

TE Verg Bescheid 2013/5/2 N/0025-BVA/12/2013-14

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.05.2013

Norm

BvergG 2006 §2 Z16 lita sublitnn

BVergG 2006 §13 Abs3

BVergG 2006 §15 Abs3

BVergG 2006 §41 Abs2

BVergG 2006 §41 Abs3

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 41 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 41 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 41 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 41 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Dr. Friedrich Rödler als Mitglied der Auftraggeberseite und Dipl. Ing. Josef Robl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln" der Bundesbeschaffung GmbH, Republik Österreich (Bund) sowie "jene öffentlichen Auftraggeber iSd §§ 3 BVergG 2006 und 3 BB-GmbH-G in der jeweils geltenden Fassung ..., welche mit der BBG eine Grundsatzvereinbarung geschlossen haben", vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Y***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 25. März 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Dr. Friedrich Rödler als Mitglied der Auftraggeberseite und Dipl. Ing. Josef Robl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln" der Bundesbeschaffung GmbH, Republik Österreich (Bund) sowie "jene öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraphen 3, BVergG 2006 und 3 BB-GmbH-G in der jeweils geltenden Fassung ..., welche mit der BBG eine Grundsatzvereinbarung geschlossen haben", vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Y***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 25. März 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1. Ziffer eins

Dem Antrag "auf Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens", wird stattgegeben.

Die Entscheidung der BBG vom 18. März 2013, eine "Direktvergabeplattform" einzurichten, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 16 lit a sublit nn, 13 Abs 3, 15 Abs 3, 41 Abs 2 und 3, 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1 und 325 Abs 1 BVergG 2006; § 2 Abs 1 BB-GmbH-Gesetz; Art 1 Abs 1 RM-RL 2007/66/EG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n,, 13 Absatz 3, 15, Absatz 3, 41, Absatz 2 und 3, 312 Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins und 325 Absatz eins, BVergG 2006; Paragraph 2, Absatz eins, BB-GmbH-Gesetz; Artikel eins, Absatz eins, RM-RL 2007/66/EG

1. 2. Ziffer 2

Dem Antrag "auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr durch den Ausspruch, dass die Antragsgegner schuldig sind, die vom Antragsteller entrichteten Antragsgebühren in gesetzlicher Höhe binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben.

Die Bundesbeschaffung GmbH ist verpflichtet, der Antragstellerin zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt € 450,00 binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 25. März 2013 die im Spruch ersichtlichen Begehren und brachte im Wesentlichen folgenden vor:

Mit E-Mail vom 18.3.2013 habe die BBG "Lieferanten und Produzenten der Büromöbel-Branche" mitgeteilt, dass bis zum Abschluss der Folge-Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Büromöbel eine sog. Direktvergabeplattform angeboten werde. Diese erstmals im E-Mail zum Ausdruck gebrachte Wahl des Vergabeverfahrens Direktvergabe sei

rechtswidrig, da eine Direktvergabe nur ausnahmsweise zulässig sei. Die Beweispflicht für das Vorliegen dieser Voraussetzung treffe die Auftraggeber. Im konkreten Fall ergebe sich schon aus den Nutzungsbedingungen der Direktvergabeplattform, dass eine Prüfung der Voraussetzungen noch gar nicht stattgefunden habe. Im Übrigen könne ein solcher von den Auftraggebern zu führender Beweis auch deshalb nicht gelingen, weil der Schwellenwert für eine Direktvergabe tatsächlich bei weitem überschritten sei. Im vorliegenden Fall könne keinesfalls in Abrede gestellt werden, dass eine Direktvergabe vorbereitet werde. Zu verweisen sei diesbezüglich insbesondere auf die Einrichtung der Direktvergabeplattform, die an verschiedene Unternehmen gerichteten Einladung zur Teilnahme an dieser Direktvergabeplattform durch Auspreisung von Produkten und die damit im Zusammenhang stehenden Nutzungsbedingungen, denen sich sowohl Auftragnehmer als auch Auftraggeber zu unterwerfen hätten. Anzumerken sei, dass die Vorbereitung der Direktvergabe letztlich den Auftraggebern insbesondere deshalb zurechenbar sei, weil die Auftraggeber ausdrücklich zur Inanspruchnahme der auf der Direktvergabeplattform ausgepreisten Leistungen "berechtigt" würden, die BBG zum Teil sogar gesetzlich berufen sei, für die Auftraggeber die gegenständlichen Leistungen zu beschaffen und schließlich die Auftraggeber mit der BBG Grundsatzvereinbarungen abgeschlossen hätten, die die Beschaffung dieser Leistungen für die Auftraggeber zum Inhalt hätten. Auf Grund dieser zurechenbaren Vorbereitung einer Direktvergabe sei vom Vorliegen der gesondert anfechtbaren Entscheidung "Wahl des Vergabeverfahrens" auszugehen.

Mit Stellungnahme vom 27. März 2013 brachte die Bundesbeschaffung GmbH (im Folgenden: BBG) vor, dass die die Direktvergabeplattform zur Verfügung stelle, diese jedoch nicht selbst nütze. Sie führe sohin selbst keine Direktvergabe durch und sei demnach auch kein Auftraggeber. Informativ wurde darauf hingewiesen, dass die Direktvergabeplattform bis zum heutigen Tag nicht aktiv gestellt worden sei, d.h. nicht im Betrieb sei. Zum Sicherungsantrag führte sie aus, dass schon allein die Grobprüfung des Antrages zeige, dass eine gesondert anfechtbare Entscheidung nicht vorliege. Dies allein schon deshalb, weil tatsächlich kein Vergabeverfahren im Namen und auf Rechnung der Auftraggeber durchgeführt werde, sondern im Namen und auf Rechnung der BBG eine Serviceleistung für Auftraggeber und Lieferanten angeboten werde.

Auch die von Seiten der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeber, wenn man der Rechtsansicht der Antragstellerin folgen würde, was jedoch weiterhin bestritten werden, liege offenkundig nicht vor. Aus dem gesamten Vorbringen der Antragstellerin ergebe sich kein eindeutiger Hinweis, ob und welche Kunden der BBG die Direktvergabeplattform im elektronischen Katalogeinkaufssystem "e-Shop" in Anspruch nehmen würden und ob diese Kunden Aufträge direkt vergeben würden, obwohl der Schwellenwert von € 100.000,-- überschritten worden sei.

