

TE Bvwg Erkenntnis 2014/2/4 W138 2000177-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.02.2014

Entscheidungsdatum

04.02.2014

Norm

ABGB §1175

BVergG 2006 §126 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §20 Abs2

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §69 Z3

B-VG Art.133 Abs4

ORF-G §31a Abs1

ZTG §21 Abs3

1. ABGB § 1175 heute
2. ABGB § 1175 gültig ab 01.01.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2014
3. ABGB § 1175 gültig von 01.01.1812 bis 31.12.2014
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

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

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. ORF-G § 31a heute
2. ORF-G § 31a gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023
3. ORF-G § 31a gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001
4. ORF-G § 31a gültig von 29.09.1984 bis 31.12.2001

1. ZTG § 21 gültig von 01.01.2007 bis 30.06.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 29/2019
2. ZTG § 21 gültig von 19.11.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2005
3. ZTG § 21 gültig von 01.06.1994 bis 18.11.2005

Spruch

W138 2000177-1/27E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus Hochsteiner als Vorsitzenden sowie Mag. Tanja Neubauer als fachkundiger Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundiger

Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Generalplanersuche für die Sanierung des Medienstandortes Küniglberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

Spruch

A)

I. Der Antrag vom 2. Dezember 2013 der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, "die angefochtene Ausscheidensentscheidung vom 27.11.2013 für nichtig erklären,"römisch eins. Der Antrag vom 2. Dezember 2013 der Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40 , vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, "die angefochtene Ausscheidensentscheidung vom 27.11.2013 für nichtig erklären,"

wird

abgewiesen.

II. Der Antrag vom 02. Dezember 2013 der XXXX vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, "das Bundesvergabeamt möge die (gesamten) Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklären,"römisch zwei. Der Antrag vom 02. Dezember 2013 der römisch 40 vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, "das Bundesvergabeamt möge die (gesamten) Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklären,"

wird

zurückgewiesen.

III. Der Antrag vom 02. Dezember 2013 der XXXX vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, "das Bundesvergabeamt möge in eventu die oben genannten Ausschreibungspassagen (Punkt 7.2., 7.3. und 7.4) für nichtig erklären und in der Folge als rechtswidrig streichen,"römisch drei. Der Antrag vom 02. Dezember 2013 der römisch 40 vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, "das Bundesvergabeamt möge in eventu die oben genannten Ausschreibungspassagen (Punkt 7.2., 7.3. und 7.4) für nichtig erklären und in der Folge als rechtswidrig streichen,"

wird

zurückgewiesen.

IV. Der Antrag vom 02. Dezember 2013 der XXXX, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 18.000,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen,"römisch vier. Der Antrag vom 02. Dezember 2013 der römisch 40 , vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 18.000,- - binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen,"

wird

abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgangrömisch eins. Verfahrensgang

Mit Schriftsatz vom 02.12.2013 (elektronisch am 02.12.2013 um 14 Uhr 34 im Bundesvergabeamt BVA eingelangt), stellte die Bietergemeinschaft XXXX vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4 (im Weiteren: Antragstellerin) bezogen auf das Vergabeverfahren "Generalplanersuche für die Sanierung des

Medienstandortes Königlberg) unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" des XXXX (im Weiteren: Auftraggeber) das in den Spruchpunkten I bis IV dieses Erkenntnisses wörtlich wiedergegebene Antragsbegehren und beantragte darüber hinaus die Einsicht in den Vergabeakt des Auftraggebers, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Mit Schriftsatz vom 02.12.2013 (elektronisch am 02.12.2013 um 14 Uhr 34 im Bundesvergabeamt BVA eingelangt), stellte die Bietergemeinschaft römisch 40 vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4 (im Weiteren: Antragstellerin) bezogen auf das Vergabeverfahren "Generalplanersuche für die Sanierung des Medienstandortes Königlberg) unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" des römisch 40 (im Weiteren: Auftraggeber) das in den Spruchpunkten römisch eins bis römisch vier dieses Erkenntnisses wörtlich wiedergegebene Antragsbegehren und beantragte darüber hinaus die Einsicht in den Vergabeakt des Auftraggebers, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Antragstellerin führte dazu im einleitenden Schriftsatz vom 02.12.2013, im Wesentlichen zusammengefasst aus, der Auftraggeber habe als vergebende Stelle am 07.08.2013 eine EU-weite "freiwillige" Bekanntmachung für das Vergabeverfahren "Generalplanersuche für die Sanierung des Medienstandortes Königlberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" versendet. Der Generalplaner solle durch ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger EU-weiter Präqualifikation gefunden werden. Der Auftragswert befinde sich im Oberschwellenbereich. Die EU-weite Auftragsbekanntmachung enthalte an diversen Stellen den Hinweis, "der XXXX sei kein öffentlicher Auftraggeber". Eine zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren werde in der Bekanntmachung nicht genannt. Für die erste Stufe des Verhandlungsverfahrens treffe der "Procedure Letter" vom 06.08.2013 die wesentlichen Feststellungen. Unter Punkt 3 des Procedure Letter führe der Auftraggeber hinsichtlich des Verfahrens zur Generalplanersuche an, dass der XXXX kein öffentlicher Auftraggeber sei und das Bundesvergabegesetz 2006 lediglich aufgrund der Bedeutung des Projekts freiwillig angewendet werde. Weiters wären gemäß den Angaben des Auftraggebers für ein allfälliges Nachprüfungsverfahren die ordentlichen Gerichte zuständig. Mit Teilnahmeantrag vom 12.09.2013 habe sich die Antragstellerin am Verfahren des Auftraggebers beteiligt und wurde mit dem Procedure Letter vom 13.09.2013 gemeinsam mit vier weiteren Bewerbern zur Angebotsabgabe eingeladen. In einem mit dem Auftraggeber geführten Informationsgespräch am 18.09.2013 seien für die Angebotserstellung wesentliche Punkte erstmals bekanntgegeben worden. Am 24.09.2013 seien den Bietern ergänzende Festlegungen infolge der Informationsgespräche vom 18.09.2013 übermittelt worden. Am 02.10.2013 habe der Auftraggeber den Bietern eine Nachreichung von Unterlagen übermittelt, welche diverse Gutachten sowie eine sogenannte Tafel zur Machbarkeitsstudie betreffend die Kostenschätzung umfasste. Mit fristgerecht eingereichtem Angebot vom 10.10.2013 habe sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt. Aufgrund eines angeblich unangemessen niedrigen Angebotspreises der Antragstellerin habe der Auftraggeber am 16.10.2013 Aufklärungsgespräche gem. § 125 Abs. 3 bis 5 BVergG geführt. Die Antragstellerin führte dazu im einleitenden Schriftsatz vom 02.12.2013, im Wesentlichen zusammengefasst aus, der Auftraggeber habe als vergebende Stelle am 07.08.2013 eine EU-weite "freiwillige" Bekanntmachung für das Vergabeverfahren "Generalplanersuche für die Sanierung des Medienstandortes Königlberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" versendet. Der Generalplaner solle durch ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger EU-weiter Präqualifikation gefunden werden. Der Auftragswert befinde sich im Oberschwellenbereich. Die EU-weite Auftragsbekanntmachung enthalte an diversen Stellen den Hinweis, "der römisch 40 sei kein öffentlicher Auftraggeber". Eine zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren werde in der Bekanntmachung nicht genannt. Für die erste Stufe des Verhandlungsverfahrens treffe der "Procedure Letter" vom 06.08.2013 die wesentlichen Feststellungen. Unter Punkt 3 des Procedure Letter führe der Auftraggeber hinsichtlich des Verfahrens zur Generalplanersuche an, dass der römisch 40 kein öffentlicher Auftraggeber sei und das Bundesvergabegesetz 2006 lediglich aufgrund der Bedeutung des Projekts freiwillig angewendet werde. Weiters wären gemäß den Angaben des Auftraggebers für ein allfälliges Nachprüfungsverfahren die ordentlichen Gerichte zuständig. Mit Teilnahmeantrag vom 12.09.2013 habe sich die Antragstellerin am Verfahren des Auftraggebers beteiligt und wurde mit dem Procedure Letter vom 13.09.2013 gemeinsam mit vier weiteren Bewerbern zur Angebotsabgabe eingeladen. In einem mit dem Auftraggeber geführten Informationsgespräch am 18.09.2013 seien für die Angebotserstellung wesentliche Punkte erstmals bekanntgegeben worden. Am 24.09.2013 seien den Bietern ergänzende Festlegungen infolge der Informationsgespräche vom 18.09.2013 übermittelt worden. Am 02.10.2013 habe der Auftraggeber den Bietern eine Nachreichung von Unterlagen übermittelt, welche diverse Gutachten sowie eine sogenannte Tafel zur Machbarkeitsstudie betreffend die Kostenschätzung umfasste. Mit fristgerecht eingereichtem Angebot vom 10.10.2013 habe sich die Antragstellerin am

gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt. Aufgrund eines angeblich unangemessen niedrigen Angebotspreises der Antragstellerin habe der Auftraggeber am 16.10.2013 Aufklärungsgespräche gem. Paragraph 125, Absatz 3 bis 5 BVergG geführt.

Unter Punkt 9 des Protokolls habe der Auftraggeber um Aufklärung der Positionen 10.9., 10.10. und 10.11. ersuchte, da angeblich offenkundig ein Unterpreis vorliegen würde. Aufgrund dieses Vorhalts habe die Antragstellerin unumwunden angegeben, dass sie hier offensichtlich einen Fehler gemacht habe, da sie nur den Generalplanerzuschlag (%) in die Position des Angebotsformulars eingetragen habe. Aufgrund einer nochmaligen schriftlichen Aufforderung des Auftraggebers habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 25.10.2013 nochmals eine Aufklärung der Angemessenheit der Preise erstattet. Zum Zeitpunkt der Bewerbung und der Abgabe des ersten Angebots am 10.10.2013 habe sich die Befugnis der Antragstellerin folgendermaßen dargestellt:

XXXXrömisch 40

Baumeister (uneingeschränkt) gem. § 99 Gewerbeordnung 1994Baumeister (uneingeschränkt) gem. Paragraph 99, Gewerbeordnung 1994.

Ingenieur-Büro (beratende Ingenieure auf dem Fachgebiet der Elektrotechnik)

Sonstiges und zwar technisches Büro (§ 211 Gewerbeordnung 1994) für Innenarchitektur (Beratung, Planung, Berechnung, Untersuchung, Projektausarbeitung und Überwachung der Ausführung); technisches Büro für Maschinenbau, eingeschränkt auf die technische Gebäudeausrüstung und Energieplanung, weiters eingeschränkt auf Heizungs-, Kühlungs-, Lüftungs-, Sanitär- und Regelungstechnik.Sonstiges und zwar technisches Büro (Paragraph 211, Gewerbeordnung 1994) für Innenarchitektur (Beratung, Planung, Berechnung, Untersuchung, Projektausarbeitung und Überwachung der Ausführung); technisches Büro für Maschinenbau, eingeschränkt auf die technische Gebäudeausrüstung und Energieplanung, weiters eingeschränkt auf Heizungs-, Kühlungs-, Lüftungs-, Sanitär- und Regelungstechnik.

XXXXrömisch 40

Mitglied der Architektenkammer Deutschland.

XXXXrömisch 40

ZT-Befugnis.

Am 18.11.2013 sei die Befugnis des Gewerbeinhabers XXXX hinsichtlich des Baumeistergewerbes gem.§ 99 Abs. 1 GewO eingeschränkt worden auf Z 1, Z 2, Z 5 und Z 6. Die Gewerbeberechtigung des Mitglieds der Bietergemeinschaft sei somit mit 18.11.2013 auf planende und beratende Tätigkeiten eingeschränkt worden. Das Mitglied sei somit per 18.11.2013 zu keinen ausführenden Tätigkeiten berechtigt. Dies sei dem Auftraggeber mit Schreiben vom 19.11.2013 mitgeteilt worden.Am 18.11.2013 sei die Befugnis des Gewerbeinhabers römisch 40 hinsichtlich des Baumeistergewerbes gem. Paragraph 99, Absatz eins, GewO eingeschränkt worden auf Ziffer eins,, Ziffer 2,, Ziffer 5 und Ziffer 6, Die Gewerbeberechtigung des Mitglieds der Bietergemeinschaft sei somit mit 18.11.2013 auf planende und beratende Tätigkeiten eingeschränkt worden. Das Mitglied sei somit per 18.11.2013 zu keinen ausführenden Tätigkeiten berechtigt. Dies sei dem Auftraggeber mit Schreiben vom 19.11.2013 mitgeteilt worden.

