

TE Verg Bescheid 2013/6/27 N/0050- BVA/13/2013-18, N/0051- BVA/13/2013-16, N/0052- BVA/13/2013-16

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.06.2013

Norm

BVergG 2006 §328

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber sowie Dr. Friedrich Rödler als Mitglied der Auftraggeberseite und DI. Josef Robl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln & Gerichtsschränken, GZ 2101.01930" der Auftraggeber Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß Punkt

3.2. in den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sowie Punkt 2 in der Rahmenvereinbarung, alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die W***, aufgrund der zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Anträge der Erstantragstellerin A***, vertreten durch X***, vom 29.05.2013, der Zweitantragstellerin B***, vertreten durch Y***, vom 29.05.2013 und der Drittantragstellerin C***, vertreten durch Z***, vom 3.6.2013, wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Den Anträgen aller drei Antragstellerinnen auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wird gem § 325 BVergG 2006 stattgegeben. Die Ausschreibung wird für nichtig erklärt. Den Anträgen aller drei Antragstellerinnen auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wird gem Paragraph 325, BVergG 2006 stattgegeben. Die Ausschreibung wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag der Erstantragstellerin auf Gebührenersatz wird gem § 319 BVergG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Erstantragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 1.800,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung

dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen des Rechtsvertreters der Erstantragstellerin zu bezahlen. Dem Antrag der Erstantragstellerin auf Gebührenersatz wird gem Paragraph 319, BVergG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Erstantragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 1.800,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen des Rechtsvertreters der Erstantragstellerin zu bezahlen.

III.römisch drei.

Dem Antrag der Zweitantragstellerin auf Gebührenersatz wird gem § 319 BVergG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Zweitantragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 1.800,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu bezahlen. Dem Antrag der Zweitantragstellerin auf Gebührenersatz wird gem Paragraph 319, BVergG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Zweitantragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 1.800,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu bezahlen.

IV.römisch vier.

Dem Antrag der Drittantragstellerin auf Gebührenersatz wird gem § 319 BVergG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Drittantragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 1.800,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen des Rechtsvertreters der Drittantragstellerin zu bezahlen. Dem Antrag der Drittantragstellerin auf Gebührenersatz wird gem Paragraph 319, BVergG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Drittantragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 1.800,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen des Rechtsvertreters der Drittantragstellerin zu bezahlen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 29.05.2013, beim BVA eingelangt am 29.05.2013, beehrte die Erstantragstellerin die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibungsunterlage, Akteneinsicht, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeber.

Begründend wurde von der Erstantragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass mit Bekanntmachung vom 26.4.2013 die Auftraggeber zur Zahl 2013/S 082-137765 die "Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln & Gerichtsschränken" EU-weit ausgeschrieben hätten. Bei dem ausgeschrieben Verfahren handle es sich um ein offenes Verfahren. Auftraggeber seien die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beigelegten Drittkundenliste. Die Angebotsabgabe sei für den 11.6.2013, 10:00 Uhr vorgesehen. Der geschätzte Gesamtauftragswert belaufe sich auf EUR 37,95 Mio. Mit Bekanntmachung vom 28.11.2012 zu Zahl 2012/S 229- 377207 hätten die Auftraggeber die gegenständliche Ausschreibung bereits einmal ausgeschrieben. Das Verfahren sei jedoch widerrufen worden. Die gegenständliche Ausschreibung stelle im Wesentlichen eine Neuauflage der gescheiterten Ausschreibung dar.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt. Die angefochtene Ausschreibung enthalte folgende Rechtswidrigkeiten:

1. 1.Ziffer eins

Rechtswidrigkeit der Ausschreibung

1.1. Widersprüchliche Angaben zur Anzahl der Rahmenvereinbarungspartner

Die Bekanntmachung und die Ausschreibungsunterlagen würden abweichende und unvollständige Angaben zur Anzahl der möglichen Rahmenvereinbarungspartner enthalten.

1.2. Fehlende Bedarfserhebung

In einem ersten Versuch diese Ausschreibung aufzulegen hätten die Auftraggeber am 27.11.2012 die gegenständlichen Ausschreibungen bereits einmal ausgeschrieben. Der Gesamtauftragswert habe sich damals auf rund EUR 10.200.000,- - belaufen. Das Verfahren sei jedoch widerrufen worden. Die gegenständliche Ausschreibung stelle einen neuen

Versuch derselben Ausschreibung dar. Der Auftragsgesamtwert betrage in der gegenständlichen Ausschreibung allerdings rund EUR 37.950.000 Mio. Im Vergleich zur vormals geplanten Ausschreibung habe sich der geschätzte Auftragswert nunmehr mehr als verdreifacht. Wie dieser drastische Bedarfsanstieg zu erklären sei, sei nicht erkennbar. Die Auftragswertschätzung habe nach § 13 Abs 3 BVergG sachkundig zu erfolgen. Die vorliegende Schätzung erfülle diese Anforderungen nicht und lasse für den Bieter keinerlei Rückschlüsse auf den tatsächlichen Bedarf der abrufberechtigten Auftraggeber zu. In einem ersten Versuch diese Ausschreibung aufzulegen hätten die Auftraggeber am 27.11.2012 die gegenständlichen Ausschreibungen bereits einmal ausgeschrieben. Der Gesamtauftragswert habe sich damals auf rund EUR 10.200.000,-- belaufen. Das Verfahren sei jedoch widerrufen worden. Die gegenständliche Ausschreibung stelle einen neuen Versuch derselben Ausschreibung dar. Der Auftragsgesamtwert betrage in der gegenständlichen Ausschreibung allerdings rund EUR 37.950.000 Mio. Im Vergleich zur vormals geplanten Ausschreibung habe sich der geschätzte Auftragswert nunmehr mehr als verdreifacht. Wie dieser drastische Bedarfsanstieg zu erklären sei, sei nicht erkennbar. Die Auftragswertschätzung habe nach Paragraph 13, Absatz 3, BVergG sachkundig zu erfolgen. Die vorliegende Schätzung erfülle diese Anforderungen nicht und lasse für den Bieter keinerlei Rückschlüsse auf den tatsächlichen Bedarf der abrufberechtigten Auftraggeber zu.

