UGB aufgenommen worden. Der Gesetzgeber habe sich damit für die Aufhebung der bis dato bestehenden umsatzunbeschränkten Möglichkeit der Bildung von Arbeitsgemeinschaften entschieden. Ab Erreichen der in § 189 UGB festgelegten Schwellenwerte hätten die Gesellschafter die Gesellschaft durch Eintragung ins Firmenbuch in eine OG oder KG identitätswahrend umzuwandeln. Gemäß Paragraph 8, Absatz 3, UGB hätten jedoch Personen, die ein Unternehmen in der Rechtsform einer GesBR betreiben würden, die Gesellschaft als OG oder KG ins Firmenbuch einzutragen, wenn die Gesellschaft die Schwellenwerte des Paragraph 189, UGB überschreite. Diese Bestimmung sei im Zuge des GesRÄG 2006 in das UGB aufgenommen worden. Der Gesetzgeber habe sich damit für die Aufhebung der bis dato bestehenden umsatzunbeschränkten Möglichkeit der Bildung von Arbeitsgemeinschaften entschieden. Ab Erreichen der in Paragraph 189, UGB festgelegten Schwellenwerte hätten die Gesellschafter die Gesellschaft durch Eintragung ins Firmenbuch in eine OG oder KG identitätswahrend umzuwandeln.

Der Bundesvergabegesetzgeber habe bei Erlassung des BVergG 2006 die vom Auftraggeber zitierte Bestimmung aus § 30 Abs 2 letzter Satz BVergG 2002 unverändert in § 20 Abs 2 letzter Satz BVergG 2006 übernommen. Dies führe zu dem bestehenden Ergebnis, dass § 20 Abs 2 letzter Satz BVergG 2006 mit § 8 Abs 3 UGB in Widerspruch stehe. Der Bundesvergabegesetzgeber habe bei Erlassung des BVergG 2006 die vom Auftraggeber zitierte Bestimmung aus Paragraph 30, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2002 unverändert in Paragraph 20, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 übernommen. Dies führe zu dem bestehenden Ergebnis, dass Paragraph 20, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 mit Paragraph 8, Absatz 3, UGB in Widerspruch stehe.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass es sich bei § 20 Abs 2 letzter Satz BVergG 2006 nicht um eine *lex specialis* zu § 8 Abs 3 UGB handle. Vielmehr sei davon auszugehen, dass mit § 20 Abs 2 letzter Satz BVergG 2006 der Bestimmung des § 8 Abs 3 UGB nicht derogiert werden sollte, sondern die diesbezügliche Diskrepanz im Gesetzgebungsprozess übersehen worden sei. Dies habe zur Folge, dass § 8 Abs 3 UGB uneingeschränkt gelte. § 20 Abs 2 letzter Satz BVergG 2006 sei in der Folge insofern teleologisch zu reduzieren, als er nicht für jene Fälle gelte, in denen die Auftragsdurchführungen im Rahmen einer ARGE unternehmensrechtlich unzulässig wäre. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass es sich bei Paragraph 20, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 nicht um eine *lex specialis* zu Paragraph 8, Absatz 3, UGB handle. Vielmehr sei davon auszugehen, dass mit Paragraph 20, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 der Bestimmung des Paragraph 8, Absatz 3, UGB nicht derogiert werden sollte, sondern die diesbezügliche Diskrepanz im Gesetzgebungsprozess übersehen worden sei. Dies habe zur Folge, dass Paragraph 8, Absatz 3, UGB uneingeschränkt gelte. Paragraph 20, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 sei in der Folge insofern teleologisch zu reduzieren, als er nicht für jene Fälle gelte, in denen die Auftragsdurchführungen im Rahmen einer ARGE unternehmensrechtlich unzulässig wäre.

Der Auftraggeber habe vorgebracht, dass gegenständlich keine "unternehmerische Tätigkeit" vorliegen würde. Dies sei jedoch unrichtig. Unter Außerachtlassung der Rechtslage habe der Auftraggeber rechtswidriger Weise gefordert, dass eine BIEGE im Auftragsfall Leistungen jedenfalls als ARGE zu erbringen habe. Diese Festlegung führe dazu, dass der Auftraggeber Angebote von BIEGE stets ausscheiden könne/müsse, da sie entweder zwingendem Gesellschaftsrecht oder den Ausschreibungsbedingungen entsprechen müssten.

1. 3. Ziffer 3

Zum Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB: Zum Verstoß gegen Paragraph 879, Absatz 3, ABGB:

Die dispositiven Gewährleistungsregeln würden durch die Festlegung einer Garantie und insbesondere durch die darin vorgesehene Verschiebung der Beweislast rechtswidriger Weise verschärft. Die Beweislast für das Vorliegen einer Ausnahme solle allerdings beim Auftragnehmer liegen, obwohl es für den Auftragnehmer in aller Regel nicht möglich sein werde, z.B. die unsachgemäße Benutzung oder die Fahrlässigkeit des Nutzers, nachzuweisen. De facto führe eine solche Beweislastumkehr daher auch zur Haftung für durch Dritte verursachte Schäden. Eine solche Festlegung sei gemäß § 879 Abs 3 ABGB jedenfalls gröblich benachteiligend und somit rechtswidrig. Die dispositiven Gewährleistungsregeln würden durch die Festlegung einer Garantie und insbesondere durch die darin vorgesehene Verschiebung der Beweislast rechtswidriger Weise verschärft. Die Beweislast für das Vorliegen einer Ausnahme solle allerdings beim Auftragnehmer liegen, obwohl es für den Auftragnehmer in aller Regel nicht möglich sein werde, z.B. die unsachgemäße Benutzung oder die Fahrlässigkeit des Nutzers, nachzuweisen. De facto führe eine solche Beweislastumkehr daher auch zur Haftung für durch Dritte verursachte Schäden. Eine solche Festlegung sei gemäß Paragraph 879, Absatz 3, ABGB jedenfalls gröblich benachteiligend und somit rechtswidrig.

Die Verantwortung des Auftraggebers gebiete es, Ausschreibungsunterlagen entsprechend den Grundsätzen der §§ 19 Abs 1 und 78f BVergG so zu gestalten, dass sie nicht an mehreren Stellen gröbliche Benachteiligungen des künftigen Auftragnehmers vorsehen würden. Die künftigen Auftragnehmer würden dadurch implizit aufgefordert, sämtlichen dieser gröblich benachteiligenden Vertragsbestimmungen durch Preisaufschläge zu begegnen. Dies gelte besonders dann, wenn dies durch keine sachlich begründeten Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt sei. Die Verantwortung des Auftraggebers gebiete es, Ausschreibungsunterlagen entsprechend den Grundsätzen der Paragraphen 19, Absatz eins und 78 f BVergG so zu gestalten, dass sie nicht an mehreren Stellen gröbliche Benachteiligungen des künftigen Auftragnehmers vorsehen würden. Die künftigen Auftragnehmer würden dadurch implizit aufgefordert, sämtlichen dieser gröblich benachteiligenden Vertragsbestimmungen durch Preisaufschläge zu begegnen. Dies gelte besonders dann, wenn dies durch keine sachlich begründeten Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt sei.

Ohne vorab eine fiktive zivilrechtliche Vertragsprüfung vornehmen zu müssen, habe das BVA die Ausschreibungsunterlagen sehr wohl auf ihre Vergaberechtskonformität zu prüfen. Da der Auftraggeber, wie dargestellt, mit der gewählten Festlegung gegen die §§ 19 Abs 1 und 78f BVergG verstoße, sei die Ausschreibungsunterlage mit Rechtswidrigkeit belastet. Ohne vorab eine fiktive zivilrechtliche Vertragsprüfung vornehmen zu müssen, habe das BVA die Ausschreibungsunterlagen sehr wohl auf ihre Vergaberechtskonformität zu prüfen. Da der Auftraggeber, wie dargestellt, mit der gewählten Festlegung gegen die Paragraphen 19, Absatz eins und 78 f BVergG verstoße, sei die Ausschreibungsunterlage mit Rechtswidrigkeit belastet.

1. 4.Ziffer 4

Zum Verstoß gegen § 151 Abs 3 BVergG: Zum Verstoß gegen Paragraph 151, Absatz 3, BVergG:

Die Antragstellerin (Anm.: gemeint wohl der Auftraggeber) bringe vor, dass er die Zuschlagskriterien korrekt festgelegt habe. Die Festlegung zur Vergabe von Minuspunkten in einzelnen Kriterien sei auf die Festlegungen in den Randziffern. Die Antragstellerin Anmerkung, gemeint wohl der Auftraggeber) bringe vor, dass er die Zuschlagskriterien korrekt festgelegt habe. Die Festlegung zur Vergabe von Minuspunkten in einzelnen Kriterien sei auf die Festlegungen in den Randziffern

162 - 167 der AAB bezogen und einwandfrei mathematisch nachvollziehbar

dargelegt.

Zum einen sei jedoch in den vom Auftraggeber zitierten Ausschreibungspassagen an keiner Stelle von der Vergabe von "Minuspunkten", die nach allgemeinem Sprachgebrauch Punkteabzüge bedeuten würden, die Rede. Zum anderen sei die von der Antragstellerin (Anm.: gemeint wohl vom Auftraggeber) vorgenommene Auslegung seiner eigenen Ausschreibungsbedingungen nicht zwingend. In Rz 160 der AAB sei gerade nicht festgelegt, dass sich die Vergabe von Minuspunkten ausschließlich aus den in der Folge dargelegten Regelungen in den Rz 162-167 ergebe. Vielmehr lasse die Formulierung "eine Vergabe von Minuspunkten in einzelnen Kriterien ist nicht ausgeschlossen" dem Auftraggeber aufgrund der weiten Formulierung ohne Bezugnahme auf andere Stellen in den Ausschreibungsunterlagen eine willkürliche Vorgangsweise bei der Ermittlung des Bestbieters zu. Diese sei jedoch rechtswidrig. Zum einen sei jedoch in den vom Auftraggeber zitierten Ausschreibungspassagen an keiner Stelle von der Vergabe von "Minuspunkten", die nach allgemeinem Sprachgebrauch Punkteabzüge bedeuten würden, die Rede. Zum anderen sei die von der Antragstellerin Anmerkung, gemeint wohl vom Auftraggeber) vorgenommene Auslegung seiner eigenen Ausschreibungsbedingungen nicht zwingend. In Rz 160 der AAB sei gerade nicht festgelegt, dass sich die Vergabe von Minuspunkten ausschließlich aus den in der Folge dargelegten Regelungen in den Rz 162-167 ergebe. Vielmehr lasse die Formulierung "eine Vergabe von Minuspunkten in einzelnen Kriterien ist nicht ausgeschlossen" dem Auftraggeber aufgrund der weiten Formulierung ohne Bezugnahme auf andere Stellen in den Ausschreibungsunterlagen eine willkürliche Vorgangsweise bei der Ermittlung des Bestbieters zu. Diese sei jedoch rechtswidrig.

1. 5.Ziffer 5

Zur Rechtswidrigkeit im Zusammenhang mit der Eignung:

Entgegen dem diesbezüglichen Vorbringen des Auftraggebers würde der Widerspruch hinsichtlich des Nachweises der Eignung bestehen.

1. 6.Ziffer 6

Zur Rechtswidrigkeit im Zusammenhang mit den geforderten Referenzprojekten:

Die Antragstellerin habe bereits dargelegt, dass es nicht ausreiche, für Referenzprojekte als einziges Kriterium die Anforderung "geeignet" festzulegen. Entgegen der Ansicht des Auftraggebers würden auch die Ausführungen in den AAB zu Anforderungen an Referenzen und den Nachweis für Referenzen keine Angabe, was unter "geeignet" zu verstehen sei, enthalten. Festgelegt sei lediglich die Lieferung und Montage von Büromöbeln mit einem bestimmten geforderten Mindestumsatz und in einem bestimmten Zeitraum. In Rz 63 werde die geeignete Referenz wiederum ausschließlich unter Verweis auf die der Rz 63 vorstehenden Tabellen definiert, wo - zu inhaltlichen Anforderung - außer "geeignet" wieder kein weiteres Merkmal zu finden sei.

Ohne Erläuterung, was konkret unter "geeignet" zu verstehen sei, habe der Auftraggeber gegen zwingende Mindestanforderungen in der Gestaltung von Ausschreibungsunterlagen verstoßen. Der Auftraggeber habe einen Rahmen festgelegt, in dem eine spätere Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit mangels erfolgter Festlegung von Kriterien für Bieter in keiner Weise objektiv möglich sei.

Gegenteiliges ergebe sich - entgegen den Ausführungen des Auftraggebers - auch nicht aus den Materialien zum BVergG. Richtig sei, dass es im Ermessen des Auftraggebers liege, welche Nachweise und damit welche Referenzen der Auftraggeber fordere. Wenn der Auftraggeber den Bietern jedoch nicht einmal mitteile, was vorzulegen sei und was er für geeignet ansehe, werde offenkundig, dass ihm eingeräumte Ermessen überschritten und eine nicht dem Sachlichkeitsgebot entsprechende Vorgehensweise angewandt.

1. 7.Ziffer 7

Fehlende Bezugnahme auf ÖNORMEN:

Die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung ergebe sich schließlich daraus, dass der Auftraggeber bei der Erstellung der Vertragsbestimmungen (kAB) die Heranziehung geeigneter Leitlinien unterlasse habe. § 99 Abs 2 BVergG nomenklatisiere die Pflicht des Auftraggebers, geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen heranzuziehen. Von diesen Leitlinien abweichende Festlegungen seien nur in einzelnen Punkten und nur insoweit zulässig, als der Auftraggeber die Gründe für die abweichenden Festlegungen festhalte. Dem Auftraggeber wäre es ohne weiteres möglich gewesen, Ergänzungen zur ÖNORM A 2060 zu machen. Durch das völlige Ausbleiben einer Bezugnahme auf ÖNORM- Bestimmungen und sonstige geeignete Leitlinien habe der Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen auch wegen Verstoßes gegen § 99 Abs 2 BVergG mit Rechtswidrigkeit belastet. Die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung ergebe sich schließlich daraus, dass der Auftraggeber bei der Erstellung der Vertragsbestimmungen (kAB) die Heranziehung geeigneter Leitlinien unterlasse habe. Paragraph 99, Absatz 2, BVergG nomenklatisiere die Pflicht des Auftraggebers, geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen heranzuziehen. Von diesen Leitlinien abweichende Festlegungen seien nur in einzelnen Punkten und nur insoweit zulässig, als der Auftraggeber die Gründe für die abweichenden Festlegungen festhalte. Dem Auftraggeber wäre es ohne weiteres möglich gewesen, Ergänzungen zur ÖNORM A 2060 zu machen. Durch das völlige Ausbleiben einer Bezugnahme auf ÖNORM- Bestimmungen und sonstige geeignete Leitlinien habe der Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen auch wegen Verstoßes gegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG mit Rechtswidrigkeit belastet.