Mit Schreiben vom 20.11.2013 sei die Antragstellerin zur Teilnahme an der vertieften zweiten Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens eingeladen worden.

Mit Schreiben vom 27.11.2013 sei die Antragstellerin völlig unerwartet von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen und die Einladung zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren und Abgabe eines last and best offers widerrufen worden. Der Auftraggeber habe diese Ausscheidungsentscheidung auf die Ausscheidungsgründe eines widersprechenden Angebots bzw. unterpreisigen Angebots zu den Leistungspositionen 10.9., 10.10 und

10.11 (Ausscheidungsgründe § 129 Abs. 1 Z 3 und Z 7 BVergG) sowie den Verstoß gegen§ 21 Abs. 3 ZTG (Ausscheidungsgründe § 129 Abs. 1 Z 2 und Z 7 BVergG) gestützt.10.11 (Ausscheidungsgründe Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG) sowie den Verstoß gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG (Ausscheidungsgründe Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 7, BVergG) gestützt.

Zur Zulässigkeit des gegenständlichen Antrags und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes führte die

Antragstellerin aus, dass es sich bei dem Antraggegner um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG handle. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liege somit im sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des BVergG. Das Bundesvergabeamt selbst sei bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerde zuständig. Zur Zulässigkeit des gegenständlichen Antrags und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes führte die Antragstellerin aus, dass es sich bei dem Antraggegner um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG handle. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liege somit im sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des BVergG. Das Bundesvergabeamt selbst sei bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerde zuständig.

Mangels bisheriger Zuschlagserteilung bzw. mangels Widerrufserklärung sei das BVA zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gem. § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zuständig. Die Antragstellerin bekämpfe die gesondert anfechtbare Ausscheidensentscheidung vom 27.11.2013, mit welcher das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden solle (Ausscheidensentscheidung). Weiters bekämpfe die Antragstellerin die gesondert anfechtbare sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase im Forum der Einladung zur vertieften zweiten Stufe vom 20.11.2013. Mangels bisheriger Zuschlagserteilung bzw. mangels Widerrufserklärung sei das BVA zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gem. Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zuständig. Die Antragstellerin bekämpfe die gesondert anfechtbare Ausscheidensentscheidung vom 27.11.2013, mit welcher das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden solle (Ausscheidensentscheidung). Weiters bekämpfe die Antragstellerin die gesondert anfechtbare sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase im Forum der Einladung zur vertieften zweiten Stufe vom 20.11.2013.

Die Pauschalgebühren in Höhe von EUR 12.000,-- für den Nachprüfungsantrag und EUR 6.000,-- für den Antrag der Erlassung einer einstweiligen Verfügungen seien bereits entrichtet worden. Das Interesse der Antragstellerin liege darin, dass die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe ein Schaden entstünde bzw. zu entstehen drohe. Aufgrund der bisherigen Anstrengungen der Antragstellerin zur Wahrung ihrer Rechtsposition seien Kosten in Höhe von zumindest EUR 30.000,--- angefallen. Bestandteil des Schadens seien auch die für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 18.000,--. Die Rechte der Antragstellerin könnten nur durch den vorliegenden Antrag gewahrt werden.

Bei richtiger Angebotsprüfung wäre das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden und für die Erteilung des Zuschlages vorzusehen gewesen. Die Antragstellerin werde durch die vergaberechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers in ihren Rechten auf Unterbleiben einer Ausscheidensentscheidung, auf rechtskonforme Prüfung der Angebote entsprechend den Ausschreibungsvorgaben, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gem. § 19 Abs. 1 BVergG auf Gleichbehandlung der Bieter sowie auf Zuschlagserteilung verletzt. Bei richtiger Angebotsprüfung wäre das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden und für die Erteilung des Zuschlages vorzusehen gewesen. Die Antragstellerin werde durch die vergaberechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers in ihren Rechten auf Unterbleiben einer Ausscheidensentscheidung, auf rechtskonforme Prüfung der Angebote entsprechend den Ausschreibungsvorgaben, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gem. Paragraph 19, Absatz eins, BVergG auf Gleichbehandlung der Bieter sowie auf Zuschlagserteilung verletzt.

Zur Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung vom 27.11.2013 brachte die Antragstellerin vor, dass in ihrem Angebot vom 10.10.2013 die Leistungspositionen 10.9., 10.10 und 10.11 des Angebotsformulars von der Antragstellerin aufgrund eines Rechenfehlers fälschlicherweise ausgefüllt worden seien. Die Berechnung der Leistungspositionen des Angebotsformulars im Angebot vom 10.10.2013 sei von der Antragstellerin intern in einem Excel-Dokument durchgeführt worden. Aufgrund einer fehlerhaften Verknüpfung der Werte in der Formel der Antragstellerin, sei in der Position das Netto-Honorarvolumen nicht zum Generalplanerzuschlag addiert worden. Diesen Fehler habe die Antragstellerin beim Aufklärungsgespräch am 16.10.2013 sofort erkannt und unumwunden angegeben, dass sie hier offensichtlich einen Fehler gemacht habe. Das Ausscheiden der Antragstellerin unter Berufung auf diesen zulässigerweise bereits sanierten Angebotsmangel sei rechtswidrig.