1.3. Unkalkulierbare Risiken wegen unbestimmten

Leistungsumfangs

Angesichts der (fehlenden) Festlegungen - und wohl auch fehlenden Informationen im Rahmen der Auftragswertschätzung - könne von einer seriösen Bedarfserhebung und Auftragswertschätzung nicht die Rede sein. Dies führe dazu, dass die Ausschreibung rechtswidrig sei, da sie zwangsläufig unkalkulierbare Risiken einschließe. Die fehlende preisliche Berücksichtigung von Mengenabweichungen (insbesondere Mindermengen in jedem beliebigen Ausmaß) und die unbestimmten Einzelabrufmengen führten zur Überbindung unkalkulierbarer Risiken und verstoße die Ausschreibung insoweit gegen § 78 Abs 3 BVergG. Angesichts der (fehlenden) Festlegungen - und wohl auch fehlenden Informationen im Rahmen der Auftragswertschätzung - könne von einer seriösen Bedarfserhebung und Auftragswertschätzung nicht die Rede sein. Dies führe dazu, dass die Ausschreibung rechtswidrig sei, da sie zwangsläufig unkalkulierbare Risiken einschließe. Die fehlende preisliche Berücksichtigung von Mengenabweichungen (insbesondere Mindermengen in jedem beliebigen Ausmaß) und die unbestimmten Einzelabrufmengen führten zur Überbindung unkalkulierbarer Risiken und verstoße die Ausschreibung insoweit gegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG.

1.4. Vielzahl von Auftraggebern ohne Bedarf

Die Drittkundenliste umfasse über 1.300 Auftraggeber. Da es sich bei den auf der Drittkundenliste angeführten vermeintlichen Drittkunden überwiegend um Auftraggeber ohne tatsächlichen Bedarf - oder lediglich mit sehr geringem Bedarf - handle, wäre es die Aufgabe der Auftraggeber gewesen diese Liste entsprechend zu bereinigen, dem seien die Auftraggeber jedoch nicht nachgekommen.

2. Rechtswidrigkeit der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen

2.1. Unzulässiger Ausschluss von Mehrfachbeteiligungen

Die Ausschreibungsbedingungen würden einen Ausschluss der Möglichkeit zur Mehrfachbeteiligung vorsehen. Ein derartiger Ausschluss sei rechtswidrig. Im Falle einer Mehrfachbeteiligung, müsse den betroffenen Bietern durch den öffentlichen Auftraggeber (bzw die vergebende Stelle) im Rahmen einer Aufklärung die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, ob der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden sei bzw dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden seien und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht bestehe. Ein automatischer Ausschluss einer Mehrfachbeteiligung sei hingegen nicht zulässig. Der VwGH habe in diesem Zusammenhang im letzten Jahr (VwGH vom 18.6.2012, Z1. 2010/04/0011) mit Bezug zur Rechtsprechung des EuGH (Rs C- 376/08, Serrantoni und Rs C- 538/07, Assitur) festgestellt, dass eine Mehrfachbeteiligung nicht automatisch und in jedem Fall als eine wettbewerbswidrige Abrede beurteilt werden dürfe, da eine solche Mehrfachbeteiligung rein zahlenmäßig zu mehr Bietern und damit zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation führe.

2.2. Unzulässige Offenlegungspflicht

Die Festlegung, wonach Bietergemeinschaften in ihrem Angebot die Gründe für die Bildung der Bietergemeinschaft offenzulegen hätten sei rechtswidrig. Die Bestimmung entbehrte jeder Grundlage im Gesetz und sei daher unzulässig.

2.3. Unzulässige Bestimmung zum Wechsel von Subunternehmern

In den Ausschreibungsbedingungen sei festgelegt, dass ein Wechsel eines Subunternehmers/verbundenen Unternehmens der schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers bedürfe, der diese Zustimmung bei Gleichwertigkeit nicht verwehren werde. Die Gleichwertigkeit sei vom Bieter nachzuweisen. Die Bestimmung sei unzulässig. Der Auftraggeber lege nicht fest, an welchen Kriterien die Gleichwertigkeit eines Subunternehmers gemessen werde. Er behalte sich somit unzulässiger Weise einen Spielraum offen, willkürlich darüber zu entscheiden, ob der Wechsel des Subunternehmers/verbundenen Unternehmers als zulässig erachtet werde oder nicht. Dies sei rechtswidrig.

2.4. Unsachliche und unklare Anforderungen an Referenzen

Die Festlegung, dass der Auftragswert im Rahmen eines Auftrags erreicht worden sein müsse, sei sachlich nicht gerechtfertigt, da die Liefer- und Logistikkompetenz genauso - wenn nicht sogar in höherem Maße - durch mehrere Aufträge nachgewiesen werden könne. Zudem sei unklar, was der Auftraggeber unter "geeignete" Referenzprojekte verstehe. Weiters sei durch die Referenzvorgaben nicht geklärt, was unter "erfolgreich abgeschlossenen Referenzprojekten" verstanden werde.

2.5. Unklare Anforderungen an Mitarbeiter

Die zweite Ausbildungsalternative gemäß Punkt 6.3.4 der Ausschreibungsbedingungen sei unklar formuliert und sei nicht ersichtlich, welche Ausbildung bzw. Berufserfahrung nachzuweisen sei.

2.6. Unklare Vorgabe zu Produktbeschreibungen und Prüfzeugnissen / unsachliche Vorlageverpflichtung des Bieters

Die in Punkt 7.5 der Ausschreibungsbedingungen festgelegten Anforderungen an die Produktbeschreibung seien unklar.

2.7. Rechtswidrige Bemusterung

Die Auftraggeber würden sich in den Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit einräumen vom Bieter Muster der ausgeschriebenen Produkte zu verlangen. Die Lieferung dieser Muster habe innerhalb von 15 Tagen an einen von den Auftraggebern bestimmten Ort im Großraum Wien zu erfolgen oder seien die Muster auf Wunsch der Auftraggeber in den Räumlichkeiten des Bieters bereit zu stellen.

Da es sich bei den Mustern teilweise um Sonderanfertigungen handle, welche nur vom bisherigen Auftragnehmer der BBG in Serie gefertigt worden seien, sei diese Bestimmung gegenüber den anderen Bietern diskriminierend, da diese nur 15 Tage vor dem Bemusterungstermin davon in Kenntnis gesetzt würden. Weiters wurde vorgebracht, dass die Ausschreibung Rechtswidrigkeiten der Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (Rahmenvereinbarung) betreffend nachträgliche Änderung von Rahmenbedingungen, Rechtswidrigkeiten bei Verwaltungschargen für Drittkunden und Gebührenregelung, rechtswidrige Gewährleistungs- und Garantiebestimmungen, zu kurze Lieferfristen und eine unklare Vertragsstrafe bei Verzug enthalte.

Mit Schreiben vom 29.05.2013, beim BVA eingelangt am 31.05.2013, begehrte die Zweit Antragstellerin die Nichtigerklärung der Ausschreibung, Akteneinsicht, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Zweit Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass mit Bekanntmachung vom 26.4.2013 die Auftraggeber zu Zahl 2013/S 082-137765 die "Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln & Gerichtsschränken" EU-weit ausgeschrieben hätten. Bei dem ausgeschriebenen Verfahren handle es sich um ein offenes Verfahren. Auftraggeber seien die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beigelegten Drittkundenliste. Die Angebotsabgabe sei für den 11.6.2013, 10:00 Uhr vorgesehen. Der geschätzte Gesamtauftragswert belaufe sich auf EUR 37,95 Mio.

