

**Entscheidende Behörde**

Bundesvergabeamt

**Entscheidungsdatum**

22.03.2011

**Geschäftszahl**

N/0008-BVA/08/2011-211

**Text****BESCHIED**

Das Bundesvergabeamt hat am 17.3.2011 durch den Senat 8 (Mag Reinhard Grasböck als Senatsvorsitzender; Dr Clemens Mayr als Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber; Mag Matthias Wohlgenuth als Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich einer Zuschlagsentscheidung, die im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich "Generalplanungsleistungen inkl Küchenplanung HTBLuVA Mödling Neubau/Umbau des Küchen- und Speisesaalbereichs, 2340 Mödling, Technikerstraße 1 - 5", namens der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (= BIG) an die Antragstellerin A\*\*\* ZT GMBH am 18.1.2011 versandt wurde, über die diesbezüglich am 28.1.2011 antragstellerinnenseits gestellten Begehren auf Nichtigerklärung und auf Pauschalgebührenersatz, wie folgt entschieden:

**Spruch**

I. Das Begehren, das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung vom 18.1.2011 im Verhandlungsverfahren HTBLuVA Mödling, Neubau / Umbau des Küchen- und Speisesaalbereichs, A 2340 Mödling, Technikerstraße 1 - 5 (General-) Planungsleistungen für nichtig erklären, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15.

II. Das Eventualbegehren, das Bundesvergabeamt möge die gesamte Ausschreibung im Verhandlungsverfahren HTBLuVA Mödling, Neubau / Umbau des Küchen- und Speisesaalbereichs, A 2340 Mödling, Technikerstraße 1 - 5 (General-) Planungsleistungen für nichtig erklären, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15.

III. Dem Pauschalgebührenersatzbegehren, das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreter zu ersetzen, wird keine Folge gegeben.

Rechtsgrundlagen: § 319 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15.

**Begründung****1. Verfahrensgang und Sachverhalt**

1.1. Die BIG (= Auftraggeberin oder AG) veranlasste im Supplement S im ABl d EU zur ZI 2010/S 170-260904 in der zweiten Jahreshälfte 2010 die Kundmachung des streitgegenständlichen Verhandlungsverfahrens über Generalplanerleistungen, wobei trotz in Nuancen unterschiedlicher Vergabeverfahrensbezeichnungen zwischen den Streitparteien offenkundig Übereinstimmung darin besteht, welchem Vergabeverfahren die mit dem Nachprüfungsantrag angefochtene Zuschlagsentscheidung zuzurechnen ist.

Die BIG übermittelte der Antragstellerin am 18.1.2011 die seitens der Antragstellerin mit Nachprüfungsantrag vom 28.1.2011 angefochtene Zuschlagsentscheidung.

Die Antragstellerin beehrte am 28.1.2011 beim Bundesvergabeamt (= BVA) primär die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Arch. Dipl Ing. B\*\*\*

Ziviltechniker Gesellschaft mbH (= Mitbeteiligte); eventualiter die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung; sowie zur Absicherung der soeben genannten Rechtsgestaltungsbegehren zusätzlich die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Das BVA untersagte im Rahmen der Provisorialentscheidung die Zuschlagserteilung; und ist sohin im Lichte des § 312 Abs 2 BVergG 2006 im Vergabeverfahren jedenfalls bis 17.3.2011 bis zum Zeitpunkt der Bescheidverkündung der Zuschlag noch nicht erteilt worden.

Die Mitbeteiligte verfasste schließlich nach entsprechender Manuduktion gemäß § 13a AVG Einwendungen gemäß § 324 Abs 3 BVergG 2006 und wahrte damit ihre Parteistellung im Nachprüfungsverfahren.

1.2. Hinsichtlich der die Nichtigerklärungsbegehren erledigenden Zurückweisungsaussprüche sind nunmehr noch ausdrücklich folgende Tatsachen festzustellen:

1.2.1 Das Vergabeverfahren wurde in der zweiten Jahreshälfte 2010 eingeleitet und insb in diesem Zeitraum eine gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung vorgenommen.

1.2.2. Die Frist zur Legung von Teilnahmeanträge endete am 30.9.2010.

1.2.3. Die Antragstellerin und die Mitbeteiligte wurden am 19.10.2010 zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens ausdrücklich zugelassen; und war damals noch eine Angebotsfrist bis 14.12.2010 vorgesehen.

Die Antragstellerin und die Mitbeteiligte erhielten schließlich am 3.11.2010 die Unterlagen zur Angebotserstellung, wobei die Angebotsfrist letztgültig mit 17.12.2010 terminisiert worden ist.

1.2.3.1. In den Unterlagen zur Angebotserstellung waren von den Bietern für eine Angebotslegung verschiedene Angebotsbestandteile und insb ein Realisierungskonzept verlangt, wobei an Hand der Zuschlagskriterien in den Angebotsunterlagen klar ersichtlich war, dass das Realisierungskonzept des jeweiligen Angebots an Hand von Zuschlagskriterien bewertet wird; und derart auch abseits des Preises eine Bestbieterermittlung stattfindet.

