



GZ: N/0025-BVA/14/2011-19
F/0006-BVA/14/2011-18

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Prozessbegleitung für die Entwicklung einer regionalen Ageing-Strategie für Oberösterreich 2011-2013 im Rahmen des Internationalen Projektes 'Central European Knowledge Platform for an Ageing Society' " des Auftraggebers Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich, Volksgartenstraße 40, 4020 Linz, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, an den Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich vom 4.4.2011, von diesem gemäß § 6 AVG zuständigkeitshalber weitergeleitet an das Bundesvergabeamt am 5.4.2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 5.4.2011, und über die Anträge vom 21.4.2011 wie folgt entschieden:

S p r u c h

I.

Der Antrag vom 4.4.2011 auf "Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten eines anderen (unbekannt gebliebenen) Bieters bzw. auf Nichtigerklärung einer allenfalls schon erfolgten Zuschlagserteilung, auch wenn sie unter Berufung auf § 41 BVergG erfolgen sollte (Nichtigkeit gemäß § 131 Abs. 1 BVergG)", wird **zurückgewiesen**.

II.

Der Antrag vom 4.4.2011 auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 BVergG wird **abgewiesen**.

III.

Die Eventualanträge vom 21.4.2011 auf

"Weiterführung des anhängigen Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren gemäß § 331 Abs. 4 BVergG 2006 idgF

sowie auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war

in eventu

auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 Z 3 BVergG, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war

in eventu

auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 Z 3 BVergG, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde", werden **zurückgewiesen**.

IV.

Der Antrag vom 21.4.2011 auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr für den Feststellungsantrag gemäß § 319 BVergG wird **abgewiesen**.

B e g r ü n d u n g

1. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich (iF AKOÖ bzw. Auftraggeber) übt als "Lead Partner" die Funktion eines Projektmanagers im Projekt "Central European Knowledge Platform for an Ageing Society" aus. Dieses Projekt wird im Rahmen des Programms "Central Europe" gefördert. Das Gesamtprojekt (einschließlich des Projektbudgets) wurde vom "Central European Monitoring Committee" mit Schreiben vom 10.12.2010 genehmigt.

"Central Europe" ist ein Kooperationsprogramm für Zentraleuropa, das zum Teil aus Gemeinschaftsmitteln (Mitteln des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung) und zum Teil aus nationalen Mitteln finanziert wird. Die Entscheidung über die Finanzierung im Rahmen des "Central Europe" Programms erfolgt durch das "Monitoring Committee". Die Rechtsgrundlagen für Förderungen nach diesem Programm sind die Verordnung (EG) 1080/2006 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 5.7.2006 über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (ABl L 2006/210), die Verordnung (EG) 1083/2006 des Rats vom 11.6.2006 mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsionsfonds (ABl L 2006/2010) und die Verordnung (EG) 1828/2006 der Kommission vom 8.12.2006 zur Festlegung von Durchführungsvorschriften zur Verordnung (EG) 1083/2006 (ABl L 2006/371).

Daneben bestehen sogenannte "Control and Audit Guidelines", die insbesondere die Verwendung der Mittel im Rahmen der genehmigten Projekte durch die Projektpartner regeln.

Das Budget der österreichischen Projektpartner für das Projekt wird zu 75% aus Gemeinschaftsmitteln und zu 25% aus Mitteln des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz gefördert. Das für die Leistungen externer Experten (z.B. für die Prozessbegleitung im Rahmen der Entwicklung einer

regionalen Ageing-Strategie sowie für zwei regionale Konferenzen) genehmigte Budget für die AKOÖ beträgt Euro 24.000,-- (brutto).

Die Entwicklung einer regionalen Ageing-Strategie für das Land Oberösterreich ist ein Teil des Projektes "Central European Knowledge Platform for an Ageing Society", das unter anderem die Entwicklung eines Maßnahmenkatalogs für die Beschäftigung älterer Menschen und eines Leitfadens für Unternehmen umfassen soll.

Gegenstand der Auftragsvergabe ist die Prozessbegleitung bei der Entwicklung der regionalen Ageing-Strategie. Die Entwicklung der Ageing-Strategie selbst zählt nicht zum Auftragsgegenstand. Die im Rahmen der Prozessbegleitung zu erbringenden Leistungen sind in den Positionen 1 bis 5 des Leistungsverzeichnisses festgelegt. Es sind dies die Moderation bzw. Begleitung, Dokumentation inhaltliche Vorbereitung und Nachbereitung von insgesamt 6 Workshops, an denen die AKOÖ und ihre Strategiepartner teilnehmen und weiterer 3 Workshops, an denen zusätzlich auch die betroffenen Betriebe teilnehmen sollen. Die in den Workshops erarbeiteten Strategien sind zusammenzufassen und auszuformulieren (Position 3 des LV). Diese Aufgabe kommt der Prozessbegleitung in Absprache mit der AKOÖ und ihren Netzwerkpartnern zu.

Zur Auftragsvergabe bediente sich die AKOÖ der Verfahrensform der Direktvergabe.

Die internen Richtlinien der AKOÖ schreiben vor, dass bei Direktvergaben ab einem geschätzten Auftragswert in Höhe von Euro 1.500,-- bis zu Euro 40.000,-- mindestens 3 Angebote einzuholen sind. Ebenso sehen die vom Auftraggeber einzuhaltenden "Central Europe Control and Audit Guidelines" ab einem Auftragswert von Euro 2.500,-- in ihrem Pkt. 3.3.2. die Einholung von 3 Angeboten vor: "Bid-at-three procedure: (e.g., three offers, three CVs)...."

Im Februar 2011 lud der Auftraggeber 5 Unternehmer zur Angebotslegung ein. Hierauf langten beim Auftraggeber 2 Angebote ein. Im März 2011 lud der Auftraggeber 4 weitere Unternehmer (einschließlich den Antragsteller) zur Angebotslegung ein. Hierauf langten beim Auftraggeber weitere 2 Angebote

(einschließlich jenes des Antragstellers) ein, sodass insgesamt 4 Angebote gelegt wurden.

Der Einladung des Antragstellers zur Angebotsabgabe vom 9.3.2011 waren - wie auch den Einladungen der übrigen Unternehmer zur Angebotslegung - das vom Unternehmer zu unterfertigende Angebotsdeckblatt samt Angebotsbestimmungen, das auszufüllende Leistungsverzeichnis (LV) und die allgemeinen Vertragsbedingungen für Liefer- und Dienstleistungsverträge mit der AKOÖ (iF AVB) angeschlossen.

In der Einladung zur Angebotsabgabe wurde auf die Geltung der dem Einladungsschreiben beiliegenden AVB des Auftraggebers hingewiesen und darauf, dass das Angebotsdeckblatt rechtsgültig zu unterfertigen sei, da dieses Erklärungen enthält, die vom Auftraggeber im Einklang mit dem BVergG auch bei Direktvergaben gefordert werden. Weiters fand sich im Einladungsschreiben der Vermerk, dass vom Auftraggeber allfällige im Zuge der Angebotslegung entstehende Kosten nicht übernommen werden können.

Mehrere der zur Angebotslegung eingeladenen Unternehmer stellten an den Auftraggeber telefonisch Fragen zu Art und Umfang des Leistungsverzeichnisses. Etwa fragten der Antragsteller und der spätere Zuschlagsempfänger zur Dauer der Workshops an. Der Auftraggeber erteilte beiden Unternehmern dieselbe Auskunft (Workshopdauer 3-4 Stunden)

Für die im März 2011 zur Angebotslegung aufgeforderten Unternehmer endete die Frist zur Angebotslegung am 24.3.2011.

Der Antragsteller legte am 24.3.2011 fristgerecht ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 63.100,-- (inkl. Reisekosten), (Euro 55.100,-- exkl. Reisekosten) und schloss seinem Angebot ein seine Kalkulation erläuterndes Begleitschreiben an. Beim Angebot des Antragstellers handelt es sich um das teuerste aller gelegten Angebote.

Mit E-Mail vom 29.3.2011 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass er sich nach sorgfältiger Prüfung aller eingegangenen Angebote nicht für sein Angebot entschieden habe.

Gleichlautende Schreiben des Auftraggebers ergingen auch an die beiden anderen nicht berücksichtigten Angebotsersteller.

Der Auftrag wurde am 5.4.2011 zugunsten des Angebotes der B***, mit einem Nettoangebotspreis von Euro 16.600,-- (inkl. Reisekosten), (Euro 16.200,-- exkl. Reisekosten) erteilt. Vgl. die dem Zuschlagsempfänger auf der Grundlage seines Angebotes vom 1.3.2011 per Telefax zugegangene Auftragsbestätigung der AKOÖ vom 5.4.2011.

Die A*** (iF Antragsteller), brachte mit Telefax vom 4.4.2011 beim Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich die im Spruch I und II wiedergegebenen Anträge ein. Weiters wurde ein auf Untersagung der Zuschlagserteilung gerichteter Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie ein Antrag auf Akteneinsicht und Ersatz der Pauschalgebühr gestellt.

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (UVS OÖ) verständigte den Auftraggeber mit Telefax vom 4.4.2011 vom Einlangen der Anträge und forderte ihn zur Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bis 6.4.2011 auf. Am 5.4.2011 leitete der UVS OÖ die Anträge zuständigkeitshalber gemäß § 6 AVG an das Bundesvergabeamt weiter. Gleichzeitig setzte der UVS OÖ den Antragsteller wie auch den Auftraggeber von der Weiterleitung der Anträge an das Bundesvergabeamt in Kenntnis. Aufgrund dieser Mitteilung durch den UVS OÖ war der Auftraggeber informiert, dass eine Verständigung vom Einlangen des Nachprüfungsantrages sowie des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung - mit den sich aus § 328 Abs. 5 BVergG ergebenden Rechtsfolgen - durch das Bundesvergabeamt unmittelbar bevorstehen würde. In der Folge erteilte der Auftraggeber am 5.4.2011 im Zeitraum zwischen dem Einlangen der durch den UVS OÖ an das Bundesvergabeamt weitergeleiteten Anträge und der Verständigung des Auftraggebers vom Einlangen der Anträge durch das Bundesvergabeamt den Zuschlag.

In seinem **Schriftsatz vom 4.4.2011** brachte der **Antragsteller** im Wesentlichen vor:

Der Antragsteller habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren durch Legung eines ordnungsgemäßen Angebotes beteiligt. Der Nachprüfungsantrag sei fristgerecht gestellt worden.

Bekämpft werde die Absicht auf Erteilung des Zuschlages an eine andere (unbekannte) Bieterin. Die Einladung zur Angebotslegung sei an mehrere Bieter (möglicherweise an 3 Bieter) ergangen.

Der Antragsteller sei mit E-Mail vom 9.3.2011 zur Angebotslegung zur "Prozessbegleitung für die Entwicklung einer regionalen Ageing-Strategie für Oberösterreich 2011-2013 im Rahmen des Internationalen Projektes 'Central European Knowledge Platform for an Ageing Society' " eingeladen worden. Gemäß den Unterlagen zur Angebotslegung der dem zitierten E-Mail beiliegenden Ausschreibung sei das Angebot mit beiliegendem Leistungsverzeichnis per Post oder E-Mail bis spätestens 24.3.2011 an den Auftraggeber zu richten gewesen. Der Antragsteller habe sein Angebot mittels E-Mails binnen offener Frist am 24.3.2011 abgegeben. Der Auftraggeber habe das Einlangen des Angebotes am 24.3.2011, 12.52 Uhr, per E-Mail bestätigt.

Als Verfahrensart sei seitens des Auftraggebers die Direktvergabe gemäß § 41 BVergG angegeben worden (siehe dazu das Angebotsformblatt der AKOÖ). Hierbei handle es sich offenbar um eine Falschbezeichnung, da tatsächlich wohl ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung durchgeführt worden sei.

Mit E-Mail vom 29.3.2011 sei die Mitteilung des Auftraggebers über die Nichtberücksichtigung seines Angebotes sowie hierüber ergangen, dass der Zuschlag an ein anderes Angebot - eines ungenannt gebliebenen Bieters - erteilt werden solle.

Diese Mitteilung erfülle nicht die gesetzlichen Anforderungen an eine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung.

Der Antragsteller habe sein Interesse am Vertragsabschluss durch die Abgabe eines fristgerechten und ausschreibungskonformen Angebotes dokumentiert. Die Prozessbegleitung sowie die Entwicklung von Strategien seien neben der Leitung von (Strategie) Workshops mit dazu gehöriger Dokumentation sowie Präsentation von Zwischenergebnissen Kernkompetenzen des Antragstellers als Unternehmensberater.

