

TE Verg Bescheid 2012/10/2 F/0009-BVA/03/2012-17

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.10.2012

Norm

BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §2 Z41
BVergG §2 Z16 lita sublitaa
BVergG §2 Z16 lita sublitnn
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §5
BVergG 2006 §13
BVergG 2006 §15
BVergG 2006 §25 Abs1
BVergG 2006 §25 Abs10
BVergG 2006 §41 Abs1
BVergG 2006 §41 Abs2 Z1
BVergG 2006 §49 Abs2
BVergG 2006 §54 Abs6
BVergG 2006 §55 Abs5
BVergG 2006 §55 Abs6
BVergG 2006 §101 Abs4
BVergG 2006 §131
BVergG 2006 §132 Abs2
BVergG 2006 §135 Abs1
BVergG 2006 §139 Abs2 Z1
BVergG 2006 §140
BVergG 2006 §210 Abs2
BVergG 2006 §217 Abs7
BVergG 2006 §219 Abs5
BVergG 2006 §219 Abs6
BVergG 2006 §273 Abs2
BVergG 2006 §291 Abs2
BVergG 2006 §312 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs3
BVergG 2006 §312 Abs3 Z7

BVergG 2006 §312 Abs3 Z3

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §321 Abs3

BVergG 2006 §331

BVergG 2006 §334 Abs2

BVergG 2006 §334 Abs7

BVergG 2006 §345 Abs15 Z3

B-VG Art 14b Abs2 Z1 litd

B-VG Art 14b Abs2 Z1 litb

EBRV 2006 zu §13

EBRV 2006 zu §138

EBRV 2006 zu §139

VbVG §5 Abs3

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

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

1. BVergG Art. 2 § 2 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006

1. BVergG Art. 2 § 2 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

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

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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

- [illegible]

2. BVergG 2006 § 219 gültig von 01.01.2013 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 219 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 219 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 219 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

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

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

1. VbVG § 5 heute
2. VbVG § 5 gültig ab 01.01.2006

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sibyll Andrea Böck, sowie Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Feststellungsverfahren gemäß § 331 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, idF der Novelle BGBl II Nr. 10/2012 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von Raumtrennsystemen Bauvorhaben Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden" des Auftraggebers Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1050 Wien, vergebende Stelle SVD Büromanagement GmbH, Dresdner Straße 45, 1200 Wien, vertreten durch X*** Rechtsanwälte, , eingeleitet über Antrag der A*** Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Y*** Rechtsanwälte, vom 16. August 2012, beim Bundesvergabeamt protokolliert am 17. August 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sibyll Andrea Böck, sowie Dkfm. Dr.

Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 10 aus 2012, (BVerG) betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von Raumtrennsystemen Bauvorhaben Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden" des Auftraggebers Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1050 Wien, vergebende Stelle SVD Büromanagement GmbH, Dresdner Straße 45, 1200 Wien, vertreten durch X*** Rechtsanwälte, , eingeleitet über Antrag der A*** Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Y*** Rechtsanwälte, vom 16. August 2012, beim Bundesvergabeamt protokolliert am 17. August 2012, wie folgt entschieden:

SPRUCH

I.römisch eins.

Dem Antrag, festzustellen "dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung betreffend die Lieferung von Raumtrennsystemen wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war", wird stattgegeben.

Es wird festgestellt, dass das von der Auftraggeberin, der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, betreffend Raumtrennsysteme durchgeführte Vergabeverfahren, welches mit dem Zustandekommen des Vertrages, unterfertigt am 14.8.2012, mit der B*** Ges.m.b.H., endete, rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde.

II.römisch zwei.

Die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft ist gemäß § 334 BVerG 2006 verpflichtet, dem Bundesvergabeamt binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von Euro 20.000.-- zu bezahlen. Die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft ist gemäß Paragraph 334, BVerG 2006 verpflichtet, dem Bundesvergabeamt binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von Euro 20.000.-- zu bezahlen.

III.römisch drei.

Dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 319 BVerG wird stattgegeben. Dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß Paragraph 319, BVerG wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin, die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, hat der Antragstellerin, der A*** Gesellschaft m.b.H, für das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von Raumtrennsystemen Bauvorhaben Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden" den Betrag von Euro 300.- für die von der Antragstellerin für den Feststellungsantrag entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters, Y*** Rechtsanwälte, zu ersetzen.

BEGRÜNDUNG

Die Antragstellerin stellte am 16.8.2012, protokolliert am 17.8.2012, neben den im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Akteneinsicht und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, die Auftraggeberin habe den ursprünglich im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich EU-weit ausgeschrieben Lieferauftrag betreffend Raumtrennsysteme und Vorhänge vergaberechtswidrig gesplittet und zu Unrecht im Wege zweier Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung direkt vergeben sowie rechtswidrigerweise den Zuschlag schon vor erfolgtem Widerruf des offenen Verfahrens erteilt.

Ergänzend führte die Antragstellerin aus, die Auftraggeberin habe zunächst im offenen Verfahren das Liefern und Montieren von Vorhängen inklusive Montage der Vorhangschienen und der Trennvorhänge bzw. Raumtrennsysteme in den Therapieräumen ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Im Zuge der Angebotsöffnung vom 2.5.2012 habe sich herausgestellt, dass die Antragstellerin als einzige Bieterin im Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben habe. Mit Schreiben vom 16.7.2012 sei der Antragstellerin die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung mitgeteilt worden mit der Begründung, dass nur ein Angebot eingelangt sei.

Die Antragstellerin habe die Widerrufsentscheidung im Glauben, es werde danach neuerlich ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt, unangefochten zur Kenntnis genommen. Der Widerruf des Verfahrens sei am 27.7.2012 erklärt worden. Am 6.8.2012 habe die Antragstellerin im Zuge von Lieferantengesprächen gerüchteweise gehört, dass die Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft den gegenständlichen Auftrag nunmehr im Wege zweier Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergebe habe. Nach den Informationen der Antragstellerin sei der Auftragsgegenstand in die beiden Teile "Vorhänge" (Stores, Dekorvorhänge, Trennvorhang, Positionen 96.10, 96.11 und 96.13 des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses) und "Raumtrennsysteme" (Streifenvorhang- Systeme, Raumtrenn-Systeme, Positionen 96.30 und 96.50 des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses) geteilt und jeweils in einem Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung vergeben worden.

Gegen diese unzulässige Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung betreffend die Lieferung von "Raumtrennsystemen" richte sich der gegenständliche Feststellungsantrag, da es sich bei dem gegenständlichen Leistungsgegenstand - Lieferung und Montage von Raumtrennsystemen - ebenso wie bei der Lieferung und Montage von Vorhängen, um einen selbstständigen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG handle. Die Auftraggeberin hätte den Wert der beiden Aufträge "Vorhänge" und "Raumtrennsysteme" zusammenrechnen und aufgrund des zusammengerechneten Auftragswerts ein entsprechendes Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchführen müssen, da die Leistungen das gleiche Fachgebiet betreffen würden, ein sachlicher und örtlicher Zusammenhang, ein gemeinsamer Zweck und eine gemeinsame Planung bestehe. Auch der Kreis der anbietenden Lieferanten sei gleich. Wären die Leistungsteile vergaberechtskonform zusammengerechnet worden, so hätte sich ein Auftragswert von zumindest Euro 130.000,- laut den Angaben in der Bekanntmachung im Supplement, nach wohl richtiger Auftragswertschätzung aber von rund Euro 150.000,- ergeben. Jedenfalls hätte ein Vergabeverfahren nach vorheriger Bekanntmachung erfolgen müssen. Dass auch die Auftraggeberin ursprünglich von der verpflichtenden Durchführung eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ausgegangen sei und ein solches auch zumindest teilweise durchgeführt habe, zeige auch die Mitteilung des Widerrufs vom 27.7.2012. Nach den der Antragstellerin vorliegenden Informationen sei das Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung von der Auftraggeberin sogar schon vor dem erfolgten Widerruf des offenen Verfahrens zur Bekanntmachung 2012/S 75-123477 vom 18.4.2012 durchgeführt und durch Zuschlag beendet worden. Die Auftraggeberin habe somit vergaberechtswidrig - gemeinsam mit dem Verfahren betreffend die Lieferung von Vorhängen - drei parallele Verfahren über denselben Leistungsgegenstand durchgeführt. Gegen diese unzulässige Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung betreffend die Lieferung von "Raumtrennsystemen" richte sich der gegenständliche Feststellungsantrag, da es sich bei dem gegenständlichen Leistungsgegenstand - Lieferung und Montage von Raumtrennsystemen - ebenso wie bei der Lieferung und Montage von Vorhängen, um einen selbstständigen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG handle. Die Auftraggeberin hätte den Wert der beiden Aufträge "Vorhänge" und "Raumtrennsysteme" zusammenrechnen und aufgrund des zusammengerechneten Auftragswerts ein entsprechendes Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchführen müssen, da die Leistungen das gleiche Fachgebiet betreffen würden, ein sachlicher und örtlicher Zusammenhang, ein gemeinsamer Zweck und eine gemeinsame Planung bestehe. Auch der Kreis der anbietenden Lieferanten sei gleich. Wären die Leistungsteile vergaberechtskonform zusammengerechnet worden, so hätte sich ein Auftragswert von zumindest Euro 130.000,- laut den Angaben in der Bekanntmachung im Supplement, nach wohl richtiger Auftragswertschätzung aber von rund Euro 150.000,- ergeben. Jedenfalls hätte ein Vergabeverfahren nach vorheriger Bekanntmachung erfolgen müssen. Dass auch die Auftraggeberin ursprünglich von der verpflichtenden Durchführung eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ausgegangen sei und ein solches auch zumindest teilweise durchgeführt habe, zeige auch die Mitteilung des Widerrufs vom 27.7.2012. Nach den der Antragstellerin vorliegenden Informationen sei das Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung von der Auftraggeberin sogar schon vor dem erfolgten Widerruf des offenen Verfahrens zur Bekanntmachung 2012/S 75-123477 vom 18.4.2012 durchgeführt und durch Zuschlag beendet worden. Die Auftraggeberin habe somit vergaberechtswidrig - gemeinsam mit dem Verfahren betreffend die Lieferung von Vorhängen - drei parallele Verfahren über denselben Leistungsgegenstand durchgeführt.