1.2.3.2. Von insgesamt maximal 100 Bewertungspunkten entfielen dabei maximal 90 Bewertungspunkte auf den Bereich der Bewertung des jeweiligen Realisierungskonzepts und maximal 10 Punkte auf den Preis - siehe dazu Punkt 5. der Angebotsunterlage "Einladung zur Angebotsabgabe Angebotsbestimmungen" im Umfang von 18 Seiten = "Einlage 2.1" der in einer schwarzen Mappe der Vergabeunterlagen befindlichen Dokumente, wo in Punkt 5.4. der Einlage 2.1 jene Angebotsbestandteile aufgezählt sind, an Hand welcher das jeweils im Angebot ersichtliche Realisierungskonzept der einzelnen Bieter zu bewerten ist.

1.2.4. Vor dem Hintergrund der wechselseitigen Geheimhaltung der Bieter durch die Auftraggeberin bis zur Zuschlagsentscheidung gemäß § 105 Abs 6 BVergG 2006 verständlich, wurde am 16.11.2010 (auch) mit der Antragstellerin allein das Planungsgebiet im Beisein insb des Direktors der vergabegegenständlichen Schule, des Mitarbeiters der BIG Ing K\*\*\* und der von der BIG mit der Vergabeverfahrensbetreuung beauftragten Ziviltechnikerin für Bauwesen DI H\*\*\* begangen.

1.2.5. In den Angebotsunterlagen, wie an die nachmaligen Bieter versandt, finden sich insb folgende Vorgaben darüber, welche Gebiete bzw bestehenden Gebäude für die nachmalig im Zuschlagsverfahren zu bewertenden Realisierungskonzepte der Bieter verwendet werden dürfen; maW: die BIG legte hier Planungsgrenzen wie folgt fest:

1.2.5.1. Auf Seite 5/18 der Einlage 2.1 der Angebotsunterlagen ist als Teil der "Ausschreibungsunterlagen 2. Stufe" unter Sonstiges angeführt:

09 mögliches Planungsgebiet (\* pdf)

Insoweit wurde auftraggeberseitig das für Planungen zur Verfügung stehende Gebiet durch zwei Planseiten konkretisiert.

1.2.5.1.1. Auf der ersten diesbezüglichen Planseite ist grün umrandet ersichtlich, inwieweit, betrachtet aus der Vogelperspektive, Flächen innerhalb und außerhalb der bereits existenten Gebäude für bieterseitige Planungen verwendet werden dürfen.

1.2.5.1.2. Auf der zweiten diesbezüglichen Planseite sind grün gefärbt jene bereits verbauten Flächen des Gebäudes 1 und des Gebäudes 2 samt Verbindungstrakt wiederum aus der Vogelperspektive ersichtlich, die bieterseitig für Planungen in deren Realisierungskonzepten verwendet werden dürfen. In der insoweit grün gefärbten Fläche sind Räume dem Namen nach benannt, wobei der Name Konferenzzimmer nicht ersichtlich ist.

1.2.5.2. In der Einlage 2.1 ist unter Punkt 6. Aufgabenstellung im Gliederungspunkt 6.2. Mögliches Planungsgebiet festgeschrieben:

Zur Unterbringung der geforderten Nutzungen können das EG des Gebäudes 1 ab dem Buffet Richtung Süden, der gesamte Verbindungstrakt und das EG des Gebäudes 2 bis zum Hauptstiegenhaus genutzt werden. [...]

1.2.6. Rücksichtlich insb auch diverser bieterseitiger Fragestellungen wurde auftraggeberseitig durch Frau DI H\*\*\* ein mit 16.11.2010 datiertes "Protokoll der Begehungen und 1. Fragebeantwortung" verfasst, wo in sieben Seiten vergabebezügliche Informationen und insb Antworten auf konkrete Fragestellungen enthalten sind.

(Die hinreichende Bevollmächtigung der Frau DI H\*\*\* zur Versendung dieses Protokolls in Vertretung der BIG an die Bieter wurde dabei insb von der Antragstellerin nicht bestritten.)

1.2.6.1. Unter Punkt 5. dieses Protokolls ist festgehalten:

Die Beilage 09 "mögliches Planungsgebiet im Gebäude" bezieht sich ausschließlich auf das EG und wurde um die Sanitärgruppe und den Lichthof im EG erweitert. Der Lichthof wird auch im UG nicht genutzt.

1.2.6.2. In der Frage 7 wurde hinterfragt wie folgt:

Sind die Belichtungsöffnungen im 1.OG Gebäude 1 und 2 zum Verbindungsgang beizubehalten - das Planungsgebiet im 1. OG würde eigentlich den gesamten Bereich zwischen Baukörper 1 und 2 beinhalten - allerdings befinden sich im Anschluss ein Klassenzimmer (Gebäude 1) und das Konferenzzimmer (Gebäude 2). [...]