In einer weiteren Stellungnahme vom 8. April 2013 verwies die BBG zunächst auf die Ausführungen zum Sicherungsantrag. Sollte der Eindruck entstehen, dass die Direktvergabeplattform ein offenes Vergabeverfahren umgehen solle, so sei dies zurückzuweisen. Das offene Verfahren zum einleitend erwähnten Abschluss der Folge-Rahmenvereinbarung werde noch in den Kalenderwochen 15/16 2013 veröffentlicht. Das Schreiben der BBG vom 18.3.2013 sei an die adressierten Unternehmen nicht im Auftrag von Auftraggebern, sondern im Namen und auf Rechnung der BBG selbst zur Vorbereitung für die elektronische Serviceplattform ergangen. Damit sei jedoch weder eine Direktvergabe noch eine Vorbereitungshandlung für eine Direktvergabe gesetzt worden; hierzu sei auch kein Auftrag bzw. eine Vollmacht eines Auftraggebers vorgelegen. Es unterliege der BBG alleine im Rahmen ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, weitere wirtschaftliche Betätigungsfelder zu schaffen und diese im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu betreiben. Eine Zurechnung dieser Tätigkeit, wie im Gegenstand die elektronische Direktvergabeplattform, an einen Auftraggeber ohne entsprechende Auftragserteilung würde gegen jeden zivilrechtlichen Grundsatz der Stellvertretung verstoßen. Die BBG führe kein Vergabeverfahren im Namen und auf Rechnung ihrer Kunden durch, sondern sie räume diesen lediglich ein Recht auf Nutzung der Datenbank bzw. der Webbase "e-Shop" zur Durchführung von Direktvergaben ein. Diese Möglichkeit gleiche in ihrer Eigenart einer Vielzahl von privatwirtschaftlichen Lösungen bzw. "Online-Shops" bzw. Plattformen (zB. "Amazon", "Mercateo", etc.). Die BBG stelle lediglich die Direktvergabeplattform zur Verfügung, die Direktvergabe habe der jeweilige Kunde selbst durchzuführen. Die Verantwortung für die Einhaltung des BVergG 2006 habe daher ausschließlich der jeweilige Auftraggeber und nicht die BBG. Schließlich wurde ausgeführt, dass entgegen den Ausführungen der Antragstellerin

allfällige Verstöße gegen die Bestimmungen des BVergG 2006 nicht sanktionslos blieben. Auch wenn nach der Zuschlagserteilung lediglich die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Wahl der Direktvergabe möglich sei, sei diese Feststellung nicht wirkungslos.

In einer Stellungnahme vom 16. April 2013 wies die Antragstellerin auf § 25 Abs 10 BVergG hin. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 25 Abs 10 BVergG Angebote einhole, so werde damit das Vergabeverfahren "Direktvergabe" eingeleitet. Zugleich manifestiere sich mit dieser Verfahrenseinleitung zwangsläufig die Entscheidung "Wahl des Vergabeverfahrens". Die Direktvergabe sei kraft gesetzlicher Anordnung ausdrücklich ein "formfreies" Vergabeverfahren; umso weniger könne eine "förmliche" Entscheidung über die Wahl des Vergabeverfahrens erwartet oder gefordert werden. Vielmehr müsse es ausreichend sein, wenn Vorbereitungshandlungen gesetzt werden, die eine Direktvergabe erst ermöglichen würden. Erst recht sei die Entscheidung "Wahl des Vergabeverfahrens" gegeben, wenn sogar - wie im vorliegenden Fall - mit der Vorbereitungshandlung das Vergabeverfahren bereits eingeleitet sei. Andernfalls bliebe für die mit § 312 Abs 2 Z 2 BVergG geschaffene Möglichkeit zur Nichtigklärung der "Wahl des Vergabeverfahrens" kein Anwendungsbereich. Die BBG sei von den Auftraggebern gesetzlich oder durch Vereinbarung zur Beschaffung der gegenständlichen Leistungen angehalten. Bemerkenswert sei, dass gerade in den Vereinbarungen zwischen BBG und Auftraggeber ausdrücklich auch die Beschaffung im Wege einer Direktvergabeplattform geregelt sei. Die Direktvergabeplattform sei demnach eine Leistung der BBG an die Auftraggeber im Rahmen des Betriebs des e-Shops. Es wäre gerade schidbürgerlich, danach zu unterscheiden, ob ein Auftraggeber selbst zum Zweck einer Direktvergabe Vergleichsangebote einhole oder dies einem Dritten überlasse, der dazu aber aufgrund des vom Auftraggeber erlassenen Gesetzes oder aufgrund der mit dem Dritten getroffenen Vereinbarung veranlasst werde oder genaunommen sogar beauftragt sei.

In einer Stellungnahme vom 16. April 2013 wies die Antragstellerin auf Paragraph 25, Absatz 10, BVergG hin. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 25, Absatz 10, BVergG Angebote einhole, so werde damit das Vergabeverfahren "Direktvergabe" eingeleitet. Zugleich manifestiere sich mit dieser Verfahrenseinleitung zwangsläufig die Entscheidung "Wahl des Vergabeverfahrens". Die Direktvergabe sei kraft gesetzlicher Anordnung ausdrücklich ein "formfreies" Vergabeverfahren; umso weniger könne eine "förmliche" Entscheidung über die Wahl des Vergabeverfahrens erwartet oder gefordert werden. Vielmehr müsse es ausreichend sein, wenn Vorbereitungshandlungen gesetzt werden, die eine Direktvergabe erst ermöglichen würden. Erst recht sei die Entscheidung "Wahl des Vergabeverfahrens" gegeben, wenn sogar - wie im vorliegenden Fall - mit der Vorbereitungshandlung das Vergabeverfahren bereits eingeleitet sei. Andernfalls bliebe für die mit Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG geschaffene Möglichkeit zur Nichtigklärung der "Wahl des Vergabeverfahrens" kein Anwendungsbereich. Die BBG sei von den Auftraggebern gesetzlich oder durch Vereinbarung zur Beschaffung der gegenständlichen Leistungen angehalten. Bemerkenswert sei, dass gerade in den Vereinbarungen zwischen BBG und Auftraggeber ausdrücklich auch die Beschaffung im Wege einer Direktvergabeplattform geregelt sei. Die Direktvergabeplattform sei demnach eine Leistung der BBG an die Auftraggeber im Rahmen des Betriebs des e-Shops. Es wäre gerade schidbürgerlich, danach zu unterscheiden, ob ein Auftraggeber selbst zum Zweck einer Direktvergabe Vergleichsangebote einhole oder dies einem Dritten überlasse, der dazu aber aufgrund des vom Auftraggeber erlassenen Gesetzes oder aufgrund der mit dem Dritten getroffenen Vereinbarung veranlasst werde oder genaunommen sogar beauftragt sei.