Infolge der Nichtberücksichtigung seines Angebotes sei dem Antragsteller bereits ein Schaden für die Angebotsbearbeitung entstanden bzw. drohe ihm ein weiterer Schaden durch den Entgang des Auftrages in Höhe von 15% Deckungsbeitrag der Angebotssumme und durch den Entgang eines Referenzprojektes für künftige Aufträge.

Der Antragsteller sei in seinen Rechten auf Erhalt einer ordnungsgemäßen Zuschlagsentscheidung und auf Erteilung des Zuschlages verletzt.

Die Mitteilung über die Nichtberücksichtigung seines Angebotes per E-Mail des Auftraggebers vom 29.3.2011 erfülle nicht die Erfordernisse der §§ 131 und 132 BVergG. Diese Verständigung bzw. Mitteilung enthalte keine Gründe für die Ablehnung seines Angebotes, keine Vergabesumme, keine Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes und keine Bekanntgabe des Endes der Stillhaltefrist. Dadurch sei der Antragsteller in seinem Recht auf Bekanntgabe der in den §§ 131, 132 BVergG enthaltenen Informationen verletzt.

Insbesondere erfordere eine Ausschreibung für ein EU-gefördertes Projekt ein "ordentliches Vergabeverfahren", auch wenn der geschätzte Auftragswert weniger als Euro 100.000,-- betrage. Es sei nicht automatisch eine "Direktvergabe" zulässig, nur weil der geschätzte Auftragswert unter Euro 100.000,-- liege.

Nach dem Informationsstand des Antragstellers sei für die Zuschlagserteilung ein Angebot ausgewählt worden, das offenbar auszuschneiden sei. Dem Vernehmen nach sei dieses Angebot nur halb so teuer wie sein Angebot, das auch sehr knapp kalkuliert worden sei. Dieser Umstand lege nahe, dass entweder der

Stundenaufwand nicht ausreichend angesetzt worden und offensichtlich unplausibel sei und bzw. oder der Preis nicht den Anforderungen entspreche, die gemäß § 125 BVergG für die Angebotspreisprüfung maßgeblich seien. Insbesondere könne der Preis nicht gemäß § 125 Abs. 4 BVergG betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein. Demnach wäre das für den Zuschlag vorgesehene Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG auszuschneiden gewesen.

Der Antragsteller sei in seinem Recht verletzt worden, dass die Angebotsprüfung, die Aufklärung und das Ausscheiden von Angeboten mit unbehebaren oder unbehobenen Mängeln vergabegesetzgemäß vorgenommen würden.

In seinem Recht verletzt sei der Antragsteller auch dadurch, dass der Auftraggeber mittels Direktvergabe gemäß § 41 BVergG vorgehen wolle, obwohl er mehrere Angebote eingeholt habe. Auch im Zusammenhang mit der EU-Förderung des ausgeschriebenen Projektes sei eine Direktvergabe von vornherein unzulässig.

Hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwies der Antragsteller auf seine Ausführungen zum Nachprüfungsantrag.

Mit **E-Mail vom 7.4.2011** gab der **Auftraggeber** dem Bundesvergabebeamten den geschätzten Auftragswert des Vergabeverfahrens mit Euro 15.400,-- (exkl. Ust) bekannt und brachte im Wesentlichen vor:

Er habe eine Direktvergabe gemäß § 41 BVergG durchgeführt. Er habe mehrere Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert. Das Angebot des Antragstellers habe den höchsten Angebotspreis aller abgegebenen Angebote aufgewiesen, sei damit an letzter Stelle gelegen und aus diesem Grund bei der Auftragsvergabe nicht berücksichtigt worden.

Mit Telefax vom 4.4.2011 habe ihm der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (UVS OÖ) die verfahrensgegenständlichen Anträge übermittelt. Gleichzeitig habe ihn der UVS OÖ um Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bis 6.4.2011 aufgefordert.

Der Auftraggeber habe den Auftrag - nachweislich - bereits vergeben. (Siehe die angeschlossene Auftragsbestätigung samt Faxsendebericht).

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG könne ein Unternehmer die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung nur bis zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung beantragen. Dementsprechend sei auch die Antragslegitimation für einstweilige Verfügungen beschränkt. Sei der Auftrag vergeben bzw. der Zuschlag erteilt worden, seien ein Nachprüfungsantrag oder ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wegen fehlender Antragslegitimation zurückzuweisen.

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG sei entscheidend, ob dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen würden. Dies sei jedoch im vorliegenden Fall infolge bereits erfolgter Auftragsvergabe der Fall. Die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zur Klärung dieser Frage sei nicht erforderlich.

Im Übrigen sei die Auftragsvergabe am 5.4.2011 zulässiger Weise erfolgt, da das Oberösterreichische Vergaberechtsschutzgesetz (OÖ VergRSG) ausschließlich für Auftragsvergaben im Vollziehungsbereich des Landes Oberösterreich gelte.

Aber selbst im hypothetischen Fall, dass die Verständigung durch den UVS OÖ die Wirkung eines Zuschlagsverbotes gemäß § 9 OÖ VergRSG gehabt haben sollte, wäre diese Wirkung jedenfalls mit Übermittlung der Anträge an das Bundesvergabeamt beendet gewesen. Die Weiterleitung von Anträgen, zu deren Behandlung eine Behörde nicht zuständig sei, habe gemäß § 6 AVG nämlich auf Gefahr des Einschreiters zu erfolgen. Nach herrschender Lehre gelte daher der Grundsatz, dass derjenige, der sich an eine unzuständige Behörde wende, die damit verbundenen rechtlichen Nachteile "unter allen Umständen" selbst zu tragen habe. Dieser Grundsatz sei auch auf den vorliegenden Fall uneingeschränkt anwendbar, da das BVergG hier keine Abweichung normiere. Für Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen oder für das mit der Verständigung über die Antragstellung verbundene Zuschlagsverbot seien hievon weder im BVergG noch im OÖ VergRSG Ausnahmen statuiert, sodass der allgemeine Grundsatz des § 6 AVG gelte. Eine

Zuschlagserteilung sei daher bis zur Verständigung durch die zuständige Vergabekontrollbehörde zulässig.

Mit **Bescheid vom 13.4.2011, N/0025-BVA/14/2011-EV9**, erließ das Bundesvergabeamt eine dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagende **einstweilige Verfügung**.

Mit **Schriftsatz vom 21.4.2011** brachte der Antragsteller mehrere Eventualanträge auf Feststellung wie in Spruchpunkt III wiedergegeben ein.

Weiters beehrte der Antragsteller Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr für seinen Feststellungsantrag gemäß § 319 BVergG. Zusammengefasst brachte der Antragsteller vor:

Der Auftraggeber habe unter der Falschbezeichnung "Direktvergabe" de facto ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit mehreren Bietern durchgeführt, das wohl ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung sei. Die von ihm im Nachprüfungsantrag vom 4./5.4.2011 gestellten Anträge würden aufrecht erhalten werden und die Ausführungen im Nachprüfungsantrag hiermit auch für das Feststellungsverfahren geltend gemacht werden. Unter einem würden die Ausführungen des Feststellungsantrages zu ergänzenden Ausführungen des Nachprüfungsantrages erklärt werden.

Der Nachprüfungsantrag werde voll inhaltlich aufrecht erhalten, insbesondere für den Fall, dass sich erweisen sollte, dass noch keine Zuschlagserteilung gemäß BVergG iVm ABGB erfolgt bzw. der vom Auftraggeber erteilte Zuschlag gemäß § 328 Abs. 5 Z 1 BVergG ex lege nichtig sei. Die vom Auftraggeber behauptete Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter sei nicht wirksam erfolgt.

Er habe am 13.4.2011 im Zuge der einstweiligen Verfügung unter GZ N/0025-BVA/14/2011-EV9a, Kenntnis davon erlangt, dass gemäß E-Mail des Auftraggebers vom 7.4.2011 der Auftraggeber am 5.4.2011 den Zuschlag per Telefax erteilt haben solle. Somit sei die Frist gemäß § 332 Abs. 2 iVm § 331 Abs. 4 BVergG gewahrt.

Er sei mit E-Mail vom 9.3.2011 zu einer Angebotslegung zur "Prozessbegleitung, Entwicklung und Dokumentation einer regionalen Ageing-Strategie für Oberösterreich 2011-2013" eingeladen worden. Das Angebot sei fristgerecht abgegeben worden. Hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere des Leistungsverzeichnisses und des darin enthaltenen Leistungsumfanges (des Leistungssolls) habe er eine Rückfrage an den Auftraggeber gestellt. Er habe vom Auftraggeber Auskünfte zum Umfang der vorgesehenen Leistung und zum daraus abzuleitenden Zeitaufwand erhalten, die dem Angebot zugrunde gelegt worden seien. Auf dieser Basis sei nicht nachvollziehbar und somit unerklärlich, wie der Angebotspreis des billigsten Bieters zustande gekommen sein solle. Offensichtlich dürften beim vorgesehenen bzw. angeblich beauftragten Zuschlagsempfänger ein im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis oder aber ein leistungsmäßig unvollständiges Angebot vorliegen.

Als Vergabeverfahren sei in den Angebotsunterlagen vom Auftraggeber "Direktvergabe gemäß § 41 BVergG 2006" angegeben worden. Dies sei eine Falschbezeichnung, da de facto ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit Einladung mehrerer Bieter vorgenommen worden sei. Diese Falschbezeichnung bedürfe keiner früheren Anfechtung, da sie absolut unzutreffend sei und dem Auftraggeber die Umgehung des BVergG ohnedies nicht ermögliche.

Die im mit E-Mail vom 29.3.2011 zugegangene Mitteilung, dass der Zuschlag auf das Angebot eines ungenannt gebliebenen Bieters erteilt werden solle bzw. dass sein Angebot nicht berücksichtigt werde, erfülle nicht die gesetzlichen Anforderungen an eine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG. Somit könne kein Zuschlag erteilt werden, da die Stillhaltefrist gemäß § 132 BVergG weder laufe noch abgelaufen sei. Die wiederholte Aufforderung an den Auftraggeber zur Übermittlung einer Mitteilung iSd §§ 131 und 132 BVergG sei fruchtlos geblieben. Der Auftraggeber habe unmissverständlich erklärt, dass der Antragsteller keinen Anspruch auf die geforderte Mitteilung habe, zumal, da es sich um eine Vergabe nach § 41 BVergG handle, es nicht relevant sei, dass mehrere Bieter zur Angebotslegung eingeladen worden seien. Weiters, dass die gewählte Vorgehensweise den internen Richtlinien des Auftraggebers bezüglich der Durchführung von Vergaben entspreche.

Die Ausschreibungsunterlagen des Auftraggebers seien insofern mangelhaft, als in diesen die zuständige Nachprüfungsbehörde nicht benannt worden sei.

Die am 13.4.2011 per Fax erfolgte "Zuschlagserteilung" sei keine wirksame Zuschlagserteilung gemäß § 133 BVergG iVm ABGB. "Fax" erfülle keinesfalls das Gebot der (Unter)Schriftlichkeit, das in den §§ 133 und 134 BVergG normiert werde.

Die "Zuschlagserteilungsmitteilung" sei im Zeitraum zwischen der Verständigung des Auftraggebers durch den UVS OÖ vom Einlangen der Anträge beim UVS OÖ und der Verständigung des Auftraggebers vom Einlangen der Anträge durch das Bundesvergabeamt erfolgt. Dies sei offensichtlich ein Versuch der Umgehung vergabegesetzlicher Vorschriften, insbesondere der Vorschriften der §§ 131 bis 134 BVergG, offenbar zu dem Zweck, sich der Nachprüfungszuständigkeit des Bundesvergabeamtes zu entziehen.

In den Ausschreibungs-/Angebotsunterlagen habe sich der Auftraggeber vorbehalten, die Zuschlagserteilung nach Abschluss des Fördervertrages vorzunehmen. Eine Zuschlagserteilung unmittelbar nach Verständigung von der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sowie einer einstweiligen Verfügung erfülle keinesfalls diese Bedingung und widerspreche den zwingenden Bestimmungen des § 328 Abs. 5 Z 1 BVergG, sodass auch dies gegen die Wirksamkeit der "Zuschlagserteilungsmitteilung" per Fax vom 5.4.2011 spreche.

In seinem Recht werde der Antragsteller dadurch verletzt, dass der Auftraggeber mit einer Direktvergabe gemäß § 41 BVergG vorgehen wolle, obwohl er mehrere Angebote eingeholt habe. Das Angebot des Antragstellers sei nicht ausgeschieden, sondern laut Auftraggeber an letzter Stelle gereiht worden.