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

Die angefochtene Ausschreibung enthalte folgende Rechtswidrigkeiten:

1. 1.Ziffer eins

Überschießender Auftraggeberkreis und fehlende Vergabeabsicht (Punkt 3.2 AAB, Deckblatt ABB, Punkt 2 RV, Deckblatt RV und Bekanntmachung):Überschießender Auftraggeberkreis und fehlende Vergabeabsicht (Punkt 3.2 AAB, Deckblatt ABB, Punkt 2 RV, Deckblatt Regierungsvorlage und Bekanntmachung):

Die in der Drittkundenliste geführten Auftraggeber seien in Wahrheit nicht ernsthaft nach ihrem Büromöbel-Bedarf gefragt worden. Tatsächlich habe eine Vielzahl von Auftraggebern entweder gar keinen Bedarf oder zumindest einen gegenüber der Ausschreibung weitaus geringeren Bedarf, woraus sich letztlich auch die fehlende Vergabeabsicht der Auftraggeber ergebe.

2. 2.Ziffer 2

Unzureichendes Mengengerüst (Punkt 2.2 AAB):

Das in der Ausschreibung dargestellte "Mengengerüst" gebe keinerlei hinreichenden Aufschluss über die tatsächlich zu erwartenden Mengen, weil die angegebenen Mengen nicht auf einer Bedarfserhebung beruhen würden, Werte aus der Vergangenheit nicht geeignet seien um Rückschlüsse auf den aktuellen oder zukünftigen Bedarf der Auftraggeber zu ziehen und die angegebenen Mengen nicht einmal den Werten aus der Vergangenheit entsprechen würden (Los 1a, 1 b, 1 c und 3) oder überhaupt zugestandener Weise fiktiv seien (Los 2).

3. 3.Ziffer 3

Unbestimmte Produkte außerhalb "Kernwarenkorb" (Punkt 4.2 bis 4.4 RV):

In den Ausschreibungsunterlagen sei vorgesehen, dass die Bieter Produkte eines sogenannten "Kernwarenkorbs" preislich anzubieten hätten, wobei allein die Preise für die Produkte des Kernwarenkorbs in die Angebotsbewertung einfließen würden. Gemäß Punkt 4.2 bis 4.4 RV sei der Kernwarenkorb aber keine abschließende Darstellung des Leistungsgegenstandes. Vielmehr könnten bei Einzelabrufen je Los in unterschiedlichem Ausmaß beliebige Büromöbel bzw Schränke abgerufen werden. Für derartige inhaltlich nicht näher beschriebene Büromöbel außerhalb des Kernwarenkorbs würden in der Ausschreibung keine Preise abgefragt und diese Möbel bei der Angebotsbewertung auch ignoriert. Im Ergebnis könnten also die Auftraggeber auf Grund der Rahmenvereinbarung je nach Los beschränkt (Los 1 und 3) oder uneingeschränkt (Los 2) Leistungen beauftragen, die bei der Vergabe der Rahmenvereinbarung keinem Wettbewerb unterzogen würden. Auch damit sei die Ausschreibung in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. In den Ausschreibungsunterlagen sei vorgesehen, dass die Bieter Produkte eines sogenannten "Kernwarenkorbs" preislich anzubieten hätten, wobei allein die Preise für die Produkte des Kernwarenkorbs in die Angebotsbewertung einfließen würden. Gemäß Punkt 4.2 bis 4.4 Regierungsvorlage sei der Kernwarenkorb aber keine abschließende Darstellung des Leistungsgegenstandes. Vielmehr könnten bei Einzelabrufen je Los in unterschiedlichem Ausmaß beliebige Büromöbel bzw Schränke abgerufen werden. Für derartige inhaltlich nicht näher beschriebene Büromöbel außerhalb des Kernwarenkorbs würden in der Ausschreibung keine Preise abgefragt und diese Möbel bei der Angebotsbewertung auch ignoriert. Im Ergebnis könnten also die Auftraggeber auf Grund der Rahmenvereinbarung je nach Los beschränkt (Los 1 und 3) oder uneingeschränkt (Los 2) Leistungen beauftragen, die bei der Vergabe der Rahmenvereinbarung keinem Wettbewerb unterzogen würden. Auch damit sei die Ausschreibung in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig.

Weiters wurde vorgebracht, dass die Ausschreibung ein rechtswidriges Zuschlagskriterium bewertungsrelevanter Gesamtpreis (Punkt 8.2 AAB), ein unzureichendes Mengengerüst (Punkt 2.2 AAB) iZm mit Zuschlagskriterium Gesamtpreis und Gebühren der BBG, rechtswidrige Zuschlagskriterien für den erneuten Aufruf zum Wettbewerb in Los 2 (Punkt 5.2.3 RV), eine rechtswidrige Änderung der Vertragsbedingungen (Punkt 5.2 RV) und rechtswidrige Haftungsbeschränkungen (Punkt 10.3.4 RV) enthalte. Weiters wurde vorgebracht, dass die Ausschreibung ein rechtswidriges Zuschlagskriterium bewertungsrelevanter Gesamtpreis (Punkt 8.2 AAB), ein unzureichendes Mengengerüst (Punkt 2.2 AAB) iZm mit Zuschlagskriterium Gesamtpreis und Gebühren der BBG, rechtswidrige Zuschlagskriterien für den erneuten Aufruf zum Wettbewerb in Los 2 (Punkt 5.2.3 RV), eine rechtswidrige Änderung der Vertragsbedingungen (Punkt 5.2 Regierungsvorlage und rechtswidrige Haftungsbeschränkungen (Punkt 10.3.4 Regierungsvorlage enthalte.

Mit Schreiben vom 3.6.2013, beim BVA eingelangt am 3.6.2013, begehrte die Drittantragstellerin die Nichtigerklärung der Ausschreibung, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeber.

Begründend wurde von der Drittantragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass mit Bekanntmachung vom 26.4.2013 die Auftraggeber zu Zahl 2013/S 082-137765 die "Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln & Gerichtsschränken" EU-weit ausgeschrieben hätten. Auftraggeber seien die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beigelegten Drittkundenliste.