Mit Schriftsatz vom 9. September 2013 erstattete die mitbeteiligte Partei folgende Stellungnahme:

1. 1.Ziffer eins

Zur Bedarfserhebung:

Die gegenständliche Ausschreibung beziehe sich nur auf einen einzigen Rechtsträger, nämlich den Bund. Die Bedarfsdeckung dieses Rechtsträgers sei die primäre gesetzliche Aufgabe des Auftraggebers. Es sei daher wenig plausibel, hier von einer unzureichenden Bedarfserhebung auszugehen. Der Zeitaufwand zur Bedarfserhebung eines einzigen Rechtsträgers halte sich wohl in engen Grenzen. Umso unverständlicher sei der Hinweis auf ein enges Zeitfenster, als der Auftraggeber nur bereits seit Ende 2012 daran arbeite, eine Bedarfsdeckung des Bundes für die kommenden 2 - 3 Jahre sicher zu stellen.

1. 2.Ziffer 2

Geforderte Bildung einer ARGE:

Hiezu habe der Auftraggeber bereits ein zutreffendes Vorbringen erstattet (insbesondere Hinweis auf § 20 Abs 2 letzter Satz BVergG). Ergänzend sei auszuführen, dass eine ARGE im vorliegenden Fall lediglich einzelprojektbezogen

gebildet werde und somit nicht das in § 8 Abs 3 UGB geforderte Merkmal einer unternehmerischen Tätigkeit erfüllen würde. Merkmal eines Unternehmens gemäß § 1 UGB sei insbesondere eine auf Dauer angelegte Ausrichtung der wirtschaftlichen Tätigkeit mit einer grundsätzlich offenen Anzahl von Geschäftsabschlüssen. Im gegenständlichen Vergabeverfahren würde demgegenüber lediglich ein einziges Angebot gelegt. Für die Erteilung von Einzelaufträgen werde der Zuschlag dann gemäß Pkt. 5.2 der Rahmenvereinbarung unmittelbar dem aufgrund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung gelegten Angebot erteilt. Es würden also im Zuge der Rahmenvereinbarung gerade keine weiteren Angebote gelegt. Im Ergebnis komme es also auch nicht zu einer Mehrzahl von Geschäftsabschlüssen. Vielmehr werde ein einziges Vertragsverhältnis begründet, das einen einzigen Auftraggeber zum Abruf bedarfsgerechter Teilmengen berechtige. Dieses Vertragsverhältnis sei überdies zeitlich und umfänglich beschränkt. Es könne daher nicht von einer unternehmerischen Tätigkeit iSd § 1 UGB ausgegangen werden. Hiezu habe der Auftraggeber bereits ein zutreffendes Vorbringen erstattet (insbesondere Hinweis auf Paragraph 20, Absatz 2, letzter Satz BVergG). Ergänzend sei auszuführen, dass eine ARGE im vorliegendem Fall lediglich einzelprojektbezogen gebildet werde und somit nicht das in Paragraph 8, Absatz 3, UGB geforderte Merkmal einer unternehmerischen Tätigkeit erfüllen würde. Merkmal eines Unternehmens gemäß Paragraph eins, UGB sei insbesondere eine auf Dauer angelegte Ausrichtung der wirtschaftlichen Tätigkeit mit einer grundsätzlich offenen Anzahl von Geschäftsabschlüssen. Im gegenständlichen Vergabeverfahren würde demgegenüber lediglich ein einziges Angebot gelegt. Für die Erteilung von Einzelaufträgen werde der Zuschlag dann gemäß Pkt. 5.2 der Rahmenvereinbarung unmittelbar dem aufgrund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung gelegten Angebot erteilt. Es würden also im Zuge der Rahmenvereinbarung gerade keine weiteren Angebote gelegt. Im Ergebnis komme es also auch nicht zu einer Mehrzahl von Geschäftsabschlüssen. Vielmehr werde ein einziges Vertragsverhältnis begründet, das einen einzigen Auftraggeber zum Abruf bedarfsgerechter Teilmengen berechtige. Dieses Vertragsverhältnis sei überdies zeitlich und umfänglich beschränkt. Es könne daher nicht von einer unternehmerischen Tätigkeit iSd Paragraph eins, UGB ausgegangen werden.

Weiters sei festzuhalten, dass die in § 8 Abs 3 UGB geregelte Eintragungspflicht keinesfalls sofort, sondern frühestens nach einem Beobachtungszeitraum von zwei Jahren entstehen könne. Selbst wenn man unzutreffend davon ausginge, dass § 8 Abs 3 UGB einen Eintrag als Pflicht von Bietergemeinschaften als OG oder KG begründen würden, käme eine BIEGE keineswegs in Konflikt mit der in der Ausschreibung und darüber hinaus auch in § 20 BVergG geforderten Bildung einer ARGE. Weiters sei festzuhalten, dass die in Paragraph 8, Absatz 3, UGB geregelte Eintragungspflicht keinesfalls sofort, sondern frühestens nach einem Beobachtungszeitraum von zwei Jahren entstehen könne. Selbst wenn man unzutreffend davon ausginge, dass Paragraph 8, Absatz 3, UGB einen Eintrag als Pflicht von Bietergemeinschaften als OG oder KG begründen würden, käme eine BIEGE keineswegs in Konflikt mit der in der Ausschreibung und darüber hinaus auch in Paragraph 20, BVergG geforderten Bildung einer ARGE.

1. 3.Ziffer 3

Angebliche fehlende Bezugnahme auf ÖNORM A 2060:

Die Antragstellerin rüge erstmals am 5.9.2013, dass der Auftraggeber die Heranziehung einer geeigneten Leitlinie, nämlich der ÖNORM A2060, unterlassen habe. Dieser vermeintliche Mangel sei im Nachprüfungsantrag nicht bekämpft worden. Ausgehend vom ursprünglichen Ende der Angebotsfrist (3.9.2013) sei die angeblich nicht erfolgte Zugrundelegung der ÖNORM A2060 somit bestandfest geworden und könne nun nicht nachträglich bekämpft werden.

Es sei überdies zweifelhaft, ob die ÖNORM A2060 überhaupt als geeignete Leitlinie anzusehen sei. Nach den Erfahrungen der mitbeteiligten Partei sei die ÖNORM A2060 in der gesamten Büromöbelbranche weitgehend unbekannt. Sowohl der Auftraggeber als auch zahlreiche andere große Auftraggeber hätten bislang auf die Heranziehung dieser ÖNORM im Büromöbelbereich verzichtet.

Überdies sei festzuhalten, dass in Punkt 3 Rz 7 der Rahmenvereinbarung ohnedies insbesondere auch die ÖNORM A2060 zugrunde gelegt werde. Die davon abweichenden Regelungen seien gerechtfertigt und insbesondere dadurch zu erklären, dass vorliegende Rahmenvereinbarung ausgeschrieben werde, woraus sich ein größerer Bedarf an ergänzenden Bestimmungen ergebe und zwar insbesondere über den Leistungsabruf, mengenabhängige Zu- und Abschläge, verschiedene Lieferorte, Lieferfristen, Vertragsdauer etc. All diese Regeln seien in der ÖNORM A2060 in einer für eine Rahmenvereinbarung notwendigen Form nicht zu finden. Bereits daraus ergebe sich die sachliche Notwendigkeit abweichender bzw. ergänzender Regelungen.

1. 4.Ziffer 4

Garantieregelung:

Der Vorwurf der Antragstellerin sei wenig verständlich. Im Ergebnis würde die in der Ausschreibung vorgesehene Beweislastverteilung nämlich weitgehend den gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen (§ 924 ABGB) entsprechen. Der einzige Unterschied zur kritisierten Garantiebestimmung bestehe im Wesentlichen in der Dauer der Beweislastumkehr. Dies vermöge jedoch kaum eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB zu begründen und rechtfertige jedenfalls nicht eine Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung. Der Vorwurf der Antragstellerin sei wenig verständlich. Im Ergebnis würde die in der Ausschreibung vorgesehene Beweislastverteilung nämlich weitgehend den gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen (Paragraph 924, ABGB) entsprechen. Der einzige Unterschied zur kritisierten Garantiebestimmung bestehe im Wesentlichen in der Dauer der Beweislastumkehr. Dies vermöge jedoch kaum eine gröbliche Benachteiligung iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB zu begründen und rechtfertige jedenfalls nicht eine Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung.

1. 5.Ziffer 5

Zu den Eignungsnachweisen:

Auch dieser Vorwurf der Antragstellerin sei unverständlich. Es sei nämlich auch im Zusammenhang mit Subunternehmen vorerst eine Eigenerklärung hinreichend. Um jeden Zweifel zu beseitigen, habe der Auftraggeber in Rz 36 der AAB folgende ergänzende Regelung aufgenommen:

Der Nachweis mittels einer Eigenerklärung ist auch für Subunternehmer/ verbundene Unternehmen zulässig.

1. 6.Ziffer 6

Angeblich unbestimmte Referenzanforderungen:

Die Antragstellerin selbst verweise auf Rz 63 der AAB, worin der Begriff "geeignete Referenzen" unmissverständlich folgendermaßen definiert werde:

Als geeignete Referenzen gelten Referenzen, die die jeweiligen Anforderungen in den oben genannten Tabellen erfüllen.

Die Behauptung der Antragstellerin, wonach in diesen Tabellen - außer geeignet - kein weiteres Merkmal zu finden sei, sei daher schlicht falsch.

Am 10. September 2013 fand eine mündliche Verhandlung statt. Die Ergebnisse soweit entscheidungsrelevant:

RA M*** (Antragstellervertreter) führte ergänzend zu seinem bisherigen Vorbringen aus, dass die ÖNORM A 2060 jedenfalls eine geeignete Leitlinie sei, was sich schon daraus ergebe, dass der Auftraggeber diese als letztgültige Auftragsgrundlage vorgesehen habe. Die Abweichungen seien jedoch so umfangreich, dass diese über die zulässigen Abweichungen nach dem BVergG hinausgehen würden. Die Ausführungen von der mitbeteiligten Partei betreffend die Garantiebestimmungen seien unzutreffend, da nach § 922 ff ABGB der Auftraggeber den Mangel zu beweisen habe und die Beweislastumkehr des § 924 ABGB nicht den Beweis des Mangels betreffe (OGH8 Ob 124/08f). Der Auftraggeber müsste daher den Garantiefall beweisen und nicht der Auftragnehmer das Nichtvorliegen des Garantiefalls. Die angefochtene Regelung sei daher jedenfalls gröblich benachteiligend. Im Übrigen werde das Vorbringen der mitbeteiligten Partei bestritten. RA M*** (Antragstellervertreter) führte ergänzend zu seinem bisherigen Vorbringen aus, dass die ÖNORM A 2060 jedenfalls eine geeignete Leitlinie sei, was sich schon daraus ergebe, dass der Auftraggeber diese als letztgültige Auftragsgrundlage vorgesehen habe. Die Abweichungen seien jedoch so umfangreich, dass diese über die zulässigen Abweichungen nach dem BVergG hinausgehen würden. Die Ausführungen von der mitbeteiligten Partei betreffend die Garantiebestimmungen seien unzutreffend, da nach Paragraph 922, ff ABGB der Auftraggeber den Mangel zu beweisen habe und die Beweislastumkehr des Paragraph 924, ABGB nicht den Beweis des Mangels betreffe (OGH 8 Ob 124/08f). Der Auftraggeber müsste daher den Garantiefall beweisen und nicht der Auftragnehmer das Nichtvorliegen des Garantiefalls. Die angefochtene Regelung sei daher jedenfalls gröblich benachteiligend. Im Übrigen werde das Vorbringen der mitbeteiligten Partei bestritten.

Prokuraturanwaltsanwärterin O*** (Vertreterin des Auftraggebers) führet ergänzend aus, dass dem Vorbringen der Antragstellerin zur angeblich unzulänglichen Erhebung des Beschaffungsbedarfs entgegenzuhalten sei, dass das entsprechende Vorbringen der Antragstellerin unsubstantiiert sei. Die Beweispflicht hiefür treffe die Antragstellerin. Es werde auf das entsprechende Vorbringen des Auftraggebers hiezu verwiesen. Es werde beantragt, Herrn P***, BBG,

hiesu einzuvernehmen. In Pkt. 3 der kAB sei die Anwendbarkeit der ÖNORM A 2060 normiert. Zudem werde in anderen Bestimmungen der kAB dargelegt, welche Bestimmungen der ÖNORM A 2060 nicht anzuwenden seien. Überdies sei der Vorwurf der Antragstellerin präkludiert. Überdies seien die von der Antragstellerin vorgebrachten Abweichungen von der ÖNORM A 2060 nicht derart weitgehend, dass dies von vergaberechtlicher Relevanz sei.

RA M*** replizierte, dass die Abweichungen von der ÖNORM A 2060 sehr umfangreich seien, und insgesamt 30 Seiten ausmachen würden. Als Beispiele seien hier Bestimmungen des kAB hinsichtlich der Zahlungsbedingungen, der Haftung, der Vertragsstrafenregelung, der Gewährleistung etc. zu nennen.

Prokuraturanwalt Q*** bestreitet dieses Vorbringen und weist nochmals auf die eingetretene Präklusion hin.

R*** (mitbeteiligte Partei) verwies auf den Schriftsatz seiner rechtsfreundlichen Vertretung. Er habe bereits viele Ausschreibungen betreut und sei seiner Ansicht nach das Angebot sehr wohl kalkulierbar. Es handle sich um ein Verhältnis zwischen Unternehmern (Kaufleuten) und nicht zwischen einem Unternehmer und einem Konsumenten. Unternehmer könnten zwischen sich andere Vereinbarungen treffen, als wenn "ein Konsument dabei wäre".

Herr P*** erklärte über Befragen, dass er die Bedarfserhebung für den Auftraggeber Bund durchgeführt habe. Dies zusammen mit S***, welcher Einkaufsspezialist für Möbel bei der BBG sei.

Von der Ausbildung her sei er Tourismusfachmann und habe in weiterer Folge einen MBA in strategischem Einkauf sowie supply chain management gemacht. Er sei zeitweise selbständiger Unternehmer sowie im Jahre 2006 für ein Jahr bei der BBG als Einkäufer tätig gewesen. Seit 2009 sei er wieder bei der BBG beschäftigt. Seit diesem Zeitpunkt sei er Bereichsleiter für den Einkauf; dies auch betreffend Möbel. Er habe bereits ca. 100 Ausschreibungen betreut.

Auch die - dieser Ausschreibung vorangehenden - Ausschreibungen für Möbel und Gerichtsschränke seien einkaufstechnisch unter seiner Verantwortung durchgeführt worden. Das heißt, er habe auch damals die Bedarfserhebung durchgeführt. Dies zusammen mit Herrn S***.

Über Befragen erklärte S***, dass er von der Ausbildung her eine Fachschule für Tischlerei besucht habe, danach ein College für Innenraumgestaltung und Möbeldesign und anschließen sei er ca. 2 Jahre in der Möbelbranche beschäftigt gewesen. Dies im technischen Verkaufsinendienst. Seit Mai 2008 sei er bei der BBG. Dort sei er Einkaufsspezialist für alle Arten von Möbeln, darunter auch Büromöbel. Daneben sei er auch im Bereich der Normungserstellung im Möbelbereich tätig (Österreichisches Normungsinstitut).