Bei der Durchführung einer Direktvergabe nach § 41 BVergG sei neben der Einholung eines Angebotes bloß von einem Bieter nur die Einholung von unverbindlichen Preisauskünften zulässig. Eine Einladung an eine Mehrzahl von Unternehmern zur Angebotslegung sei keinesfalls als ein Einholen unverbindlicher

Preisauskünfte zu verstehen, sondern als ein Vergabeverfahren mit Wettbewerb zwischen mehreren Bietern. Somit verbiete sich eine Direktvergabe von selbst.

Für die Zulässigkeit der vom Auftraggeber gewählten Art des Vergabeverfahrens sei dieser begründungs- und nachweispflichtig. Eine Direktvergabe sei ein nur ausnahmsweise zulässiges Vergabeverfahren mit nur einem Bieter. Ausnahmeermächtigungen seien eng auszulegen. Allein die Unterschreitung des Subschwellenwertes von Euro 100.000,-- rechtfertige noch nicht die Vornahme eines Direktvergabeverfahrens gemäß § 41 BVergG.

Für den Fall, dass eine Zuschlagserteilung trotz Vergabeverfahrens mit mehreren Bietern "direkt" an einen Mitbieter erfolgt sei, wie der Auftraggeber behauptete, sei diese Vergabe auf "direkte" Weise unzulässig, weil kein Direktvergabeverfahren durchgeführt worden sei. Ein auf "direkte" Weise erteilter Auftrag in einem Vergabeverfahren mit mehreren Bietern sei nichtig (ex tunc). Auch die Unterlassung der Mitteilung der Zuschlags"erteilung" mache eine Zuschlagserteilung nichtig.

Nach dem Informationsstand des Antragstellers sei für den Zuschlag ein Angebot ausgewählt worden, das offenbar auszuscheiden sei. Dem Vernehmen nach sei dieses Angebot weniger als halb so teuer wie das Angebot des Antragstellers, das auch sehr knapp kalkuliert worden sei. Demnach wäre das für den Zuschlag vorgesehene Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 und/oder Z 7 BVergG auszuscheiden.

Die Mitteilung über die Nichtberücksichtigung des Antragstellers per E-Mail vom 29.3.2011 entspreche nicht dem Informationsgebot gemäß den §§ 131 und 132 BVergG, sodass sie rechtswidrig sei.

Weiters sei der Antragsteller in seinem Recht verletzt, dass innerhalb der Stillhaltefrist keine Zuschlagserteilung erfolgen dürfe.

Die angebliche Auftragserteilung sei vor Ablauf von 7 Tagen ab Mitteilung der Nichtberücksichtigung des Angebotes des Antragstellers erfolgt, womit ein Verstoß gegen § 132 Abs. 1 1. Satz BVergG vorliege. Insoweit sei die Zuschlagserteilung

absolut nichtig bzw. sei eine Zuschlagserteilung mangels Bekanntgabe einer dafür geeigneten Zuschlagsentscheidung ex tunc nichtig. Auch sei eine Zuschlagserteilung aufgrund einer unzulässigen Direktvergabe nichtig. Der Auftraggeber habe offensichtlich mit der Erteilung eines Zuschlages per Fax das Vergabeverfahren ohne Einhaltung einer Stillhaltefrist zu beenden versucht, um der Nachprüfungszuständigkeit des Bundesvergabeamtes zu entgehen.

Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt zur Auffassung gelangen sollte, dass die Zuschlagserteilung trotz Vorliegens einer einstweiligen Verfügung rechtswirksam zustande gekommen sei, würden die angegebenen Eventualanträge gestellt.

Der **Auftraggeber** nahm mit **Schriftsatz vom 3.5.2011** zum Schriftsatz des Antragstellers vom 21.4.2011 Stellung wie folgt:

Die Auftragsvergabe sei zu Recht an den konkreten Leistungsempfänger erfolgt. Die Vergabe sei nach den Bestimmungen für Direktvergaben gemäß § 41 BVergG und den allgemeinen Vertragsbedingungen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge mit der AKOÖ (AVB) erfolgt.

Im Übrigen erfülle der Antragsteller nicht die gesetzlichen Antragsvoraussetzungen, weil sein Angebot an letzter Stelle gelegen sei und seine Anträge verspätet seien.

Die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und die für den Fall der Rechtmäßigkeit der bereits erfolgten Zuschlagserteilung gestellten Feststellungsanträge seien daher zurück- bzw. in eventu abzuweisen.

Die AKOÖ habe als "Lead Partner" die Funktion eines Projektmanagers im Projekt "Central European Knowledge Platform for an Ageing Society" inne. Dieses Projekt werde im Rahmen des Programms "Central Europe" gefördert. Das Gesamtprojekt (einschließlich des Projektbudgets) sei vom "Central European Monitoring Committee" mit Schreiben vom 10.12.2010 genehmigt worden. "Central Europe" sei ein transnationales bzw. europäisches Kooperationsprogramm für den Bereich Zentraleuropas und werde zum Teil aus Gemeinschaftsmitteln (Mittel des Europäischen Fonds für Regionalentwicklung) und zum Teil aus nationalen Mitteln

finanziert. Die Entscheidung über die Finanzierung im Rahmen des "Central Europe" Programms erfolge durch ein sogenanntes "Monitoring Committee". Neben den Rechtsgrundlagen für Förderungen nach diesem Programm seien sogenannte "Control and Audit Guidelines" erlassen worden, die insbesondere die Verwendung der Mittel im Rahmen der genehmigten Projekte durch die Projektpartner regeln würden.

Ein Teil des Projektes "Central European Knowledge Platform for an Ageing Society" sei die Entwicklung einer regionalen Ageing-Strategie für das Land Oberösterreich, die unter anderem die Entwicklung eines Maßnahmenkatalogs für die Beschäftigung älterer Menschen und eines Leitfadens für Unternehmen umfassen solle. Auftragsgegenstand sei im Wesentlichen die Prozessbegleitung bei der Entwicklung der regionalen Ageing-Strategie. Die Entwicklung der Strategie selbst zähle nicht zum Auftragsgegenstand. Die Strategie sei das Ergebnis des Prozesses und bedürfe einer laufenden Niederschrift und Ausformulierung. Die im Rahmen der Prozessbegleitung zu erbringenden Leistungen seien im Leistungsverzeichnis festgelegt. Es handle sich dabei um die Moderation bzw. Begleitung, Dokumentation, inhaltliche Vorbereitung und Nachbereitung von insgesamt 6 Workshops, an denen die AKOÖ und ihre Strategiepartner teilnehmen sollen und weiteren 3 Workshops, an denen zusätzlich auch die betroffenen Betriebe teilnehmen sollen. Letztlich seien die in den Workshops erarbeiteten Strategien zusammenzufassen und auszuformulieren. Diese Aufgabe komme der Prozessbegleitung in Absprache mit der AKOÖ und ihren Netzwerkpartnern zu.

Das Budget der österreichischen Projektpartner für das Projekt werde zu 75% aus Gemeinschaftsmitteln und zu 25% aus Mitteln des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz gefördert. Der Gesamtwert des Projekts betrage Euro 2.173.331,79 (inkl. 20,66% Eigenleistungen der Projektpartner). Diese Budgetsumme sei auf 13 Projektpartner aus 8 Ländern verteilt. Das für die Leistungen externer Experten - z.B. für die Prozessbegleitung - im Rahmen der Entwicklung einer Regionalageingstrategie sowie für 2 regionale Konferenzen genehmigte Budget betrage Euro 24.000,-- (brutto) für die AKOÖ.

Als geschätzter Auftragswert für die Prozessbegleitung sei ein Betrag in Höhe von insgesamt Euro 15.400,-- exkl. Reisekosten und exkl. USt. angesetzt worden. Dieser Wert sei im Angebotspreisspiegel dokumentiert. Berechnungsgrundlage des geschätzten Auftragswertes sei der für die Vergütung derartiger Leistungen bestehende orts- und branchenübliche Satz in Höhe von Euro XXX pro Personentag und der für die Leistungserbringung zu erwartende zeitliche Aufwand in Höhe von insgesamt XXX Personentagen gewesen.

Im Februar 2011 seien 5 Unternehmen zur Angebotsabgabe eingeladen worden. Da nur 2 Angebote eingelangt seien, seien Anfang März 2011 4 weitere Unternehmen zur Angebotsabgabe eingeladen worden. Unter diesen Unternehmern sei auch der Antragsteller gewesen. Den Einladungen zur Angebotsabgabe seien die AVB, das Leistungsverzeichnis und das Angebotsdeckblatt beigelegt gewesen.

Hintergrund dieses Vorgehens seien einerseits interne Richtlinien der AKOÖ gewesen, nach denen bei Direktvergaben gemäß § 41 BVergG ab einem geschätzten Auftragswert in Höhe von Euro 1.500,-- bis zu einem geschätzten Auftragswert in Höhe von Euro 40.000,-- mindestens 3 Angebote einzuholen seien. Andererseits sei die AKOÖ aufgrund der bei der Auftragsvergabe einzuhaltenden "Central Europe Control and Audit Guidelines" verpflichtet gewesen, zumindest 3 Angebote einzuholen.

Das Angebot des Antragstellers habe den höchsten Angebotspreis aller abgegebenen Angebote, sei damit an letzter Stelle gelegen und aus diesem Grund bei der Auftragsvergabe nicht berücksichtigt worden.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. nn BVergG sei bei einer Direktvergabe ausschließlich die Wahl des Vergabeverfahrens "Direktvergabe" eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Gemäß § 321 Abs. 3 BVergG betrage die Anfechtungsfrist dieser Entscheidung 7 Tage, gerechnet "ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können". Der Antragsteller sei am 9.3.2011 zur Angebotsabgabe eingeladen worden. Zu diesem

Zeitpunkt habe er über alle für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens maßgeblichen Informationen verfügt. Er habe ab diesem Zeitpunkt einerseits davon gewusst, dass eine Direktvergabe durchgeführt werden solle und andererseits davon, dass auch andere Unternehmen zur Angebotsabgabe eingeladen würden.

Die Frist habe daher am 16.3.2011 geendet. Da innerhalb dieser Frist kein Nachprüfungsantrag eingebracht worden sei, seien die Wahl der Verfahrensart "Direktvergabe" einschließlich der Festlegungen in den AVB, im Leistungsverzeichnis und im Angebotsdeckblatt bestandfest geworden. Der Nachprüfungsantrag vom 4.4.2011 sei somit verspätet.

Darüber hinaus seien auch die Feststellungsanträge vom 21.4.2011 verspätet.

Gemäß § 332 Abs. 5 BVergG seien die vom Antragsteller beantragten Feststellungen unzulässig, "wenn der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320 ff hätten geltend gemacht werden können".

Genau dies sei hier der Fall. Der Antragsteller hätte die von ihm behauptete Unzulässigkeit der Durchführung einer Direktvergabe im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens fristgerecht geltend zu machen gehabt.

Gemäß § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG sei ein Unternehmer darüber hinaus nur dann berechtigt, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung zu beantragen, wenn "ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist". Wenn selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit die Situation des Antragstellers nicht verbessert würde, bestehe keine Antragslegitimation. Dieselbe Voraussetzung gelte gemäß § 331 Abs. 1 BVergG auch für Feststellungsanträge.

Darüber hinaus müssten die vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten gemäß § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gehabt haben. Dies sei dann der Fall, wenn diese - bei rechtmäßiger Vorgangsweise - zur Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter

geführt hätte bzw. zu einem anderen Ergebnis des Vergabeverfahrens führen könnte. Dieselbe Voraussetzung gelte gemäß § 334 Abs. 1 BVergG für Feststellungsanträge. Im vorliegenden Fall liege das Angebot des Antragstellers an letzter Stelle. Selbst wenn die behaupteten Rechtswidrigkeiten vorliegen würden (falsche Wahl der Verfahrensart, Verstoß gegen § 131 BVergG, fehlendes Ausscheiden des Zuschlagsempfängers) hätte er aufgrund des hohen Angebotspreises keine Chance gehabt, den Zuschlag zu erhalten. Letztlich sei auch aufgrund der für den Auftrag von der AKOÖ vorgesehenen budgetären Mittel eine Zuschlagserteilung an den Antragsteller ausgeschlossen.

Das Vorgehen der AKOÖ sei rechtmäßig gewesen. Gemäß § 41 Abs. 2 Z 1 und Abs. 4 BVergG seien Direktvergaben zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert den Betrag von Euro 100.000,-- nicht erreiche und die Vergabe an ein befugtes, leistungsfähiges und zuverlässiges Unternehmen erfolgt sei. Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 15.400,-- exkl. Reisekosten und exkl. USt. Der Angebotspreis bzw. der tatsächliche Auftragswert exkl. Reisekosten und exkl. USt. betrage Euro 16.200,-- Die Vergabe sei daher zu einem angemessenen Preis erfolgt. Die Befugnis des Zuschlagsempfängers sei nachgewiesen worden.