Zum Interesse und zum Schaden führte die Antragstellerin aus, dass sie fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot in dem mit Bekanntmachung 2012/S 75-123477 eingeleiteten offenen Verfahren im Oberschwellenbereich abgegeben habe und somit jedenfalls ein Interesse an dem hier relevanten Auftrag über die Lieferung von Raumtrennsystemen bekundet habe. Aufgrund der vergaberechtswidrigen Durchführung eines Verfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung sei der Antragstellerin ein großer finanzieller und sonstiger Schaden entstanden bzw.

drohe bei weiterer Durchführung des Auftrags zu entstehen: Dieser Schaden bestehe im Verlust einer Chance auf Gewinn in einem vergaberechtskonformen Verfahren sowie in der Beteiligung an einem fairen und lauterem Verfahren zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen. Der Antragstellerin sei zusätzlich ein Schaden in der Höhe der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen und die bisherige Teilnahme am Verfahren entstanden: so habe die Antragstellerin für das Studium und die Bearbeitung der umfangreichen Ausschreibungsunterlagen und die Abgabe eines Angebotes einen Aufwand von ca. 25 Stunden zu à Euro 60,- (exkl. Ust.) (Geschäftsführer und Mitarbeiter der Antragstellerin) investieren müssen. Darüber hinaus seien mehrere Beratungsgespräche mit Rechtsvertretern erforderlich gewesen, sodass auch bereits ein Rechtsanwalts honorar angefallen sei. Weiter drohe der Antragstellerin ein Schaden in Form des Verlustes eines Referenzprojektes. Der Sieg im umseits bezeichneten Vergabeverfahren und die Ausführung der Leistung würde für die Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt darstellen. Ein zur Zufriedenheit der Auftraggeber durchgeführter Auftrag dieser Größenordnung würde daher eine herausragende Bestätigung der eigenen Leistungsfähigkeit darstellen.

Zur Bezeichnung des verletzten Rechtes führte die Antragstellerin aus, dass sich diese in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und darin implizierter Möglichkeit der Beteiligung und anschließender Zuschlagserteilung, unter anderem gemäß § 19 Abs 1 und § 46 BVergG 2006, verletzt erachte. Zur Bezeichnung des verletzten Rechtes führte die Antragstellerin aus, dass sich diese in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und darin implizierter Möglichkeit der Beteiligung und anschließender Zuschlagserteilung, unter anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins und Paragraph 46, BVergG 2006, verletzt erachte.

Aus den genannten Gründen werde daher die Feststellung der Rechtswidrigkeit, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung betreffend die Lieferung von Raumtrennsystemen wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, begehrt, in eventu, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war. Aus den genannten Gründen werde daher die Feststellung der Rechtswidrigkeit, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung betreffend die Lieferung von Raumtrennsystemen wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, begehrt, in eventu, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Die Auftraggeberin nahm mit Schriftsatz vom 24.8.2012 zu den Behauptungen der Antragstellerin Stellung und führte aus, richtig sei, dass der gegenständliche Auftrag ursprünglich im offenen Verfahren EU-weit mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 130.000,- (exkl. USt) nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben worden sei. Allerdings habe sich nur die Antragstellerin als einzige Bieterin beteiligt und ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin habe daher das Verfahren gemäß § 139 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 widerrufen. Die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung sei am 16.7.2012 erfolgt. Die Widerrufsentscheidung sei somit bereits bestandsfest geworden. Die Auftraggeberin nahm mit Schriftsatz vom 24.8.2012 zu den Behauptungen der Antragstellerin Stellung und führte aus, richtig sei, dass der gegenständliche Auftrag ursprünglich im offenen Verfahren EU-weit mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 130.000,- (exkl. USt) nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben worden sei. Allerdings habe sich nur die Antragstellerin als einzige Bieterin beteiligt und ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin habe daher das Verfahren gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 widerrufen. Die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung sei am 16.7.2012 erfolgt. Die Widerrufsentscheidung sei somit bereits bestandsfest geworden.

Zuvor, am 13.6.2012, sei die Antragstellerin jedoch noch aufgefordert worden, ein neues Angebot zu legen. Dementsprechend habe diese am 15.6.2012 ein neues Angebot gelegt. Gleichzeitig sei die Fa B*** GmbH (in weiterer Folge: Fa. B***) ersucht worden, ein Angebot zu legen. Am 14.8.2012 sei der Vertrag mit der Fa. B*** abgeschlossen worden. Die Leistungen, welche ohne erhebliche Mehrwertminderungen nicht mehr zurückgestellt werden können, seien weitgehend bereits erbracht worden, der Vertrag sei somit größtenteils erfüllt.

Gemäß § 332 Abs 5 BVergG 2006 sei aber ein Antrag auf Feststellung unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können. Gemäß § 2 Z 16 lit nn BVergG 2006 sei

bei der Direktvergabe die "Wahl des Vergabeverfahrens" eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß § 321 Abs 3 BVergG 2006 betrage die Frist für einen Nachprüfungsantrag bei der Durchführung einer Direktvergabe sieben Tage ab dem Zeitpunkt, in dem die Antragstellerin von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin habe spätestens mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe am 13.6.2012 von der Direktvergabe gewusst. Im Hinblick auf die Tatsache, dass gemäß § 101 Abs 4 BVergG 2006 während eines offenen Verfahrens ein striktes Verhandlungsverbot herrsche, hätte die Antragstellerin spätestens zu diesem Zeitpunkt Kenntnis davon erlangen können, dass die Auftraggeberin beabsichtige, eine Direktvergabe durchzuführen. Dementsprechend habe die Antragstellerin am 15.6.2012 ein neues Angebot gelegt. Da der von der Auftraggeberin geltend gemachte Rechtsverstoß schon im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gegen die Wahl der Direktvergabe hätte geltend gemacht werden können, werde beantragt, den Feststellungsantrag als unzulässig zurückzuweisen. Gemäß Paragraph 332, Absatz 5, BVergG 2006 sei aber ein Antrag auf Feststellung unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, lit nn BVergG 2006 sei bei der Direktvergabe die "Wahl des Vergabeverfahrens" eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß Paragraph 321, Absatz 3, BVergG 2006 betrage die Frist für einen Nachprüfungsantrag bei der Durchführung einer Direktvergabe sieben Tage ab dem Zeitpunkt, in dem die Antragstellerin von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin habe spätestens mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe am 13.6.2012 von der Direktvergabe gewusst. Im Hinblick auf die Tatsache, dass gemäß Paragraph 101, Absatz 4, BVergG 2006 während eines offenen Verfahrens ein striktes Verhandlungsverbot herrsche, hätte die Antragstellerin spätestens zu diesem Zeitpunkt Kenntnis davon erlangen können, dass die Auftraggeberin beabsichtige, eine Direktvergabe durchzuführen. Dementsprechend habe die Antragstellerin am 15.6.2012 ein neues Angebot gelegt. Da der von der Auftraggeberin geltend gemachte Rechtsverstoß schon im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gegen die Wahl der Direktvergabe hätte geltend gemacht werden können, werde beantragt, den Feststellungsantrag als unzulässig zurückzuweisen.

Unrichtig sei, dass die Auftraggeberin den Wert der beiden Aufträge "Vorhänge" und "Raumtrennsysteme" zusammenrechnen hätte müssen. Während

Vorhänge dazu dienen, die Einsicht durch Fenster zu verhindern, sollen

durch Raumtrennsysteme örtliche Gegebenheiten flexibel und variabel verändert werden. Es gehe dabei sohin um die Montage von Trennwänden und allenfalls auch Einhausungen.

Ausgehend davon sei eine Direktvergabe möglich und werde daher beantragt, den Feststellungsantrag auch aus diesem Grund zurück- bzw abzuweisen, in eventu festzustellen, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, und von einer Nichtigserklärung des Vertrages abzusehen und den Vertrag aufrechtzuerhalten; in eventu auszusprechen, dass der Vertrag erst mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung aufgehoben werde; in eventu auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben werde, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertminderung rückstellbar seien.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 18.9.2012 durchgeführten mündlichen Verhandlung gab die Auftraggeberin auf Befragen der Vorsitzenden, wie das erste, offene Vergabeverfahren vor Durchführung der Direktvergabe zu Ende geführt worden sei, an, dass das Angebot der Antragstellerin im offenen Verfahren zu teuer gewesen sei, weil es statt der vom Auftraggeber geschätzten 130.000 Euro rund 160.000 Euro ausgemacht habe. Zudem sei es das einzige Angebot gewesen. Daraufhin habe der Auftraggeber mit der Antragstellerin telefoniert und sei ihr dies mitgeteilt worden. In weiterer Folge unmittelbar nach der Angebotsöffnung am 2.5.2012 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, mit der ausschreibenden Stelle Kontakt aufzunehmen, um die einzelnen Positionen zu überprüfen, aufzuklären und gegebenenfalls ein neues Angebot zu legen. Der Auftraggeber habe jedoch von der Antragstellerin zunächst keine Rückmeldung erhalten, erst auf weitere Urgenz des Auftraggebers sei das Gespräch mit der ausschreibenden Stelle und der Antragstellerin zustande gekommen. Auf Befragen des Beisitzers Dr. Hackl, ob dem Auftraggeber bewusst gewesen sei, dass im offenen Verfahren Verhandlungsverbot herrsche, wurde dieses verneint. Es sei dies nicht als Verhandlung gesehen worden, sondern vielmehr als Aufklärung und Überprüfung der einzelnen Positionen des Angebots der Antragstellerin. Diese habe dann auch mit Schreiben vom 15.6. 2012 ein neues Angebot gelegt. Der Auftraggeber habe nach Prüfung dieses neuen Angebots aber beschlossen, das Verfahren "aufzuheben" weil auch dieses Angebot nicht entsprochen habe bzw. zu teuer gewesen sei.

Im Hinblick auf die Dringlichkeit der Vergabe bzw. die Dringlichkeit der Ausführungen sei mit der Firma B*** Kontakt aufgenommen worden. Herr C***, der Verwaltungsdirektor des Klinikums Baden, sei im Auftrag der Auftraggeberin mit der Firma B*** telefonisch in Kontakt getreten und sei diese aufgefordert worden, ein Offert für die Ausstattung des Klinikums, insbesondere mit den Vorhängen, zu legen.