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

Die angefochtene Ausschreibung enthalte folgende

Rechtswidrigkeiten:

Fehlende Erhebung des konkreten Beschaffungsbedarfes:

Nach dem Inhalt der Ausschreibungsunterlagen trete die BBG als Vertreter der Republik Österreich (Bund) einerseits sowie ca. 1340 sonstiger Auftraggeber andererseits auf. Mit dieser Festlegung würden die Antragsgegner gegen die §§ 13 ff, 96 ff BVergG verstoßen, aus denen sich ergebe, dass ein Auftraggeber den tatsächlich benötigten Beschaffungsbedarf sachkundig zu erheben, im Rahmen des geschätzten Auftragswertes zu berücksichtigen und in den Ausschreibungsunterlagen darzustellen habe. Es sei nämlich offensichtlich, dass die BBG tatsächlich nicht im Namen sämtlicher genannter öffentlicher Auftraggeber und Sektorenauftraggeber auftreten könne, weil sie dafür von sämtlichen dieser Auftraggeber den Beschaffungsbedarf hätte ermitteln müssen. Die BBG wolle sich offensichtlich ohne exakte Ermittlung des tatsächlich benötigten Beschaffungsbedarfs einen Abruf aus einer zu schließenden Rahmenvereinbarung durch sämtliche in der Drittkundenliste genannten Auftraggebern offen halten. Die Ausschreibungsbedingungen seien daher bereits wegen Verstoßes gegen die §§ 13 ff, 96 ff BVergG rechtswidrig. Nach dem Inhalt der Ausschreibungsunterlagen trete die BBG als Vertreter der Republik Österreich (Bund) einerseits sowie ca. 1340 sonstiger Auftraggeber andererseits auf. Mit dieser Festlegung würden die Antragsgegner gegen die Paragraphen 13, ff, 96 ff BVergG verstoßen, aus denen sich ergebe, dass ein Auftraggeber den tatsächlich benötigten Beschaffungsbedarf sachkundig zu erheben, im Rahmen des geschätzten Auftragswertes zu berücksichtigen und in den Ausschreibungsunterlagen darzustellen habe. Es sei nämlich offensichtlich, dass die BBG tatsächlich nicht im Namen sämtlicher genannter öffentlicher Auftraggeber und Sektorenauftraggeber auftreten könne, weil sie dafür von sämtlichen dieser Auftraggeber den Beschaffungsbedarf hätte ermitteln müssen. Die BBG wolle sich offensichtlich ohne exakte Ermittlung des tatsächlich benötigten Beschaffungsbedarfs einen Abruf aus einer zu schließenden Rahmenvereinbarung durch sämtliche in der Drittkundenliste genannten Auftraggebern offen halten. Die Ausschreibungsbedingungen seien daher bereits wegen Verstoßes gegen die Paragraphen 13, ff, 96 ff BVergG rechtswidrig.

Zwingende Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken durch die Bieter:

Die Ausschreibung sei in den folgenden Punkten rechtswidrig, weil sie den Bietern eine Angebotslegung nicht ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken erlaube: Zum einen sei in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass den Auftraggeber keine Pflicht treffe, Leistungen aus der abgeschlossenen Rahmenvereinbarung abzurufen. Zum anderen würden die kommerziellen Ausschreibungsbedingungen regeln, dass die Bieter ihre Leistungen (Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes) spätestens innerhalb von 40 Tagen nach Auftragserteilung erbringen müssten. In Anbetracht der ausgeschriebenen Auftragsmenge sei eine solche Verpflichtung zur Leistungserbringung nur dann zu erfüllen, wenn entsprechende Liefermengen auch ohne bereits erfolgte Bestellung hergestellt und vorrätig auf Lager gehalten würden. Eine solche Herstellung und vorläufige Auflagerhaltung berge ein erhebliches Risiko in sich, wenn den Vertragspartner keine Abnahmeverpflichtung treffe. Ein solches Risiko sei für einen Bieter nicht kalkulierbar.

Verstoß gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere § 19 BVergG wegen Festlegung einer willkürlichen Verfahrensdurchführung; Verstoß gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere Paragraph 19, BVergG wegen Festlegung einer willkürlichen Verfahrensdurchführung:

Es sei in den Ausschreibungsbedingungen festgelegt, dass eine Bietergemeinschaft im Auftragsfall die Leistungen als Arbeitsgemeinschaft zu erbringen habe. Würde eine Bietergemeinschaft auch bei Überschreiten der Umsatzschwellen der §§ 8, 189 UGB ihre Leistungen als Arbeitsgemeinschaft (GesBR) erbringen und dies in Anbetracht des hohen

Auftragsvolumens in ihrem Angebot entsprechend der Festlegung der Antragsgegner offenlegen, würde sie ein gesetzlichen Vorschriften widersprechendes und somit auszuschheidendes Angebot legen. Im Falle der Ankündigung der Gründung einer OG im Auftragsfall würde sie ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot legen. Die Festlegung führe somit in jedem Fall dazu, dass der Auftraggeber Angebote von Bietergemeinschaften stets ausscheiden könne bzw müsse. Es sei in den Ausschreibungsbedingungen festgelegt, dass eine Bietergemeinschaft im Auftragsfall die Leistungen als Arbeitsgemeinschaft zu erbringen habe. Würde eine Bietergemeinschaft auch bei Überschreiten der Umsatzschwellen der Paragraphen 8, 189, UGB ihre Leistungen als Arbeitsgemeinschaft (GesBR) erbringen und dies in Anbetracht des hohen Auftragsvolumens in ihrem Angebot entsprechend der Festlegung der Antragsgegner offenlegen, würde sie ein gesetzlichen Vorschriften widersprechendes und somit auszuschheidendes Angebot legen. Im Falle der Ankündigung der Gründung einer OG im Auftragsfall würde sie ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot legen. Die Festlegung führe somit in jedem Fall dazu, dass der Auftraggeber Angebote von Bietergemeinschaften stets ausscheiden könne bzw müsse.

Unzulässiger Ausschluss einer Mehrfachbeteiligung:

Die Möglichkeiten der Mehrfachbeteiligung seien in Punkt 5.1 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen erheblich eingeschränkt. Eine solche Festlegung sei vom VwGH (VwGH 18.06.2012, 2010/04/0011) unter Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-376/08, Serrantoni, sowie in der Rs C- 538/07, Assitur, als rechtswidrig erkannt worden, weil eine Mehrfachbeteiligung nicht automatisch und in jedem Fall als eine wettbewerbswidrige Abrede zu beurteilen sei und eine Mehrfachbeteiligung rein zahlenmäßig zu mehr Bietern und damit zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation führe. Vielmehr müsse den betroffenen Bietern durch einen öffentlichen Auftraggeber im Rahmen einer Aufklärung die Möglichkeit gegeben werden nachzuweisen, dass der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis nicht beeinflusst worden sei bzw. dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden seien und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht bestehe. Die in diesem Zusammenhang getroffene Festlegung in Punkt 5.2 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, wonach der vergebenden Stelle auf Verlangen jederzeit Einsicht in die entsprechenden Teile des Subunternehmerangebotes oder des Angebotes des verbundenen Unternehmens bzw. die jeweiligen Vereinbarungen zu gewähren sei, stelle einen unzulässigen Eingriff in die Datenschutzrechte und Geschäftsgeheimnisse des Bieters dar. Die Ausschreibungsunterlagen seien daher auch aus diesem Grund rechtswidrig.