Am 18. April 2013 fand vor dem BVA eine öffentliche mündliche Verhandlung statt.

Zum Vorverfahren (N/0118-BVA/09/2012) gab die BBG an, dass dieses deshalb widerrufen worden sei, da es Einwendungen bezüglich der branchenüblichen Gestaltung gegeben habe. Aufgrund dieser Einwendungen habe man Änderungen vorgenommen und die Ausschreibung neu gestaltet. Diese werde voraussichtlich in der

1. 17.Ziffer 17

Kalenderwoche veröffentlicht werden. Der geschätzte Auftragswert werde ungefähr dem im widerrufenen Verfahren entsprechen. Dieser werde jedenfalls im Oberschwellenbereich liegen. Es sei wieder geplant, eine Losaufteilung vorzunehmen. Die BBG legte hierauf den technischen Ablauf der Direktvergabeplattform dar: Ein etwaiger Nutzer werde 4 bis 5 Mal darauf hingewiesen, dass er diese Direktvergabe verantworte und müsse daher vor Abschließen der Bestellung eine dahin gehende Erklärung bestätigen.

Die BBG gab bekannt, dass in Einzelfällen ähnliche Plattformen angeboten worden seien. Festgehalten wurde aber, dass diese nicht zwingend nach einem widerrufenen Verfahren angeboten würden.

Das Ziel der BBG sei, dass die Direktvergabeplattform nach Abschluss des offenen Verfahrens aufgelassen werden

könne.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen (insbesondere jener des Nachprüfungsverfahrens N/0118-BVA/09/2012), Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die "Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren öffentlichen Auftraggeber im Sinne der §§ 3, 164 und 165 BVergG 2006 im Bundesgebiet der Republik Österreich" schrieb am 28.11.2012 das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage sowie Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln und Gerichtsschränken" EU-weit aus. Als vergebende Stelle wurde die "Bundesbeschaffung GmbH" genannt. Ausgeschrieben war ein Lieferauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten

Die "Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 3, 164 und 165 BVergG 2006 im Bundesgebiet der Republik Österreich" schrieb am 28.11.2012 das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage sowie Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln und Gerichtsschränken" EU-weit aus. Als vergebende Stelle wurde die "Bundesbeschaffung GmbH" genannt. Ausgeschrieben war ein Lieferauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten

Gesamtauftragswert von € 25.500.000,--. Das

Vergabeverfahren unterteilte sich in insgesamt 4 Lose:

- -Strichaufzählung
Los 1a/Büromöbel (Wien): geschätzter Auftragswert €

12.500.000,-

- Los 1b/Büromöbel (Ost): geschätzter Auftragswert €

6.250.000,--

- Los 1c/Büromöbel (West): geschätzter Auftragswert €

6.250.000,--

- Los 2/Gerichtsschränke: geschätzter Auftragswert € 500.000,--

Die Antragstellerin stellte am 7. Dezember 2012 einen Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung. Dieser wurde beim BVA mit der Geschäftszahl N/0118-BVA/09/2012 protokolliert. Als Vergabeverstöße wurden insbesondere der überschießende Auftraggeberkreis sowie das unzureichende Mengengerüst angeführt.

Am 21. Dezember 2012 teilten die Auftraggeber mit, dass die verfahrensgegenständliche Ausschreibung widerrufen wurde. In der Folge zog die Antragstellerin ihre Anträge auf Nichtigklärung zurück.

Nach den Auskünften der BBG wurde das Vergabeverfahren deshalb widerrufen, da es Einwendungen von Bietern bezüglich der branchenüblichen Gestaltung gegeben hat. Aufgrund dieser Einwendungen hat man Änderungen vorgenommen und wird deshalb die Ausschreibung neu gestalten. Diese wird voraussichtlich in der

1. 17.Ziffer 17

Kalenderwoche 2013 veröffentlicht. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls im Oberschwellenebereich und entspricht ungefähr dem widerrufenen Vorverfahren. Das Vergabeverfahren soll wiederum in Lose aufgeteilt werden (vgl. Verhandlungsschrift, OZ 12).

Kalenderwoche 2013 veröffentlicht. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls im Oberschwellenebereich und entspricht ungefähr dem widerrufenen Vorverfahren. Das Vergabeverfahren soll wiederum in Lose aufgeteilt werden vergleiche Verhandlungsschrift, OZ 12).

Am 18. März 2013 versandte die BBG an die "Lieferanten und Produzenten der Büromöbel-Branche" unter dem Betreff "BBG-Direktvergabeplattform Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln" ein E-Mail mit nachfolgendem Inhalt:

Sehr geehrte Lieferanten und Produzenten der Büromöbelbranche,

Bis zum Abschluss der Folge-Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Büromöbeln werden wir unseren Kunden eine sogenannte Direktvergabeplattform hierfür anbieten. Die BBG eröffnet damit im elektronischen Katalogeinkaufsystem "e-Shop" die Möglichkeit, Produkte mittels Direktvergaben anbieten und beschaffen zu können. Auf dieser Plattform ist es Lieferanten einerseits möglich ihre Produkte anzubieten, während andererseits Kunden die Möglichkeit haben bis zur Direktvergabegrenze Aufträge darüber zu erteilen.

Die BBG räumt jedem Unternehmer das Recht ein, solche Lieferaufträge über die Direktvergabeplattform anzupreisen. Aus diesem Grund bieten wir ihnen gerne an, die Direktvergabeplattform in Anspruch zu nehmen.

Die Nutzungsbedingungen der Direktvergabeplattform "Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln" der BBG lauten auszugsweise:

Allgemeines

1. 1.Ziffer eins

Die Bundesbeschaffung GmbH (Im Folgenden BBG genannt) eröffnet mit der Einrichtung einer "Direktvergabeplattform" im web-basierenden, elektronischen Katalogeinkaufssystem "e-Shop" die Möglichkeit, Produkte mittels Direktvergaben vollelektronisch anbieten und beschaffen zu können. Die "Direktvergabeplattform" ermöglicht sohin eine elektronische Vergabe von Aufträgen bzw. die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen unter Nutzung von Internettechnologien, welche von der BBG zur Verfügung gestellt werden. Die Direktvergabeplattform soll insbesondere den Zugang zu Informationen über im Voraus durch die BBG ausgewählte und festgelegte Waren- und Dienstleistungskategorien vereinfachen. Ziel ist die Verbreitung aktueller Produkt- und Preisinformationen sowie die Schaffung eines Marktplatzes für Unternehmer und öffentliche Auftraggeber.