Bis zum 18.11.2013 sei die XXXX mit der vollen Baumeisterbefugnis gemäß § 99 Abs. 1 GewO 1994 im Gewerberegister eingetragen und somit auch zu ausführenden Tätigkeiten berechtigt gewesen. Am 18.11.2013 sei die gewerberechtliche Befugnis der XXXX auf Baumeister gemäß § 99 Abs. 1 Z 1, 2, 5, und 6 GewO eingeschränkt worden, was dem Auftraggeber mit Schreiben vom 19.11.2013 mitgeteilt worden sei. Seit diesem Zeitpunkt sei die XXXX also zu keinen ausführenden Tätigkeiten mehr berechtigt. Da durch die teilweise Zurücklegung der Berechtigung keine Ausführungsleistungen mehr durch die XXXX erbracht würden, könne darin kein Verstoß gegen das Koalitionsverbot vorliegen und sei aus diesem Grunde ein Ausscheiden gem. § 129 Abs. 7 BVergG rechtswidrig. Bei der Antragstellerin handle es sich nicht um eine GesbR, sondern lediglich um einen losen Zusammenschluss von drei Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft. Bis zum 18.11.2013 sei die römisch 40 mit der vollen Baumeisterbefugnis gemäß Paragraph 99, Absatz eins, GewO 1994 im Gewerberegister eingetragen und somit auch zu ausführenden Tätigkeiten berechtigt gewesen. Am 18.11.2013 sei die gewerberechtliche Befugnis der römisch 40 auf Baumeister gemäß Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer eins, 2, 5,, und 6 GewO eingeschränkt worden, was dem Auftraggeber mit Schreiben vom 19.11.2013 mitgeteilt worden sei. Seit diesem Zeitpunkt sei die römisch 40 also zu keinen ausführenden Tätigkeiten mehr berechtigt. Da durch die teilweise Zurücklegung der Berechtigung keine Ausführungsleistungen mehr durch die römisch 40 erbracht würden, könne darin kein Verstoß gegen das Koalitionsverbot vorliegen und sei aus diesem Grunde ein Ausscheiden gem. Paragraph 129, Absatz 7, BVergG rechtswidrig. Bei der Antragstellerin handle es sich nicht um eine GesbR, sondern lediglich um einen losen Zusammenschluss von drei Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft.

Es existiere kein Vorvertrag oder eine ähnliche Vereinbarung. Am 20.11.2013 sei das Schreiben "Einladung zur vertieften zweiten Stufe - Informationsgespräche - ergänzende Festlegungen" an die Antragstellerin übermittelt worden. Mit diesem Schreiben sei die Antragstellerin zur Teilnahme an den Informationsgesprächen vom 28.11.2013 und unter anderem auch zur Abgabe eines Zwischenangebotes eingeladen worden. Weiters enthalte dieses Schreiben diverse Ergänzungen und Abänderungen zum ursprünglichen Procedure Letter vom 06.08.2013 bzw. 13.09.2013. Es handle sich bei diesem Schreiben also um eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen in Form einer sonstigen Festlegung während der Verhandlungsphase. Die Bestimmungen der Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen stellten gravierende Vergabeverstöße dar, welche die Abgabe eines adäquaten Angebotes verhindern würden. Dieses Schreiben übertrage, in dieser Form erstmalig am 20.11.2013, unkalkulierbare Risiken an die Bieter, weswegen die Angebote nicht kalkulierbar seien. Es mangle nicht nur an der technischen Bestellqualität des Auftraggebers, auch in vertragsrechtlicher Sicht seien ihre Angaben in der Einladung zur vertieften zweiten Stufe völlig unkalkulierbar. Es fehle nämlich der komplette Leistungsvertrag, wie er von dem Auftraggeber gem. § 99 BVergG beizustellen wäre. Entgegen der Bestimmung des § 78 Abs. 3 BVergG würden die Ausschreibungsunterlagen daher diverse technische und rechtlich nicht kalkulierbare Risiken an die Bieter übertragen. Der Leistungsgegenstand sei unter Punkt 2 des Procedure Letter vom 06.08.2013 festgelegt worden. In der Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen durch die Einladung zur vertieften zweiten Stufe am 20.11.2013 werde nun einerseits der Leistungsumfang deutlich erhöht und das Verhältnis zwischen Basisleistungen und Optionen in einem erheblichen Umfang verändert. Es existiere kein Vorvertrag oder eine ähnliche Vereinbarung. Am 20.11.2013 sei das Schreiben "Einladung zur vertieften zweiten Stufe - Informationsgespräche - ergänzende Festlegungen" an die Antragstellerin übermittelt worden. Mit diesem Schreiben sei die Antragstellerin zur Teilnahme an den Informationsgesprächen vom 28.11.2013 und unter anderem auch zur Abgabe eines Zwischenangebotes eingeladen worden. Weiters enthalte dieses Schreiben diverse Ergänzungen und Abänderungen zum ursprünglichen Procedure Letter vom 06.08.2013 bzw. 13.09.2013. Es handle sich bei diesem Schreiben also um eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen in Form einer sonstigen Festlegung während der Verhandlungsphase. Die Bestimmungen der Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen stellten gravierende Vergabeverstöße dar, welche die Abgabe eines adäquaten Angebotes verhindern würden. Dieses Schreiben übertrage, in dieser Form erstmalig am 20.11.2013, unkalkulierbare Risiken an die Bieter, weswegen die Angebote nicht kalkulierbar seien. Es mangle nicht nur an der technischen Bestellqualität des Auftraggebers, auch in vertragsrechtlicher Sicht seien ihre Angaben in der Einladung zur vertieften zweiten Stufe völlig unkalkulierbar. Es fehle nämlich der komplette Leistungsvertrag, wie er von dem Auftraggeber gem. Paragraph 99, BVergG beizustellen wäre. Entgegen der Bestimmung des Paragraph 78, Absatz 3, BVergG würden die Ausschreibungsunterlagen daher diverse technische und rechtlich nicht kalkulierbare Risiken an die Bieter übertragen. Der Leistungsgegenstand sei unter Punkt

2 des Procedure Letter vom 06.08.2013 festgelegt worden. In der Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen durch die Einladung zur vertieften zweiten Stufe am 20.11.2013 werde nun einerseits der Leistungsumfang deutlich erhöht und das Verhältnis zwischen Basisleistungen und Optionen in einem erheblichen Umfang verändert.