Weiters wurde vorgebracht, dass die Ausschreibung einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB, einen Verstoß gegen § 151 Abs 3 BVergG, eine Rechtswidrigkeit des Zuschlagsprinzips, Rechtswidrigkeiten in Zusammenhang mit dem Nachweis der Eignung und dem abzugebenden Angebot und eine Ungleichbehandlung der Bieter enthalte. Weiters wurde vorgebracht, dass die Ausschreibung einen Verstoß gegen Paragraph 879, Absatz 3, ABGB, einen Verstoß gegen Paragraph 151, Absatz 3, BVergG, eine Rechtswidrigkeit des Zuschlagsprinzips, Rechtswidrigkeiten in Zusammenhang mit dem Nachweis der Eignung und dem abzugebenden Angebot und eine Ungleichbehandlung der Bieter enthalte.

Mit Schreiben der Auftraggeber vom 5.6.2013 gaben diese bekannt, dass Auftraggeber die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß Punkt 3.2. in den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sowie Punkt 2 in der Rahmenvereinbarung, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH seien. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 37.950.000,-- exklusive USt der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip für die Lose 1a, 1b, 1c sowie 3 und nach dem Billigstbieterprinzip für das Los 2 vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 25.04.2013 (Online) und am 27.04.2013 (Printausgabe) im Amtsblatt der Wiener Zeitung veröffentlicht und in der EU am 26.04.2013 erfolgt. Die Angebotsöffnung sei noch nicht erfolgt.

Mit Schreiben der Auftraggeber vom 7.6.2013 brachten diese - soweit entscheidungsrelevant - vor, dass wie der EuGH festgestellt habe, ein genereller Ausschluss von Mehrfachbeteiligungen unzulässig sei. Erforderlich sei jeweils eine Einzelfallprüfung. Die gegenständliche Einschränkung stütze sich aber nicht auf § 129 (Anm.: gemeint offenbar BVergG 2006) sondern auf § 20 Abs. 2 (Anm.: gemeint offenbar BVergG 2006). Der Einzelfall sei hier nicht die Absprache, sondern die Ausschreibung. Es müsse noch keine wettbewerbswidrige Absprache vorliegen, sondern der Ausschluss lediglich sachlich gerechtfertigt sein. Zu berücksichtigen sei, dass hier keine Teilvergabe für Gewerke vorgesehen sei, allfällige Mitglieder der Bietergemeinschaft könnten daher die Leistungsteile nicht so absolut abgrenzen wie dies bei Bauleistungen der Fall sei. Des Weiteren sei der geeignete Markt recht klein und Absprachen dementsprechend

gefährlich. Mehrfachbeteiligungen würden auch nicht generell ausgeschlossen, da eine Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer nach wie vor zulässig sei. Gerade die Konstellation als Bieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft sei aber ohnehin ohne Einschränkung des Wettbewerbes kaum denkbar, da das jeweilige Unternehmen beide Angebote unterschreibe und ihm die Erklärung daher vollinhaltlich zugerechnet werden müsse. Mit Schreiben der Auftraggeber vom 7.6.2013 brachten diese - soweit entscheidungsrelevant - vor, dass wie der EuGH festgestellt habe, ein genereller Ausschluss von Mehrfachbeteiligungen unzulässig sei. Erforderlich sei jeweils eine Einzelfallprüfung. Die gegenständliche Einschränkung stütze sich aber nicht auf Paragraph 129, Anmerkung, gemeint offenbar BVergG 2006) sondern auf Paragraph 20, Absatz 2, Anmerkung, gemeint offenbar BVergG 2006). Der Einzelfall sei hier nicht die Absprache, sondern die Ausschreibung. Es müsse noch keine wettbewerbswidrige Absprache vorliegen, sondern der Ausschluss lediglich sachlich gerechtfertigt sein. Zu berücksichtigen sei, dass hier keine Teilvergabe für Gewerke vorgesehen sei, allfällige Mitglieder der Bietergemeinschaft könnten daher die Leistungsteile nicht so absolut abgrenzen wie dies bei Bauleistungen der Fall sei. Des Weiteren sei der geeignete Markt recht klein und Absprachen dementsprechend gefährlich. Mehrfachbeteiligungen würden auch nicht generell ausgeschlossen, da eine Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer nach wie vor zulässig sei. Gerade die Konstellation als Bieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft sei aber ohnehin ohne Einschränkung des Wettbewerbes kaum denkbar, da das jeweilige Unternehmen beide Angebote unterschreibe und ihm die Erklärung daher vollinhaltlich zugerechnet werden müsse.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. Juni 2013, N/0050- BVA/13/2013-EV10, wurde der Lauf der Angebotsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. Juni 2013, N/0051-BVA/13/2013-EV8, wurde für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und den Auftraggebern die Angebotsöffnung untersagt. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. Juni 2013, N/0052-BVA/13/2013-EV8, wurde für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und den Auftraggebern die Angebotsöffnung untersagt.

Mit Schreiben der Erstantragstellerin vom 13. Juni 2013 brachte diese - soweit entscheidungsrelevant - vor, dass gerade die von der Antragstellerin (Anm.: gemeint wohl Antragsgegnerin) gewählte Unterteilung in mehrere Lose, wobei ein Los die "höheren Auftragswerte" beinhalte, eine Mehrfachbeteiligung durchaus sinnvoll machen könne. So könne ein Bieter beispielsweise in einem "kleinen Los" selbstständig anbieten, sich im "größeren Los" hingegen einer Bietergemeinschaft anschließen, um das höhere Auftragsvolumen besser bewerkstelligen zu können. Auch die Argumentation der Antragsgegnerin, dass statt einer Mehrfachbeteiligung die Heranziehung von Subunternehmern möglich sei, überzeuge nicht. Die Stellung eines Subunternehmers könne nicht mit jener eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft gleichgesetzt werden. Diese beiden Rechtspositionen würden sich in Punkten wie etwa Gewinn- und Verlustteilung, unternehmerisches Risiko oder Rechte und Pflichten gegenüber dem Auftraggeber wesentlich unterscheiden. Mit Schreiben der Erstantragstellerin vom 13. Juni 2013 brachte diese - soweit entscheidungsrelevant - vor, dass gerade die von der Antragstellerin (Anm.: gemeint wohl Antragsgegnerin) gewählte Unterteilung in mehrere Lose, wobei ein Los die "höheren Auftragswerte" beinhalte, eine Mehrfachbeteiligung durchaus sinnvoll machen könne. So könne ein Bieter beispielsweise in einem "kleinen Los" selbstständig anbieten, sich im "größeren Los" hingegen einer Bietergemeinschaft anschließen, um das höhere Auftragsvolumen besser bewerkstelligen zu können. Auch die Argumentation der Antragsgegnerin, dass statt einer Mehrfachbeteiligung die Heranziehung von Subunternehmern möglich sei, überzeuge nicht. Die Stellung eines Subunternehmers könne nicht mit jener eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft gleichgesetzt werden. Diese beiden Rechtspositionen würden sich in Punkten wie etwa Gewinn- und Verlustteilung, unternehmerisches Risiko oder Rechte und Pflichten gegenüber dem Auftraggeber wesentlich unterscheiden.