...

1. 3.Ziffer 3

Die Direktvergabeplattform ist auf die Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln beschränkt. Andere Produkte, insbesondere Dreh- und Besucherstühle, dürfen über diese Plattform nicht angeboten werden.

1. 4.Ziffer 4

Zur Inanspruchnahme dieser Leistungen sind neben der Republik Österreich (Bund) jene öffentlichen Auftraggeber im Sinne der §§ 3 BVergG 2006 und 3 BB-GmbH-G in der jeweils geltenden Fassung berechtigt, welche mit der BBG eine Grundsatzvereinbarung geschlossen haben. Jene öffentlichen Auftraggeber sind im Folgenden als "Kunden der BBG" bezeichnet. Zur Anpreisung der Übernahme von Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen sind Unternehmer i. S. d. § 2 lit. 37 BVergG 2006 berechtigt, welche sich zuvor bei der BBG zur diesbezüglichen Nutzung der Plattformen angemeldet und registriert haben (im Folgenden kurz: "Unternehmer"). Zur Inanspruchnahme dieser Leistungen sind neben der Republik Österreich (Bund) jene öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 3, BVergG 2006 und 3 BB-GmbH-G in der jeweils geltenden Fassung berechtigt, welche mit der BBG eine Grundsatzvereinbarung geschlossen haben. Jene öffentlichen Auftraggeber sind im Folgenden als "Kunden der BBG" bezeichnet. Zur Anpreisung der Übernahme von Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen sind Unternehmer i. S. d. Paragraph 2, lit. 37 BVergG 2006 berechtigt, welche sich zuvor bei der BBG zur diesbezüglichen Nutzung der Plattformen angemeldet und registriert haben (im Folgenden kurz: "Unternehmer").

1. 5.Ziffer 5

Durch die Nutzung dieser Plattform können die Kunden der BBG die mit "Direktvergabe" gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung unmittelbar und direkt über den e-Shop von einem auf der Direktvergabeplattform registrierten Unternehmer beziehen. Hierdurch kann ein Zeitgewinn im Beschaffungsvorgang durch zielgenaue Auswahl, Beauftragung und Bestellung generiert werden. Einkaufsprozesse im Wege der Direktvergabe können überdies transparent abgebildet werden.

...

Haftungsausschluss

1. 7.Ziffer 7

Die BBG führt im Rahmen der Direktvergabeplattform keine Vergabeverfahren im Namen und auf Rechnung der Kunden durch, sondern räumt sie diesen vielmehr ein Recht auf Nutzung der Datenbank bzw. der Webbase "e-Shop" zur Durchführung von Direktvergaben im Sinne der § 25 Abs. 10 BVergG 2006 ein. Die einzelnen Direktvergaben sind daher unmittelbar durch die Kunden der BBG durchzuführen und abzuwickeln. Die BBG übernimmt keine Haftung für die unter den Benutzerdaten ihrer jeweiligen Kunden durchgeführten

Beschaffungen, Bestellungen und sonstigen Aktivitäten. Die BBG ist somit von jeder vergabe-, wettbewerbs- und zivilrechtlichen Haftung befreit. Die BBG führt im Rahmen der Direktvergabeplattform keine Vergabeverfahren im Namen und auf Rechnung der Kunden durch, sondern räumt sie diesen vielmehr ein Recht auf Nutzung der Datenbank bzw. der Webbase "e-Shop" zur Durchführung von Direktvergaben im Sinne der Paragraph 25, Absatz 10, BVergG 2006 ein. Die einzelnen Direktvergaben sind daher unmittelbar durch die Kunden der BBG durchzuführen und abzuwickeln. Die BBG übernimmt keine Haftung für die unter den Benutzerdaten ihrer jeweiligen Kunden durchgeführten Beschaffungen, Bestellungen und sonstigen Aktivitäten. Die BBG ist somit von jeder vergabe-, wettbewerbs- und zivilrechtlichen Haftung befreit.

1. 8.Ziffer 8

Dem jeweiligen Kunden der BBG obliegt im Zuge der Nutzung der Direktvergabeplattform die Beurteilung, ob ein Vergabevorhaben innerhalb der Direktvergabegrenzen gemäß den jeweils gültigen vergaberechtlichen Bestimmungen liegt. Die BBG weist ausdrücklich darauf hin, dass ein Vergabevorhaben nicht zu dem Zweck aufgeteilt werden darf, um die Anwendung der Vorschriften des Bundesvergabegesetzes in der jeweils geltenden Fassung und hier insbesondere die Direktvergabegrenze zu umgehen. Die Berechnung des geschätzten Auftragswertes zwecks Beurteilung der Zulässigkeit zur Durchführung einer Direktvergabe obliegt alleine den Kunden der BBG. Der BBG darf hieraus keine wie immer geartete Haftung erwachsen.

...

Änderung dieser Nutzungsbedingungen

1. 31.Ziffer 31

Die BBG behält sich das Recht vor, diese Bedingungen jederzeit und ohne Verständigung durch Aktualisierungen des Dokumentes zu ändern. Die Nutzung der Direktvergabeplattform ist an die jeweils aktuelle Fassung dieses Dokumentes gebunden.

Auflassung der Direktvergabeplattform

1. 32.Ziffer 32

Die BBG behält sich das Recht vor, die Direktvergabeplattform aufzulassen. Die Direktvergabeplattform endet mit dem jeweiligen Monatsletzten nach Erklärung der Auflassung durch die BBG. Mit der Auflassung enden auch ohne gesonderte Kündigung sämtliche in Hinsicht auf diese Plattform abgeschlossenen Nutzungsvereinbarungen.

In der "Vereinbarung, abgeschlossen zwischen der Bundesbeschaffung GmbH und Kunde (kurz "Kunde") über eine Zusammenarbeit im Bereich der Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen nach dem BVergG 2006" ist unter Punkt III., "Zugang zum Kundenweb und zum e-Shop der BBG", Unterpunkt b), "e-Shop der BBG" insbesondere nachfolgendes geregelt: In der "Vereinbarung, abgeschlossen zwischen der Bundesbeschaffung GmbH und Kunde (kurz "Kunde") über eine Zusammenarbeit im Bereich der Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen nach dem BVergG 2006" ist unter Punkt römisch drei., "Zugang zum Kundenweb und zum e-Shop der BBG", Unterpunkt b), "e-Shop der BBG" insbesondere nachfolgendes geregelt:

Folgende Leistungen werden im Rahmen des Betriebs des e-Shops von der BBG insbesondere erbracht:

...