Eine Vertreterin der Firma B*** habe dann das Klinikum bzw. die Räumlichkeiten besichtigt. Sie habe das Leistungsverzeichnis bekommen und im Anschluss daran habe die Firma B*** am 10.7.2012 auch ein Angebot gelegt. Richtig sei, dass es dann in weiterer Folge einen Schriftverkehr mit B*** hinsichtlich der weiteren Vorgehensweise gegeben habe.

Am 16.7.2012 sei dann, so die Auftraggeberin auf Befragen, das erste, offene Verfahren widerrufen worden. In weiterer Folge sei das Angebot der Antragstellerin jenem der Fa. B*** gegenübergestellt worden, Dieses sei preislich günstiger gewesen sowohl hinsichtlich der Vorhänge als auch der Raumtrennsysteme. In der Protokollniederschrift vom 25.7.2012 sei auch festgehalten, dass das Angebot der Fa. B*** den Zuschlag erhalten soll. Nach Ablauf der Stillhaltefrist am 27.7.2012 sei der Widerruf erklärt worden.

Auf Vorhalt, dass das 1. Verfahren noch nicht beendet gewesen sei, aber der Auftraggeber schon ein neues Vergabeverfahren geführt habe, wendete die Auftraggeberin ein, dass das 1. Verfahren im Laufe des 2. Verfahrens ohnehin widerrufen worden sei und seien aus Dringlichkeitsgründen mit der Fa. B*** bereits vor Vertragsschluss Gespräche betreffend die Raumgestaltung, die Farben der Vorhänge etc. geführt worden, weil das Fabrikat ohnehin schon in der 1. Ausschreibung festgelegt worden sei. Die Unterfertigung des Vertrages mit B*** sei am 14.8.2012 erfolgt, das Datum 27.7.2012 am Vertragskopf sei ein Vordruck, der sich nur auf dem Ausdruck befunden habe.

Auf Befragen des Beisitzers DI Kleiner zum Schriftverkehr mit der Fa. B*** vom 24.7.2012, worin es schon um die Frage der "Nachverrechnung" gehe, sodass eine Auftragserteilung erst am 14.8.2012 in Zweifel gezogen werden müsse, wurde dies vom Auftraggeber dahingehend beantwortet, dass es sich hier nicht um eine Auftragserweiterung bei einem bereits bestehenden Auftrag handle, sondern um eine künftige Auftragserweiterung. Auf weiteren Vorhalt des Beisitzers, dass laut Schriftverkehr die Ausführung der Trennvorhänge bereits am 24.7.2012 angeordnet worden sei bzw. diese angefragt worden sei und auch die Farbe der Vorhänge besprochen worden sei, obwohl laut vorherigen Ausführungen nicht angebotsgegenständlich, wurde dies von der Auftraggeberin bestritten und dahingehend beantwortet, dass es sich um eine künftige Auftragserweiterung handle.

Die Auftraggeberin führte ergänzend aus, dass die Antragstellerin von der Wahl der Direktvergabe gewusst habe und daher diese rechtzeitig im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte anfechten können.

Die Antragstellerin bestritt diese Behauptung und führte aus, dass sie der Meinung gewesen sei, ihr Angebot würde nach durchgeführter Aufklärung ohnehin den Zuschlag erhalten. Es sei ihr zu keinem Zeitpunkt bewusst gewesen, dass auch mit anderen Bietern verhandelt werde.

Auf Frage des Beisitzers DI Kleiner, wann das Klinikum nach dem Umbau eröffnet worden sei, wird vom Auftraggeber der 10.9.2012 angegeben.

Auf Vorhalt der Vorsitzenden, dass die "Vorhänge" und die "Raumtrennsysteme" ursprünglich als ein Leistungsgegenstand im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 130.000 ausgeschrieben worden seien und nunmehr vom Auftraggeber gesplittet worden seien, dies jedoch eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes bedürfe, führte die Auftraggeberin aus, dass die Aufteilung in 2 Lose aufgrund technischer Unterschiede erforderlich gewesen sei, zumal die "Vorhänge" aus Stoff, das andere, nämlich die "Raumtrennsysteme" aus Holz sei bzw. es sich um Schienensysteme handle. Eine Trennung sei auch deshalb erfolgt, weil es ja nur einen Bieter gegeben habe und ursprünglich nicht klar gewesen sei, ob eine gemeinsame Ausführung rechtzeitig von nur einem Bieter durchgeführt werden könne. Letztlich habe aber die Firma B*** beide Leistungen, sowohl Vorhänge als auch Raumtrennwände, rechtzeitig erbringen können. Zudem sei auch das mangelnde Interesse an Bietern ein weiterer Grund für die Trennung der Vergabe gewesen.

Dies wird von der Antragstellerin bestritten und eine Liste von ausführenden Firmen dem Senat vorgelegt, zum Beweis dafür, dass es sich um ein Fachgebiet und nicht um unterschiedliche Fachgebiete handle und mehrerer Firmen beide Fachgebiete abdecken hätten können. Darüber hinaus seien in der gegenständlichen Ausschreibung keine Raumtrennsysteme aus Holz vorgesehen. Die Auftraggeberin habe die Leistungen willkürliche gesplittet, diese zeige

auch die Tatsache, dass die Position 96/30 des Leistungsverzeichnisses, die "Streifenvorhänge" in die Direktvergabe Raumtrennsysteme hinein genommen worden seien, obwohl sämtliche Vorhänge ansonsten in der "Vorhang" - Direktvergabe enthalten seien. Zudem seien die Regieleistungen nur in die Raumtrennsystemvergabe hinein genommen worden, jedoch nicht bei den Vorhängen, was somit einen wesentlich geringeren Auftragswert ergeben würde.

Die Auftraggeberin brachte ergänzend vor, dass die Antragstellerin keine Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte und wenn man die beiden Leistungen addiere,, würden sich die selben Schätzkosten ergeben. Auf Befragen der Antragstellerin hinsichtlich der Auftragssumme zu den Vorhängen wurde von der Auftraggeberin auf das diesbezügliche Verfahren (ANM: anhängig beim Senat 2) hingewiesen und der Betrag nicht genannt.

Auf Befragen der Vorsitzenden, ob der Vertrag bereits erfüllt worden sei, wurde dies vom der Auftraggeberin bejaht und darauf hingewiesen das mit 10.9.2012 der Betrieb aufgenommen worden sei und mit 20.9.2012 der Vollbetrieb laufe. Teilleistungen würden daher ohne Wertverminderung nicht mehr zurückgestellt werden können.

Auf Befragen des Beisitzers DI Kleiner, warum es 2 Monate gedauert habe, bis die Auftraggeberin die Ausschreibung widerrufen habe, führte diese aus, dass die Antragstellerin "solange nichts getan habe".

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den genannten Quellen. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im April 2012 schrieb die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft im Rahmen des Gesamt-Bauvorhabens "Um-und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden" (geschätzte Projektkosten ca. Euro 22,5 Mio) die Lieferung und Montage von Raumtrennsystemen und Vorhängen zunächst EU-weit mit dem CPV Code 39000000. 19000000 im offenen Verfahren bei einem geschätzten Auftragswert von Euro 130.000.- ohne Ust. nach dem Billigstbieterprinzip aus. Die Bekanntmachung wurde am 13.4.2012 an das Amt für amtliche Veröffentlichungen versendet und zur Zahl 2012/S 75-123477 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht. Als Zuschlagskriterium war unter Pkt. IV.2.1. der niedrigste Preis angegeben.Im April 2012 schrieb die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft im Rahmen des Gesamt-Bauvorhabens "Um-und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden" (geschätzte Projektkosten ca. Euro 22,5 Mio) die Lieferung und Montage von Raumtrennsystemen und Vorhängen zunächst EU-weit mit dem CPV Code 39000000. 19000000 im offenen Verfahren bei einem geschätzten Auftragswert von Euro 130.000.- ohne Ust. nach dem Billigstbieterprinzip aus. Die Bekanntmachung wurde am 13.4.2012 an das Amt für amtliche Veröffentlichungen versendet und zur Zahl 2012/S 75-123477 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht. Als Zuschlagskriterium war unter Pkt. römisch vier.2.1. der niedrigste Preis angegeben.

Die Antragstellerin hat auf Basis des Leistungsverzeichnisses "Vorhänge und Raumtrennsysteme, KMB Baden" rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Die Angebotsöffnung erfolgte am 2.5.2012. Die Antragstellerin hat als einzige Bieterin ein Angebot abgegeben.Im Anschluss an die Angebotsöffnung ist die Antragstellerin noch im Mai 2012 von der vergebenden Stelle aufgefordert worden, sich die einzelnen Positionen in den Ausschreibungsbestimmungen noch einmal anzusehen bzw. ihr Angebot noch einmal zu "überprüfen" und die Preise "aufzuklären". Am 13.6.2012 wurde die Antragstellerin schriftlich aufgefordert, ein neues Angebot zu legen. Mit Schreiben vom Schreiben vom 15.6.2012 hat die Antragstellerin ein neues Angebot gelegt wie folgt:

"

Sehr geehrter Herr Ing. D***!

Vereinbarungsgemäß habe ich mein Angebot wie besprochen geändert und darf Ihnen beiliegend drei Varianten präsentieren:

1. 1.)eins,

Änderung des Hauptanbots in folgenden Punkten....

- -Strichaufzählung
Streifenvorhänge.....
- -Strichaufzählung

Raumtrennsysteme....

Neue Gesamtanbotssumme: Euro 162.885,95 (exkl. USt.)

1. 2.)2,

Variante 1

- -Strichaufzählung
Streifenvorhänge
- -Strichaufzählung
Raumtrennsysteme:

Neue Gesamtanbotssumme: Euro 158.621,95 (exkl. USt.)

1. 3.)3,

Variante 2.....

- -Strichaufzählung
Streifenvorhänge....
- -Strichaufzählung
Raumtrennsysteme....

Neue Gesamtanbotssumme: Euro 162.891,95 (exkl. USt.)...

.....