Über Befragen, wie Herr P*** und Herr S*** konkret bei der Bedarfsermittlung vorgegangen seien, erläuterte Herr P***, dass Ausgangsbasis der Stückzahlen die letzten beiden Jahre (2011 und 2012) gewesen seien. Eine Quelle seien hierbei jene Produkte gewesen, welche im Kernwarenkorb der Vorgängerrahmenvereinbarung gewesen seien. Zudem seien die Produkte berücksichtigt worden, die darüber hinaus beschafft worden seien. Mit dieser Datenbasis sei die Basis des neuen Kernwarenkorbs ermittelt worden. Die in der Ausschreibung konkret genannten Stückzahlen würden auch auf Einzelgesprächen mit bedarfsmeldenden Ressorts beruhen. Diese Gespräche seien in der Regel von Herrn P*** selbst vor Ort durchgeführt worden. Diesbezüglich legte Herr P*** einen Kalenderauszug der Besprechungen mit den Ressorts vor, welcher zum Akt genommen wird. In der Folge hätten die Ressorts ihren jeweiligen Bedarf auch schriftlich mit E-mail gemeldet. Das oben Gesagte betreffe das Los 1.

Bei Los 2 (Standardgerichtsschränke) sei die Ermittlung des Bedarfs "kompakter" erfolgt. Es sei der Kernwarenkorb der vorangegangenen Ausschreibung analysiert worden und es seien lediglich Produkte, die nicht mehr benötigt worden seien, aus dem neuen Kernwarenkorb genommen worden. Auch über diese Analyse sei ein Einzelgespräch mit dem Abnehmer (BMJ) geführt worden. Dieser habe schriftlich den Bedarf bestätigt. Die Arbeit an der Bedarfserhebung habe bereits im September 2012 im Rahmen der ersten Ausschreibung von Büromöbeln und Gerichtsschränken begonnen. Richtig sei, dass damals der Auftraggeberkreis ein viel weiterer gewesen sei, jedoch der Bund der wesentliche Auftraggeber gewesen sei.

Die Antragstellerin brachte weiters vor, dass die BBG die ÖNORM A 2060 nicht der Erstellung der kAB zugrundegelegt habe; dies entgegen der Bestimmung des § 99 Abs 2 BVergG. Die Antragstellerin brachte weiters vor, dass die BBG die ÖNORM A 2060 nicht der Erstellung der kAB zugrundegelegt habe; dies entgegen der Bestimmung des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG.

Über Befragen, ob der Auftraggeber bei der Erstellung der kAB die ÖNORM A 2060 als geeignete Leitlinie betrachtet

habe und diese auch herangezogen habe, erklärte T***, Jurist für Vergaberecht und insbesondere für den Möbelbereich der BBG, dass die BBG die ÖNORM A 2060 nicht als geeignete Leitlinie erachtet habe. Dies deshalb, da die ÖNORM A 2060 nicht branchenspezifisch und nicht branchenüblich sei. Trotzdem sei die ÖNORM A 2060 in den Ausschreibungsunterlagen berücksichtigt worden (Pkt. 3 Rz 8; subsidiäre Anwendbarkeit). Unbestritten sei, dass der Auftraggeber in einigen Punkten von der ÖNORM A 2060 abgewichen sei. Dies zB bei den Zahlungsbedingungen, Vertragsbestandteilen, Abnahme. Weitere Abweichungen könne er im Moment nicht konkret nennen.

Ing. R*** brachte hierzu vor, dass es in der abgelaufenen Rahmenvereinbarung gar keinen Hinweis auf die Anwendbarkeit der ÖNORM A 2060 gegeben habe.

Über Befragen erklärte RA M***, dass die Antragstellerin hinsichtlich der Abweichungen von der ÖNORM A 2060 nicht bei der BBG nachgefragt habe.

Ing. R*** merkte an, dass aus seiner Sicht die Ausschreibung in der nunmehrigen Form sehr wohl kalkulierbar sei. Er betreue Ausschreibungen sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Auftragnehmerseite seit 1986 und könne dies aus seiner Erfahrung heraus behaupten.

Aufgrund des Vorbringens der Parteien, den Unterlagen des Vergabeverfahrens und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 10. September 2013 wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeber des gegenständlichen Beschaffungsvorhabens ist die Republik Österreich (Bund). Vertreten wird diese durch die Bundesbeschaffung GmbH (BBG).

Leistungsgegenstand ist die Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln (Los 1) und Gerichtsschränken (Los 2) inklusiver aller für den Leistungserfolg erforderlichen Nebenleistungen.

Die Antragstellerin hat die Ausschreibung angefochten. Mit Bescheid vom 29.8.2013, N/0087-BVA/09/2013-EV7, wurden der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und dem Auftraggeber untersagt, die Angebote zu öffnen.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Republik Österreich (Bund). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Vergebende Stelle ist die Bundesbeschaffung GmbH (BBG). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Republik Österreich (Bund). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Vergebende Stelle ist die Bundesbeschaffung GmbH (BBG).

Es handelt sich um einen Lieferauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden und zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung führen soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausschreibung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden (offenen) Verfahrens bzw § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG. hinsichtlich der Rahmenvereinbarung Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausschreibung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden (offenen) Verfahrens bzw Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG. hinsichtlich der Rahmenvereinbarung Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt gegenständlich nicht vor.

Das Ende der Angebotsfrist ist mit 3.9.2013, 12.00 Uhr, festgesetzt. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wurde am 23.8.2013 eingebracht und ist somit rechtzeitig iSd § 321 Abs 4 BVergG. Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch wurde eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen. Das Ende der

Angebotsfrist ist mit 3.9.2013, 12.00 Uhr, festgesetzt. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wurde am 23.8.2013 eingebracht und ist somit rechtzeitig iSd Paragraph 321, Absatz 4, BVergG. Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch wurde eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist gegeben.

Zur Parteistellung der B***:

Gemäß § 324 Abs 2 BVergG sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens (neben dem Auftraggeber und dem Antragsteller) auch jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können. Nach § 324 Abs 3 leg cit verlieren solche Parteien ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen 10 Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung erheben. Gemäß Paragraph 324, Absatz 2, BVergG sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens (neben dem Auftraggeber und dem Antragsteller) auch jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können. Nach Paragraph 324, Absatz 3, leg cit verlieren solche Parteien ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen 10 Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung erheben.

Die Antragstellerin begehrt die Nichtigerklärung der Ausschreibung. Im Falle einer Nichtigerklärung der Ausschreibung würde der B*** die Möglichkeit genommen, sich am Verfahren zu beteiligen, und ist B*** damit von der begehrten Entscheidung der Antragstellerin unmittelbar nachteilig betroffen. Diese unmittelbare Betroffenheit begründet die Parteistellung der B*** (§ 324 Abs 2 BVergG). Für die Begründung der Parteistellung reicht nämlich bereits die Möglichkeit der Rechtsverletzung aus (siehe G. Gruber, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 324 Rz 9). B*** hat auch ein der Antragstellerin entgegengesetztes Interesse, nämlich an der Aufrechterhaltung der Ausschreibung. Die Antragstellerin begehrt die Nichtigerklärung der Ausschreibung. Im Falle einer Nichtigerklärung der Ausschreibung würde der B*** die Möglichkeit genommen, sich am Verfahren zu beteiligen, und ist B*** damit von der begehrten Entscheidung der Antragstellerin unmittelbar nachteilig betroffen. Diese unmittelbare Betroffenheit begründet die Parteistellung der B*** (Paragraph 324, Absatz 2, BVergG). Für die Begründung der Parteistellung reicht nämlich bereits die Möglichkeit der Rechtsverletzung aus (siehe G. Gruber, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 324, Rz 9). B*** hat auch ein der Antragstellerin entgegengesetztes Interesse, nämlich an der Aufrechterhaltung der Ausschreibung.

B*** würde die Parteistellung dann verlieren, wenn sie nicht binnen 10 Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung begründeten Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung erheben würde.

Die Bekanntmachung der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens im Internet durch das BVA erfolgte am 23.8.2013. B*** hat ihre begründeten Einwendungen am 29.8.2013 - und somit innerhalb der Frist des § 324 Abs 3 BVergG - erhoben. Damit hat B*** ihre Parteistellung gewahrt. Die Bekanntmachung der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens im Internet durch das BVA erfolgte am 23.8.2013. B*** hat ihre begründeten Einwendungen am 29.8.2013 - und somit innerhalb der Frist des Paragraph 324, Absatz 3, BVergG - erhoben. Damit hat B*** ihre Parteistellung gewahrt.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages: römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

(1) Zur Ermittlung des konkreten Beschaffungsbedarfs:

Die Antragstellerin brachte vor, dass der konkrete Beschaffungsbedarf des Auftraggebers Bund nicht sachkundig und nicht im Einklang mit den Bestimmungen des BVergG ermittelt worden sei. Die Ausschreibung verstöße ihrer Ansicht

nach gegen die §§ 13ff und 96ff BVergG. Die Antragstellerin begründet dies allein damit, dass die Ermittlung des Beschaffungsbedarfs innerhalb einer Zeitspanne von lediglich ca 3 Wochen erfolgt sein soll. Die sachkundige Schätzung des Auftragswertes setze jedoch eine sachkundige Ermittlung des Beschaffungsbedarfs voraus. Nicht in Abrede stellte die Antragstellerin, dass die Ermittlung des konkreten Beschaffungsbedarfs auch auf Grundlage von Erfahrungswerten erfolgen könne. Die Antragstellerin brachte vor, dass der konkrete Beschaffungsbedarf des Auftraggebers Bund nicht sachkundig und nicht im Einklang mit den Bestimmungen des BVergG ermittelt worden sei. Die Ausschreibung verstoße ihrer Ansicht nach gegen die Paragraphen 13 f, f und 96 f, f BVergG. Die Antragstellerin begründet dies allein damit, dass die Ermittlung des Beschaffungsbedarfs innerhalb einer Zeitspanne von lediglich ca 3 Wochen erfolgt sein soll. Die sachkundige Schätzung des Auftragswertes setze jedoch eine sachkundige Ermittlung des Beschaffungsbedarfs voraus. Nicht in Abrede stellte die Antragstellerin, dass die Ermittlung des konkreten Beschaffungsbedarfs auch auf Grundlage von Erfahrungswerten erfolgen könne.

Der Auftraggeber bestritt die nicht sachgerechte Ermittlung des Beschaffungsbedarfs und hielt fest, dass sämtliche Mengen und Werte aus Bedarfsmeldungen der Bundesdienststellen im Rahmen einer qualifizierten Bedarfserhebung resultieren würden. Es sei eine fünfstufige Bedarfsanalyse durchgeführt worden. So seien etwa auch persönliche Analysegespräche mit den Ressorts geführt worden. Weiters sei auf die entsprechende Judikatur des BVA zu verweisen.

Die mitbeteiligte Partei wies darauf hin, dass es die primäre gesetzliche Aufgabe der BBG sei, den Bedarf des Auftraggebers Bund zu decken. Der Zeitaufwand zur Bedarfserhebung eines einzigen Rechtsträgers halte sich "wohl in Grenzen". Auch arbeite die BBG bereits seit Ende 2012 an der Bedarfserhebung.

Hiezu ist allgemein vorweg Folgendes anzumerken:

Gemäß § 13 Abs. 3 BVergG ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, BVergG ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber.

Unter dem sachkundig ermittelten Auftragswert ist jener Wert zu verstehen, "den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber (unter Umständen) nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistungen veranschlagen würde" (vgl. BVA 4.12.1997, F- 10/97, EBRV 1171 Blg Nr. XXII. GP 34). Unter dem sachkundig ermittelten Auftragswert ist jener Wert zu verstehen, "den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber (unter Umständen) nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistungen veranschlagen würde" vergleiche BVA 4.12.1997, F- 10/97, EBRV 1171 Blg Nr. römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 34).

Ist der Auftraggeber zu einer sachkundigen Schätzung mit Eigenressourcen nicht in der Lage, so hat er entsprechend externe sachkundige Dritte beizuziehen (EBRV 1171 Blg Nr. XXII. GP 34). Ist der Auftraggeber zu einer sachkundigen Schätzung mit Eigenressourcen nicht in der Lage, so hat er entsprechend externe sachkundige Dritte beizuziehen (EBRV 1171 Blg Nr. römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 34).

Die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes setzt die vorangehende (sachgerechte) Ermittlung des konkreten Beschaffungsbedarfs voraus. Die Ermittlung des Beschaffungsbedarfs und in der Folge des Auftragswertes haben sachkundig zu erfolgen. Verlangt ist die Angabe eines Mengengerüstes. Ohne Festlegung des zu erwartenden Auftragsvolumens bzw Leistungsumfanges ist eine Preiskalkulation nicht möglich [siehe Schiefer/Wiedermair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2010³), Rz 877].

Nach der Judikatur ist der Auftraggeber (nur) zu einer Schätzung des Bedarfs verpflichtet. Der bisherige Bedarf stellt dabei eine taugliche Grundlage für die Schätzung des zukünftigen Bedarfs dar (vgl BVA 8.7.2013, N/0038-BVA/10/2013-35; N/0049-BVA/10/2013-29). Nach der Judikatur ist der Auftraggeber (nur) zu einer Schätzung des Bedarfs verpflichtet. Der bisherige Bedarf stellt dabei eine taugliche Grundlage für die Schätzung des zukünftigen Bedarfs dar vergleiche BVA 8.7.2013, N/0038-BVA/10/2013-35; N/0049-BVA/10/2013-29).

In der Entscheidung vom 2.8.2013, F/0002-BVA/08/2013-106, stellte das BVA fest, dass es der BBG aufgrund ihrer Kenntnisse und Erfahrungen zustehe, Bedarfserhebungen und Bedarfsschätzungen in die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung einfließen zu lassen.

Konkrete Vorgangsweise der BBG bei der Ermittlung des Beschaffungsbedarfs für den Auftraggeber Bund:

Der konkrete Beschaffungsbedarf des Bundes für 2 Jahre plus optional ein weiteres Jahr, wurde von der BBG (Herr P*** Herr S***) ermittelt.

Zur Ausbildung und zu beruflichen Erfahrungen/Tätigkeiten der seitens der BBG mit der Bedarfserhebung befassten Mitarbeiter P*** und S***:

Herr P*** ist von der Ausbildung her Tourismusfachmann und MBA in strategischem Einkauf sowie "supply chain management". Er war im Jahr 2006 als Einkäufer bei der BBG tätig. Seit 2009 ist Herr P*** wieder bei der BBG beschäftigt, und zwar als Bereichsleiter für den Einkauf; dies auch betreffend Möbel. Herr P*** hat nach eigenen Angaben bereits ca. 100 Ausschreibungen betreut. Auch die Bedarfsermittlungen der - dieser Ausschreibung vorangehenden - Ausschreibungen für Möbel und Gerichtsschränke wurden von Herrn P*** gemeinsam mit Herrn S*** durchgeführt.