Mit Schreiben der Auftraggeber vom 18.6.2013 brachten diese - soweit entscheidungsrelevant - vor, dass weder das von Erstantragstellerin und Drittantragstellerin ins Treffen geführte Erkenntnis des VwGH vom 18. Juni 2012, 2010/04/0011, noch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Serrantoni, Rs C-376/08, einschlägig seien. Bei dem genannten Erkenntnis des VwGH zeige sich, dass gerade die im gegenständlichen Fall entscheidende Frage, nämlich ob ein Verbot, das eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft für unzulässig erklärt, durch den Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden dürfe, nicht beantwortet worden sei. Auch der EuGH habe die Frage, ob ein Verbot von Mehrfachbeteiligungen in den Ausschreibungsunterlagen vergaberechtlich zulässig sei, als solche bis dato nicht beantwortet. Daraus folge, dass der gegenständliche Ausschluss nicht per se

vergaberechtswidrig sei, sondern nach dessen sachlicher Rechtfertigung zu fragen sei. Diese sei jedenfalls gegeben, da es jeglicher Lebenserfahrung widerspreche, dass ein Bieter, der sich mehrfach an einem Vergabeverfahren beteilige, die jeweiligen Angebotsinhalte nicht aufeinander abstimmen werde. Im Übrigen sei die sachliche Rechtfertigung auch darin gelegen, dass eine dem Auftraggeber obliegende individuelle Prüfung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit niemals zum Nachweis einer entsprechenden Wettbewerbsbeeinträchtigung führen werde:

den Auftraggebern würden dafür schlichtweg die etwa staatsanwaltlichen Befugnisse, um solche Sachverhalte zu klären, fehlen. Zu berücksichtigen sei ebenfalls, dass eine Mehrfachbeteiligung durch die angefochtene Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen nicht generell ausgeschlossen werde. Ein Bieter könne sich durchaus auch neben einem eigenen Angebot als Subunternehmer am Angebot eines Dritten beteiligen. Damit sei aber eine mit einer BIEGE vergleichbare und gleichwertige Beteiligung am Vergabeverfahren möglich, könnten die Beteiligten im Innenverhältnis ihre Beziehung zueinander ja in den Grenzen des zivilrechtlich Möglichen vereinbaren, wie es ihnen gefalle.

Am 20. Juni 2013 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung unter Beteiligung aller drei Antragstellerinnen statt. Alle Parteien stimmten überein, dass der aktuelle Ausschreibungstext der Randziffer 27 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen wie folgt lautet:

"Bietergemeinschaften können Angebote einreichen. Die Teilnahme eines Unternehmers an mehreren Bietergemeinschaften gleichzeitig oder die Abgabe eines Angebotes eines Unternehmers als Einzelbieter und als Mitglied einer Bietergemeinschaft gleichzeitig ist nicht zulässig; die Angebote solcher Bietergemeinschaften und (Einzel-)Bieter werden ausgeschieden." Die Auftraggeber gaben an, dass durch die Randziffer 27 keine unzulässige Einschränkung des Bieterkreises erfolge bzw. kein anderer Bieterkreis angesprochen werde ("der Markt für Büromöbel und Gerichtsschränke bleibt gleich"). Über Vorhalt des Senatsvorsitzenden, dass zusätzlichen Bietergemeinschaften möglicherweise die Legung eines Angebotes damit untersagt würde gaben die Auftraggeber an, dass sofern der Senat darin eine Einschränkung sehen sollte diese sachlich gerechtfertigt sei. Die Erstantragstellerin gab dazu an, dass es selbstverständlich zu einer Einschränkung des Bieterkreises komme. Sollte sich ein Anbieter für Los 3 als Einzelbieter entscheiden, könne er mit dieser Festlegung bei dem großen Los 1 nicht mehr in einer Bietergemeinschaft anbieten. Dies sei unsachlich.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß Punkt 3.2. in den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sowie Punkt 2 in der Rahmenvereinbarung (das sind mehr als 1000 Auftraggeber) haben zur Beschaffung "Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln & Gerichtsschränken" einen Lieferauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von €

37.950.000,-- exklusive USt ausgeschrieben. Es soll eine Rahmenvereinbarung mit einer Laufzeit von 3 Jahren abgeschlossen werden. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 25.04.2013 (Online) und am 27.04.2013 (Printausgabe) im Amtsblatt der Wiener Zeitung, in der EU am 26.04.2013 erfolgt. Die Angebotsfrist endete am 11.6.2013. (Schreiben der Auftraggeberin vom 5.6.2013, Akt des Vergabeverfahrens)

Randziffer 27 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lautet wie folgt: "Bietergemeinschaften können Angebote einreichen. Die Teilnahme eines Unternehmers an mehreren Bietergemeinschaften gleichzeitig oder die Abgabe eines Angebotes eines Unternehmers als Einzelbieter und als Mitglied einer Bietergemeinschaft gleichzeitig ist nicht zulässig; die Angebote solcher Bietergemeinschaften und (Einzel-)Bieter werden ausgeschieden." (Akt des Vergabeverfahrens, Protokoll der mündlichen Verhandlung)

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

1. 3.Ziffer 3

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung

Das Erkenntnis des VwGH vom 18.6.2012, 2010/04/0011, lautet auszugsweise:

"Was die Mehrfachbeteiligung am Vergabeverfahren im Allgemeinen anlangt, ist auf die einschlägige Rechtsprechung

des EuGH auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge hinzuweisen (diese Rechtsprechung ist, wenn sie auch zur Richtlinie 92/50/EWG bzw. außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie 2004/18/EG zu den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit ergangen ist, schon deshalb vorliegend im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG maßgeblich, weil nach dem zweiten Erwägungsgrund dieser Richtlinie "die Vergabe aller Aufträge in den Mitgliedstaaten für Rechnung der Stelle, die die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers innehat, an die Einhaltung der grundlegenden Vorschriften des Vertrags gebunden ist", wie der EuGH selbst im Urteil Serrantoni, Randnr. 23, festhält).