MaW ist bereits in dieser Frage dokumentiert, dass das Planungsgebiet im ersten Obergeschoss nur zwischen den beiden (Bestands-) Gebäuden 1 und 2 liegt.

1.2.6.3. Frage 23 der 1. Fragebeantwortung ist wie folgt festgehalten:

Flächen des Gebäudes 2 können lt Aufgabenstellung verwendet werden.

Jene im EG oder auch im OG?

Als Antwort ist hier festgehalten:

Diese Aussage bezieht sich auf die Flächen im EG

In der Verhandlung vor dem BVA vom 9.3.2011 hat sich ergeben, dass die Frage 23 nicht von Herrn DI A\*\*\* gestellt wurde.

1.2.6.4. Auf Seite 7/7 des gerade beschriebenen Protokolls ist ersichtlich, dass weitere Fragen bis 26.11.2010 an Frau DI H\*\*\* gerichtet werden konnten.

1.2.6.5. Dieses Protokoll wurde den Bietern am 19.11.2010 übermittelt, wobei die Bieter dabei am 19.11.2010 eine adaptierte "09 Beilage mögliches Planungsgebiet" erhielten.

In dieser adaptierten wiederum aus zwei Planseiten bestehenden Beilage ist auf der ersten Planseite, die sich insb durch auch rot eingefärbte Flächen beschreiben lässt, neuerlich - betrachtbar aus der Vogelperspektive - durch eine grüne Umrandung jenes Gebiet innerhalb und außerhalb der bereits bestehenden Schulgebäude ersichtlich, welches bieterseitig für Planungszwecke verwendet werden durfte. Hier sind die Gebäude 1 und 2 durch Nummerierung gut erkennbar.

Auf der zweiten Planseite sind wiederum grün eingefärbt jene Flächen ersichtlich, die innerhalb der bereits verbauten Fläche für bieterseitige Planungszwecke verwendet werden durften. In roter Druckschrift ist dabei auf dieser Planseite ua festgehalten:

... Räume und Flächen, die für die Planung im EG berücksichtigt werden können ...

Die grün gefärbte Fläche auf der 2. Planseite lässt insb beim Gebäude 2 wieder Raumbezeichnungen wie zB CAD - Saal 2 oder Serverraum erkennen, wobei aber kein einziger Raum mit Konferenzzimmer bezeichnet ist.

1.2.6.6. Festzuhalten ist dabei, dass in den auftraggeberseitig versandten Vergabeunterlagen auch keine Pläne für die allenfalls im

1. und 2. OG der bestehenden Gebäude 1 und 2 des streitgegenständlichen Schulkomplexes allenfalls verplanbaren Flächen enthalten sind.

1.2.6.7. Die Antragstellerin erhielt so wie die anderen Bieterinnen am 27.11.2010 eine 2. Fragebeantwortung, in welcher gleichfalls nicht eindeutig ersichtlich ist, dass das 1. OG des Gebäudes 2 beplant werden dürfte.

1.2.6.8. Aus dem Angebot der Antragstellerin ist jedoch ersichtlich, dass insb der im Verfahren unstrittig gebliebene aktuelle Konferenzzimmerbereich im 1. Obergeschoß des Gebäudes 2 für die zu planende Großküche herangezogen wurde.

Die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin hat dies erstmals mit ihrer Eingabe vom 25.2.2011, in postalischer Form unter der lfd Nr 55 im Akt erliegend, gegenüber dem Bundesvergabeamt vorgebracht.

Dies erfolgte, nachdem in der streitgegenständlichen Schule die eingereichten Realisierungskonzepte veröffentlicht worden sind, die Antragstellerin gelegentlich dieser Veröffentlichung die Fehlerhaftigkeit des Angebots der Mitbeteiligten gerügt hat, und danach die Mitbeteiligte ihrerseits das Projekt der Antragstellerin in der Schule besichtigt hat.

1.2.6.9. Der Eingabe, lfd Nr 55, ist eine Beilage beige-schwarz schraffiert - jene Fläche des 1. OG des Gebäudes 2 eingezeichnet ist, die wider die Vorgaben der Auftraggeberin insbesondere für die neue Großküche beplant wurde.

1.2.6.10. In der Eingabe, lfd Nr 78, hat die Mitbeteiligte im Zuge der vorgenommenen Schriftsatzwechsel neuerlich diesen Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin konkretisiert und dabei in der Beilage ./11 rot schraffiert im 1. OG des Gebäudes 2 den strittigen insb Konferenzzimmerbereich konkretisiert, der den nunmehr herangezogenen Ausscheidensgrund auf Tatsachenebene darstellt.

Der Grundriss des Gebäudes 2 ist wie ausgeführt in der Beilage ./09 zu den Angebotsunterlagen enthalten.