S*** ist Einkaufsspezialist für Möbel bei der BBG. Von der Ausbildung her hat S*** eine Fachschule für Tischlerei besucht und danach ein College für Innenraumgestaltung und Möbeldesign. Seit Mai 2008 ist S*** bei der BBG als Einkaufsspezialist für alle Arten von Möbeln, darunter auch Büromöbel, beschäftigt. Daneben ist S*** auch im Österreichischen Normungsinstitut im Bereich "Büromöbel" tätig.

Herr P*** und S*** haben auch die Bedarfserhebung der dieser Ausschreibung vorangehenden Ausschreibung für Büromöbel und Gerichtsschränke durchgeführt.

Aus dem Gesagten folgt, dass die mit der Erhebung des konkreten Beschaffungsbedarfs betrauten Mitarbeiter der BBG aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer einschlägigen beruflichen Tätigkeiten und Erfahrungen jedenfalls befähigt waren, die gegenständliche Bedarfsermittlung und in der Folge den geschätzten Ausschreibungswert sachkundig zu ermitteln. Eine Heranziehung externer Sachverständiger war nach dem Gesagten nicht angezeigt.

Die Bedarfserhebung hat bereits im September 2012 im Rahmen der ersten Ausschreibung von Büromöbeln und Gerichtsschränken begonnen. Der Bund war damals - neben einer Anzahl weiterer Auftraggeber - der wesentliche Auftraggeber. Daraus folgt unzweifelhaft, dass mit den Arbeiten zur Ermittlung des Beschaffungsbedarfs für die gegenständliche Ausschreibung nicht erst zum Zeitpunkt der Einleitung der verfahrensgegenständlichen Beschaffung begonnen wurde. Vielmehr konnte sich die BBG bei der Bedarfsermittlung sowohl auf die Abrufzahlen durch den Bund im Rahmen der "bisherigen" Rahmenvereinbarung, als auch auf die Bedarfsermittlung des Bundes im Zuge der (Anm: für nichtig erklären) vorangegangenen Ausschreibungen, stützen. So finden sich etwa auch die Abrufwerte der bedarfsmeldenden Ressorts für die Jahre 2008 bis 2012 im Akt. Die Bedarfserhebung hat bereits im September 2012 im Rahmen der ersten Ausschreibung von Büromöbeln und Gerichtsschränken begonnen. Der Bund war damals - neben einer Anzahl weiterer Auftraggeber - der wesentliche Auftraggeber. Daraus folgt unzweifelhaft, dass mit den Arbeiten zur Ermittlung des Beschaffungsbedarfs für die gegenständliche Ausschreibung nicht erst zum Zeitpunkt der Einleitung der verfahrensgegenständlichen Beschaffung begonnen wurde. Vielmehr konnte sich die BBG bei der Bedarfsermittlung sowohl auf die Abrufzahlen durch den Bund im Rahmen der "bisherigen" Rahmenvereinbarung, als auch auf die Bedarfsermittlung des Bundes im Zuge der Anmerkung, für nichtig erklären) vorangegangenen Ausschreibungen, stützen. So finden sich etwa auch die Abrufwerte der bedarfsmeldenden Ressorts für die Jahre 2008 bis 2012 im Akt.

Herr P***, BBG, hat im Zuge der mündlichen Verhandlung auch nachvollziehbar die konkrete Vorgangsweise bei der Bedarfsermittlung dargelegt: Für Los 1 (Büromöbel) waren demnach Ausgangsbasis der Bedarfsermittlung die Stückzahlen der Jahre 2011 und 2012. Eine Quelle der BBG waren hiebei jene Produkte, welche im Kernwarenkorb der Vorgängerrahmenvereinbarung waren. Zudem wurden die Produkte berücksichtigt, die darüber hinaus beschafft wurden. Mit dieser Datenbasis wurde die Basis des neuen Kernwarenkorbs ermittelt (siehe VH-Schrift, Seiten 4 und 5). In der Folge wurden auch Einzelgespräche mit den bedarfsmeldenden Ressorts geführt. Diese Gespräche hat Herr P*** - mit einer Ausnahme - persönlich vor Ort durchgeführt (glaubwürdige Angaben des Herrn P*** in der mündlichen Verhandlung; vgl auch das zum Akt genommene Kalenderblatt des Herrn P***). In der Folge haben die

Ressorts ihren jeweiligen Bedarf auch schriftlich mittels E-Mail gemeldet. Die E-Mail-Bekanntgaben stammen aus einem Zeitraum von Anfang bis Mitte Juli 2013. Herr P***, BBG, hat im Zuge der mündlichen Verhandlung auch nachvollziehbar die konkrete Vorgangsweise bei der Bedarfsermittlung dargelegt: Für Los 1 (Büromöbel) waren demnach Ausgangsbasis der Bedarfsermittlung die Stückzahlen der Jahre 2011 und 2012. Eine Quelle der BBG waren hierbei jene Produkte, welche im Kernwarenkorb der Vorgängerrahmenvereinbarung waren. Zudem wurden die Produkte berücksichtigt, die darüber hinaus beschafft wurden. Mit dieser Datenbasis wurde die Basis des neuen Kernwarenkorbs ermittelt (siehe VH-Schrift, Seiten 4 und 5). In der Folge wurden auch Einzelgespräche mit den bedarfsmeldenden Ressorts geführt. Diese Gespräche hat Herr P*** - mit einer Ausnahme - persönlich vor Ort durchgeführt (glaubwürdige Angaben des Herrn P*** in der mündlichen Verhandlung; vergleiche auch das zum Akt genommene Kalenderblatt des Herrn P***). In der Folge haben die Ressorts ihren jeweiligen Bedarf auch schriftlich mittels E-Mail gemeldet. Die E-Mail-Bekanntgaben stammen aus einem Zeitraum von Anfang bis Mitte Juli 2013.

Im Vergabeakt findet sich weiters eine "Volumen- und Stückzahlenanalyse" betreffend Schrankelemente, Arbeitstische, Bürocontainer, Wandgarderoben und Pinwandelemente. Diese "Volumen- und Stückzahlenanalyse" weist für Los 1 unter anderem auch die Rubrik "Bedarf bestätigt" auf. Als Conclusio der Analyse ergibt sich eine "Summe Warenkorb" (in Euro). Inklusive einer Überschreitung um 15% ergibt sich der geschätzte Auftragswert pro Jahr. Eine Multiplikation dieses Betrages mit dem Faktor 3 (Rahmenvereinbarung 2 Jahre; Option 1 Jahr) führt schließlich zum geschätzten Ausschreibungswert für Los 1 (siehe Vergabeakt).

Vorgangsweise bei Los 2 (Gerichtsschränke): Hier wurde der Kernwarenkorb der vorangegangenen Ausschreibung analysiert und lediglich Produkte, die nicht mehr benötigt wurden, aus dem neuen Kernwarenkorb genommen (Angaben Herr P*** in der mündlichen Verhandlung). Auch über diese Analyse ist ein Einzelgespräch mit dem Abnehmer BMJ geführt worden. Dieses hat in der Folge schriftlich den Bedarf bestätigt (E-Mail vom 12.7.2013).

Die "Volumen- und Stückzahlenanalyse" für Los 2 führt die geschätzten Stückzahlen an. Multipliziert mit dem Einheitspreis ergibt sich die "Summe Warenkorb". Mit der 15%-igen Überschreitung ergibt sich der geschätzte Ausschreibungswert pro Jahr. Eine Multiplikation mit dem Faktor 3 (Rahmenvereinbarung 2 Jahre; Option 1 Jahr) ergibt in der Folge den geschätzten Ausschreibungswert für Los 2.

Die in der Ausschreibung für Los 1 und Los 2 konkret genannten Stückzahlen (Mengengerüst; Pkt 4.4 der kAB) finden sich im Preisblatt Los 1 und im Preisblatt Los 2 (siehe Vergabeakt).

Die konkrete Vorgangsweise der BBG bei der Bedarfserhebung und das Ergebnis (geschätztes Abrufvolumen bzw geschätzter Auftragswert) derselben, entsprechen den Vorgaben einer sachkundigen Ermittlung des Auftragswertes iSd §§ 13 ff BVergG und den von der Judikatur hiezu entwickelten Vorgaben und ist nicht zu beanstanden. Die BBG hat es nicht an der erforderlichen Sorgfalt fehlen lassen. Auch eine Verletzung der §§ 96ff BVergG - wie von der Antragstellerin vorgebracht - war nicht zu erblicken. Die konkrete Vorgangsweise der BBG bei der Bedarfserhebung und das Ergebnis (geschätztes Abrufvolumen bzw geschätzter Auftragswert) derselben, entsprechen den Vorgaben einer sachkundigen Ermittlung des Auftragswertes iSd Paragraphen 13, ff BVergG und den von der Judikatur hiezu entwickelten Vorgaben und ist nicht zu beanstanden. Die BBG hat es nicht an der erforderlichen Sorgfalt fehlen lassen. Auch eine Verletzung der Paragraphen 96 f, f, BVergG - wie von der Antragstellerin vorgebracht - war nicht zu erblicken.

(2) Zur Heranziehung der ÖNORM A 2060:

Die Antragstellerin brachte mit Schriftsatz vom 5.9.2013 erstmals vor, dass der Auftraggeber bei der Erstellung der Vertragsbestimmungen (kAB) die Heranziehung geeigneter Leitlinien, konkret der ÖNORM A 2060, unterlassen habe. Das völlige Ausbleiben einer Bezugnahme auf ÖNORM-Bestimmungen und sonstige geeignete Leitlinien widerspreche § 99 Abs 2 BVergG und belaste die Ausschreibung mit Rechtswidrigkeit. Die Antragstellerin brachte mit Schriftsatz vom 5.9.2013 erstmals vor, dass der Auftraggeber bei der Erstellung der Vertragsbestimmungen (kAB) die Heranziehung geeigneter Leitlinien, konkret der ÖNORM A 2060, unterlassen habe. Das völlige Ausbleiben einer Bezugnahme auf ÖNORM-Bestimmungen und sonstige geeignete Leitlinien widerspreche Paragraph 99, Absatz 2, BVergG und belaste die Ausschreibung mit Rechtswidrigkeit.

Der Auftraggeber und die mitbeteiligte Partei bestritten grundsätzlich, dass die ÖNORM A 2060 gegenständlich eine geeignete Leitlinie darstelle. Sie sei weder branchenspezifisch noch branchenüblich und würde auch nie herangezogen. Dennoch sei die ÖNORM A 2060 in den Ausschreibungsunterlagen berücksichtigt worden (Pkt 3 der

kAB). Überdies sei das entsprechende Vorbringen präkludiert.

Hiezu ist Folgendes festzuhalten:

Aus dem "Anwendungsbereich" der ÖNORM A 2060 (Punkt 1) ergibt sich, dass diese in den Abschnitten 5 bis 10 die allgemeinen Vertragsbestimmungen für Leistungen, wie für Lieferungen inkl allenfalls erforderlicher Montagearbeiten, enthält. Es ist somit davon auszugehen, dass diese ÖNORM grundsätzlich als geeignete Leitlinie auch für den gegenständlichen Lieferauftrag anzusehen ist. Festzuhalten ist jedoch, dass bei einer Rahmenvereinbarung aufgrund deren "Eigenheiten" jedenfalls Abweichungen notwendig - und auch zulässig - sind (siehe hiezu unten).

Die Bestimmungen der Abschnitte 5 bis 10 werden dann Vertragsinhalt, wenn sie von den Vertragspartnern zu Vertragsbestandteilen erklärt werden. Dies ist in Punkt 3 der kAB geschehen.

Punkt 3, Rz 7, der kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (kAB) lautet auszugsweise:

Bestandteile der Rahmenvereinbarung

Die Rahmenvereinbarung besteht aus den nachstehenden Dokumenten, die einen integrierenden Vertragsbestandteil bilden und nach Maßgabe folgender Reihenfolge gültig sind:

- -Strichaufzählung
diese kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (Rahmenvereinbarung)
- -Strichaufzählung
das vom Auftragnehmer angefertigte Angebotsschreiben samt Bietererklärungen
- -Strichaufzählung
die ausgefüllten Leistungsverzeichnisse für die Lose 1 und 2
- -Strichaufzählung
[....]
- -Strichaufzählung
Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen.....
- -Strichaufzählung
[....]
- -Strichaufzählung
ÖNORM A 2060 (Ausgabe 2011-03-01)

-[...]

Im Falle von Widersprüchen zwischen Bestandteilen dieser Rahmenvereinbarung gilt der jeweils vorgereichte Vertragsbestandteil. Die ÖNORM A 2060 gilt daher nur subsidiär, sofern in den übrigen Unterlagen nichts Abweichendes geregelt wird. [....]. Punkt 5.1 der ÖNORM A 2060 gilt nicht.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist somit festzuhalten, dass der Auftraggeber sehr wohl auf die ÖNORM A 2060 Bezug genommen hat und in Punkt 3 der kAB auch deren Anwendbarkeit normiert hat. Wie die Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung schließlich auch selbst festgehalten hat, hat die BBG die ÖNORM A 2060 als "letztgültige Auftragsgrundlage" vorgesehen (siehe Angaben RA M***, VH-Schrift Seite 3). Eine Verletzung der Bestimmungen des § 99 Abs 2 BVergG ist in diesem Zusammenhang somit nicht zu erkennen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist somit festzuhalten, dass der Auftraggeber sehr wohl auf die ÖNORM A 2060 Bezug genommen hat und in Punkt 3 der kAB auch deren Anwendbarkeit normiert hat. Wie die Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung schließlich auch selbst festgehalten hat, hat die BBG die ÖNORM A 2060 als "letztgültige Auftragsgrundlage" vorgesehen (siehe Angaben RA M***, VH-Schrift Seite 3). Eine Verletzung der Bestimmungen des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG ist in diesem Zusammenhang somit nicht zu erkennen.

Zur eingewendeten Präklusion:

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass zwischen den Beschwerdepunkten und den Beschwerdegründen zu unterscheiden ist.

Die Beschwerdepunkte stellen die Rechte dar, in denen sich der Antragsteller als verletzt erachtet; diese begrenzen den Verfahrensgegenstand (vgl § 312 Abs 2 Z 2 BVergG: „im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.“) Die Beschwerdegründe stellen die Gründe dar, in denen sich der Antragsteller als verletzt erachtet;

diese begrenzen den Verfahrensgegenstand vergleiche Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG: ..im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.)

Als Beschwerdepunkte wurden gegenständlich vorgebracht:

Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterem Wettbewerb und somit vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und in ihrem Recht auf gesetzeskonforme Ausschreibungsgestaltung verletzt.

Davon zu unterscheiden sind die Beschwerdegründe (vgl § 322 Abs 1 Z 6 BVergG). Dies sind die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt. Davon zu unterscheiden sind die Beschwerdegründe vergleiche Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG). Dies sind die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt.

Mit Schriftsatz vom 5.9.2013 hat die Antragstellerin (als weiteren Beschwerdegrund neben den im Nachprüfungsantrag vom 23.8.2013 bereits genannten Gründen) die Verletzung des § 99 Abs 2 BVergG releviert. Mit Schriftsatz vom 5.9.2013 hat die Antragstellerin (als weiteren Beschwerdegrund neben den im Nachprüfungsantrag vom 23.8.2013 bereits genannten Gründen) die Verletzung des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG releviert.