In dieser Rechtsprechung hat der EuGH klargestellt, dass ein automatischer Ausschluss bzw. ein absolutes Verbot einer Mehrfachbeteiligung im Vergabeverfahren dem Gemeinschafts(jetzt: Unions)recht widerspricht. So hat der EuGH im Tenor des Urteils vom 23. Dezember 2009 in der Rechtssache C-376/08, Serrantoni Srl und Consorzio stabile edili Srl gegen Comune di Milano, Slg. 2009, I-12169, festgehalten, dass das "Gemeinschaftsrecht ... einer nationalen Regelung ... entgegensteht, die in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ... den automatischen Ausschluss sowohl eines festen Konsortiums als auch seiner Mitgliedsunternehmen von der Teilnahme an diesem Verfahren und die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen gegen sie vorsieht, wenn diese Unternehmen im Rahmen derselben Ausschreibung konkurrierende Angebote zu dem des Konsortiums eingereicht haben, auch wenn das Angebot des Konsortiums nicht für Rechnung und im Interesse dieser Unternehmen abgegeben worden sein soll". Im Tenor des Urteils Assitur kommt der EuGH zum Ergebnis, das "Gemeinschaftsrecht steht einer nationalen Vorschrift entgegen, mit der in Verfolgung der legitimen Ziele der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ein absolutes Verbot für Unternehmen, zwischen denen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht oder die miteinander verbunden sind, aufgestellt wird, sich gleichzeitig in Wettbewerb zueinander an ein und demselben Ausschreibungsverfahren zu beteiligen, ohne dass ihnen die Möglichkeit gegeben wird, nachzuweisen, dass sich dieses Verhältnis nicht auf ihr jeweiliges Verhalten im Rahmen dieses Ausschreibungsverfahrens ausgewirkt hat".

Vielmehr besteht - so der EuGH weiter - im "Kontext eines einheitlichen Binnenmarkts mit echtem Wettbewerb ... für das

Gemeinschaftsrecht ein Interesse daran, dass die Beteiligung möglichst vieler Bieter an einer Ausschreibung sichergestellt wird" (Urteil Assitur, Randnr. 26, und Urteil Serrantoni, Randnr. 40).

Ein automatischer Ausschluss der Mehrfachbeteiligung (im dortigen Fall der automatische Ausschluss eines festen Konsortiums als auch seiner Mitgliedsunternehmen) am Vergabeverfahren kann - so der EuGH - trotz des "legitimen Ziels der Bekämpfung potenziell kollusiven Verhaltens zwischen dem fraglichen Konsortium und den ihm angehörenden Unternehmen nicht gerechtfertigt werden ..." weil er "über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist" (Urteil Serrantoni, Randnr. 45; zur potenziellen Kollusion auch Urteil Assitur, Randnr. 22).

Vielmehr ist entscheidend "ob der jeweilige Inhalt der von den betreffenden Unternehmen im Rahmen eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist". Dies bedarf "einer Prüfung und tatsächlichen Würdigung, deren Vornahme Sache der Vergabestelle ist" (Urteil Assitur, Randnr. 32). Entscheidend ist für den EuGH weiters, "dass es dem Konsortium oder den betroffenen Unternehmen ermöglicht würde, nachzuweisen, dass ihre Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht besteht" (Urteil Serrantoni, Randnr. 39, und Urteil Assitur, Randnr. 30, jeweils mwN).

Dagegen berechtigt "die bloße Feststellung, dass zwischen den betroffenen Unternehmen durch Eigentum oder die Anzahl der Stimmrechte, die in der ordentlichen Gesellschafterversammlung ausgeübt werden können, ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, die Vergabestelle noch nicht dazu, diese Unternehmen automatisch von dem Vergabeverfahren auszuschließen, ohne zu prüfen, ob sich ein solches Verhältnis auf das Verhalten der Unternehmen im Rahmen dieses Verfahrens ausgewirkt hat" (Urteil Assitur, Randnr. 32).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des EuGH darf eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer nicht - wie von der beschwerdeführenden Auftraggeberin angenommen - automatisch und in jedem Fall als eine wettbewerbswidrige Abrede beurteilt werden, führt doch eine solche Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer rein zahlenmäßig zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation, nämlich zu mehr Bietern, was auch im Interesse des Wettbewerbs gelegen sein könnte. So hat auch der VfGH in dem von der Auftraggeberin für ihre Auffassung ins Treffen geführten Erkenntnis vom 22. September 2003, B 1725/01 u.a., VfSlg. 16.938, eine Mehrfachbeteiligung von Bewerbern nicht grundsätzlich als Verstoß gegen den Grundsatz des Wettbewerbs angesehen, sondern in seiner Beurteilung auf den konkreten Fall abgestellt.

Vielmehr muss den betroffenen Bietern durch den öffentlichen Auftraggeber (bzw. die vergebende Stelle) im Rahmen einer Aufklärung (vgl. § 123 Abs. 2 Z. 1 iVm §§ 126 und 127 BVergG 2006) die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, ob der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist bzw. dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht besteht (vgl. in diesem Zusammenhang auch § 129 Abs. 2 BVergG 2006 und das hiezu ergangene). Vielmehr muss den betroffenen Bietern durch den öffentlichen Auftraggeber (bzw. die vergebende Stelle) im Rahmen einer Aufklärung (vergleiche Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraphen 126 und 127 BVergG 2006) die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, ob der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist bzw. dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht besteht (vergleiche in diesem Zusammenhang auch Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 und das hiezu ergangene

hg. Erkenntnis vom 21. März 2011, Zl.2008/04/0083)."

Aufgrund der Erkenntnisse des EuGH vom 19. Mai 2009, Rs C- 538/07, Assitur, des EuGH vom 23. Dezember 2009, Rs C- 376/08, Serrantoni, sowie des VfGH vom 18.6.2012, 2010/04/0011, ergibt sich somit, dass ein automatischer Ausschluss bzw. ein absolutes Verbot einer Mehrfachbeteiligung im Vergabeverfahren dem Unionsrecht widerspricht. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung darf eine Mehrfachbeteiligung durch die Teilnahme eines Unternehmers an mehreren Bietergemeinschaften gleichzeitig oder die Abgabe eines Angebotes eines Unternehmers als Einzelbieter und als Mitglied einer Bietergemeinschaft gleichzeitig nicht automatisch und in jedem Fall als eine wettbewerbswidrige Abrede beurteilt werden, führt doch eine solche Mehrfachbeteiligung rein zahlenmäßig zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation, nämlich zu mehr Bietern, was auch im Interesse des Wettbewerbs gelegen sein könnte.