1.2.6.11. Dass die Antragstellerin das 1. OG des Gebäudes 2 insb mit einer künftigen Küchenfunktion beplant hat, ergibt sich zB auch dem einen Angebotsbestandteil der Antragstellerin bildenden Plan im A1 - Format, in dem im 1. OG des Gebäudes 2 eindeutig eine Küche eingezeichnet wurde. (Dies neben zwei anderen Plänen im Format A1 im Angebot der Antragstellerin.)

1.2.6.12. IdZ ist in der im A 3 - Format im Angebot der Antragstellerin befindlichen (Präsentations-) Mappe in der dort beinhalteten Flächenaufstellung im Mappenblatt mit der rechts oben befindlichen Beschriftung "BGF-Flächennachweis" betreffend das 1. und das 2. OG die Verwendung des 1. OG. des Gebäudes 2 für das Realisierungskonzept der Antragstellerin gleichfalls ersichtlich, wobei die insoweit fragliche Fläche im Gebäude 2 im 1. OG - links unten - durch die Antragstellerin braun schraffiert wurde, es sich dabei eben um den aktuellen Konferenzzimmerbereich handelt, und sich diese dort braun schraffierte Fläche mit dem Ausscheidensvorbringen der Mitbeteiligten zB in der Eingabe lfd Nr 78; und insb mit der Beilage ./11 der Mitbeteiligten und der dort rot schraffierten Fläche umrissmäßig der Form nach deckt.

1.2.6.13. Die Beplanung des Konferenzzimmerbereichs im 1. OG des Gebäudes 2 der derzeit bestehenden Schulgebäude durch die Antragstellerin - und damit ein Realisierungskonzept unter

Einbeziehung des 1. OG des Gebäudes 2 - ist überdies zwischen der

Antragstellerin einerseits und der Auftraggeberin sowie der Mitbeteiligten andererseits unstrittig, wobei auch nach dem ersten Verhandlungstermin am 9.3.2010 insb auch durch die am 11.3.2011 protokollierte Eingabe der Antragstellerin ersichtlich ist, dass insoweit strittig ist, ob nach Versendung der Angebotsunterlagen entgegen Punkt 6.2. der Einlage 2.1 der Angebotsunterlagen durch nachmalige Auftraggeberfestlegungen für die Antragstellerin die Möglichkeit eröffnet worden ist, dennoch das 1. OG des Gebäudes 2 in ihr zu bewertendes Realisierungskonzept einzubeziehen.

1.3. Insoweit ist als Ergebnis des Ermittlungsverfahrens weiter festzuhalten, dass auch nach dem 9.3.2011 und insb auch im zweiten Verhandlungstermin am 17.3.2011, der nach Wiedereröffnung des Ermittlungsverfahrens anberaumt wurde, keine Tatsachen feststellbar waren, die in rechtlicher Hinsicht die textmäßige Abänderung der Vorgabe des Punkts 6.2. der Einlage 2.1. der Angebotsunterlagen dahin bedeuten würden, dass die Antragstellerin das 1. OG des Gebäudes 2 des bestehenden Schulgebäudekomplexes in ihr zu bewertendes Realisierungskonzept einbeziehen hätten dürfen.

1.3.1. Seitens der Antragstellerin nahmen deren selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer Arch DI A\*\*\* und der Mitarbeiter der Antragstellerin, Herr DI S\*\*\*, an der Begehung am 16.11.2010 teil.

1.3.2. Frau DI H\*\*\* wies bei der Begehung mit der Antragstellerin am 16.11.2010 ausdrücklich darauf hin, dass sich ein in den aktuell vorhandenen und im Planungsgebiet befindlichen Gebäuden im ersten Obergeschoß befindliches Konferenzzimmer nicht für Planungen hinsichtlich der vergabegegenständlichen Aufgabenstellung verwendet werden darf.

1.3.3. Weder Herr DI A\*\*\* noch Herr DI S\*\*\* vernahmen subjektiv diesen ausdrücklichen Hinweis bei der Begehung, wobei DI A\*\*\* bei der Begehung nebenbei auch Fotografien insb auch im Bereich der Räume im 1. Obergeschoß des Gebäudes 2 angefertigt hat, wo sich derzeit das Konferenzzimmer des Schulgebäudekomplexes befindet; und Herr DI S\*\*\* mit dem Direktor der streitgegenständlichen Schule anderweitig besichtigend befasst war.

Siehe dazu die Verhandlungsniederschrift vom 9.3.2011, lfd Nr 82 des Verwaltungsakts (= mVh 9.3.2011), Seiten 8f.

1.3.4. Während nämlich Herr DI A\*\*\* und Herr DI S\*\*\* aus der Sphäre der Antragstellerin am 9.3.2011 mündlich in der Verhandlung angaben, sie hätten den ausdrücklichen Hinweis der Frau DI H\*\*\* am 16.11.2010 bei der Begehung nicht vernommen, dass im Konferenzzimmerbereich des

1. OG des Gebäudes 2 nicht für das im Angebot zu liefernde Realisierungskonzept geplant werden dürfte, gab DI A\*\*\* in der von ihm auch persönlich unterfertigten Eingabe, lfd Nr 86, an, dass Frau DI H\*\*\* definitiv keinen derartigen Hinweis während der Begehung gemacht hätte; dass allerdings aus den Aussagen des Schuldirektors bei der Begehung vom 16.11.2011 ableitbar wäre, dass die Antragstellerin das 1. OG im Gebäude 2 für deren Realisierungskonzept verplanen darf.