Wie der VwGH bereits im Erkenntnis vom 27.11.2003, 2003/04/0069 (und auch mit Erkenntnis vom 25.1.2011, 2006/04/0200) festgestellt hat, hat die Vergabekontrollbehörde auch auf späteres, neues Vorbringen der Partei Bedacht zu nehmen, wenn sich dieses innerhalb der geltend gemachten Beschwerdepunkte bewegt.

Das Vorbringen der Antragstellerin vom 5.9.2013 stellt, wie bereits dargelegt, einen weiteren Beschwerdegrund dar, der sich im Rahmen der Beschwerdepunkte bewegt (Anm: Recht auf gesetzeskonforme Ausschreibungsgestaltung). Eine "Präklusion" kommt entgegen der Ansicht der Finanzprokuratur und der mitbeteiligten Partei somit nicht in Betracht. Das Vorbringen der Antragstellerin vom 5.9.2013 stellt, wie bereits dargelegt, einen weiteren Beschwerdegrund dar, der sich im Rahmen der Beschwerdepunkte bewegt Anmerkung, Recht auf gesetzeskonforme Ausschreibungsgestaltung). Eine "Präklusion" kommt entgegen der Ansicht der Finanzprokuratur und der mitbeteiligten Partei somit nicht in Betracht.

(3) Zu den behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung:

Mit ihren Anträgen richtet sich die Antragstellerin gegen einzelne Bestimmungen, die den Leistungsvertrag (Rahmenvereinbarung, kAB) und die Allgemeinen AB betreffen. Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bestimmungen begründet die Antragstellerin einerseits mit Widersprüchen zum ABGB (§ 879 Abs 3) und andererseits mit einer Verletzung von Bestimmungen des BVergG (etwa des §§ 19, 87 Abs 3, 99 Abs 2, 151 Abs 3 BVergG; Abweichen von der ÖNORM A 2060 etc). Mit ihren Anträgen richtet sich die Antragstellerin gegen einzelne Bestimmungen, die den Leistungsvertrag (Rahmenvereinbarung, kAB) und die Allgemeinen Ausschussbericht betreffen. Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bestimmungen begründet die Antragstellerin einerseits mit Widersprüchen zum ABGB (Paragraph 879, Absatz 3,) und andererseits mit einer Verletzung von Bestimmungen des BVergG (etwa des Paragraphen 19, 87, Absatz 3, 99, Absatz 2, 151, Absatz 3, BVergG; Abweichen von der ÖNORM A 2060 etc).

Vorweg zum Prüfmaßstab des Bundesvergabeamtes:

Gemäß § 312 Abs 2 BVergG ist das BVA bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG ist das BVA bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz (=BVergG) ...zuständig,.....

Aus dieser Bestimmung folgt, dass sich der bei der Prüfung allfälliger Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens anzulegende Maßstab ausschließlich nach den Bestimmungen des BVergG zu richten hat. Die Regelungen des BVergG bilden somit den alleinigen Prüfungsmaßstab des BVA (vgl auch BVA 15.3.2013, N/0003- BVA/06/2013-34). Allfällige Verstöße gegen das "Zivilrecht" sind daraufhin zu untersuchen, ob sie gegen vergaberechtliche Regelungen verstoßen. Auch allenfalls sittenwidrige Vertragsbestimmungen sind folglich nur dann rechtswidrig und vernichtbar, wenn diese einen Verstoß gegen das BVergG begründen (vgl BVA 6.11.2006, N/0079-BVA/11/2006-18). Es ist nicht Aufgabe des BVA, anlässlich einer Überprüfung der Ausschreibungsbestimmungen vorab eine fiktive Prüfung von zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen - ohne Bezugnahme auf die Bestimmungen des BVergG - vorzunehmen (vgl BVA 3.12.2010, N/0076- BVA/02/2010-36). Aus dieser Bestimmung folgt, dass sich der bei der Prüfung allfälliger Rechtswidrigkeiten des

Vergabeverfahrens anzulegende Maßstab ausschließlich nach den Bestimmungen des BVergG zu richten hat. Die Regelungen des BVergG bilden somit den alleinigen Prüfungsmaßstab des BVA vergleiche auch BVA 15.3.2013, N/0003-BVA/06/2013-34). Allfällige Verstöße gegen das "Zivilrecht" sind daraufhin zu untersuchen, ob sie gegen vergaberechtliche Regelungen verstoßen. Auch allenfalls sittenwidrige Vertragsbestimmungen sind folglich nur dann rechtswidrig und vernichtbar, wenn diese einen Verstoß gegen das BVergG begründen vergleiche BVA 6.11.2006, N/0079-BVA/11/2006-18). Es ist nicht Aufgabe des BVA, anlässlich einer Überprüfung der Ausschreibungsbestimmungen vorab eine fiktive Prüfung von zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen - ohne Bezugnahme auf die Bestimmungen des BVergG - vorzunehmen vergleiche BVA 3.12.2010, N/0076- BVA/02/2010-36).

Nach dem Gesagten, sind die bekämpften Bestimmungen der Ausschreibung darauf hin zu prüfen, ob diese gegen das BVergG verstoßen.

Abweichungen von der ÖNORM A 2060:

Die Abweichungen von der ÖNORM A 2060 (etwa zu den Zahlungsbedingungen, zur Haftung, zur Vertragsstrafenregelung und zur Gewährleistung) seien nach Ansicht der Antragstellerin so weitgehend, dass dies über den zulässigen Umfang iSd § 99 Abs 2 BVergG hinausgehen würde. Abweichende Festlegungen seien nur in einzelnen Punkten zulässig. Die Abweichungen von der ÖNORM A 2060 (etwa zu den Zahlungsbedingungen, zur Haftung, zur Vertragsstrafenregelung und zur Gewährleistung) seien nach Ansicht der Antragstellerin so weitgehend, dass dies über den zulässigen Umfang iSd Paragraph 99, Absatz 2, BVergG hinausgehen würde. Abweichende Festlegungen seien nur in einzelnen Punkten zulässig.

Nach Ansicht des Auftraggebers und der mitbeteiligten Partei seien die gegenständlichen Abweichungen von der ÖNORM A 2060 nicht derart weitgehend, dass dies von vergaberechtlicher Relevanz sei. Die von der ÖNORM abweichenden Regelungen seien jedenfalls gerechtfertigt und insbesondere dadurch zu erklären, dass gegenständlich eine Rahmenvereinbarung ausgeschrieben sei. Dadurch seien teilweise ergänzende bzw abweichende Bestimmungen erforderlich. Diverse Regelungen seien in der ÖNORM A 2060 nicht in der für eine Rahmenvereinbarung passenden Form zu finden.

§ 99 Abs 2 BVergG lautet: Paragraph 99, Absatz 2, BVergG lautet:

Der Auftraggeber kann weitere Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.

Die Frage, in wie vielen Punkten die Bestimmungen der kAB von den Vorgaben der ÖNORM A 2060 abgewichen wird und ob die Anzahl der Abweichungen bewirkt, dass die Leitlinie de facto "ausgehöhlt" wird (Verstoß gegen § 99 Abs 2 BVergG), ist von deren inhaltlichem Gehalt und der Frage einer allfälligen sachlichen Rechtfertigung der Abweichungen zu trennen (siehe hiezu unten). Die Frage, in wie vielen Punkten die Bestimmungen der kAB von den Vorgaben der ÖNORM A 2060 abgewichen wird und ob die Anzahl der Abweichungen bewirkt, dass die Leitlinie de facto "ausgehöhlt" wird (Verstoß gegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG), ist von deren inhaltlichem Gehalt und der Frage einer allfälligen sachlichen Rechtfertigung der Abweichungen zu trennen (siehe hiezu unten).

Die kAB weichen in folgenden Bestimmungen von der ÖNORM A 2060 ab:

- -Strichaufzählung
Pkt 3, Rz 9: Punkt 5.1 der ÖNORM A 2060 gilt nicht;
- -Strichaufzählung
Pkt 9.5, Rz 97 und 98: Punkte 8.4.1.2, 8.4.1.4, 8.3.2, 8.3.5.1 und 8.4.1.1 der ÖNORM A 2060 gelten nicht;
- -Strichaufzählung
Pkt 13.2, Rz 163: Teilabweichungen von den Punkten 9 und 10 der ÖNORM A 2060;

In folgenden Bestimmungen der kAB wird explizit auf eine (zumindest teilweise) Geltung der ÖNORM A 2060 hingewiesen:

- -Strichaufzählung
Pkt 5.3.7, Rz 61: Zahlungsbedingungen richten sich nach Pkt 9. der kAB und der ÖNORM A 2060;

- -Strichaufzählung
Pkt 8.2: Übernahme erfolgt nach Punkt 9 der ÖNORM A 2060;
- -Strichaufzählung
Pkt 12.1: Punkt 6.2.2 der ÖNORM A 2060 gilt;
- -Strichaufzählung
Pkt 13.2: teilweise Geltung der ÖNORM A 2060;
- -Strichaufzählung
Pkt 13.3.1, Rz 165:gemäß Punkt 6.5.3.1 der ÖNORM A 2060 mit 5% begrenzt..;
- -Strichaufzählung
Pkt 14.3: Rücktrittsmöglichkeit gemäß Punkt 5.7 der ÖNORM A 2060 gilt;

Von den insgesamt ca 70 Bestimmungen der kAB wird sohin in insgesamt 9 Bestimmungen expressis verbis (zumindest zum Teil) von den Regelungen der ÖNORM A 2060 abgewichen. Die Abweichungen von der ÖNORM A 2060 sind jedenfalls nicht so zahlreich, dass dies zu einer "Aushöhlung" der Leitlinie führen würde und in der Folge eine Verletzung des § 99 Abs 2 BVergG vorliegen könnte. Ein Verstoß gegen das Vergaberecht ist in diesem Zusammenhang nicht zu erkennen. Von den insgesamt ca 70 Bestimmungen der kAB wird sohin in insgesamt 9 Bestimmungen expressis verbis (zumindest zum Teil) von den Regelungen der ÖNORM A 2060 abgewichen. Die Abweichungen von der ÖNORM A 2060 sind jedenfalls nicht so zahlreich, dass dies zu einer "Aushöhlung" der Leitlinie führen würde und in der Folge eine Verletzung des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG vorliegen könnte. Ein Verstoß gegen das Vergaberecht ist in diesem Zusammenhang nicht zu erkennen.

Die inhaltliche Grenzen für das Abweichen stellen das Missbrauchsverbot bzw die Sittenwidrigkeit dar. Aus den Erläuterungen zu § 99 Abs 2 BVergG ergibt sich, dass der Auftraggeber für weitere Festlegungen betreffend den Leistungsvertrag geeignete Leitlinien heranzuziehen hat. Der Auftraggeber kann jedoch in einzelnen Punkten abweichende Festlegungen treffen, ohne dass dies sachlich zu rechtfertigen wäre. Im Falle einer Abweichung hat er diese in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen. Die inhaltlich Grenze hinsichtlich der Möglichkeit von diesen Leitlinien abzuweichen, bildet das Missbrauchsverbot. Die inhaltliche Grenzen für das Abweichen stellen das Missbrauchsverbot bzw die Sittenwidrigkeit dar. Aus den Erläuterungen zu Paragraph 99, Absatz 2, BVergG ergibt sich, dass der Auftraggeber für weitere Festlegungen betreffend den Leistungsvertrag geeignete Leitlinien heranzuziehen hat. Der Auftraggeber kann jedoch in einzelnen Punkten abweichende Festlegungen treffen, ohne dass dies sachlich zu rechtfertigen wäre. Im Falle einer Abweichung hat er diese in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen. Die inhaltlich Grenze hinsichtlich der Möglichkeit von diesen Leitlinien abzuweichen, bildet das Missbrauchsverbot.

Auch nach der Judikatur (vgl VfGH 9.3.2007, G 174/06-7) eröffnet das BVergG dem Auftraggeber eine weite - nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte - Möglichkeit, von Leitlinien abzuweichen, um die Ausschreibung an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages anzupassen. Auch nach der Judikatur vergleiche VfGH 9.3.2007, G 174/06-7) eröffnet das BVergG dem Auftraggeber eine weite - nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte - Möglichkeit, von Leitlinien abzuweichen, um die Ausschreibung an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages anzupassen.

Folgende Bestimmungen der kAB wurden von der Antragstellerin konkret bekämpft:

Punkt 5.3.7 der kAB: Gebührenregelung (E-Charge):

In Anbetracht des Umstandes, dass der BBG durch Errichtung und Wartung der elektronischen Kataloge Kosten erwachsen, verpflichtet sich der Auftragnehmer, Teile dieser Kosten zu erstatten. Diese Kosten sind durch den Auftragnehmer in Form einer Gebühr für die Bestellungen an die BBG zu überweisen. Als Gebühr werden 0,8% exkl USt vom Nettobestellwert vereinbart. Auf die Gebühr fallen zusätzlich 20% USt an. Die Gebühren werden je Quartal im Nachhinein dem Auftragnehmer verrechnet. Die Zahlungsbedingungen richten sich nach Punkt 9.5. und den Bestimmungen der ÖNORM A 2060.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich eine grundsätzliche Anwendbarkeit der Bestimmungen der ÖNORM A 2060 zu den Zahlungsbedingungen - mit den in Pkt 9.5 der kAB hiezu festgelegten Einschränkungen.

Von der bloßen Zitierung der Bestimmung des Pkt 5.3.7 im Nachprüfungsantrag abgesehen, hat die Antragstellerin in ihren Stellungnahmen und in der mündlichen Verhandlung keinerlei Vorbringen hiezu erstattet. Sie hat es mit einer bloßen Zitierung der genannten Bestimmung bewenden lassen. Eine gröbliche Benachteiligung des Auftragnehmers ist aus dieser Bestimmung nicht erkennbar.

Punkt 9.1 der kAB: Entgelt:

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

Auch hiezu hat die Antragstellerin von der Zitierung der genannten Bestimmung im Nachprüfungsantrag abgesehen weder in ihren Stellungnahmen noch in der mündlichen Verhandlung ein Vorbringen hiezu erstattet. Sie hat es mit einer bloßen Zitierung der genannten Bestimmung bewenden lassen. Eine gröbliche Benachteiligung des Auftragnehmers ist aus dieser Bestimmung nicht erkennbar.

Punkt 9.5 Zahlungsbedingungen:

Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage netto Kassa und beginnt nur bei vertragskonformer Leistungserbringung und Rechnungslegung am Tag nach Eingang der jeweiligen Rechnung bei der Rechnungslegungsstelle zu laufen. Die Punkte 8.4.1.2 und 8.4.1.4 der ÖNORM A 2060 gelten nicht. Vorauszahlungen oder Abschlagsrechnungen werden ausgeschlossen. Die Punkte 8.3.2, 8.3.5.1 und 8.4.1.1 der ÖNORM A 2060 gelten nicht.