Unabhängig davon würden auch die Voraussetzungen des § 41 Abs. 2 Z 2 lit. a, b und c BVergG vorliegen, da es sich um ein aus Gemeinschaftsmitteln kofinanziertes Projekt handle, bei dem eine Einladung zur Vorlage des Projekts im Wege einer öffentlichen Interessentensuche erfolgt sei, ein transnationales Lenkungsgremium eingerichtet und das Projekt nach Durchführung eines Auswahlverfahrens akzeptiert worden sei.

Dass die AKOÖ mehrere Unternehmen zur Angebotslegung eingeladen habe, schade nicht. Ganz allgemein berechtige die Verfahrensart "Direktvergabe" nämlich öffentliche Auftraggeber, Leistungen - weitestgehend - formfrei zu beschaffen. Lediglich die in § 41 Abs. 1 BVergG aufgezählten Bestimmungen seien bei der Vergabe einzuhalten. Wesentlich sei, dass es keine Pflicht zur Durchführung eines Wettbewerbs zwischen mehreren Unternehmen gebe. Umgekehrt bestehe allerdings auch kein Verbot von Wettbewerb. Das BVergG sehe die Möglichkeit eines

Wettbewerbs in Form "gegebenenfalls eingeholter unverbindlicher Preisauskünfte" in § 41 Abs. 3 BVergG ausdrücklich vor. Darüber hinaus sei aber auch die Einholung verbindlicher Vergleichsangebote zulässig (vgl. § 27 Abs. 2 BVergG 2002). Der Hinweis auf die Möglichkeit zur Einholung unverbindlicher Preisauskünfte im BVergG 2006 solle eine Erleichterung der Durchführung eines Wettbewerbs durch Erweiterung der möglichen Geschäftsanbahnung bringen. Ein Verbot der Einholung von Vergleichsangeboten sei damit nicht festgelegt worden.

Darüber hinaus würden Sinn und Zweck der Direktvergabe sowohl für die Zulässigkeit der Einholung unverbindlicher Preisauskünfte als auch für die weiterhin bestehende Möglichkeit zur Einholung verbindlicher Angebote sprechen.

Unabhängig davon seien öffentliche Auftraggeber an die Haushaltsgrundsätze gebunden, die sie zu einem sparsamen Einsatz öffentlicher Mittel verpflichten würden. Dies würde im Regelfall die Einholung von Vergleichsangeboten erforderlich machen, ohne dass dadurch die Pflicht zur Anwendung erheblich aufwändigerer Vergabeverfahrensarten ausgelöst würde.

Der Antragsteller habe alle Informationen gehabt, um die behauptete Unzulässigkeit einer Direktvergabe unter Beteiligung mehrerer Unternehmen im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geltend machen zu können. Insbesondere in den Unterlagen über die Einladung zur Angebotsabgabe sei die Beteiligung anderer Unternehmen klar festgelegt gewesen (siehe insbesondere Pkt. 2 lit. a, Pkt. 7 Z 4 AVB). Der Antragsteller habe darüber hinaus aus seiner Erfahrung mit ähnlichen Projekten gewusst, dass das Projekt mit Gemeinschaftsmitteln gefördert werde und aus diesem Grund eine Einladung mehrerer Unternehmer zur Angebotsabgabe erforderlich sei.

Die auf Direktvergaben anwendbaren Bestimmungen seien in § 41 Abs. 1 BVergG abschließend aufgezählt. Eine Pflicht zur Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG habe daher nicht bestanden.

Mit **Schriftsatz vom 11.5.2011** nahm der **Antragsteller** zum Schriftsatz des Auftraggebers vom 3.5.2011 im Wesentlichen Stellung wie folgt:

Die Einladung mehrerer Bieter sei ihm bis zum 29.3.2011 nicht bekannt gewesen. Mit E-Mail vom 9.3.2011 sei er zur Angebotslegung eingeladen worden. Aufgrund des E-Mails vom 29.3.2011 über die Bekanntgabe der Nichtberücksichtigung seines Angebotes sei für ihn erstmals erkennbar gewesen, dass eine Prüfung mehrerer eingegangener Angebote erfolgt sei.

Die der Kostenschätzung des Auftraggebers zugrundegelegte Kalkulation - laut Stellungnahme des Auftraggebers mit einem Zeitbedarf in Summe von XXX Personentagen - könne nicht nachvollzogen werden. Die dem Antragsteller fermündlich gegebenen Hinweise zum Bedarf jeweils zweier zusätzlicher Treffen vor Ort zur Besprechung der (Strategie)Workshops, über Angaben bezüglich Gruppengröße und dergleichen seien darin nicht enthalten. Die Moderation der Workshops durch eine Person entspreche nicht dem State-of-the-art. Der Antragsteller habe seinem Angebot ein Begleitschreiben beigelegt, sodass die telefonischen Angaben des Auftraggebers zum Leistungsverzeichnis dokumentiert worden seien und die Kalkulation für den Auftraggeber im Rahmen der Angebotsprüfung transparent bzw. nachvollziehbar gewesen sei. Infolge fermündlicher Auskunft des Auftraggebers könne nicht gewährleistet werden, dass alle potenziellen Bieter dieselben Fragen gestellt bzw. dieselben Antworten erhalten hätten. Eine Ungleichbehandlung der Bieter durch unterschiedliche kalkulationsrelevante Informationen durch den Auftraggeber sei somit nicht ausgeschlossen.

In einer **Replik vom 1.6.2011** zur Stellungnahme des Antragstellers vom 11.5.2011 führte der **Auftraggeber** aus:

Betont werde nochmals, dass das Fehlen der Pflicht zum Wettbewerb kein Wettbewerbsverbot bewirke. Öffentliche Auftraggeber könnten, insbesondere wenn sie dazu auf Grund haushaltsrechtlicher bzw. interner Vorgaben bzw. externer Förderrichtlinien verpflichtet seien, einen Wettbewerb durchführen, indem sie Angebote oder unverbindliche Preisauskünfte von mehreren Unternehmen einholen würden [*Heid*] in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010) [337].

Für eine Zusammenarbeit mit dem Antragsteller wäre auf Grund seines Angebotes - der Angebotspreis habe Euro 75.720,- (inkl. USt) betragen - keine budgetäre Deckung vorhanden gewesen. Das genehmigte Budget für dieses Projekt betrage Euro 24.000,- brutto. In diesem Zusammenhang mache es keinen Unterschied, ob das Verfahren statt als Direktvergabe als Verhandlungsverfahren, offenes oder nicht offenes Verfahren durchgeführt worden wäre. Ein Zuschlag auf das Angebot des Antragstellers wäre nicht möglich gewesen.

Selbst wenn die Behauptungen des Antragstellers zutreffen würden, wäre der Auftrag innerhalb der Wertgrenzen für Direktvergaben gelegen.

Der Auftraggeber habe den eingeladenen Unternehmern keine unterschiedlichen kalkulationsrelevanten Auskünfte über den Inhalt des Leistungsverzeichnisses erteilt. Mehrere Unternehmen hätten Fragen zum Leistungsverzeichnis gestellt, auf Grund derer telefonisch dieselben Informationen über Zahl und Art der Workshops gegeben worden seien. Unrichtig sei weiters die Behauptung, der Auftraggeber habe dem Antragsteller telefonisch den Bedarf zusätzlicher im Leistungsverzeichnis nicht genannter Leistungen (wie zusätzliche Treffen für Vor- und Nachbesprechungen) bekannt gegeben. Die Teilnahme an zwei regionalen Konferenzen in OÖ und an zwei internationalen Seminaren in Österreich sei schon in Punkt 3 des Leistungsverzeichnisses festgelegt.

Mit **Schriftsatz vom 14.6.2011**, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15.6.2011, erklärte der **Auftraggeber** seine bisherigen im gegenständlichen Feststellungsverfahren gemachten Ausführungen, vorgelegten Urkunden und vorgelegten Beweismittel auch zu für das verfahrensgegenständliche Nachprüfungsverfahren relevanten Ausführungen, Urkunden und Beweismitteln. Wechselseitig erklärte der Auftraggeber dies auch in Bezug auf das verfahrensgegenständliche Feststellungsverfahren für seine Ausführungen, Urkundenvorlagen etc. im Nachprüfungsverfahren.

Am **21.6.011** fand eine **mündliche Verhandlung** vor dem Bundesvergabeamt statt, in der der Antragsteller eine Vollmacht für C*** zur Vertretung und Abgabe von Erklärungen sowie zur Akteneinsicht vorlegte.

Der Auftraggebervertreter stellte hierzu fest, dass eine berufsmäßige Parteienvertretung den Rechtsanwälten vorbehalten sei und es sich um eine unzulässige Winkelschreiberei handeln könnte.

Die Parteien brachten im Wesentlichen ergänzend vor wie folgt vor:

- Zum für den Auftrag veranschlagten Budget von Euro 24.000,-- (brutto):

- Auftraggeber (D***):

Hierbei handle es sich um EU-Fördermittel, die auch Mittel aus nationaler Koförderung beinhalten könnten. Eine bezifferbare Eigenleistung der AKOÖ für dieses Projekt bestehe seines Wissens nicht. Die Eigenleistungen der AKOÖ würden die Abwicklung, die Zurverfügungstellung der Infrastruktur etc. betreffen.

- Zur Einholung dreier Angebote nach den "Control and Audit Guidelines" (Bid-at-three procedure):

- Auftraggeber (D***):

"Three CVs" bedeute 3 Lebensläufe.

- Auftraggebervertreter:

Der Begriff "Bid-at-three procedure" lasse auf einen Auswahlprozess im Sinne der Legung dreier Angebote schließen. Aus CVs allein könne keine Reihung von Angeboten etc. vorgenommen werden.

Der Auftraggeber sagte die Vorlage der internen Regelungen der AKOÖ, aus denen sich das Erfordernis der Einholung von 3 Angeboten ergeben würde, bis 22.6.2011, 12.00 Uhr, zu.

- Zur Einholung von Vergleichsangeboten:

- Antragsteller (E***):

Mit der Einladung zur Angebotsabgabe vom 9.3.2011 (3 Seiten) habe er folgende Unterlagen erhalten: Das Angebotsdeckblatt mit den von ihm abzugebenden Erklärungen (2 Seiten), das Leistungsverzeichnis (2 Seiten) und die AVB der AKOÖ (Version 17.9.2010).

Die Erwähnung interner Vorschriften, Dienstanweisungen und Richtlinien über die Einholung und Beurteilung von Vergleichsangeboten vor einer Direktvergabe in den AVB sei allgemein gehalten. Die AVB hätten einen breiten Anwendungsbereich. Diese Erwähnung habe ihn nicht gestört. In den AVBs laute es zudem "vor einer Direktvergabe". Aus dem Einladungsschreiben zur Angebotsabgabe folge, dass man sich nicht mehr im Stadium vor Direktvergabe, sondern schon in der Direktvergabe befunden habe.

Die internen Regelungen selbst habe er nicht gekannt, sie seien hier angesprochen, jedoch nicht übermittelt worden.

Er habe beim Auftraggeber zu dieser Passage nicht nachgefragt. Dieser Regelungsbereich sei hier nicht zur Anwendung gekommen. Von ihm sei ein bindendes Angebot im Sinne des Pkt. 4 der AVB verlangt worden.

Er sei der Meinung gewesen, als einziges Unternehmen zur Angebotslegung aufgefordert worden zu sein.

An ähnlichen Projekten mit EU-Förderung habe der Antragsteller bislang nicht teilgenommen.

- Auftraggeber (D***):

Die Einholung von Vergleichsangeboten sei zunächst aufgrund der rechtlichen Vorgaben erforderlich gewesen: Aus den "Audit Guidelines", die explizit 3 Offers anführen würden, einerseits und aufgrund der internen Richtlinien der AKOÖ andererseits, die dies bei Projekten bis zu einem Auftragswert von Euro 40.000,-- vorschreiben würden.