Durch die neuen Festlegungen gem. Punkt 3.6 der Einladung zur vertieften zweiten Stufe vom 20.11.2013 werde eine umfangreiche Verschiebung zwischen den Verhältnissen von Basisleistung und Optionen bewirkt. Das Bewertungssystem für die Bestbieterermittlung sei jedoch nicht abgeändert worden. Es liege jedenfalls eine inhaltlich wesentlich andere Ausschreibung vor, welche zur Änderung des potentiell in Betracht kommenden Bieterkreises führen würde. Dies müsse zwingend zu einem Widerruf des Verfahrens führen. Die Ausschreibungsunterlagen Procedure Letter vom 13.09.2013 seien zwar mangels Anfechtung bereits bestandfest, jedoch bestünde die Verpflichtung des Auftraggebers zum Widerruf des Vergabeverfahrens beim Vorliegen von zwingenden Widerrufsründen (nicht nachvollziehbare Bestbieterermittlung).

Der Auftraggeber übermittelte die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens und gab mit Schreiben vom 05. Dezember 2013 im Wesentlichen zusammengefasst an, dass das Vergabeverfahren im Zuge eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung als Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben worden sei. Die Öffnung der ersten Angebote sei am 11.10.2013 erfolgt und sei das Ausscheiden der Antragstellerin mit Schreiben vom 27.11.2013 erfolgt. Zur Auftraggebereigenschaft wurde vorgebracht, dass der Auftraggeber kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG 2006 sei. Der Auftraggeber habe den rechtskräftigen Entscheid des BVA vom 27.09.2012 zur Kenntnis genommen und beachte die Vorgaben des BVergG 2006 uneingeschränkt, dies freiwillig und unpräjudiziell für seinen weiterhin aufrechten Rechtsstandpunkt, dass der Auftraggeber kein öffentlicher Auftraggeber sei. Unstrittig sei, dass der Auftraggeber zum besonderen Zweck gegründet worden sei, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. In diesem Sinne würden unstrittig die Tatbestandselemente der Einrichtung eines öffentlichen Rechts gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 lit. a 1. Halbsatz, lit. b und lit. c des BVergG zutreffen. Entgegen den Feststellungen des Bundesvergabeamtes vom 27.09.2012 übe der Auftraggeber die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gewerblich aus. In Österreich würden die Rundfunkgebühren weder vom Auftraggeber selbst, noch in dessen Namen erhoben. Rückschlüsse aus Deutschland bzw. dem EuGH Judikat C-337/06 Bayrischer Rundfunk würden sich auf den Auftraggeber sohin nicht ziehen lassen. Der Auftraggeber sei in all seinen Bereichen einem liberalen Markt ausgesetzt. Die von dem Auftraggeber zu erfüllenden Aufgaben der Kommunikationsdienste seien heute, mehr denn je, Telekommunikationsdienste. Auch im klassischen Rundfunkmarkt würden sich unzählige private Mitbewerber drängen. Der Auftraggeber übermittelte die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens und gab mit Schreiben vom 05. Dezember 2013 im Wesentlichen zusammengefasst an, dass das Vergabeverfahren im Zuge eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung als Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben worden sei. Die Öffnung der ersten Angebote sei am 11.10.2013 erfolgt und sei das Ausscheiden der Antragstellerin mit Schreiben vom 27.11.2013 erfolgt. Zur Auftraggebereigenschaft wurde vorgebracht, dass der Auftraggeber kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG 2006 sei. Der Auftraggeber habe den rechtskräftigen Entscheid des BVA vom 27.09.2012 zur Kenntnis genommen und beachte die Vorgaben des BVergG 2006 uneingeschränkt, dies freiwillig und unpräjudiziell für seinen weiterhin aufrechten Rechtsstandpunkt, dass der Auftraggeber kein öffentlicher Auftraggeber sei. Unstrittig sei, dass der Auftraggeber zum besonderen Zweck gegründet worden sei, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. In diesem Sinne würden unstrittig die Tatbestandselemente der Einrichtung eines öffentlichen Rechts gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, 1. Halbsatz, Litera b und Litera c, des BVergG zutreffen. Entgegen den Feststellungen des Bundesvergabeamtes vom 27.09.2012 übe der Auftraggeber die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gewerblich aus. In Österreich würden die Rundfunkgebühren weder vom Auftraggeber selbst, noch in dessen Namen erhoben. Rückschlüsse aus Deutschland bzw. dem EuGH Judikat C-337/06 Bayrischer Rundfunk würden sich auf den Auftraggeber sohin nicht ziehen lassen. Der Auftraggeber sei in all seinen Bereichen einem liberalen Markt ausgesetzt. Die von dem Auftraggeber zu erfüllenden Aufgaben der Kommunikationsdienste seien heute, mehr denn je, Telekommunikationsdienste. Auch im klassischen Rundfunkmarkt würden sich unzählige private Mitbewerber drängen.

Der Auftraggeber habe sohin nicht nur aufgrund des ORF-Gesetzes als Unternehmer zu agieren, sondern sei aufgrund dieses Wettbewerbes zu einer ausschließlich an marktwirtschaftlichen Überlegung orientierten Beschaffung verpflichtet. Staatsgarantien für den Auftraggeber bestünden nicht. Das wirtschaftliche Risiko würde ausschließlich der

Auftraggeber tragen. Die Programmentgelte seien zwar öffentlich-rechtlich geregelt, seien jedoch Entgelt für die Leistung des Auftraggebers. Der Auftraggeber sei zu ausschließlich marktorientiertem Verhalten angehalten. Der Auftraggeber erbringe alle seine Leistungen ausschließlich gewerblich und sei daher keine Einrichtung gemäß § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006. Der Auftraggeber habe sohin nicht nur aufgrund des ORF-Gesetzes als Unternehmer zu agieren, sondern sei aufgrund dieses Wettbewerbes zu einer ausschließlich an marktwirtschaftlichen Überlegung orientierten Beschaffung verpflichtet. Staatsgarantien für den Auftraggeber bestünden nicht. Das wirtschaftliche Risiko würde ausschließlich der Auftraggeber tragen. Die Programmentgelte seien zwar öffentlich-rechtlich geregelt, seien jedoch Entgelt für die Leistung des Auftraggebers. Der Auftraggeber sei zu ausschließlich marktorientiertem Verhalten angehalten. Der Auftraggeber erbringe alle seine Leistungen ausschließlich gewerblich und sei daher keine Einrichtung gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006.