- -Strichaufzählung

Direktvergabeplattform:

Über die Direktvergabeplattform können Kunden der BBG die mit "Direktvergabe" gekennzeichneten Güter und Dienstleistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung unmittelbar und direkt über den e-Shop von einem auf der Direktvergabeplattform registrierten Unternehmer, am Wege der Direktvergabe unter Zugrundelegung von speziellen Nutzungsbedingungen, beziehen.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zu Spruchpunkt 1:

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Die BBG ist als Einrichtung öffentlichen Rechts iSd § 3 Abs 2 Z 2 BVergG zu qualifizieren (siehe dazu bereits ausführlich BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50). Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit nn BVergG ist bei der Direktvergabe die Wahl des Vergabeverfahrens eine gesondert anfechtbare

Entscheidung. Gemäß 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Vertragsabschluss behauptet und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Voraussetzung für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach § 320 Abs 1 BVergG ist daher das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung nach § 2 Z 16 lit a BVergG, was von der BBG im gegenständlichen Fall bestritten wird. Zu prüfen ist daher, ob die - seitens der Antragstellerin - bekämpfte gesondert anfechtbare Entscheidung des § 2 Z 16 lit a sublit nn "Wahl des Vergabeverfahrens" vorliegt. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Die BBG ist als Einrichtung öffentlichen Rechts iSd Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zu qualifizieren (siehe dazu bereits ausführlich BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50). Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG ist bei der Direktvergabe die Wahl des Vergabeverfahrens eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß 320 Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Vertragsabschluss behauptet und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Voraussetzung für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG ist daher das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG, was von der BBG im gegenständlichen Fall bestritten wird. Zu prüfen ist daher, ob die - seitens der Antragstellerin - bekämpfte gesondert anfechtbare Entscheidung des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, "Wahl des Vergabeverfahrens" vorliegt.

Vorauszuschicken ist, dass nach der Rechtsprechung des EuGH jede Maßnahme eines öffentlichen Auftraggebers, die im Zusammenhang mit einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag getroffen wird, der in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fällt und die Rechtswirkungen entfalten kann, eine nachprüfbare Entscheidung im Sinne von Art 1 Abs 1 der Richtlinie 89/665 darstellt, unabhängig davon, ob diese Maßnahme außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder im Rahmen eines solchen Verfahrens getroffen wurde (EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03, Stadt Halle, Rn 34). Vorauszuschicken ist, dass nach der Rechtsprechung des EuGH jede Maßnahme eines öffentlichen Auftraggebers, die im Zusammenhang mit einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag getroffen wird, der in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fällt und die Rechtswirkungen entfalten kann, eine nachprüfbare Entscheidung im Sinne von Artikel eins, Absatz eins, der Richtlinie 89/665 darstellt, unabhängig davon, ob diese Maßnahme außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder im Rahmen eines solchen Verfahrens getroffen wurde (EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03, Stadt Halle, Rn 34).

Da es sich bei der Direktvergabe um ein Vergabeverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung handelt, stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, zu welchem Zeitpunkt ein Vergabeverfahren als "eingeleitet" gilt. Gemäß § 13 Abs 3 BVergG ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Die EB RV 2006 führen hierzu aus: Da es sich bei der Direktvergabe um ein Vergabeverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung handelt, stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, zu welchem Zeitpunkt ein Vergabeverfahren als "eingeleitet" gilt. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, BVergG ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Die EB Regierungsvorlage 2006 führen hierzu aus:

"Eingeleitet" im Sinne des Abs. 3 ist ein Vergabeverfahren dann, wenn die Bekanntmachung abgesendet wird oder - bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung - wenn eine den Beginn des Vergabeverfahrens dokumentierende vergaberelevante Handlung des Auftraggebers dessen Sphäre verlässt. Letzteres ist etwa das Setzen der ersten außenwirksamen Handlung des Auftraggebers in Form der Kontaktaufnahme mit Unternehmen, die der Auftraggeber für die Teilnahme am Vergabeverfahren gewinnen will. Hingegen sind erste informelle Erkundigungen des Auftraggebers bei Unternehmern, organisationsinterne Handlungen (Einsetzen eines Projektteams, Planung des Ablaufes eines Verfahrens udgln.) noch keine Handlungen, die als verfahrenseinleitende Handlungen zu qualifizieren sind (RV 1171 BlgNR 22. GP 35). "Eingeleitet" im Sinne des Absatz 3, ist ein Vergabeverfahren dann, wenn die Bekanntmachung abgesendet wird oder - bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung - wenn eine den Beginn des Vergabeverfahrens dokumentierende vergaberelevante Handlung des Auftraggebers dessen Sphäre verlässt. Letzteres ist etwa das Setzen der ersten außenwirksamen Handlung des Auftraggebers in Form der Kontaktaufnahme mit Unternehmen, die der Auftraggeber für die Teilnahme am Vergabeverfahren gewinnen will. Hingegen sind erste

informelle Erkundigungen des Auftraggebers bei Unternehmern, organisationsinterne Handlungen (Einsetzen eines Projektteams, Planung des Ablaufes eines Verfahrens udgln.) noch keine Handlungen, die als verfahrenseinleitende Handlungen zu qualifizieren sind (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 35).