Es gebe zu den gegenständlichen Leistungen zwar einen Markt. Es würden jedoch grundsätzlich mehrere Unternehmer zur Abgabe von Vergleichsangeboten aufgefordert werden, da im Vorhinein ungewiss sei, von welchen Unternehmern tatsächlich Angebote gelegt würden (insbesondere auch im Hinblick auf die Kapazitäten der aufgeforderten Unternehmer) und wie diese Angebote aussehen würden. Auch bei der konkreten Vergabe hätten in einer zweiten Stufe weitere Unternehmer zur Angebotslegung aufgefordert werden müssen, da von den zunächst eingeladenen 4 Unternehmern (Anm.: 5 Unternehmer) nur 2 Unternehmer Angebote gelegt hätten. Die Einholung von Vergleichsangeboten erweise sich auch deshalb erforderlich und werde deshalb gehandhabt, da die AKOÖ grundsätzlich keine Preisverhandlungen durchführen würde. Die AKOÖ wolle Angebote mit angemessenen Preisen aufgrund des Wettbewerbes erhalten, über die nicht weiter verhandelt würde. Dies sei auch im vorliegenden Fall so gewesen.

- Auftraggebervertreter:

Diese Vorgangsweise diene auch der Verfahrensstabilität. Dadurch werde eine Preisstabilität gewährleistet. Dies verfolge auch den Zweck einer "Compliance-Regelung" zum Schutze der Mitarbeiter der AKOÖ, die nicht nachträglich unter Druck zur Führung von Preisverhandlungen geraten sollten.

- Auftraggeber (D***):

Es würden von der AKOÖ grundsätzlich keine Verhandlungen geführt werden und zwar weder hinsichtlich des Preises noch hinsichtlich des Leistungsinhaltes. Auch im vorliegenden Fall sei so vorgegangen worden. Die Beauftragung sei auf der Grundlage des der AKOÖ vom späteren Zuschlagsempfänger unterbreiteten Angebotes erfolgt. Nachdem für die Unternehmer bindende Angebote eingeholt worden seien, sei der Vertragsabschluss durch Übermittlung der unterfertigten Auftragsbestätigung an den Zuschlagsempfänger auf der Grundlage seines Angebotes zustande gekommen. Es gebe kein "eigenes" Vertragswerk mehr, durch das der Vertrag "ausgearbeitet" worden wäre. Der Vertrag sei durch Annahme des Angebotes des Zuschlagsempfängers via Auftragsbestätigungsschreiben zustande gekommen.

- Zum geschätzten Auftragswert (branchenüblicher Satz und zu erwartender Zeitaufwand für die Leistungserbringung):

- Auftraggeber (D***):

Die abwickelnde Stelle (das Projektbüro der AKOÖ), sei in die Organisation der AKOÖ eingegliedert und sei Teil der wirtschaftspolitischen Abteilung. Die abwickelnde Stelle beschäftige sich seit mehreren Jahren mit mehreren Projekten ähnlicher Natur. Diese Art der Begleitung sei üblich und schon öfter in Anspruch genommen worden. Im Haus habe daher ein Erfahrungsschatz hinsichtlich Üblichkeit der Sätze und des zu erwartenden Zeitaufwandes bestanden, auf den zurückgegriffen worden sei.

- Antragsteller (E***):

Hinsichtlich des Zustandekommens der vom Auftraggeber veranschlagten Auftragswerthöhe werde auf sein Schriftsatzvorbringen verwiesen, worin dargelegt worden sei, von welchen Ansätzen der Antragsteller bei seiner Berechnung ausgegangen sei.

Der vom Auftraggeber angenommene Satz in Höhe von Euro XXX pro Personentag bewege sich im üblichen Rahmen.

- Zu den Anfragen der Unternehmer zum LV:

- Auftraggeber (D***):

Die Anfragen seien telefonisch gestellt und von einer Kollegin, (F***), telefonisch beantwortet worden.

Laut F*** hätten alle anfragenden Unternehmer nichts Kalkulationsrelevantes, sondern zu ohnehin bereits im LV geregelten Themen angefragt. Es seien Fragen zur Art, Anzahl und Dauer der Workshops gestellt worden, also zu Themen, die aus Sicht der AKOÖ ohnehin im LV geregelt seien.

Im Rahmen dieser Fragen sei von den Unternehmern etwa nicht gefragt worden, ob es erforderlich sei, die Workshops durch mehr als eine Person zu betreuen. Dass

dies nicht gefragt worden sei, ergebe sich schon daraus, dass in diesem Fall die AKOÖ diese Anfrage angesichts ihres beschränkten Budgets mit "keinesfalls" beantwortet hätte bzw. beantworten hätten müssen.

-Antragsteller (E***):

Er habe bei der AKOÖ (F***) im Hinblick auf eine Direktvergabe telefonisch angefragt. Bestätigen könne er, dass er nicht gefragt habe, wie viele Personen den Workshop betreuen bzw. durchführen sollten. Der Inhalt des geführten Gespräches sei kalkulationsrelevant gewesen, da letztlich mehr angeboten worden sei als im LV aufgeschienen sei. Hiezu verweise er auf sein Schriftsatzvorbringen. Diese "Mehrleistungen" seien als eine Abweichung vom LV im Begleitschreiben zum Angebot dokumentiert worden.

- Antragsteller (G***):

Grund des Anrufes bei der AKOÖ sei gewesen, dass aufgrund des LV zwar die Anzahl der Workshops klar gewesen sei, nicht jedoch, ob es sich um Ganztages- oder Halbtagesworkshops handeln würde bzw. wie viele Personen diese Workshops betreuen sollten bzw. wie viele Teilnehmer es geben würde.

- Auftraggebervertreter:

Die Anzahl der Teilnehmer am Workshop sei nicht kalkulationsrelevant. Es ergebe sich aus dem Leistungstext, dass es sich um Tagesworkshops handle, da andernfalls die Leistungen nicht ausschreibungskonform erfüllbar seien. Dies ergebe sich aus Pkt. 1 und 2 des LV. Dass eine Strategieentwicklung jedenfalls nicht in 1 bis 2 Stunden abgeschlossen werden könne, sei als bekannt vorauszusetzen.

- Antragsteller (G***):

F*** habe die Auskunft gegeben, dass alle diese Workshops 3 bis 4 Stunden in Anspruch nehmen würden.

- Auftraggeber (D***):

Dies sei zutreffend. Auch vom Zuschlagsempfänger sei die Frage nach der Dauer der Workshops gestellt worden. Auch dem Zuschlagsempfänger sei dieselbe

Auskunft (Dauer 3-4 Stunden) erteilt worden. Die sei letztlich nicht preisrelevant gewesen.

- Antragsteller (E***):

Für den Antragsteller sei dies sehr wohl kalkulationsrelevant gewesen. Aufgrund des großen Teilnehmerkreises und des engen Zeithorizontes habe er entschieden, dass er dies nur unter Einsatz von 2 Personen qualitätsmäßig abwickeln könne.

- Antragsteller (G***):

Es sei branchenüblich, dass ab einer gewissen Teilnehmerzahl 2 Personen tätig würden. Entsprechende Überlegungen würden ab einem Teilnehmerkreis von 10-15 Personen angestellt werden.

- Auftraggeber (D***):

Der Auftraggeber führe seit mehreren Jahren derartige Projekte durch und habe stets mit einem Workshopleiter, d.h. mit einer Person das Auslangen gefunden. Es seien schon verschiedenste Zuschlagsempfänger zum Zug gekommen, bei denen dies stets so gewesen sei.

- Auftraggebervertreter:

Die im LV vorgegebenen 6 Strategieworkshops (Pkt. 1) bzw. die in Pkt. 2 des LV vorgegebenen 3 Workshops seien laut Begleitschreiben des Antragstellers zu seinem Angebot von 6 auf 8 Termine bzw. von 3 auf 5 Termine ausgeweitet worden. In diesem Zusammenhang werde darauf verwiesen, dass der Unternehmer in seinem Angebot an die Vorgaben des LV gebunden sei und dies mit Unterfertigung des Angebotsschreibens auch anerkannt habe.

- Antragsteller (E***):

Mit dem Begleitschreiben sei nicht die Zahl der Workshops als solche, sondern die Vorbereitung und Nachbereitung der Workshops ausgeweitet worden. Dies sei in Absprache mit F*** aufgrund des Telefonates erfolgt.

- Auftraggebervertreter:

Eine Vor- und Nachbereitung, wie im Begleitschreiben ausgeführt "Vorort" (in Linz), sei nicht nachvollziehbar und wäre von der Vertreterin der AKOÖ daher niemals angefragt worden.

Der Auftraggeber stellte für den Fall, dass einem der Feststellungsanträge stattgegeben werden sollte, den Gegenantrag gemäß § 331 Abs. 1 vorletzter Satz BVergG, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Die Antragstellerin wäre nicht in den engeren Auswahlkreis hinsichtlich der Auftragsvergabe gekommen (EB 2006 zu § 331 Abs. 1 BVergG), da sie das teuerste Angebot gelegt hätte.

Mit **Schriftsatz vom 22.6.2011** legte der **Auftraggeber** aufforderungsgemäß seine intern verbindlichen "Richtlinien für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsverträgen" vor.

Pkt 2 der Vergaberichtlinien der AKOÖ sieht vor, dass innerhalb der gesetzlich zulässigen Auftragswertgrenzen für eine Direktvergabe ausschließlich das Direktvergabeverfahren anzuwenden ist. Hinsichtlich der Einholung von Angeboten normiert Pkt 4, dass bis 1.500 Euro formlos und ohne Einholung von Angeboten direkt an einen geeigneten Anbieter vergeben werden kann. Zwischen 1.500 und 40.000 Euro sind mindestens drei gültige Angebote einzuholen, wobei keine bestimmte Form notwendig ist, das Angebotsdeckblatt-Muster der AKOÖ allerdings verwendet und unterzeichnet werden muss.

2. Rechtliche Beurteilung:

A. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG.

Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 15.400,- exkl. USt. (exkl. Reisekosten) angegeben und entsprechend dokumentiert (siehe Preisspiegel).

Die Auftragswertermittlung erfolgte unter Rückgriff auf die beim Auftraggeber im Hinblick auf die Durchführung entsprechender Projekte in der Vergangenheit bereits vorhandene Erfahrung, unter Zugrundelegung des für die Vergütung derartiger Leistungen bestehenden branchenüblichen Satzes von Euro XXX- pro Personentag (vgl. mündliche Verhandlung).

Es handelt sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag gemäß § 6, Anhang III, Kategorie 11 BVergG im Unterschwellenbereich (vgl. § 12 Abs. 1 Z 2 iVm § 12 Abs. 3 BVergG), der im Wege einer Direktvergabe gemäß § 41 BVergG vergeben wurde.

B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

a) Zu Spruchpunkt I:

- Zur Unzulässigkeit der Nachprüfungsanträge:

- Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung:

Gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Der Nachprüfungsantrag geht schon deshalb ins Leere, da der Zuschlag bereits erteilt wurde (vgl. hierzu bereits unter 1. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt).

Gemäß § 328 Abs. 5 2. Satz BVergG kommt Anträgen auf einstweilige Verfügung, die die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehren, ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages bis zur Entscheidung über den Antrag

aufschiebende Wirkung zu. Der Auftraggeber darf bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen oder die Rahmenvereinbarung nicht abschließen (Z1).

Die aufschiebende Wirkung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die sich aus einem Zuwiderhandeln gegen das Zuschlagsverbot ergebende Rechtsfolge der Nichtigkeit eines erteilten Zuschlages treten erst mit Zugang der Verständigung des Auftraggebers vom Einlangen des Antrages ein. Im vorliegenden Fall war der Zuschlag im Zeitpunkt der Verständigung des Auftraggebers vom Einlangen des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch das Bundesvergabeamt bereits erteilt worden. Der "Verständigung" des Auftraggebers durch den UVS OÖ - eine Landesbehörde - nach den Bestimmungen des OÖ VergRSG, kommt die Rechtswirkung des § 328 Abs. 5 2. Satz Z 1 BVergG nicht zu. Das OÖ VergRSG findet auf dem BVergG (dem Vollziehungsbereich des Bundes) unterliegende Auftragsvergaben keine Anwendung. Ebenso kommt der "Verständigung" durch den UVS OÖ als Landesbehörde keine aufschiebende Wirkung nach dem BVergG zu. Im Übrigen ist auf § 6 AVG zu verweisen, wonach Anträge, zu deren Behandlung eine Behörde nicht zuständig ist, "ohne unnötigen Aufschub auf Gefahr des Einschreiters an die zuständige Stelle weiterzuleiten sind."

Der Auftraggeber hat sich zur gegenständlichen Auftragsvergabe der Verfahrensform der Direktvergabe bedient. Die am 5.4.2011 vorgenommene Auftragserteilung erfolgte - wie nachstehend ausgeführt wird - rechtmäßiger Weise. Der Zuschlag kam rechtswirksam zustande.

Nach der Legaldefinition des § 25 Abs. 10 BVergG wird bei der Direktvergabe eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.