Da die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen in Randziffer 27 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen

genau solche Mehrfachbeteiligungen für nicht zulässig erklären und festlegen, dass die Angebote solcher Bietergemeinschaften und (Einzel-)Bieter ausgeschlossen werden, widersprechen sie dem Unionsrecht und der genannten Judikatur. Denn es muss den betroffenen Bietern durch die öffentlichen Auftraggeber (bzw. die vergebende Stelle) im Rahmen einer Aufklärung (vgl. § 123 Abs. 2 Z. 1 iVm §§ 126 und 127 BVergG 2006) die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, ob der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist bzw. dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht besteht. Eine solche Möglichkeit besteht aufgrund der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen nicht. Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sind daher diesbezüglich rechtswidrig. Da die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen in Randziffer 27 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen genau solche Mehrfachbeteiligungen für nicht zulässig erklären und festlegen, dass die Angebote solcher Bietergemeinschaften und (Einzel-)Bieter ausgeschlossen werden, widersprechen sie dem Unionsrecht und der genannten Judikatur. Denn es muss den betroffenen Bietern durch die öffentlichen Auftraggeber (bzw. die vergebende Stelle) im Rahmen einer Aufklärung (vergleiche Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraphen 126 und 127 BVergG 2006) die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, ob der Inhalt der abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist bzw. dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht besteht. Eine solche Möglichkeit besteht aufgrund der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen nicht. Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sind daher diesbezüglich rechtswidrig.

Wenn die Auftraggeber dazu vorbringen, dass gerade die im gegenständlichen Fall entscheidende Frage, nämlich ob ein Verbot, das eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft für unzulässig erklärt, durch den Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden dürfe, von der Judikatur noch nicht beantwortet worden sei, weil die Fälle in der Judikatur etwas anders gelagert seien als der Gegenständliche, ist ihnen entgegenzuhalten, dass die in der genannten Judikatur getroffenen Aussagen so genereller Natur sind, dass sie auf den gegenständlichen Fall übertragbar sind. Diese Judikatur lässt auch keinen Raum für das Argument der Auftraggeber, es gebe eine sachliche Rechtfertigung für einen automatischen Ausschluss bzw. ein absolutes Verbot einer Mehrfachbeteiligung im Vergabeverfahren.

Wenn die Auftraggeber vorbringen, dass es jeglicher Lebenserfahrung widerspreche, dass ein Bieter, der sich mehrfach an einem Vergabeverfahren beteilige, die jeweiligen Angebotsinhalte nicht aufeinander abstimmen werde, ist ihnen entgegenzuhalten, dass nicht nachvollziehbar ist warum ein Bieter nicht beispielsweise in einem "kleinen Los" als Einzelbieter anbieten können sollte und sich in einem "großen Los" einer Bietergemeinschaft anschließen können sollte, um das höhere Auftragsvolumen besser (oder überhaupt) bewerkstelligen zu können.

Wenn die Auftraggeber vorbringen, dass eine Mehrfachbeteiligung durch die angefochtene Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen nicht generell ausgeschlossen werde, weil sich ein Bieter durchaus auch neben einem eigenen Angebot als Subunternehmer am Angebot eines Dritten beteiligen könne, ist ihnen entgegenzuhalten, dass die Stellung eines Subunternehmers nicht mit jener eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft gleichgesetzt werden kann. Diese beiden Rechtspositionen unterscheiden sich in Punkten wie etwa Gewinn- und Verlustteilung, unternehmerisches Risiko oder Rechte und Pflichten gegenüber dem Auftraggeber wesentlich.

§ 325 Abs. 2 BVergG 2006 sieht als Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen, wie dies auch in Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. (VwGH 6.3.2013, 2011/04/0115) Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 sieht als Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vor. Eine Streichung solcher Bestimmungen, wie dies auch in Artikel 2, Absatz eins, Litera b, der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. (VwGH 6.3.2013, 2011/04/0115)

Wenn bei der gegenständlichen Ausschreibung kein absolutes Verbot einer Mehrfachbeteiligung im Vergabeverfahren in der oben genannten Art ausgesprochen worden wäre, würde ein anderer Bieterkreis angesprochen werden, da zusätzliche Bietergemeinschaften (bestehend aus Einzelbieter des Verfahrens) gebildet werden könnten oder zusätzliche Einzelbieter (die schon Mitglieder einer Bietergemeinschaft des Verfahrens sind) ein Angebot legen könnten. Es war daher entsprechend der zitierten Judikatur des VwGH die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

1. 4.Ziffer 4

Gebührenersatz durch die Auftraggeber

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

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

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

1. 1.Ziffer eins

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. 2.Ziffer 2

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

Die Erstantragstellerin hat an Pauschalgebühren € 1.800,-- (€

1.200,-- für den Nachprüfungsantrag und € 600,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. Juni 2013, N/0050- BVA/13/2013-EV10, als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß § 319 BVergG 2006 den Auftraggebern mit Spruchpunkt II. der Gebührenersatz aufzuerlegen.1.200,-- für den Nachprüfungsantrag und € 600,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. Juni 2013, N/0050- BVA/13/2013-EV10, als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 den Auftraggebern mit Spruchpunkt römisch zwei. der Gebührenersatz aufzuerlegen.

Die Zweitantragstellerin hat an Pauschalgebühren € 1.800,-- (€

1.200,-- für den Nachprüfungsantrag und € 600,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. Juni 2013, N/0051- BVA/13/2013- EV8, als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß § 319 BVergG 2006 den Auftraggebern mit Spruchpunkt III. der Gebührenersatz aufzuerlegen.1.200,-- für den Nachprüfungsantrag und € 600,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. Juni 2013, N/0051- BVA/13/2013- EV8, als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 den Auftraggebern mit Spruchpunkt römisch drei. der Gebührenersatz aufzuerlegen.

Die Drittantragstellerin hat an Pauschalgebühren € 1.800,-- (€

1.200,-- für den Nachprüfungsantrag und € 600,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. Juni 2013, N/0052- BVA/13/2013- EV8, als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß § 319 BVergG 2006 den Auftraggebern mit Spruchpunkt IV. der Gebührenersatz aufzuerlegen.1.200,-- für den Nachprüfungsantrag und € 600,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. Juni 2013, N/0052- BVA/13/2013- EV8, als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 den Auftraggebern mit Spruchpunkt

römisch vier. der Gebührenersatz aufzuerlegen.

Zuletzt aktualisiert am

20.12.2013

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