Nach Ansicht des Senates geht das E-Mail der BBG vom 18.3.2013 deutlich über reine informelle Erkundigungen bzw. interne Überlegungen hinaus, womit aber im vorliegenden Fall bereits von der Einleitung des Vergabeverfahrens ausgegangen werden muss. Die Entscheidung vom 18.3.2013 ist daher als gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit a sublit nn BVergG zu qualifizieren. Dies aus nachfolgenden Erwägungen: Nach Ansicht des Senates geht das E-Mail der BBG vom 18.3.2013 deutlich über reine informelle Erkundigungen bzw. interne Überlegungen hinaus, womit aber im vorliegenden Fall bereits von der Einleitung des Vergabeverfahrens ausgegangen werden muss. Die Entscheidung vom 18.3.2013 ist daher als gesondert anfechtbare Entscheidung iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG zu qualifizieren. Dies aus nachfolgenden Erwägungen:

§ 15 Abs 3 BVergG lautet: Besteht eine Lieferung aus der Beschaffung gleichartiger Lieferleistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Paragraph 15, Absatz 3, BVergG lautet: Besteht eine Lieferung aus der Beschaffung gleichartiger Lieferleistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVA liegt Gleichartigkeit iSd Bestimmung dann vor, "wenn von einem im Wesentlichen einheitlichen Bieterkreis nach den gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen Erzeugnisse hergestellt werden, die einem im Wesentlichen einheitlichen Verwendungszweck dienen". Als gleichartige iSd angesehen werden z.B. Bürodrehstuhl für die Polizei und die Gendarmerie, Arbeitsmäntel, Arbeitsjacken, Latzhosen und Bundhosen, Briefumschläge, die innerhalb eines Wirtschaftsjahres gekauft werden, Lebensmittel, Mobiliar, Laborausstattung und Kühlgeräte für Krankenhäuser oder Bücher desselben Titels (siehe Budischowsky in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 15 Rz 10 f.). Nach der ständigen Rechtsprechung des BVA liegt Gleichartigkeit iSd Bestimmung dann vor, "wenn von einem im Wesentlichen einheitlichen Bieterkreis nach den gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen Erzeugnisse hergestellt werden, die einem im Wesentlichen einheitlichen Verwendungszweck dienen". Als gleichartige iSd angesehen werden z.B. Bürodrehstuhl für die Polizei und die Gendarmerie, Arbeitsmäntel, Arbeitsjacken, Latzhosen und Bundhosen, Briefumschläge, die innerhalb eines Wirtschaftsjahres gekauft werden, Lebensmittel, Mobiliar, Laborausstattung und Kühlgeräte für Krankenhäuser oder Bücher desselben Titels (siehe Budischowsky in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 15, Rz 10 f.).

Aufgrund der seitens der Rechtsprechung entwickelten Definition zum Begriff "Gleichartigkeit" ist der gegenständliche Betreff "Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln" jedenfalls als gleichartige Lieferung iSd § 15 Abs 3 BVergG zu qualifizieren. Von diesem Verständnis ist offenkundig auch die BBG ausgegangen, andernfalls hätte sie das (widerrufene) Vorverfahren, das in einzelne Lose unterteilt war, nicht gemeinsam ausgeschrieben. Aufgrund der seitens der Rechtsprechung entwickelten Definition zum Begriff "Gleichartigkeit" ist der gegenständliche Betreff "Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln" jedenfalls als gleichartige Lieferung iSd Paragraph 15, Absatz 3, BVergG zu qualifizieren. Von diesem Verständnis ist offenkundig auch die BBG ausgegangen, andernfalls hätte sie das (widerrufene) Vorverfahren, das in einzelne Lose unterteilt war, nicht gemeinsam ausgeschrieben.

Gemäß § 2 Abs 1 BB-GmbH-Gesetz ist Unternehmensgegenstand der Gesellschaft die Wahrnehmung von Aufgaben auf dem Gebiet des Beschaffungswesens mit dem Ziel einer ökonomisch sinnvollen Volumens- und Bedarfsbündelung zur Optimierung der Einkaufsbedingungen des Bundes nach wirtschaftlichen und qualitativen Kriterien. Entsprechend dieses gesetzlichen Auftrages hat die BBG (im Namen des Bundes) auch das widerrufene Vorverfahren EU-weit ausgeschrieben. Die nunmehrige Einrichtung einer sog. "Direktvergabeplattform" mit der Möglichkeit für die "Kunden" der BBG (also einer Vielzahl an sonstigen öffentlichen Auftraggeber iSd § 3 BVergG), Aufträge im Wege der Direktvergabe zu erteilen, würde aber gerade den in § 2 Abs 1 BB-GmbH-Gesetz normierten Unternehmensgegenstand konterkarieren. Welcher Anwendungsbereich für die Lieferung der gegenständlichen Leistungen verbliebe noch der BBG, wenn bereits im Vorfeld die "Kunden" der BBG einzelne (oder sämtliche) Aufträge im Wege der Direktvergabe beschafft hätten? Gemäß Paragraph 2, Absatz eins, BB-GmbH-Gesetz ist Unternehmensgegenstand der Gesellschaft die Wahrnehmung von Aufgaben auf dem Gebiet des Beschaffungswesens mit dem Ziel einer ökonomisch sinnvollen Volumens- und Bedarfsbündelung zur Optimierung der

Einkaufsbedingungen des Bundes nach wirtschaftlichen und qualitativen Kriterien. Entsprechend dieses gesetzlichen Auftrages hat die BBG (im Namen des Bundes) auch das widerrufenen Vorverfahren EU-weit ausgeschrieben. Die nunmehrige Einrichtung einer sog. "Direktvergabeplattform" mit der Möglichkeit für die "Kunden" der BBG (also einer Vielzahl an sonstigen öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraph 3, BVergG), Aufträge im Wege der Direktvergabe zu erteilen, würde aber gerade den in Paragraph 2, Absatz eins, BBG-GmbH-Gesetz normierten Unternehmensgegenstand konterkarieren. Welcher Anwendungsbereich für die Lieferung der gegenständlichen Leistungen verbliebe noch der BBG, wenn bereits im Vorfeld die "Kunden" der BBG einzelne (oder sämtliche) Aufträge im Wege der Direktvergabe beschafft hätten?