Gemäß § 41 Abs. 2 BVergG ist eine Direktvergabe zulässig wenn 1. der geschätzte Auftragswert Euro 40.000,- nicht erreicht, oder 2. es sich um ein aus Gemeinschaftsmitteln kofinanziertes Projekt handelt, dessen geschätzter Auftragswert die Schwellenwerte gemäß § 12 Abs. 1 nicht erreicht, und a) eine Einladung zur Vorlage von Projekten oder Projektideen im Wege einer öffentlichen

Interessentensuche erfolgte oder b) transnationale Lenkungsorgane eingerichtet wurden bzw. mehrere Mitgliedstaaten an der Verwirklichung des Projektes beteiligt sind, oder c) diese Projekte von der Kommission nach Durchführung eines Auswahlverfahrens akzeptiert wurden.

Gemäß § 1 Z 1 und § 2 der Schwellenwertverordnung 2009, BGBl I Nr. 125/2009 idF der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2010, beträgt der zulässige Höchstwert einer Direktvergabe anstelle der in § 41 Abs. 2 Z 1 genannten Euro 40.000,-- bis zum 31. Dezember 2011 Euro 100.000,--.

Obgleich die Tatbestände des § 41 Abs. 2 Z 1 und Z 2 BVergG nur alternativ vorzuliegen brauchen, sind im vorliegenden Fall beide Tatbestände erfüllt. Der geschätzte Auftragswert beträgt nach Angabe des Auftraggebers Euro 15.400,-- (exkl. USt.) und liegt demnach unter Euro 100.000,-- (Z 1). Dies spiegelt sich auch in den Angebotspreisen der Unternehmer wieder, die ausnahmslos bei Weitem unter der Schwelle von Euro 100.000,-- liegen. Darüber hinaus handelt es sich beim gegenständlichen Projekt um ein aus Gemeinschaftsmitteln kofinanziertes Projekt im Unterschwellenbereich, sodass auch der Tatbestand des § 41 Abs. 2 Z 2 BVergG zum Tragen kommt (siehe hierzu unter 1. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt).

Wesentlich für eine Direktvergabe ist das Fehlen einer Pflicht zum Wettbewerb. Der Auftraggeber kann ohne vorherige Bekanntmachung oder Einholung von Vergleichsangeboten einen bestimmten ihm bekannten Unternehmer mit der Leistungserbringung beauftragen (vgl. *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, § 41 Rz 4).

Der Unterschied zwischen einer Direktvergabe und einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist darin zu sehen, dass beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, als einem typisierten Vergabeverfahren, vom Auftraggeber zwingend verbindliche Angebote im Rahmen eines formalisierten Verfahrens einzuholen sind, vgl. [*Heid*] in *Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht*³ (2010) [339]. Bei der Direktvergabe als einer formfreien Vergabe hingegen, kann der Auftraggeber in jedem Fall die Leistungen aufgrund

eines Einzelangebotes nur eines Unternehmers beziehen, [*Heid*] in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) [337].

Dies schließt jedoch nicht aus, dass der Auftraggeber - ohne dass er freilich hiezu verpflichtet wäre - auch bei der Direktvergabe mehrere (Vergleichs)Angebote einholt, bevor er die Leistung von einem ausgewählten Unternehmer iSd § 25 Abs. 10 BVergG bezieht. Der Umstand, dass der Auftraggeber bei der Verfahrensform der Direktvergabe zur Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens nicht verhalten ist, bedeutet nicht, dass eine Direktvergabe keine wettbewerblichen Züge tragen dürfte und der Auftraggeber keinen Wettbewerb durchführen dürfte. Aus dem (bloßen) Fehlen einer Pflicht zur Durchführung eines Wettbewerbes ist kein Verbot der Durchführung eines Wettbewerbes abzuleiten.

In diesem Sinne ist die im Gesetz ausdrücklich genannte Einholung unverbindlicher Preisauskünfte als Ausformung des auch beim Verfahrenstypus der Direktvergabe grundsätzlich zulässigen Wettbewerbes zu verstehen. (Vgl. § 41 Abs. 3 BVergG: Die bei der Durchführung einer Direktvergabe gegebenenfalls eingeholten unverbindlichen Preisauskünfte sind entsprechend zu dokumentieren). Eine Beseitigung der schon bisher bestehenden Möglichkeit, neben der Einholung unverbindlicher Preisauskünfte auch (verbindliche) Vergleichsangebote einzuholen, ist angesichts der schon durch das BVergG 2002 außer Streit gestellten Zulässigkeit der Einholung von Vergleichsangeboten (vgl. § 27 Abs. 2 BVergG 2002) mit dieser Festschreibung im Gesetz nicht verbunden. Dementsprechend findet sich auch in den Gesetzesmaterialien zur BVergG-Novelle 2006 kein Anhaltspunkt, dass hiermit eine Einschränkung der im Rahmen der Direktvergabe zulässigen Möglichkeiten einhergehen würde.

Die Regelung des § 41 Abs. 3 BVergG verdeutlicht bloß, dass der Auftraggeber selbst auf einer des für den Unternehmer bindenden Angebotes vorgelagerten Ebene eine Wettbewerbskomponente einziehen kann. Demgemäß ist ein Auftraggeber - selbst wenn er sich für einen Wettbewerb entscheidet - nicht zur Einholung verbindlicher Angebote iSd § 2 Z 3 BVergG verpflichtet, sondern kann sich mit der Einholung unverbindlicher Preisauskünfte begnügen, hinter denen (noch) kein zivilrechtlicher Bindungswille des Angebotserstellers steht. Dies soll dem

Auftraggeber die Durchführung eines Wettbewerbs bei Direktvergaben erleichtern, da es - insbesondere bei kurzfristigen Anfragen - einfacher ist, von Unternehmen unverbindliche Preisauskünfte im Gegensatz zu verbindlichen Angeboten zu erhalten; vgl. [Heid] in Heid/Preslmayr Handbuch Vergaberecht³ (2010) [337].

Wäre ein Wettbewerb tatsächlich nur auf der Stufe unverbindlicher Preisauskünfte zulässig, wäre die Normierung der Anwendbarkeit der Grundsätze des fairen und lauterer Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung aller Bieter (§ 19 Abs. 1 BVergG) in § 41 Abs. 1 BVergG entbehrlich.

Die gegenteilige Auffassung, die einem Auftraggeber die Einbeziehung mehrerer Unternehmer in eine Direktvergabe durch Einholung mehrerer Angebote verwehren möchte, würde der mit dem Verfahrenstypus der Direktvergabe bezweckten Vereinfachung des Verfahrensablaufes zuwiderlaufen. Die Möglichkeiten des Auftraggebers, einen passenden Unternehmer für den Leistungsbezug ausfindig zu machen (arg. "ausgewählten Unternehmer"), wären empfindlich eingeschränkt. Die Erreichung der Zielsetzung der Direktvergabe, innerhalb bestimmter Wertgrenzen Aufträge ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens zu vergeben, da dieses angesichts des relativ geringfügigen Auftragswertes nicht vertretbare Beschaffungskosten verursachen würde (vgl. die Gesetzesmaterialien zu § 27 zum BVergG 2002), wäre damit in Frage gestellt.

Die fehlende Verpflichtung zur Einholung mehrerer Angebote schließt also die Zulässigkeit zur Einholung mehrerer Angebote nicht aus. In diese Richtung weist schon die Wortwahl "ausgewählter Unternehmer" in der oben wiedergegebenen Legaldefinition des Begriffes der Direktvergabe: Der Prozess, der zum letztlich ausgewählten Unternehmer iSd § 25 Abs. 10 führt, kann durchaus ein Auswahlverfahren in Form eines vom Auftraggeber als zweckmäßig erachteten Wettbewerbes erforderlich machen.

Formfreiheit iSd § 25 Abs. 10 BVergG impliziert, dass sich der Auftraggeber einzelner, formalisierter Verfahrenstypen zuzurechnender Elemente, etwa der Aufforderung zur Legung von Angeboten, bedienen kann, ohne gleichzeitig damit den für diese Vergabeverfahren geltenden (Form)vorschriften unterworfen zu sein.

(Vgl. in diesem Sinn auch das Einladungsschreiben zur Angebotslegung, wonach das Angebotsdeckblatt zu verwenden und zu unterfertigen ist, da es Erklärungen enthält, die vom Auftraggeber im Einklang mit dem Bundesvergabegesetz auch bei Direktvergaben gefordert werden).

Die für die Direktvergabe charakteristische Formfreiheit äußert sich im vorliegenden Fall ua darin, dass der Auftraggeber - wie er in der mündlichen Verhandlung glaubhaft darlegte und auch mit seinen internen Vergaberichtlinien übereinstimmt - grundsätzlich keine für ein Verhandlungsverfahren typischen Verhandlungen führt, und zwar weder über den Preis noch über den Leistungsinhalt, sondern den Zuschlag unmittelbar auf eines der eingeholten (bindenden) Angebote erteilt. Diese Vorgangsweise dient der Verfahrens- und Preisstabilität und bezweckt zu verhindern, dass die Mitarbeiter des Auftraggebers nachträglich unter Druck zur Führung von Preisverhandlungen geraten. Es werden somit grundsätzlich mehrere Unternehmer zur Angebotslegung eingeladen. Selbst wenn es für die zu beschaffenden Leistungen einen Markt gibt, ist es insbesondere im Hinblick auf die Kapazitätsauslastungen der eingeladenen Unternehmer nämlich im Vorhinein ungewiss, wie viele Unternehmer tatsächlich Angebote legen und wie die gelegten Angebote beschaffen sein werden (vgl. D*** und Auftraggebervertreter mündliche Verhandlung). Dass dies zutreffend ist, zeigt sich schon daran, dass auch im konkreten Fall von insgesamt neun zur Angebotslegung aufgeforderten Unternehmern nur vier Unternehmer Angebote abgegeben haben.

Die Einholung mehrerer Angebote durch einen Auftraggeber wird sich häufig schon aus dem Grund als notwendig erweisen, da andernfalls die Auswahl eines bestimmten Unternehmers, von dem die Leistung formfrei bezogen werden könnte, gar nicht getroffen werden könnte.

Vor allem der für ein bestimmtes Vergabevorhaben zur Verfügung stehende begrenzte Budgetrahmen kann es unabdingbar machen, zunächst Vergleichsangebote einzuholen, um sich einen ersten Überblick zu verschaffen. Dies trifft etwa auf eine Auftragsvergabe zu, für die der Auftraggeber von vornherein umfangmäßig klar begrenzte Fördermittel zur Verfügung gestellt erhält, die es nicht zu überschreiten gilt. Ohne Einholung von Vergleichsangeboten wäre es einem

Auftraggeber vielfach gar nicht möglich, festzustellen, ob das Marktangebot überhaupt mit seinen ihm für ein konkretes Projekt zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln in Einklang gebracht werden kann.

Abgesehen davon ist ein öffentlicher Auftraggeber bei seiner Vorgangsweise an die haushaltsrechtlichen Grundsätze und das sich daraus ergebende Gebot der Optimierung seines Budgetmitteleinsatzes im Sinne einer möglichst kostensparenden Verwendung gebunden.

Hinzu kommt, dass der Auftraggeber im konkreten Fall sowohl aufgrund seiner eigenen internen Richtlinien wie auch aufgrund der maßgeblichen EU-Förderbedingungen jedenfalls zur Einholung mindestens dreier Angebote verpflichtet war.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit nn BVergG stellt bei der Direktvergabe ausschließlich die Wahl des Vergabeverfahrens eine iSd § 320 Abs. 1 BVergG gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Die Auswahl des bzw. der Unternehmer für die Einladung zur Angebotslegung und die Auswahl des Angebotes für den Zuschlag sind jedoch von der Vergabekontrollbehörde nicht nachprüfbar (vgl. *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 41 Rz 7).

Die bei der Direktvergabe einzig gesondert bekämpfbare Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens muss binnen 7 Tagen ab Kenntnis oder Kenntnismöglichkeit bekämpft werden (§ 321 Abs. 3 iVm § 322 Abs. 2 Z 2 BVergG).

Mit seiner Einladung zur Angebotslegung vom 9.3.2011 wurde dem Antragsteller das Angebotsdeckblatt samt Angebotsbestimmungen, das Leistungsverzeichnis und die allgemeinen Vertragsbedingungen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge mit der AKOÖ (iF AVB), übermittelt.

Auf dem Angebotsdeckblatt ist als Verfahrensart "Direktvergabe gemäß § 41 BVergG 2006" angegeben.