In einer weiteren Stellungnahme vom 09.12.2013 führte der Auftraggeber im Wesentlichen zusammengefasst aus, dass die Antragstellerin irre, wenn sie ihren Angebotsfehler in den Leistungspositionen 10.9, 10.10 und 10.11 nunmehr erstmals als Rechenfehler begründe. Diesem Angebot sei keine den Angebotsunterlagen zu entnehmende Rechenoperation vorangegangen. Entgegen dem nunmehrigen Verständnis der Antragstellerin sei dem Angebotsformular in der Fußnote 1 Seite 6 eine unmissverständliche Vorgabe zu entnehmen und keine von der Auftraggeberin nachzuvollziehende Berechnungsformel. Dem Angebotsformular seien nicht mehrere Spalten zu entnehmen, sondern eine einzige Angebotsspalte, in der der Positionsbeitrag einzutragen wäre. Entgegen dem nunmehrigen Vorbringen der Antragstellerin lasse sich die von ihr angestellte Berechnung aus dem Angebotsformular nicht ableiten. Es wäre nicht zu erkennen gewesen, dass das angebotene Entgelt zuzüglich dem vorgegebenen Nettomonarvolumen als angeboten gelte. Der Auftraggeber habe das Angebot der Antragstellerin zu 10.9, 10.10 und 10.11 niemals als Rechenfehler aufgefasst, sondern die Plausibilität des kalkulierten Angebotes hinterfragt. Von einem Rechenfehler habe die Antragstellerin bis zum nunmehrigen Nachprüfungsantrag nicht gesprochen. Überdies habe die Antragstellerin in ihrer Angebotserklärung unter anderem rechtsverbindlich und unwiderruflich erklärt, auf eine Anfechtung dieses Angebotes wegen Irrtums oder Änderung bzw. Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu verzichten.

In diesem Sinne sei die nunmehrige Geltendmachung eines Erklärungsirrtums ausdrücklich ausgeschlossen. Das Angebot widerspreche daher den Ausschreibungsbedingungen, wonach alle zu den einzelnen Leistungspositionen anfallenden Kosten zu kalkulieren seien und Kostenverlagerungen zwischen den einzelnen Leistungspositionen unzulässig seien. Das Angebot sei daher zu Recht gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 und Z 7 BVergG ausgeschieden worden. In diesem Sinne sei die nunmehrige Geltendmachung eines Erklärungsirrtums ausdrücklich ausgeschlossen. Das Angebot widerspreche daher den Ausschreibungsbedingungen, wonach alle zu den einzelnen Leistungspositionen anfallenden Kosten zu kalkulieren seien und Kostenverlagerungen zwischen den einzelnen Leistungspositionen unzulässig seien. Das Angebot sei daher zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG ausgeschieden worden.

Zum Verstoß gegen § 21 Abs. 3 ZTG führte der Auftraggeber aus, dass die Antragstellerin sowohl zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe als auch bei Abgabe des ersten Angebots aus Mitgliedern bestanden habe, die einerseits über die Befugnis als Ziviltechniker und andererseits über die uneingeschränkte Baumeisterbefugnis verfügten. Die Antragstellerin übersehe, dass § 21 Abs. 3 Ziviltechnikergesetz ausdrücklich von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts spreche, ein derartiger Zusammenschluss nichtig sei und selbstverständlich Bürgergemeinschaften bzw. Bietergemeinschaften Gesellschaften bürgerlichen Rechts seien. Zum Verstoß gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG führte der Auftraggeber aus, dass die Antragstellerin sowohl zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe als auch bei Abgabe des ersten Angebots aus Mitgliedern bestanden habe, die einerseits über die Befugnis als Ziviltechniker und andererseits über die uneingeschränkte Baumeisterbefugnis verfügten. Die Antragstellerin übersehe, dass Paragraph 21, Absatz 3, Ziviltechnikergesetz ausdrücklich von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts spreche, ein derartiger Zusammenschluss nichtig sei und selbstverständlich Bürgergemeinschaften bzw. Bietergemeinschaften Gesellschaften bürgerlichen Rechts seien.

Zur Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts genüge es, dass alle Gesellschafter gemeinsam einen Teilnahmeantrag und gemeinsam ein Angebot unterfertigten, und diese auch gemeinsam agieren würden. Die Bietergemeinschaft sei jedenfalls als Gesellschaft bürgerlichen Rechtes zu werten, die gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des § 21 Abs 3 ZTG verboten sei. Im Hinblick auf die Nichtigkeit der der Gründung der Bietergemeinschaft zugrundeliegenden Vereinbarung fehle es hier in weiterer Konsequenz an der notwendigen Eignung. Das Ausscheiden

sei nicht nur wegen mangelnder Befugnis ausgesprochen worden, sondern wegen mangelnder Eignung gem. § 129 Abs 1 Z 2 BVergG. Bereits in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens sei gefordert worden, dass der Nachweis einer aufrechten Rechtsperson erbracht werde. Zwar hätten die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft den Nachweis ihrer Existenz erbracht, im Hinblick auf den Verstoß gegen § 21 Abs 3 ZTG sei die Antragstellerin jedoch als nichtige Gesellschaft anzusehen, mit der Folge, dass die Antragstellerin nicht über die gemäß § 20 Abs 2 BVergG geforderte Teilrechtsfähigkeit zur Legung eines Angebotes verfüge. Zur Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts genüge es, dass alle Gesellschafter gemeinsam einen Teilnahmeantrag und gemeinsam ein Angebot unterfertigten, und diese auch gemeinsam agieren würden. Die Bietergemeinschaft sei jedenfalls als Gesellschaft bürgerlichen Rechtes zu werten, die gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des Paragraph 21, Absatz 3, ZTG verboten sei. Im Hinblick auf die Nichtigkeit der der Gründung der Bietergemeinschaft zugrundeliegenden Vereinbarung fehle es hier in weiterer Konsequenz an der notwendigen Eignung. Das Ausscheiden sei nicht nur wegen mangelnder Befugnis ausgesprochen worden, sondern wegen mangelnder Eignung gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bereits in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens sei gefordert worden, dass der Nachweis einer aufrechten Rechtsperson erbracht werde. Zwar hätten die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft den Nachweis ihrer Existenz erbracht, im Hinblick auf den Verstoß gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG sei die Antragstellerin jedoch als nichtige Gesellschaft anzusehen, mit der Folge, dass die Antragstellerin nicht über die gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG geforderte Teilrechtsfähigkeit zur Legung eines Angebotes verfüge.