Mit freundlichen Grüßen

(Geschäftsführer)"

In der Zwischenzeit hat die Auftraggeberin mit Telefonat vom 11.5.2012 die Fa. B*** aufgefordert, ein Offert zu legen, zunächst nur insbesondere

"hinsichtlich der Vorhänge". Nach den per e-mail Schriftverkehr - dem

Bundesvergabeamt vorliegend vom 13.7.,19.7,23.7-26.7.2012 - durchgeführten Abklärungen hinsichtlich Raumgestaltung und Farben etc. und einer Besichtigung des Klinikums durch Vertreter der Fa. B***, hat diese mit Schreiben vom 10.7.2012 ein Angebot für die Vorhänge (s. F/0008- BVA/02/2012) gelegt. Laut Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung am 18.9.2012 hat die Fa. B*** erklärt, auch die "Raumtrennwände" durchzuführen. Ein Kostenvorschlag hiezu wurde von der Auftraggeberin dem Senat nicht vorgelegt. Mit e-mail vom 24.7.2012 hat die Fa. B***angefragt: "Muß ein neues Anbot erstellt werden, oder kann eine Nachverrechnung erfolgen, zu den gleichen Preisen wie bei Anbot?" Beantwortet wurde dies dahingehend, dass ein neues Angebot nicht notwendig sei, es komme lediglich zu einer Massenerhöhung und sei grundsätzlich die Abrechnung mit der ÖBA zu klären. Begründet wurde diese Vorgehensweise vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung damit, dass es sich um eine "künftige" Auftragserweiterung handelt.

Mit Schreiben vom 16.7.2012 hat die Auftraggeberin der Antragstellerin die Widerrufsentscheidung betreffend das offene Verfahren mitgeteilt, mit der Begründung, es sei nur ein Angebot eingereicht worden. In weiterer Folge hat die Auftraggeberin nachweislich während der Stillhaltefrist mit der Fa. B*** bereits die Details des Auftrags besprochen. Laut Protokollniederschrift betreffend "Raumtrennsysteme, Streifenvorhänge" vom 25.7.2012 war beabsichtigt, den Zuschlag der Fa. B*** zu erteilen. Am 27.7.2012, nach Ablauf der Stillhaltefrist, hat der Auftraggeber den Widerruf erklärt. Der Vertrag mit der Fa. B*** wurde auf einem Vordruck datiert 27.7.2012 am 14.8.2012 unterfertigt und umfasst als Art der Leistung "Raumtrennsysteme, Streifenvorhänge". Mit 10.9.2012 wurde der Betrieb aufgenommen und seit 20.9.2012 läuft laut Angaben des Auftraggebers der Vollbetrieb.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 17.9.2012 einen Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BvergG beim Bundesvergabeamt eingebracht. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 17.9.2012 einen Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BvergG beim Bundesvergabeamt eingebracht.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 18.9.2012 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurden den Parteien Gelegenheit gegeben, zum Vorbringen Stellung zu nehmen.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 2), die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 300.- bezahlt. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde bereits erteilt.

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den genannten Quellen. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVerG) wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1.4.2012, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVerG 2006 sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10 /2012 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVerG) wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1.4.2012, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVerG 2006 sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des den gegenständlichen Feststellungsanträgen zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 1.4.2012 eingeleitet bzw beendet worden ist, die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVerG) heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl F/0009-BVA/03/2012 am 17.8.2012 protokollierte Feststellungsverfahren nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle BGBl II Nr 10/2012 (BVerG) maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des den gegenständlichen Feststellungsanträgen zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 1.4.2012 eingeleitet bzw beendet worden ist, die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVerG) heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl F/0009-BVA/03/2012 am 17.8.2012 protokollierte Feststellungsverfahren nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 10 aus 2012, (BVerG) maßgeblich.

3.2. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVerG ist die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Es handelt um einen Sozialversicherungsträger, somit um eine bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaft öffentlichen Rechts. Diese ist als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher öffentlicher Auftraggeber nach § 3 Abs 1 Z 2 BVerG, der nach Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 291 Abs 2 BVerG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt (st Rspr zB VfGH 28. 2. 2000, B 2184/98; 25. 3. 2002, B 457/02; 10. 1. 2003, B 14/03; VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0109; 21. 12. 2005, 2003/04/0048; 27. 6. 2007, 2005/04/0111; BVA 3. 6. 2005, 17N-50/05-15; 25. 4. 2006, N/0013-BVA/08/2006-73; 23. 1. 2008, N/0125-BVA/10/2007-026; 5. 8. 2008, F/0003-BVA/10/2008-42, 10. 6. 2011, N/0045-BVA/05/2011-EV6). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der SVD Büromanagement GmbH im Auftrag und im Namen des Auftraggebers als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVerG geführt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVerG ist die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Es handelt um einen

Sozialversicherungsträger, somit um eine bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaft öffentlichen Rechts. Diese ist als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher öffentlicher Auftraggeber nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, der nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach Paragraph 291, Absatz 2, BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt (st Rspr zB VfGH 28. 2. 2000, B 2184/98; 25. 3. 2002, B 457/02; 10. 1. 2003, B 14/03; VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0109; 21. 12. 2005, 2003/04/0048; 27. 6. 2007, 2005/04/0111; BVA 3. 6. 2005, 17N-50/05-15; 25. 4. 2006, N/0013-BVA/08/2006-73; 23. 1. 2008, N/0125-BVA/10/2007-026; 5. 8. 2008, F/0003-BVA/10/2008-42, 10. 6. 2011, N/0045-BVA/05/2011-EV6). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der SVD Büromanagement GmbH im Auftrag und im Namen des Auftraggebers als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG geführt.

Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG. Laut Angaben des Auftraggebers liegt der geschätzte Auftragswert im gegenständlichen Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 17.9. 2012 einen Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG beim Bundesvergabeamt eingebracht. Der Zuschlag wurde nachweislich mit Vertragsabschluss am 14.8.2012 erteilt. Die Zuschlagserteilung als Voraussetzung für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 331 Abs 1 BVergG liegt demnach vor. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG. Laut Angaben des Auftraggebers liegt der geschätzte Auftragswert im gegenständlichen Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 17.9. 2012 einen Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG beim Bundesvergabeamt eingebracht. Der Zuschlag wurde nachweislich mit Vertragsabschluss am 14.8.2012 erteilt. Die Zuschlagserteilung als Voraussetzung für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß Paragraph 331, Absatz eins, BVergG liegt demnach vor.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 3 BVergG iVm Artikel 14b Abs. 2 Z 1 lit b B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 3, BVergG in Verbindung mit Artikel 14b Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, B-VG ist sohin gegeben.

Der Feststellungsantrag wurde fristgerecht gemäß § 332 Abs 3 BVergG eingebracht und entspricht den inhaltlichen Vorgaben gemäß § 332 Abs 1 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Dem Bundesvergabeamt kommen nur noch die Zuständigkeiten gemäß § 312 Abs 3 BVergG zu. Der Feststellungsantrag wurde fristgerecht gemäß Paragraph 332, Absatz 3, BVergG eingebracht und entspricht den inhaltlichen Vorgaben gemäß Paragraph 332, Absatz eins, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Dem Bundesvergabeamt kommen nur noch die Zuständigkeiten gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG zu.

3.3 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Zu Spruchpunkt I Zu Spruchpunkt römisch eins

1. a) Litera a

Gesetzliche Bestimmungen betreffend Vergabeverfahren (offenes Verfahren - Direktvergabe)

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG sind im offenen Verfahren folgende nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen anfechtbar: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG sind im offenen Verfahren folgende nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen anfechtbar: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung.

Gemäß § 25 Abs 1 BVergG hat die Vergabe von Aufträgen über Leistungen hat im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, eines Verhandlungsverfahrens, einer Rahmenvereinbarung, eines dynamischen Beschaffungssystems, eines wettbewerblichen Dialoges, einer Direktvergabe oder einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zu erfolgen. Gemäß Abs. 2 leg.cit wird beim offenen Verfahren eine unbeschränkte Anzahl von

Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Gemäß Abs 10 wird bei der Direktvergabe eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen. Gemäß Paragraph 25, Absatz eins, BVergG hat die Vergabe von Aufträgen über Leistungen hat im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, eines Verhandlungsverfahrens, einer Rahmenvereinbarung, eines dynamischen Beschaffungssystems, eines wettbewerblichen Dialoges, einer Direktvergabe oder einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zu erfolgen. Gemäß Absatz 2, leg.cit wird beim offenen Verfahren eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Gemäß Absatz 10, wird bei der Direktvergabe eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.

Gemäß § 101 Abs 4 BVergG darf mit den Bietern eines offenen Verfahrens nicht über eine Angebotsänderung verhandelt werden. Gemäß Paragraph 101, Absatz 4, BVergG darf mit den Bietern eines offenen Verfahrens nicht über eine Angebotsänderung verhandelt werden.

Gemäß § 135 Abs 1 BVergG endet ein Vergabeverfahren mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf des Vergabeverfahrens. Gemäß Paragraph 135, Absatz eins, BVergG endet ein Vergabeverfahren mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf des Vergabeverfahrens.

Gemäß § 139 Abs 2 Z 1 BVergG kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn nur ein Angebot eingelangt ist, oder gemäß Z 3 dafür sachliche Gründe bestehen. Gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn nur ein Angebot eingelangt ist, oder gemäß Ziffer 3, dafür sachliche Gründe bestehen.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit nn BVergG ist bei der Direktvergabe gesondert anfechtbar folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung: die Wahl des Vergabeverfahrens. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG ist bei der Direktvergabe gesondert anfechtbar folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung: die Wahl des Vergabeverfahrens.