1.3.5. Am 17.3.2011 wurden sohin insb der Schuldirektor, DI A\*\*\* sowie Frau DI H\*\*\* zeugenschaftlich einvernommen, ohne dass diese Aussagen ergeben hätten, dass insb der Schuldirektor bei der Begehung am 16.11.2010 mit offengelegter Vollmacht für die Auftraggeberin die Vorgaben der Auftraggeberin für die Angebotserstellung geändert hätte.

Frau DI H\*\*\* blieb insoweit bei ihrer Aussage vom 9.3.2011, dass sie ausdrücklich auf die Nicht - Verplanbarkeit des Konferenzzimmerbereichs hingewiesen hat.

DI A\*\*\* schwächte am 17.3.2011 nunmehr seine schriftliche Behauptung des dezitiert nicht gemachten Hinweises dahin ab, dass er lediglich keinen derartigen Hinweis durch Frau DI H\*\*\* gehört habe; und kehrte DI A\*\*\* damit zu seiner ursprünglichen Aussage vom 9.3.2011 zurück.

1.3.6. Ausdrücklich nicht festgestellt werden konnten Tatsachen, deren rechtliche Bewertung ergeben würde, dass die Auftraggeberin im Vergabeverfahren die Verplanung insb des Konferenzzimmerbereichs im

1. OG des Gebäudes 2 zugelassen hätte.

1.3.7. Mit der Antragstellerin wurde der zur Verneinung ihrer Antragslegitimation herangezogene Ausscheidensgrund nach ausdrücklichem Vorhalt ausführlich erörtert.

1.3.8. Insoweit wurde am 17.3.2011 das Ermittlungsverfahren neuerlich geschlossen; und wurde nach einer entsprechenden Senatsberatung der Bescheid mündlich mit dem oben ersichtlichen Spruch und den wesentlichen Gründen - wie nachstehend ersichtlich - verkündet:

Wesentliche Gründe:

Zur Zurückweisung des Nichtigerklärungsbegehrens wider die Zuschlagsentscheidung:

Nach der stRsp des VwGH ist ein Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung mangels Schadens und damit mangels Antragslegitimation zurückzuweisen, wenn der Antragsteller selbst ein unbehebbar fehlerhaftes Angebot gelegt hat; und sich dies aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt.

Unstrittig ist auf Tatsachenebene, dass die Antragstellerin das Konferenzzimmer im 1.OG des Gebäudes 2 beplant hat. Für den Senat ergibt sich aus der Aktenlage, dass dies den Auftraggeberfestlegungen und insb dem Punkt 6.2. der Einlage 2.1 der Angebotsunterlagen widerspricht.

Es waren keine nachmaligen Auftraggeberfestlegungen feststellbar, wonach das Planungsgebiet insoweit geändert worden wäre. Ein derartiger Planungsfehler kann auch nicht iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006

behalten werden, da ansonsten die Antragstellerin länger als andere Bieter Zeit zu Erstellung ihres bewerteten Realisierungskonzepts hätte, was aber unter Wettbewerbsgesichtspunkten zur Unbehebbarkeit führt.

Die Antragstellerin hatte zu diesem Bereich hinreichend rechtliches Gehör, wobei die Aussagen der vernommenen Zeugen die Aktenlage betreffend diesen zu Lasten der Antragstellerin aufgegriffenen Ausscheidensgrund nicht widerlegt haben. Die Beziehung von Sachverständigen war hiezu nicht notwendig.

Zur Zurückweisung des Begehrens betreffend die Ausschreibung.

Dieses Begehren ist gemäß § 321 iVm § 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 eindeutig verspätet und ist es nicht rechtserheblich, dass die Antragstellerin annahm, dass mit ihr nachmalig verhandelt würde.

Zum Pauschalgebührenersatzausspruch:

Die Antragstellerin hat mit ihren Nichtigerklärungsbegehren auch nicht teilweise obsiegt und war daher bereits aus diesem Grund keine Gebühreersatz auszusprechen.

1.3.9. Nach der Bescheidverkündung wurde die Niederschrift über den Verhandlungstermin vom 17.3.2011, nunmehr lfd Nr 104 des Akts, durchgesehen und unterfertigt sowie danach die Verhandlung geschlossen.

## 2. Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zur GZ N/0008-BVA/08/2011 und den diesbezüglich vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit die Tatsachen nicht ohnehin gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 bzw als notorisch zu Grunde gelegt werden konnten. Dass die Antragstellerin im ersten Obergeschoß des Gebäudes 2 den Bereich des bestehenden Konferenzzimmers in ihre Angebotsplanungen einbezogen hat, wird dabei auch von der Antragstellerin nicht bestritten.