Der Text des Pkt. B (Angebote), 2. (Aufforderungen zur Abgabe von Angeboten), der AVB lautet:

a) Jegliche Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch die AKOÖ erfolgt im Rahmen einer Direktvergabe gem. § 41 BVergG, sofern nicht in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich ein anderes Verfahren nach dem BVergG bezeichnet ist. Jegliche Aufforderung zur Abgabe von Angeboten stellt daher eine freiwillige und formfreie Vorbereitungshandlung für eine Direktvergabe dar, die keinerlei Ansprüche gegen die AKOÖ oder Selbstverpflichtungen der AKOÖ auf die Einhaltung bestimmter Verfahrensweisen im weiteren Vorgehen begründet, falls eine solche Aufforderung nicht ausdrücklich auf ein anderes Vergabeverfahren nach dem BVergG Bezug nimmt. Interne Vorschriften, Dienstanweisungen und Richtlinien über die Einholung und Beurteilung von Vergleichsangeboten vor einer Direktvergabe sind im Außenverhältnis unwirksam und begründen keinerlei Anspruch gegen die AKOÖ.

Mit der Einladung zur Angebotsabgabe vom 9.3.2011 hatte der Antragsteller sohin Kenntnis davon, dass der gegenständliche Auftrag als Direktvergabe vergeben werden soll (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 25 Rz 10, wonach sich bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Wahl der Verfahrensart aus den Angaben des Auftraggebers in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder aus sonstigen Festlegungen ergibt).

Mit der Übermittlung der Angebotsunterlagen hatte der Antragsteller jedoch nicht nur Kenntnis von der Wahl der Direktvergabe als konkret anzuwendende Verfahrensart, sondern erhielt gleichzeitig damit Informationen betreffend den Ablauf dieser Direktvergabe. Insbesondere wurde der Antragsteller durch die einen Bestandteil der Angebotsunterlagen bildenden AVB darüber informiert, dass jegliche Aufforderung zur Abgabe von Angeboten (Anmerkung: Im Plural) eine freiwillige und formfreie Vorbereitungshandlung für eine Direktvergabe darstellt, die grundsätzlich keinerlei Ansprüche auf die Einhaltung bestimmter Verfahrensweisen im weiteren Vorgehen begründet. Weiters darüber, dass interne Regelungen über die Einholung und Beurteilung von Vergleichsangeboten vor einer Direktvergabe im Außenverhältnis unwirksam sind und keinerlei Anspruch gegen die AKOÖ begründen.

In seinen AVB macht der Auftraggeber darauf aufmerksam, dass - wie dies für eine Direktvergabe charakteristisch ist - kein Anspruch auf Einhaltung einer bestimmten Vorgangsweise iSd Vergabegesetze besteht (vgl. etwa UVS Tirol 20.8.2003, 2003/21/117-3). Aber nicht nur das:

Aufgrund der näheren Angaben im Zusammenhang mit der getroffenen Verfahrenswahl musste einem durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt (vgl. etwa VwGH 14.9.2005, 2005/04/0173) darüber hinaus erkennbar sein, dass die Auswahl des Leistungsempfängers durchaus unter und nach Einholung und Beurteilung der Angebote mehrerer Unternehmer (Vergleichsangebote) zustande kommen würde. Der Verweis des Auftraggebers auf die einschlägige Passage in seinen AVB betreffend interne Vorschriften, Richtlinien etc. über die Einholung und Beurteilung von Vergleichsangeboten vor einer Direktvergabe legt eine solche Vorgangsweise sogar nahe. In diese Richtung weist auch die Verwendung des Plurals in der Überschrift des Pkt. 2 B der AVB (Aufforderungen zur Abgabe von Angeboten), vgl. auch Pkt. C (Vertrag), Pkt.7 4 "die Aufforderung zur Abgabe von Angeboten").

Die Erwähnung interner Vorschriften, Dienstanweisungen und Richtlinien über die Einholung und Beurteilung von Vergleichsangeboten vor einer Direktvergabe in den AVB des Auftraggebers, mag, wie der Auftraggeber argumentiert, zwar allgemein gehalten sein. Dessen ungeachtet deutet dies jedenfalls darauf hin, dass solche internen bindenden Regelungen existieren könnten und infolgedessen vom Auftraggeber bei seiner Vorgangsweise einzuhalten sind. Dass dem Antragsteller die Selbstbindungsvorschriften des Auftraggebers nicht im Detail bekannt geworden bzw. nicht übermittelt worden sind, ist dabei ohne Belang.

Die Auffassung des Antragstellers, dass die angesprochene Regelung der AVB betreffend die Einholung und Beurteilung von Vergleichsangeboten gegenständlich keinen Anwendungsbereich hätte, ist verfehlt: Stellt doch der Auftraggeber seinen Ausführungen des Pkt 2 lit a der AVB unter der Überschrift des Pkt 2 ("Aufforderungen zur Abgabe von Angeboten") einleitend voran, dass jegliche Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch die AKOÖ im Rahmen einer Direktvergabe gem. § 41 BVerG erfolgt, sofern nicht in den

Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich ein anderes Verfahren nach dem BVergG bezeichnet ist.

Im 2. Satz der Pkt. 2 lit a der AVB wird sodann jegliche Aufforderung zur Abgabe von Angeboten als freiwillige und formfreie Vorbereitungshandlung für eine Direktvergabe bezeichnet, die keinerlei Ansprüche gegen die AKOÖ auf die Einhaltung bestimmter Verfahrensweisen im weiteren Vorgehen begründet, falls eine solche Aufforderung nicht ausdrücklich auf ein anderes Vergabeverfahren nach dem BVergG Bezug nimmt.

Gemäß Pkt. A (Geltungsbereich), Pkt. 1 1. Halbsatz der AVB finden die AVB auf alle Liefer- und Dienstleistungsverträge Anwendung, die die AKOÖ als Auftraggeberin mit ihren Vertragspartnern abschließt.

Ein redlicher verständiger Erklärungsempfänger unter Anwendung durchschnittlicher Sorgfalt (vgl. etwa VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078) durfte daher nicht ausschließen, dass die Vergabe unter Beteiligung mehrerer, zueinander im Konkurrenzverhältnis stehender Unternehmer durchgeführt wird.

Der Antragsteller konnte daher entgegen seiner Behauptung keineswegs davon ausgehen, dass er der einzige Unternehmer sein würde, der vom Auftraggeber zum Zwecke eines allfälligen darauffolgenden Vertragsabschlusses zur Angebotsabgabe aufgefordert würde.

Dass sich aber an die Einholung von Vergleichsangeboten notwendigerweise ein Auswahlprozess anschließt, der im Bezug der Leistung von einem ausgewählten Unternehmer gemäß § 25 Abs. 10 BVergG mündet, liegt auf der Hand. Andernfalls wäre die Einholung von Vergleichsangeboten sinnlos, da diese gerade den Zweck verfolgt, das den Bedürfnissen des Auftraggebers am Besten entsprechende Angebot herauszufinden.

Ein Unternehmer musste daher mit der Möglichkeit rechnen, dass er sich im Falle der Legung eines Angebotes in Konkurrenz mit anderen Interessenten befinden würde. Über diesen Umstand hat der Auftraggeber die potentiellen Anbieter

keineswegs im Unklaren gelassen. Mit seinen Festlegungen zur Aufforderung zur Abgabe von (Vergleichs) angeboten hat dies der Auftraggeber den Unternehmern in seinen - bestandsfest gewordenen - AVB vielmehr von vornherein offengelegt und ihnen damit die Abwägung ermöglicht, unter den zur Anwendung gelangenden Bedingungen - einschließlich der Nichterstattung allfälliger Kosten für eine Angebotslegung - ein Angebot zu legen oder hievon abzusehen. In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass immerhin drei von fünf der in der ersten "Tranche" zur Angebotslegung eingeladenen Unternehmer auf eine Angebotslegung verzichtet haben.

In der Einladung zur Angebotsabgabe hatte der Auftraggeber zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die beiliegenden AVB gelten würden.

Im Übrigen hat der Antragsteller mit seinem Angebot die AVB der AKOÖ anerkannt vgl. Pkt. 1 des Angebotsschreibens: "Ich (wir) anerkenne(n), dass meinem (unserem) Angebot insbesondere folgende Bestimmungen zugrunde liegen: lit d die Allgemeinen Vertragsbedingungen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der AK Oberösterreich (AVB)".

Nicht nachvollziehbar ist schließlich die Ansicht des Antragstellers, aus der Wortwahl "vor der Direktvergabe" im letzten Satz des Pkt. 2 lit. a der AVB ableiten zu können, dass man sich mit der Einholung von Vergleichsangeboten nicht mehr im Stadium vor der Direktvergabe, sondern bereits in der Direktvergabe befinde, sodass diese Regelung nicht anwendbar sein sollte. In Wahrheit dürfte dem Antragsteller vielmehr wohl bewusst gewesen sein, dass er nur einer unter mehreren zur Angebotslegung aufgeforderten Unternehmern ist, zumal er beim Auftraggeber zu dieser Passage der AVB nicht nachgefragt hat und "diese ihn nicht gestört hat".

Das Vorbringen des Antragstellers, dass ihm im Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe (9.3.2011) nicht bekannt gewesen sein will, dass mehrere Unternehmer zur Angebotslegung aufgefordert worden seien und ihm dies bis zum Zeitpunkt der Mitteilung der Nichtberücksichtigung seines Angebotes am 29.3.2011 unbekannt geblieben sein will, erweist sich daher als Schutzbehauptung.

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern 1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet und 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit nn BVergG stellt bei der Direktvergabe allein die Wahl des Vergabeverfahrens eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar.

Gemäß § 321 Abs. 1 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen 10 Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

Gemäß § 321 Abs. 3 BVergG beträgt bei der Durchführung einer Direktvergabe die Frist 7 Tage ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

Die dem Antragsteller mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe am 9.3.2011 bekannt gegebene Wahl der Direktvergabe wäre innerhalb der 7- tägigen Frist des § 321 Abs. 3 leg.cit anzufechten gewesen. Dies hat der Antragsteller verabsäumt, sodass die am 9.3.2011 bekannt gegebene Wahl der Direktvergabe einschließlich der damit laut AVB des Auftraggebers möglicherweise einhergehenden Einholung von Vergleichsangeboten bestandsfest geworden sind (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234).

Die dem Antragsteller mit der Einladung zur Angebotsabgabe übermittelten, mangels fristgerechter Bekämpfung bestandsfest gewordenen Bedingungen waren sohin der weiteren Vorgangsweise des Auftraggebers zugrunde zu legen.

An dieser Stelle sei angemerkt, dass ein Wechsel der einmal vorgenommenen Verfahrenswahl während des Verfahrens, konkret etwa von einer Direktvergabe zu

einem Verhandlungsverfahren, zudem unzulässig wäre (vgl. RV 1171 Blg NR 22. GP 14, unter Verweis auf EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse).

Die vom Auftraggeber in weiterer Folge gesetzten Verfahrensschritte stehen im Einklang mit seinen bestandsfest gewordenen Festlegungen betreffend die Durchführung der Direktvergabe in seinen AVB. Der Auftraggeber hat - ua in Bindung an seine internen Vorschriften, wonach er mindestens drei Vergleichsangebote einzuholen hat - vier Angebote eingeholt.