Gemäß § 41 Abs 1 BVergG gelten für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe ausschließlich der 1. Teil, die §§ 3 Abs. 1, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 bis 4, 25 Abs. 10, 42 Abs. 2, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften der Abs. 2 bis 4. Gemäß Abs 2 leg.cit ist eine Direktvergabe nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert 100 000 Euro nicht erreicht. Gemäß Abs 3 leg.cit sind die bei der Durchführung einer Direktvergabe gegebenenfalls eingeholten Angebote oder unverbindlichen Preisauskünfte entsprechend zu dokumentieren. Gemäß Abs.4 leg.cit. muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des erfolgreichen Bieters spätestens zum Zeitpunkt des Zuschlages vorliegen. An Unternehmer, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder die sich in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen, können jedoch Aufträge im Wege der Direktvergabe vergeben werden, wenn ihre Leistungsfähigkeit dazu hinreicht. Gemäß Paragraph 41, Absatz eins, BVergG gelten für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe ausschließlich der 1. Teil, die Paragraphen 3, Absatz eins, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Absatz eins, 19, Absatz eins bis 4, 25 Absatz 10, 42, Absatz 2,, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften der Absatz 2 bis 4, Gemäß Absatz 2, leg.cit ist eine Direktvergabe nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert 100 000 Euro nicht erreicht. Gemäß Absatz 3, leg.cit sind die bei der Durchführung einer Direktvergabe gegebenenfalls eingeholten Angebote oder unverbindlichen Preisauskünfte entsprechend zu dokumentieren. Gemäß Absatz 4, leg.cit. muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des erfolgreichen Bieters spätestens zum Zeitpunkt des Zuschlages vorliegen. An Unternehmer, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder die sich in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen, können jedoch Aufträge im Wege der Direktvergabe vergeben werden, wenn ihre Leistungsfähigkeit dazu hinreicht.

1. b) Litera b

Gesetzliche Bestimmungen betreffend den Auftragswert Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes

§ 13. (1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages ist der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte

Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Paragraph 13, (1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages ist der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.

1. (2) Absatz 2, Sieht der Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter vor, so hat er diese bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes zu berücksichtigen.
2. (3) Absatz 3, Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß § 46, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung. Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß Paragraph 46, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung.
3. (4) Absatz 4, Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen.

Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Lieferaufträgen

§ 15. (1) Bei Lieferaufträgen ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen Paragraph 15, (1) Bei Lieferaufträgen ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen:

1. 1. Ziffer eins
bei befristeten Aufträgen mit einer Laufzeit von höchstens 12 Monaten der geschätzte Gesamtbetrag der während der Vertragsdauer voraussichtlich zu leistenden Entgelte;
 2. 2. Ziffer 2
bei befristeten Aufträgen mit einer Laufzeit von mehr als 12 Monaten der geschätzte Gesamtbetrag der während der Vertragsdauer voraussichtlich zu leistenden Entgelte einschließlich des geschätzten Restwertes;
 3. 3. Ziffer 3
bei unbefristeten Aufträgen oder bei unklarer Vertragsdauer das 48fache des voraussichtlich zu leistenden Monatsentgeltes.
1. (2) Absatz 2, Bei regelmäßig wiederkehrenden Lieferaufträgen ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen entweder
1. 1. Ziffer eins
der tatsächliche Gesamtwert der entsprechenden aufeinander folgenden Aufträge im vorangegangenen Finanz- bzw. Haushaltsjahr oder in den vorangegangenen zwölf Monaten, nach Möglichkeit unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Änderungen bei Mengen oder Kosten während der auf den ursprünglichen Auftrag folgenden zwölf Monate, oder
 2. 2. Ziffer 2
der geschätzte Gesamtwert der aufeinander folgenden Aufträge, die während der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate oder des auf die erste Lieferung folgenden Finanz- bzw. Haushaltsjahres, soweit dieses länger als zwölf Monate ist, vergeben werden.
2. (3) Absatz 3, 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.
 3. (4) Absatz 4, Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 genannten Schwellenwerte, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Lieferaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als 80 000 Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 vH des

kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Lieferaufträgen im Unterschwellenbereich. Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, oder 2 genannten Schwellenwerte, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Lieferaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als 80 000 Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Lieferaufträgen im Unterschwellenbereich.

4. (5) Absatz 5, Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 genannten Schwellenwerte nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Lieferaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als 50 000 Euro beträgt, können im Wege der Direktvergabe vergeben werden, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 40 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, oder 2 genannten Schwellenwerte nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Lieferaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als 50 000 Euro beträgt, können im Wege der Direktvergabe vergeben werden, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 40 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt.

c) Gesetzliche Bestimmungen betreffend Zuständigkeit und Verfahren

Gemäß § 312 Abs. 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig. Gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Gemäß Paragraph 312, Absatz eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde.

Gemäß Abs 3 Z 7 leg.cit ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs 7. Gemäß Absatz 3, Ziffer 7, leg.cit ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig in einem Verfahren gemäß den Ziffer 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7,

Gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder gemäß Z 3 leg.cit die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war. Gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder gemäß Ziffer 3, leg.cit die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Gemäß § 332 Abs 2 BVergG. sind Anträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 1 und 5 sowie Abs. 4 binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag bzw. vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt

oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde. Gemäß Abs. 3 leg.cit. sind Anträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 bis 4 binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Abweichend vom ersten Satz ist 1. ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 bis 4 - wenn es sich beim Antragsteller um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der Absendung der Mitteilung gemäß den §§ 132 Abs. 2 oder 273 Abs. 2 bzw. 2. ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 - wenn es sich beim Antragsteller nicht um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der erstmaligen Verfügbarkeit einer Bekanntmachung gemäß den §§ 54 Abs. 6, 55 Abs. 6, 217 Abs. 7 oder 219 Abs. 6 einzubringen. Gemäß Abs 5 leg.cit. ist ein Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320 ff hätte geltend gemacht werden können. Gemäß Abs 7 leg.cit ist ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 ferner unzulässig, wenn der Auftraggeber die Entscheidung gemäß den §§ 49 Abs. 2, 55 Abs. 5, 210 Abs. 2 oder 219 Abs. 5 bekannt gegeben oder bekannt gemacht hat und der Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist. Gemäß Paragraph 332, Absatz 2, BVergG. sind Anträge gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins und 5 sowie Absatz 4, binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag bzw. vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde. Gemäß Absatz 3, leg.cit. sind Anträge gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2 bis 4 binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Abweichend vom ersten Satz ist 1. ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2 bis 4 - wenn es sich beim Antragsteller um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der Absendung der Mitteilung gemäß den Paragraphen 132, Absatz 2, oder 273 Absatz 2, bzw. 2. ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, - wenn es sich beim Antragsteller nicht um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der erstmaligen Verfügbarkeit einer Bekanntmachung gemäß den Paragraphen 54, Absatz 6, 55, Absatz 6, 217, Absatz 7, oder 219 Absatz 6, einzubringen. Gemäß Absatz 5, leg.cit. ist ein Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den Paragraphen 320, ff hätte geltend gemacht werden können. Gemäß Absatz 7, leg.cit ist ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, ferner unzulässig, wenn der Auftraggeber die Entscheidung gemäß den Paragraphen 49, Absatz 2, 55, Absatz 5, 210, Absatz 2, oder 219 Absatz 5, bekannt gegeben oder bekannt gemacht hat und der Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist.

Die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamtes zur Feststellung der rechtswidrigen Zuschlagserteilung nach § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG und zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Direktvergabe nach § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG bestehen grundsätzlich nebeneinander (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 312 Rz 26). Gegenstand der Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung im Sinne des § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG können iSd Rechtsschutzgedankens auch in einem formfreien Vergabeverfahren, wie der Direktvergabe, erfolgte Auftragsvergaben sein (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 312, Rz 243). Die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamtes zur Feststellung der rechtswidrigen Zuschlagserteilung nach Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG und zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Direktvergabe nach Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG bestehen grundsätzlich nebeneinander vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 312, Rz 26). Gegenstand der Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung im Sinne des Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG können iSd Rechtsschutzgedankens auch in einem formfreien Vergabeverfahren, wie der Direktvergabe, erfolgte Auftragsvergaben sein vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 312,, Rz 243).

Zur Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen ist im BVergG folgendes festgelegt:

Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen

§ 334. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 1 und 5 und Abs. 4 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war. Paragraph 334, (1) Das Bundesvergabeamt hat eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins und 5 und Absatz 4, Ziffer eins und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

1. (2) Absatz 2, Soweit in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das

Bundesvergabeamt im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten.

Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte. Soweit in diesem Absatz und in den Absätzen 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Absätzen 4, oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

2. (3) Absatz 3, Soweit in den Abs. 4 bis 6 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Unterschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, der hierzu ergangenen Verordnungen oder des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts offenkundig unzulässig war. Soweit in den Absätzen 4 bis 6 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Unterschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, der hierzu ergangenen Verordnungen oder des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts offenkundig unzulässig war.
3. (4) Absatz 4, Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Bundesvergabeamt, sofern Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Bundesvergabeamt, sofern Absatz 5, nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.
4. (5) Absatz 5, Das Bundesvergabeamt kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Das Bundesvergabeamt hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen. Das Bundesvergabeamt kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Das Bundesvergabeamt hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen.
5. (6) Absatz 6, Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß Abs. 3 oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 im Unterschwellenbereich abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses das Interesse des Antragstellers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses - auch unter der Berücksichtigung der jeweils betroffenen öffentlichen Interessen - überwiegt. Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß Absatz 3, oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Absätzen 4, oder 5 im Unterschwellenbereich abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses das Interesse des Antragstellers an der

Beendigung des Vertragsverhältnisses - auch unter der Berücksichtigung der jeweils betroffenen öffentlichen Interessen - überwiegt.

