

Entscheidende Behörde

Bundesvergabeamt

Entscheidungsdatum

06.04.2010

Geschäftszahl

N/0009-BVA/13/2010-17

Text**BESCHEID**

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 MR Mag. Thomas Gruber sowie Dr. Michael Fruhmann als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung für die Vergabe von Generalplanerleistungen, Sanierung Chemiegebäude KFU Graz" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Dem Antrag vom 8. Februar 2010 "auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 29. Jänner 2010, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden" wird stattgegeben. Die Entscheidung der Auftraggeberin vom 29. Jänner 2010 das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden wird gem § 325 BVergG 2006 für nichtig erklärt.

Begründung**1. Vorbringen der Parteien**

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 8. Februar 2010 (beim BVA am selben Tag eingelangt) das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Akteneinsicht und Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin mit Schreiben vom 29. Jänner 2010 gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ausgeschieden habe. Diese Entscheidung werde angefochten. Die Auftraggeberin habe das Ausscheiden damit begründet, dass die Antragstellerin die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Nutzflächen des Raum- und Funktionsprogrammes nicht entsprechend der sich aus Frage 19 der Fragebeantwortung der Auftraggeberin festgehaltenen Toleranzgrenze von +/- 10 % eingehalten habe. Die Antragstellerin bestreite jedoch, dass ihr Angebot den Bestimmungen der Ausschreibung widerspreche und unbehebbar Mängel aufweise. Die Auftraggeberin habe im Rahmen der Fragenbeantwortung für den Bereich Labor- und Büroräumlichkeiten eine Flächenüber- und -unterschreitung von +/- 10% zugelassen. Der Antwort auf Frage 19 könne aber keinesfalls entnommen werden, dass größere Abweichungen als +/- 10% zum Ausscheiden des Angebots führen würden. Dies hätte die Auftraggeberin vielmehr ausdrücklich anordnen müssen. Es sei ganz im Gegenteil aus den gesamten Ausschreibungsunterlagen aus der Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers deutlich, dass es sich hierbei um kein Muss-Kriterium handle. Die "Umsetzung des Raum- und Funktionsprogramms" gemäß Punkt 3.4. der Ausschreibungsunterlagen (Einlage 2.1 "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen") sei ein Kriterium zur Bewertung der Qualität des Angebots. Wenn von der Antragstellerin bei der Umsetzung des Raum- und Funktionsprogramms Flächenangaben über- oder unterschritten würden, könne dies daher nur zu einer besseren oder schlechteren Bewertung des Angebots, nicht jedoch zu dessen Ausscheiden führen. Ein qualitatives Bewertungskriterium könne nicht gleichzeitig auch ein Muss-Kriterium sein. Wenn die Auftraggeberin die 10-%-Toleranzgrenze als Muss-Kriterium hätte festlegen wollen, hätte dies im Sinne des Transparenzprinzips ausdrücklich und deutlich bereits in den Angebotsbestimmungen Erwähnung finden müssen.

Mit Aufforderung zur Angebotsabgabe am 20.8.2009 habe die Auftraggeberin noch die Verlegung aller Labors in den Neubau und die Reduktion der Verkehrsflächen zugunsten von Nutzflächen (siehe Einlage 2.1 "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen", Seite 3) gewünscht. Wenige Tage später sei den Bietern im

Zuge des Hearings am 25.8.2009 und dann schriftlich mit Übersendung des Funktionsschemas am 1.9.2009 mitgeteilt worden, dass das bestehende Raum- und Funktionsprogramm (das sich größtenteils aus dem Ist-Bestand ableite) grundsätzlich eine zufriedenstellende Lösung für die Universität darstelle und eine Umplanung nicht zwingend erforderlich sei. Diese Festlegung sei von den Bietern in Frage 70 b) hinterfragt worden: "Was ist unter "Umplanung der bestehenden Räumlichkeiten ist nicht zwingend erforderlich" zu verstehen?" In der (bestandfest gewordenen) Fragebeantwortung sei von der Auftraggeberin deutlich gemacht worden, dass die Beibehaltung des Ist-Bestands nicht zu einem Ausscheiden des Angebots führe ("Ein Projekt, das den IST'-Zustand übernimmt wird NICHT ausgeschieden und im Vergleich zu den anderen Lösungen gesetzt"). Im Bereich der Anorganischen Chemie gebe es im IST-Bestand Labors mit beispielsweise folgenden Größen:

19,92 m², 24,95 m², 40,5 m², 84,79 m² etc. Die Größen der Labors seien sehr unterschiedlich und würden von 12 m² bis zu 107 m² reichen. Die Übernahme des IST-Bestands könne also nach den Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen zu keinem Ausscheiden des Angebots führen. Die SOLL-Flächen im Bereich der Anorganischen Chemie würden lauten: 8 Labors zu 50 m² und 1 Labor zu 170 m². Wenn daher ein Bieter den IST-Bestand übernehme, mit dem sich die Auftraggeberin ausdrücklich zufrieden erklärt habe und im Bereich der Anorganischen Chemie ein Labor mit 12 m² und ein anderes mit 107 m² plane, weiche er von den SOLL-Flächen erheblich ab, könne aber aufgrund der ausdrücklichen Festlegungen der Auftraggeberin nicht ausgeschieden werden. Wenn die Antragstellerin nun im Bereich der Anorganischen Chemie ein Labor mit 40,6 m² (statt 50 m²) plane, könne diese Abweichung nicht zum Ausscheiden des Angebots führen, da davon auszugehen wäre, dass auch die Nachbildung der IST-Flächen und damit eine Abweichung von weit mehr als +/- 10 % von den SOLL-Flächen gemäß Ausschreibungsbestimmungen ausdrücklich zugelassen worden sei.

Daraus sei folgende Schlussfolgerung zu ziehen: Die im Hearing genannte Toleranzgrenze von +/- 10 % sei in Anbetracht des beschriebenen Entwicklungsprozesses des Raum- und Funktionsprogramms und dessen fehlerhafter und ungenauer Aufbereitung daher wohl als Zielvorgabe für einen fortgeschrittenen Planungsstand zu verstehen gewesen, sicherlich nicht jedoch als Muss-Kriterium für die einzureichende Planung. Es sei gerade Wesen eines Planungsprozesses, die Planung in den Stufen des Vorentwurfs über den Entwurf bis hin zur Einreichung zu optimieren und gemeinsam mit dem Auftraggeber eine Planung zu entwerfen, die seinen Bedürfnissen optimal entspreche. Es sei aber nicht Aufgabe einer Angebotsphase bzw. eines Vergabeverfahrens, die Planung bereits bis ins letzte Detail zu entwickeln.

Mit Schreiben vom 15. Februar 2010 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren "Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung für die Vergabe von Generalplanerleistungen, Sanierung Chemiegebäude KFU Graz" die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H sei. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich welcher im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt werde. Die zur Verfügung gestellten Unterlagen und Festlegungen des Auftraggebers während des Verhandlungsverfahrens seien nicht beeinträchtigt worden und seien sohin in der vorliegenden Form insbesondere mit den darin festgehaltenen Parametern bestandfest geworden. Der nunmehrige Versuch der Antragstellerin die festgelegten Vorgaben in zwei Arten von Kriterien einzuteilen, nämlich so genannte "Musskriterien" und so genannte "andere Kriterien" ändere nichts an dieser Tatsache. Die von der Antragstellerin nunmehr als nicht festgelegte "Musskriterien" bezeichneten Punkte der Fragebeantwortung seien keine Eignungskriterien. Die Eignung der Bieter sei gemäß BVergG natürlich in der 1. Stufe des 2- stufigen Verhandlungsverfahrens geprüft worden. Die Antragstellerin verkenne hier offensichtlich den Unterschied zwischen Eignungskriterien gemäß BVergG und Vorgaben zur Erarbeitung des "Projektes" als Teil des Angebots der 2. Stufe. Bei den Vorgaben für die 2. Stufe handle es sich um jenen Gestaltungsspielraum, der bei der Ausarbeitung des Angebots zu berücksichtigen gewesen sei. Eine Verbesserung nach anonymer Beurteilung der "Projekte" sei gemäß der bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlage nicht möglich. Die Auftraggeberin habe deutlich gemacht, dass Angebote, die den Ist-Zustand des Bestandes übernehmen und keine Optimierungen im Bereich der Vorgaben der Ausschreibung vorschlagen würden in Vergleich zu den anderen (hier gemeint: Angebote, die Raumverschiebungen vornehmen) Lösungen gesetzt würden und eben nicht als den Ausschreibungsunterlagen widersprechende Angebote gesehen würden. Dass die Auftraggeberin dies in der Fragebeantwortung getan habe, sei von der Aufgabenstellung her erforderlich gewesen, da sowohl Verschiebungen im Gebäude als auch die Übernahme des Ist-Zustandes möglich wären.