Im Übrigen erscheint die seitens der BBG geplante weitere Vorgehensweise im Zusammenhang mit dem widerrufenen Vorverfahren unschlüssig und zum Teil widersprüchlich. Wie in der mündlichen Verhandlung festgehalten, soll die am 21.12.2012 widerrufenen Ausschreibung demnächst (neu) bekanntgemacht werden. Die BBG konnte zwar keine detaillierten Angaben über dieses noch nicht veröffentlichte Vergabeverfahren tätigen, hielt jedoch fest, dass der geschätzte Auftragswert (wiederum) im Oberschwellenbereich liegen und ungefähr dem im Vorverfahren entsprechen wird. Wird aber nunmehr tatsächlich diese Folgeausschreibung veröffentlicht (der Senat hegt grundsätzlich keinen Grund daran zu zweifeln), so stellt sich die Frage nach dem weiteren "Schicksal" der sog. "Direktvergabeplattform". Nach dem Willen der BBG soll diese nach Abschluss des auszuschreibenden offenen Verfahrens aufgelassen werden (vgl. die Aussagen in der mündlichen Verhandlung; siehe dazu auch Punkt 32 der Nutzungsbedingungen). Die Direktvergabeplattform wurde mit E-Mail vom 18.3.2013 bekanntgemacht und nach dem erfolgten Widerruf des Vorverfahrens seitens der BBG intern beschlossen (vgl. Verhandlungsschrift OZ 12). Wenn nun aber ohnedies das widerrufenen Verfahren "nachgeholt" (voraussichtlich in der 17. KW 2013) werden soll, stellt sich die Frage, welcher Anwendungsbereich dann noch für die "Kunden" im Bereich der Direktvergabeplattform verbleibt? Offenbar soll zu ein und demselben Betreff ("Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln") ein EU-weites offenes Verfahren und einzelne Direktvergaben für einen gewissen Zeitraum parallel durchgeführt werden. Im Übrigen erscheint die seitens der BBG geplante weitere Vorgehensweise im Zusammenhang mit dem widerrufenen Vorverfahren unschlüssig und zum Teil widersprüchlich. Wie in der mündlichen Verhandlung festgehalten, soll die am 21.12.2012 widerrufenen Ausschreibung demnächst (neu) bekanntgemacht werden. Die BBG konnte zwar keine detaillierten Angaben über dieses noch nicht veröffentlichte Vergabeverfahren tätigen, hielt jedoch fest, dass der geschätzte Auftragswert (wiederum) im Oberschwellenbereich liegen und ungefähr dem im Vorverfahren entsprechen wird. Wird aber nunmehr tatsächlich diese Folgeausschreibung veröffentlicht (der Senat hegt grundsätzlich keinen Grund daran zu zweifeln), so stellt sich die Frage nach dem weiteren "Schicksal" der sog. "Direktvergabeplattform". Nach dem Willen der BBG soll diese nach Abschluss des auszuschreibenden offenen Verfahrens aufgelassen werden vergleiche die Aussagen in der mündlichen Verhandlung; siehe dazu auch Punkt 32 der Nutzungsbedingungen). Die Direktvergabeplattform wurde mit E-Mail vom 18.3.2013 bekanntgemacht und nach dem erfolgten Widerruf des Vorverfahrens seitens der BBG intern beschlossen vergleiche Verhandlungsschrift OZ 12). Wenn nun aber ohnedies das widerrufenen Verfahren "nachgeholt" (voraussichtlich in der 17. KW 2013) werden soll, stellt sich die Frage, welcher Anwendungsbereich dann noch für die "Kunden" im Bereich der Direktvergabeplattform verbleibt? Offenbar soll zu ein und demselben Betreff ("Lieferung, Montage und Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln") ein EU-weites offenes Verfahren und einzelne Direktvergaben für einen gewissen Zeitraum parallel durchgeführt werden.

Gemäß § 41 Abs 2 BVergG ist eine Direktvergabe nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert € 100.000,- nicht erreicht. Nach den seitens der BBG im Vorverfahren N/0118-BVA/09/2012 getätigten Angaben zum geschätzten Auftragswert ist diese Grenze jedoch bei weitem überschritten, insbesondere auch bei jedem der vier Lose (siehe Sachverhaltsfeststellungen). Würde aber nunmehr ein "Kunde" der BBG Büromöbeln im Wert unterhalb von € 100.000,- Gemäß Paragraph 41, Absatz 2, BVergG ist eine Direktvergabe nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert € 100.000,- nicht erreicht. Nach den seitens der BBG im Vorverfahren N/0118-BVA/09/2012 getätigten Angaben zum geschätzten Auftragswert ist diese Grenze jedoch bei weitem überschritten, insbesondere auch bei jedem der vier Lose (siehe Sachverhaltsfeststellungen). Würde aber nunmehr ein "Kunde" der BBG Büromöbeln im Wert unterhalb von € 100.000,-

- im Rahmen der Direktvergabeplattform anbieten (in der Annahme, sich innerhalb der zulässigen Grenze des § 41 Abs 2 BVergG zu befinden), wäre diese Direktvergabe mit den Zielsetzungen des § 15 Abs 3 BVergG nicht vereinbar. Wenn

man nämlich - so wie die BBG im Vorverfahren N/0118-BVA/09/2012 - davon ausgeht, dass es sich gegenständlich um "gleichartige" Lieferleistungen handelt, erscheint kein Fall denkbar, in welcher potentielle Kunden der BBG Produkte mittels Direktvergabe vollelektronisch anbieten zu können, ohne dadurch gleichzeitig § 15 Abs 3 BVergG zu umgehen.- im Rahmen der Direktvergabeplattform anbieten (in der Annahme, sich innerhalb der zulässigen Grenze des Paragraph 41, Absatz 2, BVergG zu befinden), wäre diese Direktvergabe mit den Zielsetzungen des Paragraph 15, Absatz 3, BVergG nicht vereinbar. Wenn man nämlich - so wie die BBG im Vorverfahren N/0118-BVA/09/2012 - davon ausgeht, dass es sich gegenständlich um "gleichartige" Lieferleistungen handelt, erscheint kein Fall denkbar, in welcher potentielle Kunden der BBG Produkte mittels Direktvergabe vollelektronisch anbieten zu können, ohne dadurch gleichzeitig Paragraph 15, Absatz 3, BVergG zu umgehen.

Die BBG hat mehrfach betont, dass sie kein Vergabeverfahren durchführt und sich auch in Punkt 7 der Nutzungsbedingungen von jeder vergabe-, wettbewerbs- und zivilrechtlichen Haftung befreit. Dennoch ist sie als "Letztverantwortliche" im Zusammenhang mit allfälligen Vergaberechtsverletzungen im Rahmen der Nutzung der Direktvergabeplattform zu qualifizieren. Dies ergibt sich schon darauf, dass die BBG die Direktvergabeplattform (offenbar) aus eigenem eingerichtet hat und ihr auch die (jederzeitige) Möglichkeit offensteht, diese wieder aufzulassen (vgl. Punkt 32 der Nutzungsbedingungen). Warum nach dem widerrufenen Vorverfahren plötzlich ein akuter Handlungsbedarf nach Einrichtung der Direktvergabeplattform bestanden hat, entzieht sich der Kenntnis des BVA und kann auch vom Senat nicht weiter untersucht werden, da die BBG (mit Ausnahme der OZ 4) keine zusätzlichen Unterlagen vorlegen konnte, in der ihre interne Willensbildung transparent gemacht werden könnte. Die BBG hat mehrfach betont, dass sie kein Vergabeverfahren durchführt und sich auch in Punkt 7 der Nutzungsbedingungen von jeder vergabe-, wettbewerbs- und zivilrechtlichen Haftung befreit. Dennoch ist sie als "Letztverantwortliche" im Zusammenhang mit allfälligen Vergaberechtsverletzungen im Rahmen der Nutzung der Direktvergabeplattform zu qualifizieren. Dies ergibt sich schon darauf, dass die BBG die Direktvergabeplattform (offenbar) aus eigenem eingerichtet hat und ihr auch die (jederzeitige) Möglichkeit offensteht, diese wieder aufzulassen vergleiche Punkt 32 der Nutzungsbedingungen). Warum nach dem widerrufenen Vorverfahren plötzlich ein akuter Handlungsbedarf nach Einrichtung der Direktvergabeplattform bestanden hat, entzieht sich der Kenntnis des BVA und kann auch vom Senat nicht weiter untersucht werden, da die BBG (mit Ausnahme der OZ 4) keine zusätzlichen Unterlagen vorlegen konnte, in der ihre interne Willensbildung transparent gemacht werden könnte.