6. (7) Absatz 7, Wenn das Bundesvergabeamt von der Nichtigerklärung des Vertrages gemäß den Abs. 2 erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20vH, im Unterschwellenbereich 10vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem ERP-Fonds zu. Wenn das Bundesvergabeamt von der Nichtigerklärung des Vertrages gemäß den Absatz 2, erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20vH, im Unterschwellenbereich 10vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem ERP-Fonds zu.
7. (8) Absatz 8, Das Bundesvergabeamt hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird. Das Bundesvergabeamt hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß Paragraph 5, des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 151 aus 2005,, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist der Prozessgegenstand im antragsgebundenen Verfahren, zu denen auch die Feststellungsanträge der Antragstellerin gemäß § 331 Abs 1 Z 2 und 3 BVergG zählen, durch den Inhalt des Antrages determiniert. Hierbei ist zu beachten, dass es für die Frage des Inhaltes eines Antrages als Prozesshandlung lediglich auf die Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist der Prozessgegenstand im antragsgebundenen Verfahren, zu denen auch die Feststellungsanträge der Antragstellerin gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2 und 3 BVergG zählen, durch den Inhalt des Antrages determiniert. Hierbei ist zu beachten, dass es für die Frage des Inhaltes eines Antrages als Prozesshandlung lediglich auf die

Willenserklärung und nicht auf den - davon abweichenden - tatsächlichen

Willen des Antragstellers ankommt (vgl. VwGH 22.6.2011, 2007/04/0080; 22.6.2011, 2007/04/0037; 20.10.2004, 2004/04/0105; BVA 15.2.2006, 07N- 05/06-34; 13.1.2005, 07N-120/04-27; 12.2.2007, N/0100-BVA/02/2006-28 u. v.a). Bei antragsbedürftigen Verwaltungsakten ist es daher unzulässig, entgegen dem erklärten Willen des Antragstellers seinem Begehren eine Deutung zu geben, die aus dem Wortlaut nicht unmittelbar erschlossen werden kann, mag auch das Begehren, so wie es gestellt worden ist, von vornherein aussichtslos oder gar unzulässig sein (vgl. BVA 2.5.2012, F/0002- BVA/04/2012-24). Willen des Antragstellers ankommt vergleiche VwGH 22.6.2011, 2007/04/0080; 22.6.2011, 2007/04/0037; 20.10.2004, 2004/04/0105; BVA 15.2.2006, 07N- 05/06-34; 13.1.2005, 07N-120/04-27; 12.2.2007, N/0100-BVA/02/2006-28 u. v.a). Bei antragsbedürftigen Verwaltungsakten ist es daher unzulässig, entgegen dem erklärten Willen des Antragstellers seinem Begehren eine Deutung zu geben, die aus dem Wortlaut nicht unmittelbar erschlossen werden kann, mag auch das Begehren, so wie es gestellt worden ist, von vornherein aussichtslos oder gar unzulässig sein vergleiche BVA 2.5.2012, F/0002- BVA/04/2012-24).

Der gegenständliche Feststellungsantrag der Antragstellerin vom 17.8.2012 richtet sich gegen die unzulässige Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung. Die Antragstellerin hat damit das betroffene Vergabeverfahren gemäß § 332 Abs. 1 Z 1 BVergG genau bezeichnet und hat damit den Prozessgegenstand genau bestimmt (vgl. Möslinger-Gehmayr, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 332 Rz 29; vgl. BVA 2.5.2012, F/0002- BVA/04/2012-24). Somit ist Gegenstand dieses Feststellungsverfahrens ausschließlich das im Wege der Direktvergabe durchgeführte und durch Zuschlag beendete Vergabeverfahren. Der gegenständliche Feststellungsantrag der Antragstellerin vom 17.8.2012 richtet sich gegen die unzulässige Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung. Die Antragstellerin hat damit das betroffene Vergabeverfahren gemäß Paragraph 332, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG genau bezeichnet und hat damit den Prozessgegenstand genau bestimmt vergleiche Möslinger-Gehmayr, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 332, Rz 29; vergleiche BVA 2.5.2012, F/0002- BVA/04/2012-24). Somit ist Gegenstand dieses Feststellungsverfahrens ausschließlich das im Wege der Direktvergabe durchgeführte und durch Zuschlag beendete Vergabeverfahren.

Zur Verfahrensart und zum Auftragswert

Der geschätzte Auftragswert für die Lieferung und Montage der Vorhänge und der Raumtrennsysteme wurde ursprünglich vom Auftraggeber mit Euro 130.000.- netto angegeben.

Wenn nun die Auftraggeberin - in der mündlichen Verhandlung - behauptet, dass ein den geschätzten Auftragswert um ca. Euro 30.000.- übersteigender Angebotspreis, die lange Untätigkeit der Antragstellerin nach der Aufforderung betreffend die Legung eines "neuen" Angebotes und die Dringlichkeit der Leistungserbringung die Aufteilung der - ursprünglich zusammen ausgeschriebenen - Leistungen in zwei Aufträge und deren getrennte Vergabe im Wege eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung (Direktvergabe ohne vorherige Bekanntmachung) rechtfertigte, ist dem entgegenzuhalten, dass nachweislich mehrere Bieter in der Lage gewesen wären, ein Angebot für beide Leistungen zu legen. Aus den Behauptungen, dass eine getrennte Vergabe vor allem aufgrund des überhöhten Angebotspreises und aus Dringlichkeitsgründen für notwendig erachtet wurde, ist vielmehr zu schließen, dass es sich offensichtlich um eine Schutzbehauptung der Auftraggeberin handelt und die getrennte Vergabe vielmehr darauf ausgerichtet war, die Anwendung der Vorschriften des Bundesvergabegesetzes iVm der VO BGBl. II Nr 95/2012 zu umgehen und offensichtlich unzulässigerweise durch "Splitting" ein Verfahren mit vereinfachten Regeln, nämlich die Direktvergabe, anzustreben. Ebenso unglaublich ist die Behauptung der Auftraggeberin, technische Unterschiede - einmal Stoff, einmal Holz - wären maßgeblich für die Aufteilung gewesen, da in der gegenständlichen Ausschreibung keine Raumtrennsysteme aus Holz vorgesehen sind. Auch ist die Befürchtung eines, wie in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, zu geringen wirtschaftlichen Wettbewerbs in dem Sinne, nicht rechtzeitig einen Bieter zu finden, der rechtzeitig beide Leistungen erbringen kann, nicht glaubwürdig und jedenfalls kein tauglicher, objektiver Grund, der die Wahl der gegenständlichen Berechnungsmethode in Hinblick auf die Ermöglichung einer Direktvergabe und die Durchbrechung des Grundsatzes vom Verbot der willkürlichen Aufteilung rechtfertigen würde. Wenn nun die Auftraggeberin - in der mündlichen Verhandlung - behauptet, dass ein den geschätzten Auftragswert um ca. Euro 30.000.- übersteigender Angebotspreis, die lange Untätigkeit der Antragstellerin nach der Aufforderung betreffend die Legung eines "neuen" Angebotes und die Dringlichkeit der Leistungserbringung die Aufteilung der - ursprünglich zusammen ausgeschriebenen - Leistungen in zwei Aufträge und deren getrennte Vergabe im Wege eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung (Direktvergabe ohne vorherige Bekanntmachung) rechtfertigte, ist dem entgegenzuhalten, dass nachweislich mehrere Bieter in der Lage gewesen wären, ein Angebot für beide Leistungen zu legen. Aus den Behauptungen, dass eine getrennte Vergabe vor allem aufgrund des überhöhten Angebotspreises und aus Dringlichkeitsgründen für notwendig erachtet wurde, ist vielmehr zu schließen, dass es sich offensichtlich um eine Schutzbehauptung der Auftraggeberin handelt und die getrennte Vergabe vielmehr darauf ausgerichtet war, die Anwendung der Vorschriften des Bundesvergabegesetzes in Verbindung mit der VO Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 95 aus 2012, zu umgehen und offensichtlich unzulässigerweise durch "Splitting" ein Verfahren mit vereinfachten Regeln, nämlich die Direktvergabe, anzustreben. Ebenso unglaublich ist die Behauptung der Auftraggeberin, technische Unterschiede - einmal Stoff, einmal Holz - wären maßgeblich für die Aufteilung gewesen, da in der gegenständlichen Ausschreibung keine Raumtrennsysteme aus Holz vorgesehen sind. Auch ist die Befürchtung eines, wie in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, zu geringen wirtschaftlichen Wettbewerbs in dem Sinne, nicht rechtzeitig einen Bieter zu finden, der rechtzeitig beide Leistungen erbringen kann, nicht glaubwürdig und jedenfalls kein tauglicher, objektiver Grund, der die Wahl der gegenständlichen Berechnungsmethode in Hinblick auf die Ermöglichung einer Direktvergabe und die Durchbrechung des Grundsatzes vom Verbot der willkürlichen Aufteilung rechtfertigen würde.

Die Auftraggeberin hat im April 2012 die Lieferung und Montage von Vorhängen und Raumtrennsystemen unstrittig gemeinsam EU-weit im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Laut Angebotsöffnungsprotokoll vom 2.5.2012 hat nur ein Bieter, die Antragstellerin, ein Angebot gelegt. Gemäß § 139 Abs 2 Z 1 BVergG "kann" ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn nur ein Angebot eingelangt ist oder gemäß Z 3 dafür sachliche Gründe bestehen. Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn, wie im gegenständlichen Fall, nur ein Angebot eingelangt ist. Damit soll es dem Auftraggeber ermöglicht werden, allenfalls im Wege einer neuerlichen Ausschreibung zu erreichen, dass sich mehrere Bieter an dem Vergabeverfahren beteiligen (EBRV 2006 zu §§ 138 und 139). Die Auftraggeberin hat im April 2012 die Lieferung und Montage von Vorhängen und Raumtrennsystemen unstrittig gemeinsam EU-weit im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Laut Angebotsöffnungsprotokoll vom 2.5.2012 hat nur ein Bieter, die Antragstellerin, ein Angebot gelegt. Gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG "kann" ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn nur ein Angebot eingelangt ist oder gemäß Ziffer 3, dafür sachliche Gründe bestehen. Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn, wie im gegenständlichen Fall, nur ein Angebot eingelangt

ist. Damit soll es dem Auftraggeber ermöglicht werden, allenfalls im Wege einer neuerlichen Ausschreibung zu erreichen, dass sich mehrere Bieter an dem Vergabeverfahren beteiligen (EBRV 2006 zu Paragraphen 138 und 139).