Schließlich hat sich auch das Vorbringen des Antragstellers, dass aufgrund eines Telefonates mit dem Auftraggeber die im Begleitschreiben zu seinem Angebot dokumentierten "Mehrleistungen" gegenüber dem Leistungsverzeichnis anzubieten gewesen wären, als nicht stichhaltig erwiesen. In der Phase vor der Angebotslegung wurden von mehreren Unternehmen Anfragen an den Auftraggeber zum Leistungsverzeichnis (zu Zahl, Art und Dauer der Workshops) gestellt. Anzeichen darauf, dass im Zuge der Fragebeantwortung einzelnen Interessenten unterschiedliche kalkulationsrelevante Auskünfte erteilt worden wären, sodass es in diesem Verfahrensstadium insofern zu einer Ungleichbehandlung der Unternehmer (§ 19 Abs. 1 BVergG) gekommen wäre, wie vom Antragsteller "auf Verdacht" vorgebracht wurde, sind nicht hervorgekommen. In der mündlichen Verhandlung hat sich bestätigt, dass der Antragsteller wie auch der Zuschlagsempfänger nach der Dauer der Workshops gefragt haben und beiden Unternehmen vom Auftraggeber dieselbe Auskunft (Dauer von 3-4 Stunden) erteilt wurde. Dass der Antragsteller weiters nach der Zahl der die Workshops betreuenden Personen gefragt hätte, was für seine Angebotskalkulation (Einsatz von zwei Betreuern) von Relevanz gewesen sein soll, hat er nicht einmal behauptet. Vgl. VH-Schrift Seite 7 unten: "Bestätigen könne er, dass er (E***) nicht gefragt habe, wie viele Personen den Workshop betreuen bzw. durchführen sollten". Weiters sind sowohl die Vor- und Nachbereitung der Workshops wie auch die Teilnahme an zwei regionalen Konferenzen in OÖ und an zwei internationalen Seminaren in Österreich bereits im Leistungsverzeichnis genannt. Dass im Übrigen andere Bieter keinen Zweifel an der Auslegung des im Leistungsverzeichnis festgeschriebenen Leistungsumfanges hatten, belegt etwa das Begleitschreiben zum Angebot eines anderen Bieters. Darin wird eine einzige Person als Workshopleiter namhaft gemacht und die "laut beiliegendem

Leistungsverzeichnis angebotenen Interventionen" sollen ua. auch die Vor- und Nachbereitung der Workshops und die Teilnahme an zwei regionalen Konferenzen in OÖ und an zwei internationalen Seminaren in Österreich umfassen. In seinem Schriftsatz vom 11.5.2011 macht der Antragsteller seinen Verdacht, dass den einzelnen Bietern vom Auftraggeber unterschiedliche Auskünfte erteilt worden sein könnten, daran fest, dass die Auskunftserteilung fernmündlich erfolgte. Letztlich dürfte die Behauptung des Antragstellers, dass eine Ungleichbehandlung der Bieter durch unterschiedliche kalkulationsrelevante Informationen des Auftraggebers nicht ausgeschlossen werden könne, darin begründet sein, dass er selbst das teuerste Angebot gelegt hat und daher für eine Auftragserteilung von vornherein nicht in Betracht gekommen ist.

Entsprechend seinen Festlegungen in den AVB erteilte der Auftraggeber nach Einholung und Beurteilung der Vergleichsangebote den Zuschlag formfrei an einen Unternehmer iSd § 25 Abs. 10 BVergG (vgl. die Materialien AB 1118 BlgNR. 21.GP 36 zum BVergG 2002, das die Direktvergabe als Verfahrenstypus einführte: "Bei der Direktvergabe (z.B. Kauf von Produkten bei Händlern) wird eine Leistung unmittelbar von einem Unternehmer bezogen und das Vergabeverhältnis erschöpft sich (in aller Regel) bereits in diesem Akt", vgl. auch RV 1171 BlgNR. 22.GP 51:

Gemäß § 41 Abs. 1 BVergG gelten für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe ausschließlich der erste Teil, die §§ 3 Abs. 1, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 19 Abs. 1, 25 Abs. 10, 42 Abs. 2, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften der Abs. 2 und 4.

Die Bestimmungen des § 131 BVergG betreffend die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und des § 132 BVergG betreffend die Stillhaltefrist und die Zuschlagserteilung sind somit auf Direktvergaben nicht anwendbar.

Es besteht daher weder eine Verpflichtung zur Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung mit den im Gesetz normierten Anforderungen nach § 131 BVergG noch eine Verpflichtung zur Einhaltung einer Stillhaltefrist vor Beauftragung des gemäß § 25 Abs. 10 BVergG ausgewählten Unternehmers. Im Hinblick darauf hatte der Auftraggeber den nicht berücksichtigten Bietern in der schriftlichen

Verständigung von der Nichtberücksichtigung ihrer Angebote weder mitzuteilen, dass das Angebot eines anderen Unternehmers zum Zug kommt noch um welchen Unternehmer es sich dabei handelt.

Gemäß dem sich aus den AVB für den Vertragsabschluss ergebenden Schriftlichkeitsgebot (vgl. Pkt. C 7, 1. Unterpunkt: "Die schriftliche Vereinbarung, durch die der Vertrag zustande gekommen ist, z.B. Auftragsschreiben") erfolgte die Beauftragung der B*** durch Übermittlung der unterfertigten Auftragsbestätigung per Telefax des Auftraggebers vom 5.4.2011. Der Vertrag kam auf der Grundlage des Angebotes der B*** vom 1.3.2011 mit dem Zugang der vom Auftraggeber unterfertigten Auftragsbestätigung bei der B*** zustande, ohne dass nach Angebotslegung für ein Verhandlungsverfahren charakteristische Verhandlungen geführt worden wären (D*** mündliche Verhandlung). Dass tatsächlich keine Verhandlungen geführt wurden, findet seine Bestätigung in den vorgelegten Unterlagen des Auftraggebers, insbesondere im Auftragsbestätigungsschreiben, in der plausiblen Begründung der Einholung mehrerer Angebote durch den Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung und in seinen internen Vergaberichtlinien. Diese Richtlinien haben den Charakter einer internen Dienstanweisung und sehen zur Auftragserteilung Folgendes vor: "Wenn wie verlangt, für den Bieter verbindliche Angebote eingelangt sind [...], reicht für den Zuschlag ein einfaches Schreiben, dass die AKOÖ das Angebot annimmt" (Pkt. 7). In Pkt. 6 wird verfügt: "Verhandlungen sollten sehr vorsichtig und unter strikter Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes geführt werden".

Die vergaberechtlichen Vorschriften für den Vertragsabschluss des § 134 Abs. 1 BVergG in Form eines Auftragsschreibens, Bestellscheines oder Schlussbriefes sind gemäß § 41 Abs. 1 BVergG auf Direktvergaben nicht anwendbar, sodass sich der Vertragsabschluss nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen richtet (etwa wie hier durch Zustandekommen des Vertragsabschlusses mit Zugang der Annahmeerklärung beim Angebotsersteller).

Unzutreffend ist die in diesem Zusammenhang geäußerte Auffassung des Antragstellers, wonach eine Auftragserteilung per Telefax keinen Vertragsabschluss in Schriftform darstellen sollte, da es einer Telefaxmitteilung an der

Unterschriftlichkeit fehlen würde. Dieses Vorbringen ist verfehlt, zumal weder die AVB eine Übermittlung der Auftragsbestätigung per Telefax ausschließen noch ein gesetzliches Schriftlichkeitsgebot für den Vertragsabschluss vorliegt, das allfällige Sonderregelungen vorsehen würde.

Der Zuschlag wurde daher am 5.4.2011 rechtswirksam erteilt, sodass der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen war.

Der Antragsteller hat es unterlassen, die Wahl der Direktvergabe als einzige im Verfahren der Direktvergabe gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 320 Abs. 1 BVergG fristgerecht zu bekämpfen, sodass Präklusion eingetreten ist. Am Ergebnis der Zurückweisung des Nachprüfungsantrages würde sich daher selbst in dem Fall nichts ändern, dass der Zuschlag noch nicht erteilt worden wäre bzw. der "Verständigung" des Auftraggebers vom Einlangen eines die Untersagung der Zuschlagserteilung begehrenden Antrages auf einstweilige Verfügung durch den UVS OÖ aufschiebende Wirkung zugekommen wäre, was, wie dargelegt, nicht zutrifft.

- Zum Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagserteilung:

Gemäß § 312 Abs. 1 iVm Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt grundsätzlich nur zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig (§ 312 Abs. 1 iVm § 312 Abs. 3 Z 1 bis Z 5 BVergG).

Da eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nichtigklärung von Auftraggeberentscheidungen im Nachprüfungsverfahren nur bis zum Zeitpunkt der

Zuschlagserteilung besteht, war auch der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung - abgesehen davon, dass die "Zuschlagserteilung" gemäß § 2 Z 16 lit a sublit nn BVergG keine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt - zurückzuweisen.

b) Zu Spruchpunkt II:

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.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG).

Da der Antragsteller, wie sich aus Spruchpunkt I ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt hat, war der Anspruch auf Gebührenersatz abzuweisen.

c) Zu Spruchpunkt III:

Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, ist gemäß § 331 Abs. 4 1. Satz BVergG das Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiter zu führen.

Für den Inhalt des Feststellungsantrages gemäß § 331 Abs. 4 BVergG gelten kraft expliziter Anordnung die Anforderungen des § 332 Abs. 1 BVergG (vgl. *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 331 Rz 42).

Ein Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs. 4 BVergG hat daher ua. ein Begehren iSd § 331 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BVerG zu enthalten. Dem hat der Antragsteller zwar entsprochen.

Gemäß § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung zuständig, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde (vgl. die entsprechende Regelung des § 331 Abs. 1 Z 1 BVergG über den Feststellungsantrag).

Gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zur Feststellung zuständig, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde (vgl. die entsprechende Regelung des § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG über den Feststellungsantrag).

Gemäß § 312 Abs. 1 Z 4 ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zur Feststellung zuständig, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 erteilt wurde (vgl. die entsprechende Regelung des § 331 Abs. 1 Z 3 BVergG über den Feststellungsantrag).

Eine Weiterführung eines Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren in Folge zwischenzeitig erfolgter Zuschlagserteilung setzt jedoch einen zulässigen Nachprüfungsantrag voraus (arg. "als Feststellungsverfahren weiterzuführen"). Ein auf einen von vornherein unzulässigen (Nachprüfungs)antrag gestütztes Verfahren kann nicht in Gestalt eines anderen Verfahrens - als Feststellungsverfahren - fortgeführt werden.

Ist der Nachprüfungsantrag - so wie gegenständlich der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung bzw. der Antrag auf Nichtigerklärung der

Zuschlagserteilung - schon als solcher unzulässig (siehe hierzu unter Spruchpunkt I) - kann nach erfolgter Zuschlagserteilung kein auf diese Anträge gestütztes Feststellungsverfahren gemäß § 331 Abs. 4 BVergG weitergeführt werden.

Gemäß § 332 Abs. 5 BVergG 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.

Feststellungsanträge sind demnach nur zulässig, wenn die betreffende Rechtswidrigkeit nicht in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden konnte, sodass der sekundäre Rechtsschutz durch Feststellungs- und Schadenersatzverfahren subsidiär ist. Behauptete Rechtsverstöße sollen innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Präklusionsfristen möglichst frühzeitig geltend gemacht werden, was ein Zuwarten mit der Geltendmachung eines behaupteten Verstoßes bei sonstiger Präklusion unzulässig macht (VwGH 1.3.2004, 2004/04/0012, ZVB 2005/28ff, *G.Gruber*).

Allein die Unterlassung eines formal möglichen Nachprüfungsantrages zieht die Unzulässigkeit des Feststellungsantrages zur Geltendmachung der jeweiligen Rechtswidrigkeit nach sich (vgl. *Möslinger-Gehmayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 332 Rz 93).

Der Antragsteller hat es verabsäumt, die einzige im Verfahren der Direktvergabe gesondert anfechtbare Entscheidung der "Wahl der Direktvergabe" fristgerecht mittels Nachprüfungsantrages zu bekämpfen, sodass Präklusion eingetreten ist.

Die Versäumung der Anfechtungsfrist führt zur endgültigen Präklusion, sodass damit auch das Recht zur Anhängigmachung eines Feststellungsverfahrens verwirkt ist (vgl. *Pointner* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 321 Rz 21: "Die Unterlassung eines Nachprüfungsantrages führt dazu, dass aus einer unangefochten gebliebenen Entscheidung auch keine Schadenersatzansprüche mehr abgeleitet werden können").

Die Feststellungsanträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 1 BVerG, § 331 Abs. 1 Z 2 BVerG und § 331 Abs. 1 Z 3 BVerG waren daher zurück zu weisen.

Im gegebenen Zusammenhang wird bemerkt, dass die Unterlassung der fristgerechten Einbringung eines Nachprüfungsantrages darüber hinaus auf mangelndes Interesse am Vertragsabschluss iSd § 331 Abs.1 BVerG schließen lässt.

Begehrt ein Antragsteller die Rechtswidrigkeit eines Vergabeverfahrens nämlich erst im Rahmen eines Feststellungsverfahrens und nicht bereits anlässlich eines Nachprüfungsverfahrens, ist ein Interesse am Abschluss des Vertrages zu verneinen (vgl. BVA 21.12.2004, 11F-10/01-5; 11F-9/01-7; BVA 1.6.2011, F/0003-BVA/14/2011-45). Die Feststellungsanträge waren daher auch mangels Antragslegitimation zurückzuweisen (Vgl. § 331 Abs. 1 BVerG: Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass [...]).

d) Zu Spruchpunkt IV:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVerG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühr durch den Auftraggeber.

Da der Antragsteller wie es sich aus Spruchpunkt III ergibt, mit seinen Feststellungsanträgen auch nicht teilweise obsiegt hat, war der Anspruch auf Gebührenersatz abzuweisen.

Wien, am 1. Juli 2011

Die Vorsitzende des Senates 14

Mag. Ilse Lesniak