Am 1. März 2010 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Die Auftraggeberin hat dabei vorgebracht, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die Form des Verhandlungsverfahrens gestützt auf § 30 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 gewählt worden sei. Es handle sich um eine funktionelle Umplanung des Chemiegebäudes KFU Graz, da nicht von vornherein feststanden sei, wie im Detail diese Umplanung aussehen werde. Die Leistungsbeschreibung sei funktionell erfolgt. Die Antwort auf Frage 19 sei deshalb so gewählt worden, da die Universität als Auftraggeber der BIG einerseits und als Mieter und Nutzer des Gebäudes andererseits im Vorfeld Vorstellungen über die benötigten Räume und Funktionen gehabt habe und es der Universität wichtig gewesen sei, dass einerseits keine größeren Abweichungen entstehen und andererseits nicht Laborflächen für Allgemein- bzw. Büroflächen verloren gehen würden. Die Vorgabe keine Abweichungen von +/- 10% von der angegebenen Flächengröße sei somit zwingend zu verstehen gewesen. Zu Punkt 9.2.2 des

Schreibens der Antragstellerin vom 8.2.2010 werde angegeben, dass ein Bieter bei seinem Angebot zwei Wahlmöglichkeiten gehabt habe: Entweder die Übernahme des Ist-Bestandes entsprechend Antwort 70b oder die Umsetzung des Raum- und Funktionsprogrammes innerhalb der Vorgaben der Frage 19 = +/- 10%. Eine Vermischung dieser beiden Konzepte sei nicht zulässig gewesen.

Die Antragstellerin hat angegeben, dass nicht deutlich gewesen sei, dass eine Vermischung dieser beiden Konzepte ausgeschlossen gewesen sei. Wie aus dem Funktionsschema hervorgehe (zum Beispiel Seite 17), wären manche Flächen des Raum- und Funktionsprogrammes umzusetzen gewesen ("Ist umzusetzen") und andere nur möglicherweise umzusetzen gewesen. Daraus gehe hervor, dass nicht deutlich gewesen sei, dass die beiden vorgegebenen Konzepte nicht auch miteinander kombiniert werden könnten.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

2. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. hat zur Beschaffung von Generalplanerleistungen der Sanierung Chemiegebäude KFU Graz einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. (Schreiben des Auftraggebers vom 15. Februar 2010; Akt des Vergabeverfahrens)

Das "Protokoll Vorbesprechung der Kommission und Hearing" der Auftraggeberin vom September 2009 lautet auszugsweise:

"19) FRAGE: Die Flächenangaben der einzelnen Labors differieren sehr stark. Wir ersuchen um Bekanntgabe, in welchem Mass die Flächen über- bzw. unterschritten werden können bzw um Festlegung von Standardgrößen für die Labors und Büros.

ANTWORT: Bei den Labors kann man keine Standardgrößen festlegen, denn je nach Verwendung des Labors ist eine unterschiedliche Größe nötig - Abweichung von +/- 10% von der angegebenen Größe sind möglich, sollten jedoch nicht die Regel sein.

Auch bei den Büros sind Abweichungen von +/- 10% von der angegebenen Größe möglich."

[...]

70) FRAGE: Was ist unter "Umplanung der bestehenden Räumlichkeiten ist nicht zwingend erforderlich" zu verstehen?

a. [...]

b. Wie wird ein Projekt beurteilt, das den Ist-Zustand übernimmt?

[...]

ANTWORT:

[...]

b - Ein Projekt, das den "IST" Zustand übernimmt wird nicht ausgeschieden und im Vergleich zu den anderen Lösungen gesetzt." (Akt des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 16. Dezember 2009 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Architekten B***. getroffen. Am 23. Dezember 2009 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung dieser Zuschlagsentscheidung beim BVA eingebracht. Die bekämpfte Zuschlagsentscheidung wurde von der Auftraggeberin daraufhin noch am gleichen Tag zurückgenommen. (Schreiben des Auftraggebers vom 15. Februar 2010; Akt des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin hat das Angebot der Antragstellerin mit Schreiben vom 29. Jänner 2010 wegen "unbehebbarer Mängel" ausgeschieden und führt in ihrer Entscheidung unter anderem folgende Begründung an:

"Gemäß Bestimmungen der Unterlagen zum Vergabeverfahren waren die im beigelegten Raum- und Funktionsprogramm vorgegebenen Nutzflächen der einzelnen Räume einzuhalten, wobei die vorgegebenen Nutzflächen, wie in Pkt. 19 der Fragebeantwortung festgehalten, um +/- 10 % variabel waren.

Diese Vorgabe wurde von keinem der Bieter beansprucht, ist somit bestandfest geworden und auch unabhängig einer Optimierung durch Verschiebung der einzelnen Räume in andere Geschoße als momentan im Bestand gegeben, einzuhalten. Das von Ihnen abgegebene Angebot beinhaltet leider zahlreiche

Räume, die diese Vorgaben nicht einhalten. [...]" (Akt des Vergabeverfahrens)

3. Zum Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens:

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die Entscheidung der Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden angefochten werde. Die Auftraggeberin habe im Rahmen der Fragenbeantwortung für den Bereich Labor- und Büroräumlichkeiten eine Flächenüber- und - unterschreitung von +/- 10% zugelassen. Der Antwort auf Frage 19 könne aber keinesfalls entnommen werden, dass größere Abweichungen als +/- 10% zum Ausschneiden des Angebots führen würden. Dies hätte die Auftraggeberin vielmehr ausdrücklich anordnen müssen. Es sei ganz im Gegenteil aus den gesamten Ausschreibungsunterlagen aus der Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers deutlich, dass es sich hierbei um kein Muss-Kriterium handle. Wenn von der Antragstellerin bei der Umsetzung des Raum- und Funktionsprogramms Flächenangaben über- oder unterschritten würden, könne dies daher nur zu einer besseren oder schlechteren Bewertung des Angebots, nicht jedoch zu dessen Ausschneiden führen.