Der Vorhalt der Auftraggeberin, die Antragstellerin hätte die Widerrufabsicht der Auftraggeberin erkennen müssen, da eben nur die Antragstellerin ein Angebot gelegt habe, geht insofern ins Leere, als es sich um eine Kann-Bestimmung handelt und die Antragstellerin nicht definitiv davon ausgehen musste, dass die Auftraggeberin tatsächlich das offene Verfahren widerruft. Darüber hinaus ist dem entgegenzuhalten, dass die Auftraggeberin aus dem angeführten Grund gemäß § 101 Abs 4 BVergG nicht berechtigt ist, noch vor Mitteilung einer anfechtbaren Widerrufsentscheidung iSd § 140 BVergG mit einem Bieter im Hinblick auf den zu hohen Angebotspreis Angebotsänderungen vorzunehmen. Die Auftraggeberin befindet sich in einem Rechtsirrtum hinsichtlich des Grundsatzes des BVergG bezüglich der Durchführung eines offenen Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen, wenn sie, wie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, behauptet, ein Verhandeln im Sinne von "überprüfen" des Angebotspreises in der Absicht bzw. mit der Aufforderung ein neues, preislich günstigeres Angebot zu legen, sei kein Verhandeln iSd § 101 Abs. 4 BVergG, zumal ihr ein Verhandlungsverbot im offenen Verfahren nicht bekannt sei. Auch dem weiteren Einwand der Auftraggeberin, die Antragstellerin hätte mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe am 13.6.2012 von der Direktvergabe wissen und diese Wahl bereits im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens bekämpfen müssen, ist entgegen zu treten, da zum einen das offene Verfahren noch nicht beendet war und die Auftraggeberin zum Widerruf iSd gemäß § 139 Abs 2 Z 1 BVergG zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet war und zum anderen der Antragstellerin aus der unzulässigen Durchbrechung des Verhandlungsverbotes iSd § 101 Abs 4 BVergG seitens der Auftraggeberin nicht der Vorwurf der Untätigkeit iS einer Verkürzung des Rechtsschutzes gemacht werden kann. Der Vorhalt der Auftraggeberin, die Antragstellerin hätte die Widerrufabsicht der Auftraggeberin erkennen müssen, da eben nur die Antragstellerin ein Angebot gelegt habe, geht insofern ins Leere, als es sich um eine Kann-Bestimmung handelt und die Antragstellerin nicht definitiv davon ausgehen musste, dass die Auftraggeberin tatsächlich das offene Verfahren widerruft. Darüber hinaus ist dem entgegenzuhalten, dass die Auftraggeberin aus dem angeführten Grund gemäß Paragraph 101, Absatz 4, BVergG nicht berechtigt ist, noch vor Mitteilung einer anfechtbaren Widerrufsentscheidung iSd Paragraph 140, BVergG mit einem Bieter im Hinblick auf den zu hohen Angebotspreis Angebotsänderungen vorzunehmen. Die Auftraggeberin befindet sich in einem Rechtsirrtum hinsichtlich des Grundsatzes des BVergG bezüglich der Durchführung eines offenen Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen, wenn sie, wie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, behauptet, ein Verhandeln im Sinne von "überprüfen" des Angebotspreises in der Absicht bzw. mit der Aufforderung ein neues, preislich günstigeres Angebot zu legen, sei kein Verhandeln iSd Paragraph 101, Absatz 4, BVergG, zumal ihr ein Verhandlungsverbot im offenen Verfahren nicht bekannt sei. Auch dem weiteren Einwand der Auftraggeberin, die Antragstellerin hätte mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe am 13.6.2012 von der Direktvergabe wissen und diese Wahl bereits im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens bekämpfen müssen, ist entgegen zu treten, da zum einen das offene Verfahren noch nicht beendet war und die Auftraggeberin zum Widerruf iSd gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet war und zum anderen der Antragstellerin aus der unzulässigen Durchbrechung des Verhandlungsverbotes iSd Paragraph 101, Absatz 4, BVergG seitens der Auftraggeberin nicht der Vorwurf der Untätigkeit iS einer Verkürzung des Rechtsschutzes gemacht werden kann.

Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass die Fa. B*** im Hinblick auf die Dringlichkeit 8 Tage nach der Angebotsöffnung am 2.5.2012 telefonisch aufgefordert worden sei, ein "Offert zu legen", was am 10.7.2012 auch tatsächlich erfolgte und dieses preislich wesentlich günstiger gewesen sei als jenes der Antragstellerin, sodass die Auftraggeberin der Antragstellerin 6 Tage später mit Schreiben vom 16.7.2012 die Widerrufsentscheidung mitteilte, ist entgegenzuhalten, dass diese Vorgehensweise nicht nur den grundsätzlichen Bestimmungen des Vergaberechts widerspricht, sondern zudem bestätigt, dass die Auftraggeberin willkürlich und ohne objektiv gerechtfertigten Grund den ursprünglich gemeinsam ausgeschriebenen Auftrag in der Absicht aufgeteilt hat, das Verbot der Aufteilung zu umgehen.

Gemäß § 13 Abs Abs 1 BVergG ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Gemäß Paragraph 13, Abs Absatz eins, BVergG ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer,

der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.

Gemäß Abs 3 leg.cit. ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß § 46, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung. Gemäß Abs.4 leg.cit. darf die Wahl der angewandten Berechnungsmethode nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen. Gemäß Absatz 3, leg.cit. ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß Paragraph 46,, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung. Gemäß Absatz 4, leg.cit. darf die Wahl der angewandten Berechnungsmethode nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen.

Laut den Materialien zu § 13 (EBRV 2006 zu § 13) hat ein öffentlicher Auftraggeber - um die für das weitere Vergabeverfahren maßgeblichen Bestimmungen zu ermitteln - vor Durchführung eines Vergabeverfahrens den geschätzten Auftragswert zu ermitteln. Dies ist einerseits erforderlich für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus (zB Direktvergabe), andererseits aber auch notwendig für die Einschätzung, ob die Bestimmungen des Ober-oder Unterschwellenbereichs anwendbar sind. Laut den Materialien zu Paragraph 13, (EBRV 2006 zu Paragraph 13,) hat ein öffentlicher Auftraggeber - um die für das weitere Vergabeverfahren maßgeblichen Bestimmungen zu ermitteln - vor Durchführung eines Vergabeverfahrens den geschätzten Auftragswert zu ermitteln. Dies ist einerseits erforderlich für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus (zB Direktvergabe), andererseits aber auch notwendig für die Einschätzung, ob die Bestimmungen des Ober-oder Unterschwellenbereichs anwendbar sind.

Weiter wird dazu wörtlich ausgeführt:

" Der geschätzte Auftragswert ist jener Wert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber, unter Umständen nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes (zB durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung, bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistung veranschlagen würde. Ist der Auftraggeber dazu nicht im Stande, so hat er entsprechend sachkundige Dritte beizuziehen[...]. Maßgeblicher Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist gemäß Abs. 3 der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens (zB Absenden der Bekanntmachung oder Aufforderung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren; aus systematischen Gründen wird vom Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 der RL abgewichen, eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden). "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 Unternehmern, die der Auftraggeber für die Teilnahme am Vergabeverfahren gewinnen will. [...]. Der Zeitpunkt der "Einleitung" eines Verfahrens wird an den Eintritt von äußeren Ereignissen geknüpft, um die objektive Nachprüfbarkeit des Zeitpunktes sicherzustellen. Dieser Zeitpunkt ist auch deswegen von besonderer Relevanz, weil es sich auch um einen verfassungsrechtlich relevanten Zeitpunkt handelt (vgl. Art. 14b Abs. 2 B-VG). Abs. 4 beinhaltet ein Verbot der willkürlichen Aufteilung von zusammengehörigen Aufträgen (siehe dazu auch die grundsätzliche Bestimmung in " Der geschätzte Auftragswert ist jener Wert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber, unter Umständen nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes (zB durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung, bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistung veranschlagen würde. Ist der Auftraggeber dazu nicht im Stande, so hat er entsprechend sachkundige Dritte beizuziehen[...]. Maßgeblicher Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist gemäß Absatz 3, der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens (zB Absenden der Bekanntmachung oder Aufforderung zur Teilnahme am

Verhandlungsverfahren; aus systematischen Gründen wird vom Wortlaut des Artikel 9, Absatz 2, der RL abgewichen, eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden). "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 Unternehmern, die der Auftraggeber für die Teilnahme am Vergabeverfahren gewinnen will. [...]. Der Zeitpunkt der "Einleitung" eines Verfahrens wird an den Eintritt von äußeren Ereignissen geknüpft, um die objektive Nachprüfbarkeit des Zeitpunktes sicherzustellen. Dieser Zeitpunkt ist auch deswegen von besonderer Relevanz, weil es sich auch um einen verfassungsrechtlich relevanten Zeitpunkt handelt vergleiche Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG). Absatz 4, beinhaltet ein Verbot der willkürlichen Aufteilung von zusammengehörigen Aufträgen (siehe dazu auch die grundsätzliche Bestimmung in

§ 1 Abs. 3). Das Umgehungsverbot hat zur Folge, dass die Aufteilung eines Auftrages nicht in der Absicht erfolgen darf, die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen (zB Bekanntmachung im Amtsblatt) zu umgehen, darüber hinaus darf durch ein unzulässiges "Splitting" auch im Unterschwellenbereich nicht eine Umgehung der Vorschriften bewirkt werden (Wahl von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln wie insbesondere die Direktvergabe). Das Verbot der Aufteilung gilt für jede Form von Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann. Abs.5 enthält eine zu Abs. 4 analoge Regelung betreffend das Verbot, durch Wahl einer bestimmten Berechnungsmethode die Anwendung dieses Gesetzes zu umgehen."Paragraph eins, Absatz 3,). Das Umgehungsverbot hat zur Folge, dass die Aufteilung eines Auftrages nicht in der Absicht erfolgen darf, die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen (zB Bekanntmachung im Amtsblatt) zu umgehen, darüber hinaus darf durch ein unzulässiges "Splitting" auch im Unterschwellenbereich nicht eine Umgehung der Vorschriften bewirkt werden (Wahl von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln wie insbesondere die Direktvergabe). Das Verbot der Aufteilung gilt für jede Form von Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann. Absatz 5, enthält eine zu Absatz 4, analoge Regelung betreffend das Verbot, durch Wahl einer bestimmten Berechnungsmethode die Anwendung dieses Gesetzes zu umgehen."