Die Antragstellerin wollte vielmehr aus dem angeblich fehlenden Hinweis der Frau DI H\*\*\* am 16.11.2010, den Aussagen des Schuldirektors am 16.11.2010 und der Beilage 09 zu den Angebotsunterlagen in den zwei Fassungen vom 3.11.2010 (Versendung der Angebotsunterlagen) und vom 19.11.2010 (gelegentlich der ersten Fragebeantwortung) ableiten, dass sie den strittigen Konferenzzimmerbereich im 1. OG des Gebäudes 2 verplanen dürfte. Der Schuldirektor machte jedoch keinerlei Angaben, die auf Tatsachenebene auf eine von ihm durchgeführte Änderung der auftraggeberseitig festgelegten Angebotsvorgaben hindeuteten. Hingegen variierte Herr DI A\*\*\* nuanciert seine Aussagen vom 9.3.2011 durch die Eingabe, lfd Nr 86, vom 11.3.2011, und kehrte schließlich im Punkt der von ihm vorgebrachten fehlenden Belehrung durch Frau DI H\*\*\* am 17.3.2011 zu seiner ursprünglichen Angabe vom 9.3.2011 zurück, dass er den Hinweis der Frau DI H\*\*\* am 16.11.2010 nicht gehört hätte.

Insoweit geht der Senat davon aus, dass Frau DI H\*\*\* am 16.11.2010 auch während der Begehung mit der Antragstellerin auf das Planungsverbot im Konferenzzimmerbereich des 1. OG des Gebäudes 2 hingewiesen hat, was aber insb seitens des Herrn DI A\*\*\* nicht vernommen worden ist, weil dieser gedanklich nicht hinreichend auf die Ausführungen der Repräsentanten der Auftraggeberseite konzentriert war, sondern den Konferenzzimmerbereich abseits der Planungsvorgaben der Angebotsunterlage intensiv besichtigte. Die Angaben des am 17.3.2011 vernommenen Schuldirektors, wonach dieser gerade nicht die Planungsvorgaben der Auftraggeberin abgeändert hat, waren für den Senat schlüssig und glaubwürdig, zumal es lebensnah erscheint, dass der ortskundige Schuldirektor zwar durch die Schule führt, aber gerade nicht die Vorgaben eines ausgegliederten Rechtsträgers autonom gegenüber einem Bieter abändert, wenn der Direktor als Bundesbediensteter gerade nicht selbst vergebende Stelle ist.

## 3. Rechtliche Beurteilung

### 3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit der Nichtigerklärungsbegehren

3.1.1. Die Geschäftsanteile der Bundesimmobiliengesellschaft mbH (= BIG) gemäß dem Bundesimmobilienengesetz BGBI I 141/2000 idF BGBI I 144/2005 (- eigene Schreibweise der Auftraggeberin laut deren Briefpapier: Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. -) sind zu 100% im Eigentum des Bunds iS des § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 iVm § 2 Bundesimmobilienengesetz, wodurch die Geschäftsführung dieser Gesellschaft wegen der in § 5 Bundesimmobilienengesetz normierten subsidiären Anwendbarkeit des GmbHG gemäß § 20 GmbHG gegenüber dem Bund weisungsgebunden und somit jedenfalls dadurch gemäß § 3 Abs 1 Z 2 lit c BVergG 2006 vom Bund beaufsichtigt ist.

Die BIG ist als GmbH gemäß § 61 Abs 1 GmbH-G iVm § 3 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2006 rechtsfähig.

Da die BIG auf Basis ihres Unternehmensgegenstands gemäß § 2 Bundesimmobilienengesetz Raum für Bundeszwecke zur Verfügung zu stellen hat, wodurch der Bund seinen Raumbedarf zur Erfüllung seiner sonstigen Staatsaufgaben decken kann, ist diese Gesellschaft als - iS des § 3 Abs 1 Z 2 lit a BVergG 2006 - zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art gegründet anzusehen; und damit öffentliche Auftraggeberin.

3.1.2. Auf Grund der dargestellten 100%-igen Bundesbeteiligung unterliegt BIG gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG iVm § 291 Abs 2 BVergG 2006 der Vergabekontrollkompetenz des Bundesvergabeamts.

3.1.3. Der Bundesgesetzgeber hat mit § 345 Abs 14 BVergG 2006 idF der am 5.3.2010 in Kraft getretenen BVergG - Novelle gemäß Bundesgesetz BGBl I 2010/15 angeordnet, dass - soweit hier relevant - nach dem 5.3.2010 eingeleitete Vergabeverfahren und Rechtsschutzverfahren gemäß dem BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15 zu beurteilen sind.

Zitate Bundesvergabegesetzes 2006 (= BVergG 2006) und insb solche der §§ 291ff BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher grundsätzlich - mangels anderweitiger Klarstellung - auf das BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010 /15.