Gemäß § 41 Abs 3 BVergG sind die bei der Durchführung einer Direktvergabe gegebenenfalls eingeholten unverbindlichen Preisauskünfte entsprechend zu dokumentieren. Zwar besteht für Direktvergaben grundsätzlich eine eingeschränkte Dokumentationspflicht. Jedoch ist - mit Öhler/Schramm - aufgrund des Zwecks der Dokumentation, die Nachprüfbarkeit zu erleichtern, davon auszugehen, dass der Auftraggeber der Aufzeichnungspflicht immer dann nachkommen sollte, wenn aufgrund der Höhe des Auftragswertes, der Bedeutung des Auftragsgegenstandes oder aus anderen dem Auftraggeber bekannten Gründen ein Interesse anderer Unternehmer an dem Auftrag denkbar ist (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 42 Rz 4). Um aber dem BVA eine abschließende nachprüfende Kontrolle zu ermöglichen, hätte die BBG - über das E-Mail vom 18.3.2013 hinaus - jedenfalls detailliert darzulegen gehabt, warum "bis zum Abschluss der Folge-Rahmenvereinbarung" die Errichtung der sog. "Direktvergabeplattform" notwendig ist. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der geschätzte Auftragswert des Vorverfahrens weit jenseits der zulässigen Grenze zur Direktvergabe anzusiedeln ist. Durch die offenkundige "Generalvollmacht" an die "Kunden" der BBG, bei Bedarf Direktvergaben durchzuführen, wird jedoch ein Schlupfloch für eine allfällige (rechtswidrige) Umgehung des BVergG 2006 (insbesondere des § 15 Abs 3 BVergG) eröffnet. Gemäß Paragraph 41, Absatz 3, BVergG sind die bei der Durchführung einer Direktvergabe gegebenenfalls eingeholten unverbindlichen Preisauskünfte entsprechend zu dokumentieren. Zwar besteht für Direktvergaben grundsätzlich eine eingeschränkte Dokumentationspflicht. Jedoch ist - mit Öhler/Schramm - aufgrund des Zwecks der Dokumentation, die Nachprüfbarkeit zu erleichtern, davon auszugehen, dass der Auftraggeber der Aufzeichnungspflicht immer dann nachkommen sollte, wenn aufgrund der Höhe des Auftragswertes, der Bedeutung des Auftragsgegenstandes oder aus anderen dem Auftraggeber bekannten Gründen ein Interesse anderer Unternehmer an dem Auftrag denkbar ist (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 42, Rz 4). Um aber dem BVA eine abschließende nachprüfende Kontrolle zu ermöglichen, hätte die BBG - über das E-Mail vom 18.3.2013 hinaus - jedenfalls detailliert darzulegen gehabt, warum "bis zum Abschluss der Folge-Rahmenvereinbarung" die Errichtung der sog. "Direktvergabeplattform" notwendig ist. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der geschätzte Auftragswert des Vorverfahrens weit jenseits der zulässigen Grenze zur Direktvergabe anzusiedeln ist. Durch die offenkundige

"Generalvollmacht" an die "Kunden" der BBG, bei Bedarf Direktvergaben durchzuführen, wird jedoch ein Schlupfloch für eine allfällige (rechtswidrige) Umgehung des BVergG 2006 (insbesondere des Paragraph 15, Absatz 3, BVergG) eröffnet.

Resümierend ist festzuhalten: Die "Wahl des Vergabeverfahrens" wurde gegenständlich durch die Entscheidung der BBG vom 18.3.2013 eingeleitet. Wie bereits festgehalten, ist dieses E-Mail als Kontaktaufnahme mit jenen Unternehmen zu qualifizieren, die die BBG für die Teilnahme an zukünftigen Vergabeverfahren gewinnen will und geht über eine reine informelle Erkundigung bzw. organisationsinterne Handlung hinaus. Die Entscheidung vom 18.3.2013 ist daher als gesondert anfechtbare Entscheidung zu qualifizieren und aus den oben angeführten Gründen als rechtswidrig zu beurteilen. Der Antrag wurde auch innerhalb der Frist des § 321 Abs 3 BVergG gestellt und ist daher zulässig. Folglich war spruchgemäß zu entscheiden. Resümierend ist festzuhalten: Die "Wahl des Vergabeverfahrens" wurde gegenständlich durch die Entscheidung der BBG vom 18.3.2013 eingeleitet. Wie bereits festgehalten, ist dieses E-Mail als Kontaktaufnahme mit jenen Unternehmen zu qualifizieren, die die BBG für die Teilnahme an zukünftigen Vergabeverfahren gewinnen will und geht über eine reine informelle Erkundigung bzw. organisationsinterne Handlung hinaus. Die Entscheidung vom 18.3.2013 ist daher als gesondert anfechtbare Entscheidung zu qualifizieren und aus den oben angeführten Gründen als rechtswidrig zu beurteilen. Der Antrag wurde auch innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 3, BVergG gestellt und ist daher zulässig. Folglich war spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung 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.

Wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt, wurde dem auf Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens gerichteten Nachprüfungsbegehren stattgegeben. Somit steht der Antragstellerin als "obsiegender" Partei der Ersatz ihrer entrichteten Pauschalgebühren zu.

Schlagworte

Wahl des Vergabeverfahrens, Direktvergabe, gesondert anfechtbare Entscheidung, gleichartige Lieferleistungen, Transparenz, Nachprüfung;

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2013

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