Da aus den angeführten Gründen und den obigen Ausführungen eine Aufteilung der gegenständlichen Leistungen in zwei Aufträge nicht mit den Bestimmungen des BVergG im Einklang steht, ist der von der Auftraggeberin ursprünglich geschätzte Auftragswert maßgeblich für das gegenständliche Verfahren. Der gegenständliche Lieferauftrag wurde im Rahmen des Bauvorhabens "Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden" EU-weit ausgeschrieben. Die Kosten für dieses Bauvorhaben sind gemäß diesbezüglicher Angaben auf einschlägigen Internetseiten bzw. auf der homepage des Klinikums Malcherhof mit insgesamt rund Euro 26 Mio zu beziffern. Es handelt sich daher um einen Lieferauftrag, der unbestritten dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist, wie auch von der Antragstellerin im Schriftsatz vom 17.8.2012 vorgebracht wurde. Diesem Vorbringen ist die Auftraggeberin nicht entgegen getreten. Bei diesem Auftragswert ist das Vergabeverfahren der Direktvergabe iSd § 25 Abs 10 BVergG wegen der Überschreitung des Schwellenwertes gemäß § 41 Abs 2 Z 1 BVergG unzulässig. Da aus den angeführten Gründen und den obigen Ausführungen eine Aufteilung der gegenständlichen Leistungen in zwei Aufträge nicht mit den Bestimmungen des BVergG im Einklang steht, ist der von der Auftraggeberin ursprünglich geschätzte Auftragswert maßgeblich für das gegenständliche Verfahren. Der gegenständliche Lieferauftrag wurde im Rahmen des Bauvorhabens "Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden" EU-weit ausgeschrieben. Die Kosten für dieses Bauvorhaben sind gemäß diesbezüglicher Angaben auf einschlägigen Internetseiten bzw. auf der homepage des Klinikums Malcherhof mit insgesamt rund Euro 26 Mio zu beziffern. Es handelt sich daher um einen Lieferauftrag, der unbestritten dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist, wie auch von der Antragstellerin im Schriftsatz vom 17.8.2012 vorgebracht wurde. Diesem Vorbringen ist die Auftraggeberin nicht entgegen getreten. Bei diesem Auftragswert ist das Vergabeverfahren der Direktvergabe iSd Paragraph 25, Absatz 10, BVergG wegen der Überschreitung des Schwellenwertes gemäß Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG unzulässig.

Da somit die Aufteilung in zwei Aufträge aus den angeführten Gründen unzulässig war, wurden die Leistungen in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung beschafft, ohne dass dafür die gesetzlichen Voraussetzungen vorgelegen sind.

Zu den Gegenanträgen der Auftraggeberin

Die Auftraggeberin beantragte mit Schriftsatz vom 24.8.2012, u.a in eventu festzustellen, dass die Antragstellerin auch

bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass ein derartiger Antrag gemäß § 331 Abs 1 2. Absatz BVergG nur bei einem Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs 1 Z 1, 3 und 4 BVergG zulässig ist. Ein Antrag auf Feststellung iS dieser Bestimmung wurde jedoch nicht gestellt. Die übrigen Eventualanträge greifen nicht, da der gegenständliche Vertrag, wie von der Auftraggeberin selbst in der mündlichen Verhandlung angegeben, vollständig erfüllt und abgewickelt ist. Die Auftraggeberin beantragte mit Schriftsatz vom 24.8.2012, u.a in eventu festzustellen, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass ein derartiger Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, 2. Absatz BVergG nur bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, 3 und 4 BVergG zulässig ist. Ein Antrag auf Feststellung iS dieser Bestimmung wurde jedoch nicht gestellt. Die übrigen Eventualanträge greifen nicht, da der gegenständliche Vertrag, wie von der Auftraggeberin selbst in der mündlichen Verhandlung angegeben, vollständig erfüllt und abgewickelt ist.

Zu Spruchpunkt II Zu Spruchpunkt römisch zwei

1. a) Litera a

Zur Aufhebung des Vertrages betreffend Raumtrennsysteme

Der Vertrag ist laut Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung vom 18.9.2012 bereits vollständig erfüllt und abgewickelt. Rückstellungen von Teilleistungen ohne Wertverminderung sind nicht mehr möglich. Eine ex tunc Nichtigerklärung iSd § 334 Abs 2 BVergG entfällt daher, zumal die Leistungen nicht mehr zurückgestellt werden können. Der Vertrag ist laut Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung vom 18.9.2012 bereits vollständig erfüllt und abgewickelt. Rückstellungen von Teilleistungen ohne Wertverminderung sind nicht mehr möglich. Eine ex tunc Nichtigerklärung iSd Paragraph 334, Absatz 2, BVergG entfällt daher, zumal die Leistungen nicht mehr zurückgestellt werden können.

Da eine ex tunc-Nichtigerklärung - wie oben ausgeführt - somit nicht mehr möglich ist, ist gemäß § 334 Abs 7 BVergG eine Geldbuße zu verhängen. Sie soll wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein (RV 327 BlgNR XXIV. GP 39). Gemäß § 334 Abs 8 BVergG sind Erschwerungs- und Milderungsgründe bei ihrer Bemessung zu berücksichtigen (BVA 13. 5. 2011, F/0002-BVA/13/2011-69; BVA 11.4.2012, N/0028-BVA/10/2012-25; ua). Da eine ex tunc-Nichtigerklärung - wie oben ausgeführt - somit nicht mehr möglich ist, ist gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG eine Geldbuße zu verhängen. Sie soll wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein (Regierungsvorlage 327 BlgNR römisch 24. Gesetzgebungsperiode 39). Gemäß Paragraph 334, Absatz 8, BVergG sind Erschwerungs- und Milderungsgründe bei ihrer Bemessung zu berücksichtigen (BVA 13. 5. 2011, F/0002-BVA/13/2011-69; BVA 11.4.2012, N/0028-BVA/10/2012-25; ua).

1. b) Litera b

Zur Geldbuße

Das Bundesvergabeamt hat für die Verhängung einer Sanktion die Schwere des Verstoßes bzw. die Vorgangsweise des Auftraggebers und insbesondere, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird, zu berücksichtigen. Die verhängte Sanktion muss daher entsprechend schärfer ausfallen, wenn ein qualifizierter Verstoß des Auftraggebers vorliegt bzw. seine Vorgangsweise offenkundig unzulässig war. Gemäß § 5 Abs 2 VbVG, BGBl. I Nr. 151/2005 ist als erschwerend das Ausmaß der Schädigung bzw. der Gefährdung, das Ausmaß des erlangten Vorteils sowie das Ausmaß der Duldung des gesetzwidrigen Verhaltens der Mitarbeiter zu berücksichtigen. Das Bundesvergabeamt hat für die Verhängung einer Sanktion die Schwere des Verstoßes bzw. die Vorgangsweise des Auftraggebers und insbesondere, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird, zu berücksichtigen. Die verhängte Sanktion muss daher entsprechend schärfer ausfallen, wenn ein qualifizierter Verstoß des Auftraggebers vorliegt bzw. seine Vorgangsweise offenkundig unzulässig war. Gemäß Paragraph 5, Absatz 2, VbVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 151 aus 2005, ist als erschwerend das Ausmaß der Schädigung bzw. der Gefährdung, das Ausmaß des erlangten Vorteils sowie das Ausmaß der Duldung des gesetzwidrigen Verhaltens der Mitarbeiter zu berücksichtigen.

Bei der Festlegung der Geldbuße wurden daher nachstehende Aspekte gegeneinander abgewogen.

Als erschwerend sind die Aufrechterhaltung des Vertrages, die völlig unbedachte Vorgangsweise der öffentlichen Auftraggeberin bei der Abwicklung der gegenständlichen Auftragsvergabe und - iS eines qualifizierten Verstoßes - die offensichtlichen Unkenntnisse der Grundsätze des Vergabeverfahrens bzw. der grundsätzlichen Bestimmungen des

Vergaberechts zu werten. Auch die Uneinsichtigkeit der Auftraggeberin hinsichtlich der rechtswidrigen Vorgangsweise ist als Erschwerungsgrund in Betracht zu ziehen.

Als Milderungsgründe gemäß § 334 Abs 8 BVergG iVm § 5 Abs 3 VbVG sind etwa bereits vor der Tat gesetzte Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten, die Wiedergutmachung oder die Setzung von wesentlichen Schritten zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten in Betracht zu ziehen. Da es, wie vor allem in der mündlichen Verhandlung hervorgekommen, der Auftraggeberin an Einsicht hinsichtlich ihrer rechtswidrigen Vorgehensweise fehlte, waren mildernde Gründe iS obiger Ausführungen nicht erkennbar. Als mildernder Umstand kann nur berücksichtigt werden, dass noch keinerlei derartige Vorgangsweisen seitens der Auftraggeberin dem Bundesvergabeamt bekannt geworden sind. Als Milderungsgründe gemäß Paragraph 334, Absatz 8, BVergG in Verbindung mit Paragraph 5, Absatz 3, VbVG sind etwa bereits vor der Tat gesetzte Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten, die Wiedergutmachung oder die Setzung von wesentlichen Schritten zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten in Betracht zu ziehen. Da es, wie vor allem in der mündlichen Verhandlung hervorgekommen, der Auftraggeberin an Einsicht hinsichtlich ihrer rechtswidrigen Vorgehensweise fehlte, waren mildernde Gründe iS obiger Ausführungen nicht erkennbar. Als mildernder Umstand kann nur berücksichtigt werden, dass noch keinerlei derartige Vorgangsweisen seitens der Auftraggeberin dem Bundesvergabeamt bekannt geworden sind.

Die Geldbuße kann gemäß § 334 Abs 7 BVergG bis 20 % des Auftragswerts betragen. Unter Zugrundelegung eines Vertragswerts von Euro 130.000 ohne USt für beide Verträge erscheint unter Berücksichtigung aller genannten Umstände eine Geldbuße in der Höhe von Euro 20.000 angemessen. Die Geldbuße kann gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG bis 20 % des Auftragswerts betragen. Unter Zugrundelegung eines Vertragswerts von Euro 130.000 ohne USt für beide Verträge erscheint unter Berücksichtigung aller genannten Umstände eine Geldbuße in der Höhe von Euro 20.000 angemessen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt III Zu Spruchpunkt römisch drei

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

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Dem Feststellungsantrag wurde - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - stattgegeben. Dem auf Ersatz der für den Feststellungsantrag entrichteten Pauschalgebühr war demnach stattzugeben. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Dem Feststellungsantrag wurde - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - stattgegeben. Dem auf Ersatz der für den Feststellungsantrag entrichteten Pauschalgebühr war demnach stattzugeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Direktvergabe, geschätzter Auftragswert, Verhandlungsverbot, Umgehungsverbot, Geldbuße;

Zuletzt aktualisiert am

12.12.2012

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