3.1.4. In der verfahrenseinleitenden Eingabe der Antragstellerin sind in einer Gesamtbewertung die Inhalte vorhanden, die § 322 Abs 1 BVergG 2006 für einen Nachprüfungsantrag vorschreibt. Die Antragstellerin hat auch die über § 318 BVergG 2006 iVm der Verordnung BGBl II 2010/72 für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamts vorgesehenen Pauschalgebühren entrichtet.

3.1.5. Da der vorrangig gestellte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen war, war auch über das ausschreibungsbezügliche Eventualbegehren abzusprechen.

3.1.5.1. Zur Zulässigkeit des vorgetragenen Eventualbegehrens auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung ist vorerst auf die hier anwendbaren §§ 2 und 321 BVergG 2006 hinzuweisen.

3.1.5.2. § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006 definiert im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Ausschreibung als gesondert anfechtbar.

3.1.5.3. Wie oben beim Sachverhalt festgestellt, fand die vorherige Bekanntmachung im streitigen Vergabeverfahren in der zweiten Jahreshälfte 2010 statt. Teilnahmeanträge waren nach dieser Bekanntmachung bis 30.9.2010 abzugeben.

Da im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung die Aufforderung zur Abgabe des Teilnahmeantrags gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006 als Ausschreibung zu verstehen ist, sind die Anfechtungsfristen gemäß § 321 Abs 1 und Abs 4 BVergG 2006 für diese Ausschreibung am 28.1.2011 bereits abgelaufen gewesen.

3.1.5.4. Es war daher insoweit mit Zurückweisung des Eventualbegehrens gemäß § 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 vorzugehen, wobei an dieser Stelle festzuhalten ist, dass mittlerweile auch die jedenfalls mit den Angebotsunterlagen vom 3.11.2010 versandte Aufforderung zur Angebotsabgabe und auch sonstige allfällige Auftraggeberfestlegungen während der Angebotsfrist wie zB das Protokoll über die Begehung vom 16.11.2010 samt 1. Fragebeantwortung und die 2. Fragenbeantwortung mangels Anfechtung gemäß §§ 2 Z 16 lit a sublit dd iVm 321 BVergG 2006 bestandfest geworden sind.

3.1.5.5. Rechtsunerheblich ist dabei, ob sich die Antragstellerin Verhandlungen über den Angebotsgegenstand von der Auftraggeberin erwarten durfte, wie das antragstellerinnenseits vorgebracht wurde - § 39 Abs 3 AVG.

3.2. Zur (fehlenden) Antragslegitimation der Antragstellerin betreffend die angefochtene Zuschlagsentscheidung:

3.2.1. Indiziert die Aktenlage des Vergabeverfahrens einen Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin, welche eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten einer Konkurrentin anfecht, hat das BVA diesen Ausscheidensgrund mit der Antragstellerin zu erörtern, mag dieser Ausscheidensgrund von wem auch immer erst im Nachprüfungsverfahren aufgegriffen werden.

Sachverständige sind allerdings insoweit seitens des BVA nicht mehr zu bestellen. Erweist sich der indizierte (zwingende) Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens als richtig, ist ein Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung auch ohne förmliche Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin mangels Schadens und daher mangels Antragslegitimation gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 zurückzuweisen - VwGH Zlen 2007/04/0095 bzw 2007/04/0232, 0233, letzteres Erk insb zum Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb.

3.2.2. Die Antragstellerin hat gegenständlich entgegen der Festlegung der Auftraggeberin bereits in Punkt 6.2 der Einlage 2.1 der Angebotsunterlagen das 1. OG des Gebäudes 2 des bestehenden streitgegenständlichen Schulgebäudekomplexes dazu herangezogen, um in diesem Bereich des Gebäudes 2, der derzeit insbesondere das Konferenzzimmer beherbergt, einen Küchenbereich einzuplanen. Die Antragstellerin hat damit entgegen den Planungsvorgaben der Auftraggeberin geplant und damit ein fehlerhaftes Angebot gelegt.

3.2.3. Dieser Fehler ist auch nicht behebbar, da die Antragstellerin, würde man ihr nach Ablauf der Angebotsfrist am 17.12.2010 jetzt noch die Möglichkeit einräumen, diesen Planungsfehler zu beheben, nachträglich mehr Zeit für die Erstellung eines vergaberechtskonformen Angebots als die Konkurrenz hätte, was hinsichtlich des insoweit bislang fehlerhaften Realisierungskonzepts der Antragstellerin die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin nachmalig unzulässig verbessern würde. Dies ist unter Wettbewerbsgesichtspunkten eben nicht zulässig.

Der Antragstellerin kann daher unter Berücksichtigung des Grundsatzes des fairen und lautereren Wettbewerbs nachmalig keine Möglichkeit eingeräumt werden, nunmehr ein neues, den bestandfesten Vorgaben der Auftraggeberin entsprechendes Angebot zu legen, das allenfalls den Angebotsvorgaben der Auftraggeberin entspricht - VwGH ZI 2004/04/0078.