Auch hier hat sich die Antragstellerin auf die bloße Zitierung der Bestimmung beschränkt und lediglich allgemein eine Rechtswidrigkeit dieser Bestimmung behauptet. Eine gröbliche Benachteiligung des Auftragnehmers ist aus dem Ausschluss einzelner Punkte der ÖNORM A 2060 nicht erkennbar.

Punkt 13.1 der kAB: Garantie:

[...]. Der Auftragnehmer leistet für sämtliche angebotenen Produkte 2 Jahre Garantie. Die Garantiedauer verlängert sich gemäß der im Leistungsverzeichnis angebotenen zusätzlichen Garantiejahre.

Diese Garantie versteht sich als uneingeschränkte Garantie auf Material sowie Konstruktion und ordnungsgemäße Funktion aller gelieferten Produkte und deren Zubehör.

Ausgenommen von dieser Garantie sind lediglich Schäden, welche durch mutwillige Beschädigung, unsachgemäße Benutzung, Fahrlässigkeit des Nutzers oder eine äußere Gewalteinwirkung entstanden sind. Die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens einer Ausnahme von der Garantie liegt beim Auftragnehmer.

Nach Ansicht der Antragstellerin hat der Auftraggeber mit dieser Bestimmung gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoßen. Die gröbliche Benachteiligung der Bieter iSd § 879 Abs 3 ABGB ergebe sich demnach insbesondere aus der Festlegung, dass nicht der Auftraggeber den Garantiefall nachzuweisen habe, sondern der Auftragnehmer den Beweis zu führen habe, dass kein Garantiefall vorliege. Nach Ansicht der Antragstellerin hat der Auftraggeber mit dieser Bestimmung gegen Paragraph 879, Absatz 3, ABGB verstoßen. Die gröbliche Benachteiligung der Bieter iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB ergebe sich demnach insbesondere aus der Festlegung, dass nicht der Auftraggeber den Garantiefall nachzuweisen habe, sondern der Auftragnehmer den Beweis zu führen habe, dass kein Garantiefall vorliege.

Nach dieser Festlegung hat der Auftragnehmer grundsätzlich 2 Jahre für die entsprechende Qualität der von ihm angebotenen Produkte zu garantieren. Eine solche Verlängerung der Zeitspanne ist nicht zu beanstanden. Es handelt sich gegenständlich um ein Rechtsgeschäft unter Kaufleuten und die "Schutzbestimmungen" des KSchG greifen somit nicht. Es ist den Bietern auch durchaus möglich, dies in ihrer Kalkulation zu berücksichtigen.

Keine Haftung trifft den Bieter bei Schäden, welche durch mutwillige Beschädigung, unsachgemäße Benutzung, Fahrlässigkeit des Nutzers oder eine äußere Gewalteinwirkung entstanden sind. Der Auftragnehmer haftet demgemäß also nur für Schäden, die seiner "Sphäre" zuzuordnen sind. Dass der Auftragnehmer nachweisen muss, dass kein Garantiefall vorliegt - also, dass er die Schäden nicht zu vertreten hat - mag eine gewisse "Erleichterung" für den Auftraggeber darstellen. Eine "gröbliche" Benachteiligung des Auftragnehmers iSd § 879 Abs 3 ABGB kann darin jedoch nicht erblickt werden. Wie die Antragstellerin nämlich selbst vorbringt, handelt es sich weitgehend um dispositives Recht, welches einer Abänderung im Einzelfall zugänglich ist. Dies umso mehr, als es sich gegenständlich um ein Rechtsgeschäft unter Kaufleuten handelt und somit die "Schutzbestimmungen" des KSchG daher nicht greifen. Keine Haftung trifft den Bieter bei Schäden, welche durch mutwillige Beschädigung, unsachgemäße Benutzung, Fahrlässigkeit des Nutzers oder eine äußere Gewalteinwirkung entstanden sind. Der Auftragnehmer haftet demgemäß also nur für Schäden, die seiner "Sphäre" zuzuordnen sind. Dass der Auftragnehmer nachweisen muss, dass kein

Garantiefall vorliegt - also, dass er die Schäden nicht zu vertreten hat - mag eine gewisse "Erleichterung" für den Auftraggeber darstellen. Eine "gröbliche" Benachteiligung des Auftragnehmers iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB kann darin jedoch nicht erblickt werden. Wie die Antragstellerin nämlich selbst vorbringt, handelt es sich weitgehend um dispositives Recht, welches einer Abänderung im Einzelfall zugänglich ist. Dies umso mehr, als es sich gegenständlich um ein Rechtsgeschäft unter Kaufleuten handelt und somit die "Schutzbestimmungen" des KSchG daher nicht greifen.

Selbst wenn man in der Umkehr der Beweislast eine "gröbliche" Benachteiligung des Auftragnehmers erblicken wollte, ist festzuhalten, dass eine solche keinen Verstoß gegen die vergaberechtlichen Grundsätze und die Bestimmungen des BVergG zur Folge hätte. Die genannte Bestimmung bewirkt jedenfalls keine Unkalkulierbarkeit des Angebotes iSd § 78 Abs 3 BVergG., da ein Auftragnehmer - so wie für "normale" Gewährleistungsfälle - auch für den allfälligen Eintritt des Garantiefalles (inklusive Beweislastumkehr) Vorkehrungen, etwa in Form von Rückstellungen, treffen kann und zu treffen hat. Auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbotes oder des Gebotes der Transparenz (§ 19 Abs 1 BVergG), ist darin nicht zu erkennen, da hievon alle potentiellen Bieter in gleicher Weise betroffen sind und ihnen dies auch vorab erkennbar gemacht wird. Eine Nichtigerklärung kommt damit nicht in Betracht. Selbst wenn man in der Umkehr der Beweislast eine "gröbliche" Benachteiligung des Auftragnehmers erblicken wollte, ist festzuhalten, dass eine solche keinen Verstoß gegen die vergaberechtlichen Grundsätze und die Bestimmungen des BVergG zur Folge hätte. Die genannte Bestimmung bewirkt jedenfalls keine Unkalkulierbarkeit des Angebotes iSd Paragraph 78, Absatz 3, BVergG., da ein Auftragnehmer - so wie für "normale" Gewährleistungsfälle - auch für den allfälligen Eintritt des Garantiefalles (inklusive Beweislastumkehr) Vorkehrungen, etwa in Form von Rückstellungen, treffen kann und zu treffen hat. Auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbotes oder des Gebotes der Transparenz (Paragraph 19, Absatz eins, BVergG), ist darin nicht zu erkennen, da hievon alle potentiellen Bieter in gleicher Weise betroffen sind und ihnen dies auch vorab erkennbar gemacht wird. Eine Nichtigerklärung kommt damit nicht in Betracht.

Punkt 13.3.1: Vertragsstrafe bei Verzug:

Die Vertragsstrafe beträgt pro Kalendertag 0,5% des jeweiligen Einzelabrufwertes. Die Vertragsstrafe ist gemäß Punkt 6.5.3.1 der ÖNORM A 2060 mit 5% des Einzelabrufwertes begrenzt.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit dieser Bestimmung erstmals in der mündlichen Verhandlung vorgebracht und dies mit einem Abweichen von der ÖNORM A 2060 "begründet". Wie sich bereits aus dem Wortlaut der angesprochenen Bestimmung ergibt, nimmt diese auf Punkt 6.5.3.1 der ÖNORM A 2060 Bezug und bestätigt die darin vorgesehene Höchststrafe mit 5% des Einzelabrufwertes (der Auftragssumme). Worin die Antragstellerin ein - zumal rechtswidriges - Abweichen von den Regelungen der ÖNORM A 2060 erblickt, ist nicht nachvollziehbar.

Punkt 15.3 der kAB, Aufrechnungsverbot::

Der Auftragnehmer ist nicht berechtigt, Forderungen des Auftraggebers mit Gegenforderungen aufzurechnen.

Die Antragstellerin erblickt darin eine gröbliche Benachteiligung des Auftragnehmers. Ein allfälliger Verstoß gegen Bestimmungen des BVergG wird von der Antragstellerin jedoch nicht einmal releviert. Vorauszuschicken ist auch hier, dass sich zwei Unternehmer "auf gleicher Stufe" gegenüberstehen. Das KSchG ist nicht anwendbar. Eine "gröbliche" Benachteiligung des Auftragnehmers ist nicht erkennbar. Auch eine Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen ist darin nicht zu erblicken.

CONCLUSIO:

Die konkreten Abweichungen von der ÖNORM A 2060 sind nicht so zahlreich, dass von einer Aushöhlung der Leitlinie - und damit von einem Verstoß gegen § 99 Abs 2 BVergG - auszugehen ist. Die konkreten Abweichungen von der ÖNORM A 2060 sind nicht so zahlreich, dass von einer Aushöhlung der Leitlinie - und damit von einem Verstoß gegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG - auszugehen ist.

Eine Anpassung an die Besonderheiten des Auftrages - hier einer Rahmenvereinbarung - ist nach der Rechtsprechung des VfGH zulässig (siehe oben). Solche Anpassungen sind gegenständlich erfolgt. Eine sachliche Rechtfertigung für Abweichungen von der "generellen" Leitlinie der ÖNORM A 2060 ("Allgemeine Vertragsbestimmungen für Leistungen") in einzelnen Punkten ist jedenfalls gegeben.

Eine sachliche Rechtfertigung für (einzelne) Abweichungen ist nach dem Gesetzestext bzw den Erläuterungen nicht erforderlich. Die Grenze für Abweichungen bildet das Missbrauchsverbot (VfGH 9.3.2007, G 174/06-7). Ein

Überschreiten dieser Grenze und damit ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB war gegenständlich jedoch nicht zu erkennen. Die Abweichungen von der ÖNORM A 2060 sind jedenfalls nicht von einer solchen Intensität, dass diese in Summe zu einem Verstoß gegen die Grundsätze des Vergaberechtes führen würden. Eine Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw einzelner Punkte der Ausschreibung kam daher nicht in Betracht. Eine sachliche Rechtfertigung für (einzelne) Abweichungen ist nach dem Gesetzestext bzw den Erläuterungen nicht erforderlich. Die Grenze für Abweichungen bildet das Missbrauchsverbot (VfGH 9.3.2007, G 174/06-7). Ein Überschreiten dieser Grenze und damit ein Verstoß gegen Paragraph 879, Absatz 3, ABGB war gegenständlich jedoch nicht zu erkennen. Die Abweichungen von der ÖNORM A 2060 sind jedenfalls nicht von einer solchen Intensität, dass diese in Summe zu einem Verstoß gegen die Grundsätze des Vergaberechtes führen würden. Eine Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw einzelner Punkte der Ausschreibung kam daher nicht in Betracht.

Von der Antragstellerin wurden folgende weitere Festlegungen bekämpft:

- Ausschluss der Irrtumsanfechtung:

Punkt 4.4 der AAB lautet:

Mit der Angebotsabgabe bestätigt der Bieter, dass er die gesamten Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass die Leistungsbeschreibung in den Ausschreibungsunterlagen insofern vollständig ist, als alle Leistungsteile, die zur einwandfreien Vertragserfüllung notwendig sind, ausreichend beschrieben sind und die Ausschreibungsunterlagen für die Kalkulation seines Angebotes ausreichend waren. Der Bieter akzeptiert mit der Angebotsabgabe, dass Fehleinschätzungen des Bieters und daraus allenfalls folgende Kalkulationsirrtümer ein Teil des unternehmerischen Risikos sind, die ihn nicht zur Irrtumsanfechtung berechtigen.

Pkt 9 des Angebotsschreibens lautet auszugsweise:

Mit der Angebotsvorlage geben wir nachfolgende Erklärungen ab. Wir erklären [...] ab dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung ausdrücklich auf die Anfechtung der

Rahmenvereinbarung wegen Irrtums zu verzichten.....

Die Antragstellerin erblickt in diesen Regelungen eine gröbliche Benachteiligung des Auftragnehmers und einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB. Die Antragstellerin erblickt in diesen Regelungen eine gröbliche Benachteiligung des Auftragnehmers und einen Verstoß gegen Paragraph 879, Absatz 3, ABGB.

Angemerkt sei nochmals, dass sich zwei Unternehmer "auf gleicher Stufe" gegenüberstehen. Das KSchG ist nicht anwendbar.

Pkt 4.4. der AAB normiert, dass eine Fehleinschätzung durch den Bieter, aus der allenfalls ein Kalkulationsirrtum resultiert, das alleinige Risiko des Bieters darstellt und diesen nicht zur Irrtumsanfechtung berechtigt. Worin hier eine gröbliche Benachteiligung des Bieters gegenüber dem Auftraggeber liegen sollte, ist dem Senat nicht nachvollziehbar. Dass der Fall, dass ein Kalkulationsirrtum auf eine allein der Sphäre des Bieters zuzurechnende Fehleinschätzung durch den Bieter zurückzuführen sein sollte, eine gröbliche Benachteiligung des Auftragnehmers darstellen sollte, ist nicht nachvollziehbar.

Aus Pkt 9 des Angebotsschreibens ergibt sich ein Irrtumsanfechtungsverzicht seitens des Bieters, der sich nicht auf einen Irrtum, der seiner Sphäre zuzuordnen ist, beschränkt. Eine solche Bestimmung kann durchaus zwischen zwei Unternehmern vereinbart werden, ohne dass dies als "Missbrauch" der Stellung des Auftraggebers zu werten wäre. Die "Schutzbestimmungen" des KSchG greifen nicht. Hinzu kommt, dass der Ausschluss der Irrtumsanfechtung erst im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorgesehen ist. Im Übrigen ist in Punkt 9 des Angebotsschreibens wie auch in Punkt 4.4 der AAB keine Rede davon, dass die Irrtumsveranlassung durch den Auftraggeber herbeigeführt worden sein sollte.

Die genannten Bestimmungen bewirken jedenfalls auch keine Unkalkulierbarkeit des Angebotes. Auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbotes oder des Gebotes der Transparenz sind in den für alle Bieter gleichermaßen geltenden Bestimmungen nicht zu erkennen. Die zitierten Bestimmungen begründen somit keinen Verstoß gegen das BVergG. Eine Nichtigerklärung dieser Festlegungen kommt damit nicht in Betracht.

Pkt 5.1 der AAB, Bietergemeinschaft, Rz 29:

Im Fall der Bildung einer Bietergemeinschaft haften die beteiligten Unternehmer solidarisch für sämtliche Verpflichtungen der Bietergemeinschaft gegenüber dem jeweiligen Auftraggeber. Bietergemeinschaften erbringen im Auftragsfall die

Leistung als Arbeitsgemeinschaft (ARGE).

Diese Festlegung in der Ausschreibung entspricht der Bestimmung des § 20 Abs 2 BVergG. Diese lautet auszugsweise: Diese Festlegung in der Ausschreibung entspricht der Bestimmung des Paragraph 20, Absatz 2, BVergG. Diese lautet auszugsweise:

[...]. Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.