Die Auftraggeberin hat zusammengefasst vorgebracht, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre, weil es die unter Punkt 19) des "Protokoll Vorbesprechung der Kommission und Hearing" der Auftraggeberin vom September 2009 vorgegebene Toleranzgrenze von +/- 10 % bei Labors und Büros iVm den im Raum- und Funktionsprogramm vorgegebenen Nutzflächen der einzelnen Räume bei zahlreichen von ihr geplanten Räumen nicht eingehalten habe.

Wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung angegeben hat, handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um eine funktionale Umplanung des Chemiegebäudes KFU Graz, da nicht von vornherein festgestanden ist, wie im Detail diese Umplanung aussehen wird. Die Leistungsbeschreibung ist funktional erfolgt.

Im bestandfest gewordenen "Protokoll Vorbesprechung der Kommission und Hearing" wird unter 19) festgehalten, dass bei Büros und Labors "Abweichung von +/- 10% von der angegebenen Größe möglich" sind. Mit der "angegebenen Größe" ist offenbar die "Zusammenfassung Raum- und Funktionsprogramm 2013 - SOLL Situation" des "Funktionsschema" vom August 2009 gemeint. Andererseits wurde im "Protokoll Vorbesprechung der Kommission und Hearing" unter 70) b festgehalten, dass ein Projekt, das den "IST" Zustand übernimmt nicht ausgeschlossen wird und in Vergleich zu den anderen Lösungen gesetzt wird.

Der "IST" Zustand ergibt sich aus dem "Raum und Funktionsprogramm Bestand - IST Situation" des "Funktionsschema" vom August 2009. Dem kann entnommen werden, dass im Bereich Anorganische Chemie die IST Situation der Größe der Labors sich wie folgt darstellt: 19,92 m², 24,95 m², 11,92 m², 12,94 m², 25,7 m², 40,52 m², 107,51 m², 61,6 m², 45,64 m², 84,79 m², 44,28 m², 66,43 m², 44,35 m², 66,31 m², 23,53 m², und 40,53 m².

Die SOLL-Situation ergibt sich aus der "Zusammenfassung Raum- und Funktionsprogramm 2013 - SOLL Situation" des "Funktionsschema" vom August 2009. Dem kann entnommen werden, dass im Bereich Anorganische Chemie die SOLL-Situation sich wie folgt darstellt: 1 Labor zu 170 m² und 7 Labors zu je 50 m².

Aufgrund des objektiven Erklärungswertes der Angaben der Auftraggeberin im "Protokoll Vorbesprechung der Kommission und Hearing" unter 19) und 70) b konnten die Vorgaben über den IST- und den SOLL--Zustand im Bereich Anorganische Chemie nur so verstanden werden, dass sie nebeneinander gelten sollen. Dass hier nur entweder die Fragebeantwortung 19) oder 70) b gelten soll und somit eine Vermischung dieser beiden Konzepte unzulässig sein soll (wie dies von der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung vertreten wurde) wurde von der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen nicht erklärt und konnte daher von den Bietern auch nicht so verstanden werden. Gelten aber die beiden Vorgaben 19) und 70)b so sind sie in sich widersprüchlich. Dies deshalb, weil bei Übernahme des IST Zustandes die Vorgaben des SOLL Zustandes +/- 10 % großteils nicht eingehalten werden. Solche widersprüchlichen Vorgaben können aber von der Auftraggeberin nicht als Grundlage für das Ausschneiden eines Angebotes verwendet werden. Da auch die Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 BVergG vorliegen, war schon aus diesem Grund die Ausscheidensentscheidung für nichtig zu erklären.

Weiters ist zu beachten, dass selbst wenn die Ausschreibungsunterlagen nicht in sich widersprüchlich gewesen wären, die Ausscheidensentscheidung ebenfalls für nichtig zu erklären gewesen wäre, da die von der Auftraggeberin aufgezeigten Mängel unter den gegebenen Umständen behebbare Mängel gewesen wären. Durch eine Mängelhebung wäre nämlich die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern nicht materiell verbessert worden (vgl VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186).