Wegen des insoweit unbehebbar fehlerhaften Angebots ist das Angebot der Antragstellerin bereits deshalb zwingend auszuschneiden, womit der Antragstellerin der Schaden gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 und damit die Antragslegitimation fehlen. Insoweit war das Primärbegehren zurückzuweisen.

3.2.4. Wenn die Antragstellerin den Standpunkt vertritt, durch die Beilage 09 der Einlage 2.1 der Angebotsunterlagen dürfe sie davon ausgehen, dass man im Gebäude 2 auch das 1. OG verplanen hätte dürfen, ist die Antragstellerin darauf hinzuweisen, dass diese Beilage /09 mit ihren zwei Planseiten, insb auch in der Fassung vom 19.11.2010 gelegentlich der ersten Fragenbeantwortung, das Planungsgebiet nur aus der Vogelperspektive zeigt; und insoweit nur horizontale Planungsgrenzen aufzeigt.

Hingegen ist in der modifizierten Fassung in einer Beschriftung einer Planseite sogar ausdrücklich ausgeführt, dass es sich hierbei um einen Planungsbereich im EG handelt.

Die Antragstellerin durfte als objektiv redliche Erklärungsempfängerin gemäß §§ 863, 914 und 915 ABGB damit auch nach Erhalt der Angebotsunterlagen am 3.11.2011, nach Erhalt des Protokolls über die Begehung am 16.11.2010 samt erster Fragebeantwortung, und auch nach Erhalt der 2. Fragenbeantwortung nicht davon ausgehen, dass der Konferenzzimmerbereich im 1. OG des Gebäudes 2 für eigene Planungszwecke zur Verfügung steht. Wenn nämlich namens der Auftraggeberin vielmehr in Punkt 5 des Protokolls über die Begehung samt 1. Fragebeantwortung und weiters bei der Beantwortung der Frage 23 dieser 1. Fragebeantwortung gerade nicht ausgeführt wurde, dass man auch im 1. OG des Gebäudes 2 planen dürfe, konnte die Antragstellerin objektiv redlich kein berechtigtes Vertrauen in ein derartig allenfalls zulässig gewordenes Planungsgebiet haben.

Vielmehr spricht auch gegen den Standpunkt der Antragstellerin, dass in den auftrageberseits zur Angebotsstellung versandten Unterlagen gerade kein Plan für das 1. OG des Gebäudes 2 in der Beilage 09 der Einlage 2.1. enthalten war, was aber zu erwarten gewesen wäre, wenn die Auftraggeberin Angebote gewünscht hätte die auch diesen Bereich des Schulgebäudekomplexes mitumfassen.

3.2.5. Die Antragstellerin durfte nach dem Maßstab des objektiv redlichen Erklärungsempfängerin auch nicht irgendwelche Äußerungen des Schuldirektors nach gleichzeitigem eigenen Überhören des eindeutigen Hinweises der Frau DI H\*\*\* gelegentlich der Begehung am 16.11.2010 dahin auslegen, dass nunmehr für sie die Planungsvorgaben abgeändert worden sind, da sich insoweit weder in der ersten noch in der zweiten Fragebeantwortung klarstellende Hinweise für alle Bieter befinden. Nach dem Maßstab der objektiv redlichen Erklärungsempfängerin musste die Antragstellerin zum Zeitpunkt ihrer Angebotslegung vielmehr mangels eindeutig gegenteiliger Festlegungen davon ausgehen, dass weiterhin die Planungsvorgaben gemäß Punkt 6.2. der Einlage 2.1 der Angebotsunterlage gelten, wonach eben das 1. OG des Gebäudes 2 nicht für Zwecke des angebotsgegenständlichen Realisierungskonzepts zur Verfügung steht.

Der Antragstellerin hatte daher ihr eigenes Angebot als unbehebbar fehlerhaft gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006; und damit die Verwirklichung eines zwingenden Ausscheidensgrunds mit dem eigenen Angebot bewusst zu sein.

### 3.3. Zum Pauschalgebührenersatzbegehren

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 sieht rücksichtlich der Begründung der Verpflichtung der Auftraggeberin zum Pauschalgebührenersatz an die Antragstellerin grundlegend vor, dass die Antragstellerin zumindest teilweise mit ihrem Nichtigerklärungsbegehren obsiegen muss, damit die an das Bundesvergabeamt für den auf Nichtigerklärung gerichteten Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entrichtenden Pauschalgebühren unter den sonstigen Voraussetzungen auferlegt werden können.

Da die Antragstellerin ausweislich der Bescheidsprüche aber weder mit ihrem Primärbegehren wider die Zuschlagsentscheidung noch mit ihrem Eventualbegehren wider die Ausschreibung obsiegt hat, war dem Pauschalgebührenersatzbegehren bereits aus diesem Grund keine Folge zu geben.