Da der Auftraggeber diese Bestimmung "eins zu eins" aus dem Gesetzestext übernommen hat, kommt ein Widerspruch zu den Vorgaben des Vergaberechts nicht in Betracht. Vielmehr hält sich der Auftraggeber mit dieser Bestimmung exakt an die diesbezüglichen Vorgaben des BVergG. Eine Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung durch das BVA kommt gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG nur bei Verstößen gegen das BVergG in Betracht. Da der Auftraggeber diese Bestimmung "eins zu eins" aus dem Gesetzestext übernommen hat, kommt ein Widerspruch zu den Vorgaben des Vergaberechts nicht in Betracht. Vielmehr hält sich der Auftraggeber mit dieser Bestimmung exakt an die diesbezüglichen Vorgaben des BVergG. Eine Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung durch das BVA kommt gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG nur bei Verstößen gegen das BVergG in Betracht.

Was den von der Antragstellerin behaupteten Widerspruch dieser - dem § 20 Abs 2 BVergG entsprechenden - Ausschreibungsregelung zu den Bestimmungen des UGB betrifft, ist anzumerken, dass es nicht Aufgabe des BVA ist die Bestimmungen des BVergG auf ihre Vereinbarkeit mit in anderen nationalen Rechtsvorschriften geregelten Rechtsmaterien zu prüfen. Was den von der Antragstellerin behaupteten Widerspruch dieser - dem Paragraph 20, Absatz 2, BVergG entsprechenden - Ausschreibungsregelung zu den Bestimmungen des UGB betrifft, ist anzumerken, dass es nicht Aufgabe des BVA ist die Bestimmungen des BVergG auf ihre Vereinbarkeit mit in anderen nationalen Rechtsvorschriften geregelten Rechtsmaterien zu prüfen.

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass es sich bei den Bestimmungen des § 20 Abs 2 BVergG und §§ 8 iVm 189 UGB um einander widersprechende Bestimmungen handeln sollte, so kann dies dahin stehen. Eine Verletzung des BVergG - welche Grundlage einer Nichtigerklärung durch das BVA wäre - liegt nämlich jedenfalls nicht vor. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass es sich bei den Bestimmungen des Paragraph 20, Absatz 2, BVergG und Paragraphen 8, in Verbindung mit 189 UGB um einander widersprechende Bestimmungen handeln sollte, so kann dies dahin stehen. Eine Verletzung des BVergG - welche Grundlage einer Nichtigerklärung durch das BVA wäre - liegt nämlich jedenfalls nicht vor.

Pkt. 5.2.1 notwendige Subunternehmer/verbundene Unternehmen:

Bieter, die hinsichtlich der gemäß Pkt. 6 geforderten Befugnis, technischen, finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf Nachweise von Subunternehmern/verbundenen Unternehmen verweisen, haben die Nachweise auch ihrer Subunternehmer/verbundenen Unternehmen mit dem Angebot vorzulegen (der Nachweis mittels einer Eigenerklärung ist auch für Subunternehmer/verbundene Unternehmen zulässig - siehe auch Z 43) und dem Angebot ein entsprechend ausgefülltes Formblatt Subunternehmer/verbundene Unternehmen (Beilage 07) beizuschließen. Die Nachweise sind in der gleichen Weise wie für den Bieter zu erbringen (vgl Pkt. 6). Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt. Bieter, die hinsichtlich der gemäß Pkt. 6 geforderten Befugnis, technischen, finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf Nachweise von Subunternehmern/verbundenen Unternehmen verweisen, haben die Nachweise auch ihrer Subunternehmer/verbundenen Unternehmen mit dem Angebot vorzulegen (der Nachweis mittels einer Eigenerklärung ist auch für Subunternehmer/verbundene Unternehmen zulässig - siehe auch Ziffer 43,) und dem Angebot ein entsprechend ausgefülltes Formblatt Subunternehmer/verbundene Unternehmen (Beilage 07) beizuschließen. Die Nachweise sind in der gleichen Weise wie für den Bieter zu erbringen vergleiche Pkt. 6). Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt.

Pkt. 6 Eignungskriterien

6.1 Allgemeines

Der Bieter muss für die Erbringung der angebotenen Leistung geeignet sein. Geeignet sind Unternehmer, die befugt, technisch, finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sind. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen, widrigenfalls der Bieter ausgeschlossen wird. Die Eignung ist in den Angeboten doch Vorlage der in diesen Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Urkunden (Nachweise, Bescheinigungen) dazutun und zu belegen, insbesondere auch betreffend allenfalls in Frage kommender Subunternehmer und verbundener Unternehmen (siehe oben Pkt. 5.2.1).

Der Bieter bzw. Subunternehmer/verbundene Unternehmen können den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch Vorlage einer Eigenerklärung gemäß §§ 70 Abs. 2 bzw. 82 Abs. 3 BVergG erbringen. Der Bieter kann gleichermaßen den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis einer jeweils aktualisierten Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten gemäß § 70 Abs. 5 BVergG 2006, wie dem Auftragnehmer Kataster Österreich (ANKÖ) führen, sofern diesen die geforderten Unterlagen vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Bieter bzw. Subunternehmer/verbundene Unternehmen können den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch Vorlage einer Eigenerklärung gemäß Paragraphen 70, Absatz 2, bzw. 82 Absatz 3, BVergG erbringen. Der Bieter kann gleichermaßen den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis einer jeweils aktualisierten Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten gemäß Paragraph 70, Absatz 5, BVergG 2006, wie dem Auftragnehmer Kataster Österreich (ANKÖ) führen, sofern diesen die geforderten Unterlagen vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind.

Pkt. 6.2.1 Anforderung Befugnis:

Der Bieter muss für die Erbringung der angebotenen Leistung befugt sein und diese im Angebot nachweisen. Die Befugnis muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung sowie bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb zum Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist eines erneuten Aufrufs (zweite Stufe) vorliegen bzw. weiter bestehen. Im Falle der Angebotslegung durch Bietergemeinschaften hat jedes Mitglied der Bietergemeinschaft die entsprechende Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil mit dem Angebot nachzuweisen. Soweit der Bieter für Leistungen Subunternehmer oder verbundene Unternehmen heranzieht, ist die Befugnis des Bieters für jene Teile der Leistung zu erbringen und nachzuweisen, die er selbst erbringt. Für jene Teile, die der Subunternehmer oder das verbundene Unternehmen erbringt ist die entsprechende Befugnis des Subunternehmers oder des verbundenen Unternehmens erforderlich (vgl Pkt. 5.2.1). Der Bieter muss für die Erbringung der angebotenen Leistung befugt sein und diese im Angebot nachweisen. Die Befugnis muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung sowie bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb zum Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist eines erneuten Aufrufs (zweite Stufe) vorliegen bzw. weiter bestehen. Im Falle der Angebotslegung durch Bietergemeinschaften hat jedes Mitglied der Bietergemeinschaft die entsprechende Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil mit dem Angebot nachzuweisen. Soweit der Bieter für Leistungen Subunternehmer oder verbundene Unternehmen heranzieht, ist die Befugnis des Bieters für jene Teile der Leistung zu erbringen und nachzuweisen, die er selbst erbringt. Für jene Teile, die der Subunternehmer oder das verbundene Unternehmen erbringt ist die entsprechende Befugnis des Subunternehmers oder des verbundenen Unternehmens erforderlich vergleiche Pkt. 5.2.1).

Pkt. 6.2.2. Nachweise Befugnis:

Der Bieter hat mit Angebotsabgabe seine Befugnis bzw. auch diejenige des/der Subunternehmer/s oder des/der verbundenen Unternehmen/s zur Erbringung der Leistung durch:

- -Strichaufzählung
einen Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis oder
- -Strichaufzählung
einen Auszug aus dem Mitgliederverzeichnis der Wirtschaftskammer oder
- -Strichaufzählung
einen gültigen Gewerbebeschein

nachzuweisen. Die Nachweise, auch wenn diese zB. über den ANKÖ zugänglich gemacht werden, dürfen nicht älter als 6 Monate sein.

Die Antragstellerin brachte hierzu vor, dass sich die Festlegungen in den AAB betreffend Zeitpunkt und Art der Erbringung des Nachweises der Eignung widersprechen würden, da zunächst die Nachweiserbringung im Wege einer Eigenerklärung für zulässig erklärt würde und andererseits festgelegt sei, dass einzelne Nachweise bereits mit dem Angebot vorzulegen seien.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Das Vorliegen der Befugnis, der (wirtschaftlicher, technischer und finanzieller) Leistungsfähigkeit und der Zuverlässigkeit sowie das Nichtvorliegen eines Ausschlussgrundes, werden als "Eignung" bezeichnet. Im offenen Verfahren muss die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen (§ 69 Z 1 BVerG). Das Vorliegen der Befugnis, der (wirtschaftlicher, technischer und finanzieller) Leistungsfähigkeit und der Zuverlässigkeit sowie das Nichtvorliegen eines Ausschlussgrundes, werden als "Eignung" bezeichnet. Im offenen Verfahren muss die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen (Paragraph 69, Ziffer eins, BVerG).

Grundsätzlich kann die Eignung durch Vorlage der entsprechenden, vom Auftraggeber konkret verlangten Nachweise, durch Eigenerklärung oder mittels "Katasterdienst" (ANKÖ) erfolgen (siehe § 70 BVerG). Grundsätzlich kann die Eignung durch Vorlage der entsprechenden, vom Auftraggeber konkret verlangten Nachweise, durch Eigenerklärung oder mittels "Katasterdienst" (ANKÖ) erfolgen (siehe Paragraph 70, BVerG).

Aus Punkt 5.2.1 der AAB (Notwendige Subunternehmer/verbundene Unternehmen) ergibt sich, dass Bieter, die sich auf Eignungsnachweise von notwendigen Subunternehmern/verbundenen Unternehmen stützen, auch diese Nachweise der notwendigen Subunternehmern/verbundenen Unternehmen mit dem Angebot (dies betrifft den Zeitpunkt der Vorlage) vorzulegen haben. Im Folgesatz des Punktes

5.2.1 wird jedoch - in Entsprechung der gesetzlichen Regelungen, wonach der Eignungsnachweis auch mittels Eigenerklärung geführt werden kann zu sowohl für die eigene Eignung des Bieters als auch für die Eignung eines zur Substitution der fehlenden eigenen Eignung herangezogenen Subunternehmers - die Möglichkeit der Nachweiserbringung im Wege der Eigenerklärung festgelegt ("der Nachweis mittels einer Eigenerklärung ist auch für Subunternehmer/verbundene Unternehmen zulässig - siehe auch Randziffer 43").

Dies bedeutet, dass der Auftraggeber sowohl für Bieter als auch für notwendige Subunternehmer/verbundene Unternehmen die grundsätzliche Möglichkeit der Nachweiserbringung durch Eigenerklärung eröffnet hat (vgl § 70 Abs 2 BVerG). Dies wird auch durch die Rz 43 des Punktes 6.1 bekräftigt (siehe unten). Dies bedeutet, dass der Auftraggeber sowohl für Bieter als auch für notwendige Subunternehmer/verbundene Unternehmen die grundsätzliche Möglichkeit der Nachweiserbringung durch Eigenerklärung eröffnet hat vergleiche Paragraph 70, Absatz 2, BVerG). Dies wird auch durch die Rz 43 des Punktes 6.1 bekräftigt (siehe unten).

Aus Punkt 6.1 (Eignungskriterien) ergibt sich, dass die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss. Dies entspricht den diesbezüglichen Vorgaben des § 69 Z 1 BVerG. Aus Punkt 6.1 (Eignungskriterien) ergibt sich, dass die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss. Dies entspricht den diesbezüglichen Vorgaben des Paragraph 69, Ziffer eins, BVerG.

In Rz 43 des Punktes 6.1 ist Folgendes festgelegt:

Der Bieter bzw Subunternehmer/verbundene Unternehmen können den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch Vorlage einer Eigenerklärung gem § 70 (2) bzw 83 (3) BVerG erbringen. Der Bieter bzw Subunternehmer/verbundene Unternehmen können den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch Vorlage einer Eigenerklärung gem Paragraph 70, (2) bzw 83 (3) BVerG erbringen.

Dies ermöglicht die Nachweisführung durch Eigenerklärung iSd § 70 Abs 2 BVerG. Dies ermöglicht die Nachweisführung durch Eigenerklärung iSd Paragraph 70, Absatz 2, BVerG.

In Rz 44 des Punktes 6.1 wird schließlich auch die Möglichkeit der Nachweisführung durch den ANKÖ festgehalten. Dies entspricht § 70 Abs 5 BVerG. In Rz 44 des Punktes 6.1 wird schließlich auch die Möglichkeit der Nachweisführung durch den ANKÖ festgehalten. Dies entspricht Paragraph 70, Absatz 5, BVerG.

Der Auftraggeber hat somit alle 3 dem Gesetz entsprechenden Möglichkeiten der Nachweisführung (Vorlage, Eigenerklärung, ANKÖ) für gleichermaßen zulässig erklärt. Es obliegt somit dem Bieter, die Art und Weise der Nachweiserbringung für sich und die notwendigen Subunternehmer/verbunden Unternehmen nach seinem

Gutdünken zu wählen.

Auch die Regelung des Punktes 6.2.2 (Nachweise Befugnis), wonach der Bieter mit Angebotsabgabe seine Befugnis bzw. auch diejenige des/der Subunternehmer/s oder des/der verbundenen Unternehmen/s zu Erbringung der Leistung durch:

- -Strichaufzählung
einen Auszug aus dem Gewerberegister oder
- -Strichaufzählung
einen Auszug aus dem Mitgliederverzeichnis der Wirtschaftskammer oder
- -Strichaufzählung
einen gültigen Gewerbeschein

nachzuweisen hat, ergibt keine geänderte Sichtweise hinsichtlich der Möglichkeit der Führung des Eignungsnachweises mittels Eigenerklärung. Diese Bestimmung hat nämlich nur den "Grundfall" der Eignungsnachweisführung durch physische Vorlage der entsprechenden Unterlagen mit dem Angebot vor Augen. Diese Regelung muss daher mit der vom Auftraggeber zuvor ausdrücklich getroffenen Regelung der Möglichkeit der Abgabe einer Eigenerklärung zusammengelesen und gesetzeskonform interpretiert werden (§ 70 Abs 2 BVergG). Im Fall der Abgabe einer Eigenerklärung hat wesensgemäß keine (sofortige) physische Vorlage von Unterlagen durch den Bieter zu erfolgen. nachzuweisen hat, ergibt keine geänderte Sichtweise hinsichtlich der Möglichkeit der Führung des Eignungsnachweises mittels Eigenerklärung. Diese Bestimmung hat nämlich nur den "Grundfall" der Eignungsnachweisführung durch physische Vorlage der entsprechenden Unterlagen mit dem Angebot vor Augen. Diese Regelung muss daher mit der vom Auftraggeber zuvor ausdrücklich getroffenen Regelung der Möglichkeit der Abgabe einer Eigenerklärung zusammengelesen und gesetzeskonform interpretiert werden (Paragraph 70, Absatz 2, BVergG). Im Fall der Abgabe einer Eigenerklärung hat wesensgemäß keine (sofortige) physische Vorlage von Unterlagen durch den Bieter zu erfolgen.

Die genannte Bestimmung nimmt auch auf die Möglichkeit einer Nachweisführung mittels ANKÖ Bezug.

Für eine Nichtigerklärung dieser Bestimmung gibt es keine Grundlage.

Punkt 6.3.2 Anforderung Referenzen

Anforderungen Los 1

Kriterium	Beschreibung	Anforderungen
Projekttyp	Welche Art von Projekt	Lieferung und Montage von muss der Bieter bereits Büromöbeln an einen Auftraggeber umgesetzt haben (öffentlich oder privat)
Projektumsatz	Geforderter Mindestumsatz	größer/gleich Euro 100.000,-- exkl. USt.
Projektzeitraum	Wann wurde das Projekt umgesetzt	die Fertigstellung des jeweiligen Projekts darf nicht länger als 3 Jahre zurückliegen (Stichtag: Tag der Angebotsöffnung)

Als Mindestniveau wird festgelegt 3 geeignete, erfolgreich abgeschlossene Referenzprojekte

Anforderungen Los 2

Kriterium	Beschreibung	Anforderungen
Projekttyp	Welche Art von Projekt	Lieferung und Montage von muss der Bieter Schränken an einen Auftraggeber

bereits umgesetzt (öffentlich oder privat)

haben

Projektumsatz Geforderter Mindestumsatz größer/gleich Euro 50.000,--
exkl. USt.

Projektzeitraum Wann wurde das Projekt die Fertigstellung des jeweiligen
umgesetzt Projekts darf nicht länger als 3
Jahre zurückliegen (Stichtag: Tag
der Angebotsöffnung)

Als Mindestniveau wird festgelegt 1 geeignetes, erfolgreich
abgeschlossenes Referenzprojekt

6.3.3 Nachweise Referenzen

Als "geeignete Referenzen" gelten Referenzen, die die jeweiligen Anforderungen in den oben genannten Tabellen erfüllen.

Als "erfolgreich abgeschlossen" gilt eine Referenz wenn das jeweilige Projekt bereits vollständig abgewickelt wurde sowie fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde. Dies ist vom jeweiligen Leistungsempfänger zu bestätigen (Beilage 16)

Der Nachweis über erbrachte Referenzen ist grundsätzlich in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung (Beilage 16) beizubringen.

Ausnahmsweise ist der Nachweis durch eine einfache Erklärung des Bieters zulässig, sofern es sich bei dem Leistungsempfänger nicht um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des BVergG handelt und eine Bescheinigung des Leistungsempfängers nicht erhältlich ist.

Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) müssen jedenfalls folgende Angaben erhalten:

1. 1.Ziffer eins
Name und Sitz des Leistungsempfängers;
2. 2.Ziffer 2
Name und Kontaktdaten einer Auskunftsperson;
3. 3.Ziffer 3
Wert der Leistung;
4. 4.Ziffer 4
Zeit und Ort der Leistungserbringung;
5. 5.Ziffer 5
Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde.

Werden Nachweise über Leistungen vorgelegt, die der Bieter in Arbeitsgemeinschaften oder als Subunternehmer erbracht hat, ist der vom Unternehmer erbrachte Anteil an der Leistungserbringung anzugeben.

Sämtliche Anforderungen gelten je Referenz. Wird für mehrere Lose angeboten, erhöht sich die Anzahl der vorzulegenden Referenzen dementsprechend.

Als Referenz gilt jeweils ein einzelnes Projekt. Unabhängig voneinander abgewickelte Projekte gelten jeweils als Einzelprojekte, selbst wenn es eine gemeinsame vertragliche Grundlage (z.B. einen Rahmenvertrag) gibt.

Jegliche Doppelnennung von Referenzen ist unzulässig.

Nach Ansicht der Antragstellerin soll diese Bestimmung unklar sein. Für Bieter sei nicht ersichtlich, welche konkreten Kriterien die Referenzen erfüllen müssten. Dies stelle einen Verstoß gegen die zwingenden Mindestanforderungen in der Gestaltung von Ausschreibungsunterlagen dar. Die Bestimmung verstoße u.a. gegen die §§ 19 Abs 1 und 123 Abs 1 BVergG. Nach Ansicht der Antragstellerin soll diese Bestimmung unklar sein. Für Bieter sei nicht ersichtlich, welche

konkreten Kriterien die Referenzen erfüllen müssten. Dies stelle einen Verstoß gegen die zwingenden Mindestanforderungen in der Gestaltung von Ausschreibungsunterlagen dar. Die Bestimmung verstoße u.a. gegen die Paragraphen 19, Absatz eins und 123 Absatz eins, BVergG.

Diese Behauptungen vermag das BVA nicht nachzuvollziehen.

Der Auftraggeber und die mitbeteiligte Partei bestritten dieses Vorbringen unter Hinweis auf die konkreten Vorgaben hierzu in Punkt 6.3.2 und 6.3.3 der AAB.

Hierzu ist Folgendes festzuhalten:

Aus Punkt 6.3.2 ergeben sich die Anforderungen an Referenzprojekte, um als "geeignete" Referenzen iSd Punkt 6.3.3 anerkannt zu werden.

Rz 60 enthält für Los 1 (Büromöbel) die Anforderungen, dass es sich um die Lieferung und Montage von Büromöbeln mit einem Mindestauftragswert von Euro 100.000,-- exkl USt handeln muss. Irrelevant ist nach dieser Bestimmung, ob es sich um einen öffentlichen oder einen privaten Auftraggeber handelt. Voraussetzung der Anerkennung als geeignetes Referenzprojekt ist jedoch, dass die Fertigstellung nicht länger als 3 Jahre zurückliegen darf. Es sind 3 geeignete, erfolgreich abgeschlossene Referenzprojekte anzugeben. Wie sich aus Rz 63 des Punktes 6.3.3 ergibt, gilt eine Referenz dann als "erfolgreich abgeschlossen", wenn das jeweilige Projekt bereits vollständig abgewickelt wurde sowie fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde. Darüber ist vom jeweiligen Auftraggeber eine schriftliche Bestätigung (siehe Beilage 16) auszustellen.

Dass diese Regelungen unklar sein sollen, ist nicht ersichtlich. Die Voraussetzungen, unter denen eine Referenz als geeignet zu erachten ist, wurden vielmehr im Einzelnen geregelt. Diese ermöglichen dem Auftraggeber auch eine transparente und objektiv nachvollziehbare Angebotsprüfung (§ 123 Abs 1 BVergG). Dass diese Regelungen unklar sein sollen, ist nicht ersichtlich. Die Voraussetzungen, unter denen eine Referenz als geeignet zu erachten ist, wurden vielmehr im Einzelnen geregelt. Diese ermöglichen dem Auftraggeber auch eine transparente und objektiv nachvollziehbare Angebotsprüfung (Paragraph 123, Absatz eins, BVergG).

Wenn die Referenz für Los 1 sämtliche dieser Vorgaben erfüllt, ist sie demnach als "geeignet" anzusehen. Eine Unklarheit dieser Bestimmung konnte der erkennende Senat nicht feststellen. Vielmehr handelt es sich um eine klare, praktikable und den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Festlegung. Von einem Verstoß gegen die §§ 19 Abs 1 und 123 Abs 1 BVergG sowie einem Verstoß gegen die zwingenden Mindestanforderungen in der Gestaltung von Ausschreibungsunterlagen ist nicht auszugehen. Wenn die Referenz für Los 1 sämtliche dieser Vorgaben erfüllt, ist sie demnach als "geeignet" anzusehen. Eine Unklarheit dieser Bestimmung konnte der erkennende Senat nicht feststellen. Vielmehr handelt es sich um eine klare, praktikable und den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Festlegung. Von einem Verstoß gegen die Paragraphen 19, Absatz eins und 123 Absatz eins, BVergG sowie einem Verstoß gegen die zwingenden Mindestanforderungen in der Gestaltung von Ausschreibungsunterlagen ist nicht auszugehen.

Das oben Gesagte gilt entsprechend für die Referenzvorgaben zu Los 2 (Gerichtsschranke).

8.2.1 Zuschlagskriterien

Die Entscheidung, mit welchem geeigneten Unternehmer die Rahmenvereinbarung je Los geschlossen wird, wird nach dem Bestbieterprinzip unter Zugrundelegung nachstehender Zuschlagskriterien getroffen:

Kriterien für alle Lose	Max. Punktezahl	Siehe Punkt
-------------------------	-----------------	-------------

Bewertungsrelevanter

Gesamtpreis	90,00	8.2.1.1.1
-------------	-------	-----------

Bewertungsrelevante

Garantieverlängerung	10,00	8.2.1.1.2
----------------------	-------	-----------

Gesamt	100,00	
--------	--------	--

Insgesamt werden je Los maximal 100,00 Punkte vergeben. Eine Vergabe von Minuspunkten in einzelnen Kriterien ist nicht ausgeschlossen.

Auf Basis der erreichten Gesamtpunkteanzahl wird eine Reihung der technischwirtschaftlich günstigsten Angebote vorgenommen.

8.2.1.1 Detailerläuterung bzw. Beispiele zur Bewertung der Zuschlagskriterien

Die errechneten Punktezahlen je Zuschlagskriterium werden jeweils auf 2 Nachkommastellen kaufmännisch gerundet.

Die Berechnung der Punkte wird jeweils separat für jedes Los nach dem gleichen Schema durchgeführt.

8.2.1.1.1 Bewertungsrelevanter Gesamtpreis

Der bewertungsrelevante Gesamtpreis je Los ergibt sich aus der Summe der im jeweiligen Tabellenblatt "Preisblatt" errechneten Summe der Gesamtpreise zuzüglich des errechneten Mindermengenzuschlages und abzüglich des errechneten Großlieferungsrabattes und wird im Tabellenblatt "Kostenübersicht" automatisch ausgewiesen.

Jenes Angebot mit dem niedrigsten bewertungsrelevanten Gesamtpreis erhält 90,00 Punkte. Den weiteren Angeboten werden je Prozent höherem Preis jeweils 0,90 Punkte abgezogen. Das bedeutet ein Angebot, welches einen doppelt so hohen bewertungsrelevanten Gesamtpreis wie jenes Angebot mit dem niedrigsten bewertungsrelevanten Gesamtpreis aufweist erhält 0,00 Punkte.

Berechnungsbeispiel "Bewertungsrelevanter Gesamtpreis" für das Angebot des Bieters 1

Angebot X

Punkte $90 - (((\text{-----}) - 1) \times 90)$

niedrigster bew. rel. Gesamtpreis

bewert. rel. :

Gesamtpreis Angebot 1 Euro 4.939.450,57

$90 - (((\text{-----}) - 1) \times 90)$

Angebot 2 Euro 4.100.125,35

= 71,58 für das Angebot 1

8.2.1.1.2 Bewertungsrelevante Garantieverlängerung

Die geforderte Mindestgaranzienlaufzeit gemäß Rahmenvereinbarung beträgt 2 Jahre. Der Bieter hat die Möglichkeit, zusätzliche Garantiejahre für alle Produkte, welche im Leistungsverzeichnis abgebildet sind (Kernwarenkorb), anzubieten.

Für jedes zusätzliche Garantiejahr werden 5,00 Punkte vergeben. Maximal 2 zusätzliche Garantiejahre sind bewertungsrelevant. Es können daher in diesem Kriterium maximal 10,00 Punkte erreicht werden.

Die Antragstellerin brachte zu den Zuschlagskriterien vor, dass diese insofern intransparent seien, als in den Ausschreibungsunterlagen nicht dargelegt sei, wann es zu einer Vergabe von Minuspunkten kommen könne.

Aus Punkt 8.2.1, Rz 159 und 160, ergibt sich unmissverständlich, dass die maximale Punktezahl je Los 100,00 Punkte beträgt (max 90 Punkte für den Gesamtpreis und 10 Punkte für eine Garantieverlängerung). Detailerläuterungen (inklusive eines Berechnungsbeispiels) zur konkreten Vorgangsweise der Ermittlung der Punktezahl für den bewertungsrelevanten Gesamtpreis werden in Punkt 8.2.1.1.1 dargestellt. Nach Rz 165 der zit Bestimmung erhält das Angebot mit dem niedrigsten bewertungsrelevanten Gesamtpreis 90,00 Punkte. Wenn der Preis eines Angebotes 1% höher als der niedrigste bewertungsrelevante Gesamtpreis ist, führt dies zu einem Abzug von 0,9 Punkten. Wenn ein Angebot also einen doppelt so hohen Gesamtpreis aufweist, wie das "günstigste" Angebot, erhält dieses 0 Punkte.

Exakt diese Möglichkeit wird auch in Rz 160 dargestellt. Dort heißt es: Eine Vergabe von Minuspunkten in einzelnen Kriterien ist nicht ausgeschlossen.

Eine Vergabe von Minuspunkten ist nur beim Kriterium "Gesamtpreis" denk möglich. Im zweiten Zuschlagskriterium "Garantieverlängerung" beträgt nämlich die Punktezahl im Falle, dass keine Garantieverlängerung angeboten wird, 0 Punkte. Für eine Verlängerung um 1 Jahr werden 5, bei einer Verlängerung um 2 Jahre 10 Punkte vergeben. Das bedeutet, dass in diesem Kriterium maximal 10 Punkte erreicht werden können. Zu Minuspunkten kann es im

Kriterium "Garantieverlängerung" bereits deshalb nicht kommen, da bei einer allfälligen Unterschreitung der Mindestgarantielaufzeit von 2 Jahren das Angebot als den Ausschreibungsbedingungen widersprechend zwingend auszuschneiden wäre.

Nach dem Gesagten ergibt sich aus der Ausschreibung eindeutig und zweifelsfrei, dass eine Vergabe von Minuspunkten nur im Kriterium "Gesamtpreis" möglich ist. Wenn sich die Antragstellerin am Wort "einzelnen" in Rz 160 "stoßen" sollte, ist anzumerken, dass es sich hierbei allfällig um eine unglückliche Formulierung handelt, die jedoch am dargestellten Ergebnis nichts zu ändern vermag. Eine Zusammenschau dieser Festlegung mit den Festlegungen in den Rz 165 und 167 lässt keinen Zweifel daran, dass es nur im Kriterium "Gesamtpreis" zur Vergabe von Minuspunkten kommen kann. Dies muss jedem durchschnittlichen fachkundigen Bieter auch bewusst sein. Eine Intransparenz war nicht zu erkennen.

Conclusio:

Ein Verstoß gegen die vergaberechtlichen Grundsätze des § 19 Abs 1 BVergG oder gegen die Bestimmungen des § 78 Abs 3 BVergG war bei sämtlichen der oben genannten Festlegungen der Ausschreibung nicht zu erkennen. Ein Verstoß gegen die vergaberechtlichen Grundsätze des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG oder gegen die Bestimmungen des Paragraph 78, Absatz 3, BVergG war bei sämtlichen der oben genannten Festlegungen der Ausschreibung nicht zu erkennen.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

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

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt I. des gegenständlichen Bescheides ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der für den Nachprüfungsantrag geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. des gegenständlichen Bescheides ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der für den Nachprüfungsantrag geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

22.11.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at