Ein Verstoß gegen die konkret hier anwendbaren Berufsvorschriften sei als berufliche Unzuverlässigkeit zu werten und habe ebenfalls das Ausscheiden des Bieters zur Folge. Als nichtiger Zusammenschluss von Unternehmen könne die Antragstellerin kein rechtsverbindliches Angebot legen, geschweige denn zusagen, dass sie im Auftragsfall alle in Österreich geltenden gesetzlichen Bestimmungen einhalten würde. Die teilweise Zurücklegung der Berechtigung durch XXXX sei zum einen zu spät und zum anderen unvollständig. Die XXXX sei weiterhin für ausführende Tätigkeiten befugt. Die XXXX sei unter anderem weiterhin befugt zur Übernahme der Bauführung gem. § 99 Abs. 1 Z 5 GewO. Ein Verstoß gegen die konkret hier anwendbaren Berufsvorschriften sei als berufliche Unzuverlässigkeit zu werten und habe ebenfalls das Ausscheiden des Bieters zur Folge. Als nichtiger Zusammenschluss von Unternehmen könne die Antragstellerin kein rechtsverbindliches Angebot legen, geschweige denn zusagen, dass sie im Auftragsfall alle in Österreich geltenden gesetzlichen Bestimmungen einhalten würde. Die teilweise Zurücklegung der Berechtigung durch römisch 40 sei zum einen zu spät und zum anderen unvollständig. Die römisch 40 sei weiterhin für ausführende Tätigkeiten befugt. Die römisch 40 sei unter anderem weiterhin befugt zur Übernahme der Bauführung gem. Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer 5, GewO.

Hinsichtlich der fehlenden Antragslegitimation der Antragstellerin gegen den Procedure Letter vom 20.11.2013 führte der Auftraggeber aus, dass das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin rechtmäßig mit Schreiben vom 27.11.2013 erfolgt sei. Als ausgeschiedener Bieter entfalte das Schreiben vom 20.11.2013 keine Wirkung mehr auf die Antragstellerin. Auch die von der Antragstellerin zitierte EuGH-Entscheidung Fast Web ändere an der fehlenden Antragslegitimation nichts. Die Antragstellerin übersehe vor allem, dass das Verhandlungsverfahren noch im Laufen sei, also die von ihr angefochtenen Festlegungen nicht im Zeitpunkt einer bereits getroffenen Zuschlagsentscheidung getroffen würden, sondern während eines laufenden Verhandlungsverfahrens.

Zur vermeintlich bewirkten Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, dass das Schreiben vom 20.11.2013 keine wesentlichen Festlegungen enthalte, die nicht ohnehin bereits vor Abgabe des ersten Angebotes gegolten hätten und von der Antragstellerin akzeptiert worden seien, also bestandfest geworden seien. Die TGA-Planung sei von Beginn an Teil der ausgeschriebenen Generalplanerleistung. Konkretisiert sei diese in der Leistungsbeschreibung Generalplanerleistung, welche dem Procedure Letter vom 13.09.2013 angeschlossen war. Alle diese Festlegungen seien bestandfest geworden. Auch bezüglich der weiteren Festlegungen zur Auslegung der TGA-Systeme habe die Antragstellerin keine Einwände erhoben und in Summe die TGA-Planung als kalkulierbar angesehen und ein Angebot abgegeben. Es liege in der Natur der Sache, dass ein zu vergebender Generalplanerauftrag im derzeitigen Projektstatus eine planerische Unsicherheit aufweise. Aus diesem Grunde sei auch das Verhandlungsverfahren gewählt worden und stehe dies weiterhin offen. Nicht nachvollziehbar sei, weshalb die Antragstellerin vermeine, dass der komplette Leistungsvertrag fehle bzw. nur rudimentäre zivilrechtliche Vertragsbestandteile vorliegen würden. Mit den Festlegungen vom 20.11.2013 sei der Leistungsumfang nicht erhöht worden und der Leistungsumfang auch nicht geändert worden. Auch bei der nunmehr angefochtenen Festlegung vom

20.11.2013 werde von der Vorgabe nicht abgewichen, dass Änderungen in den Bauwerkskosten keine Änderung der Pauschalen rechtfertigen. Auch die Verschiebung des Verhältnisses zwischen Basisleistungen und Optionen verändere nicht den potentiellen Bewerberkreis. Die Änderung in der formalen Bewilligung der abrufbaren Leistungen habe keine Änderungen des Leistungsgegenstandes zur Folge und sohin auch keine Änderung im potentiellen Bewerberkreis. Richtig sei, dass der Bewertungsmodus nicht geändert wurde. Dies sei im Hinblick auf das auch im Verhandlungsverfahren geltende Verbot der Veränderung der Zuschlagskriterien während eines Vergabeverfahrens notwendig. Darüber hinaus gebe die weiterhin geltende Gewichtung die vom Auftraggeber erwartete Wahrscheinlichkeit der Beauftragung des Generalplaners mit diesen fortgesetzten Leistungen wieder und zwar unter Berücksichtigung des bereits in der Präqualifikation und in der Einladung zur Angebotsabgabe vom 13.09.2013 betonten Gremialvorbehalts. Die Zuschlagskriterien bzw. der Bestbieterermittlungsmodus seien im Procedure Letter vom 13.09.2013 definiert worden. Daran habe sich nichts geändert. Diese Vorgaben seien bestandfest geworden.

Mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 17. Jänner 2014 wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Prüfung des Angebotes der Antragstellerin vom 10.10.2013 ergeben habe, dass die in den Leistungspositionen 10.9, 10.10 und 10.11 des Angebotsformulars angegebenen Werte mit einer Unklarheit behaftet seien. Anstelle des Wertes 1,08 (Planungsleistung und Generalplanerzuschlag) sei das vorgegebene Nettohonorarvolumen von EUR 100.000 bzw. EUR 200.000 lediglich mit dem Generalplanerzuschlag (0,08) multipliziert worden, ohne dies mit dem jeweiligen Nettohonorarvolumen zu addieren. Ein Rechenfehler liege auch dann vor, wenn die Bildung einer Preissumme für sich allein betrachtet zwar rechnerisch richtig sei, aber zum Beispiel wegen irrtümlichen Nichteinrechnen von Positionen im Widerspruch zur Ausschreibung stünde. Im gegenständlichen Fall könne aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin bei den Leistungspositionen 10.9, 10.10 und 10.11 des Angebotsformulars nicht den Absolutbetrag, sondern den Generalplanerzuschlag zuzüglich des jeweiligen Nettohonorarvolumen meine. Es sei für jeden ordentlichen Auftraggeber ersichtlich, dass es sich bei den Beträgen um den Generalplanerzuschlag handle. Die Ausschreibungsunterlagen enthielten keine Festlegungen zum Vorgehen bei Rechenfehlern und seien daher die gesetzlichen Bestimmungen einschlägig.

Ein Ausscheiden der Antragstellerin unter Berufung auf diesen zulässigerweise bereits sanierten Angebotsmangel sei also rechtswidrig. In den Ausschreibungsunterlagen würden sich keine Bestimmungen finden, welche vorsehen würden, dass sich die Antragstellerin zur Einhaltung "sämtlicher einschlägiger Vorschriften und Auflagen entsprechend der österreichischen Rechtslage" verpflichten würden. Gemäß Punkt 3 des Angebotsformulars Beilage ./J zum Procedure Letter vom 13.09.2013 habe sich die Antragstellerin mit ihrer Unterschrift lediglich "im Auftragsfall zur Einhaltung aller in Österreich geltenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen" verpflichtet.

Da die Antragstellerin ihre Befugnis am 18.11.2013 auf "Baumeister gem. § 99 Abs 1 Z 1, 2, 5 und 6 GewO eingeschränkt habe und somit im Auftragsfall zu keinen ausführenden Tätigkeiten mehr berechtigt sei, liege kein Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen vor. Bis zum 18.11.2013 habe die Antragstellerin die gesellschaftsrechtliche Qualität einer GesbR nicht erreicht und könne somit denkunmöglich gegen § 21 Abs 3 ZTG verstoßen. Mit der Bekanntgabe der Bildung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft sei die Antragstellerin dem Erfordernis gem. Punkt 4 Procedure Letter vom 06.08.2013, wonach der Nachweis einer aufrechten Rechtsperson bereits im Vergabeverfahren zu führen sei, nachgekommen, ohne jedoch zur Bildung einer GesbR verpflichtet gewesen zu sein. Da die Antragstellerin ihre Befugnis am 18.11.2013 auf "Baumeister gem. Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer eins, 2, 5 und 6 GewO eingeschränkt habe und somit im Auftragsfall zu keinen ausführenden Tätigkeiten mehr berechtigt sei, liege kein Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen vor. Bis zum 18.11.2013 habe die Antragstellerin die gesellschaftsrechtliche Qualität einer GesbR nicht erreicht und könne somit denkunmöglich gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG verstoßen. Mit der Bekanntgabe der Bildung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft sei die Antragstellerin dem Erfordernis gem. Punkt 4 Procedure Letter vom 06.08.2013, wonach der Nachweis einer aufrechten Rechtsperson bereits im Vergabeverfahren zu führen sei, nachgekommen, ohne jedoch zur Bildung einer GesbR verpflichtet gewesen zu sein.

Der Auftraggeber irre in der Annahme, dass die Antragstellerin aufgrund der Nichtigkeit des Zusammenschlusses der Mitglieder der Antragstellerin nicht geeignet sei, ein Angebot zu legen. Selbst wenn die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotslegung gegen § 21 Abs 3 ZTG verstoßen hätte, hätte sie dennoch ein gültiges Angebot legen können, da sie zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe am 10.10.2013 nicht rechtskräftig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden

gewesen sei. Zivilrechtlich liege jedenfalls ein rechtsgültiges Angebot vor. Die Zurücklegung der Befugnis sei rechtzeitig erfolgt, sodass ein Ausscheiden aus diesem Grund nicht gerechtfertigt wäre. Bei der Bauführung gemäß § 99 Abs 1 Z 5 GewO handle es sich lediglich um eine Managementdienstleistung und nicht um die materielle Bauausführung. Im Unterschied dazu umfasse der Begriff der Bauführung gem. 99 Abs 2 GewO die Herstellung des Bauwerkes im weiteren Sinn. Nachdem die Antragstellerin ihre Befugnis am 18.11.2003 eingeschränkt habe, sei sie zu keinen ausführenden Tätigkeiten mehr berechtigt. Der Auftraggeber irre in der Annahme, dass die Antragstellerin aufgrund der Nichtigkeit des Zusammenschlusses der Mitglieder der Antragstellerin nicht geeignet sei, ein Angebot zu legen. Selbst wenn die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotslegung gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG verstoßen hätte, hätte sie dennoch ein gültiges Angebot legen können, da sie zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe am 10.10.2013 nicht rechtskräftig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden gewesen sei. Zivilrechtlich liege jedenfalls ein rechtsgültiges Angebot vor. Die Zurücklegung der Befugnis sei rechtzeitig erfolgt, sodass ein Ausscheiden aus diesem Grund nicht gerechtfertigt wäre. Bei der Bauführung gemäß Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer 5, GewO handle es sich lediglich um eine Managementdienstleistung und nicht um die materielle Bauausführung. Im Unterschied dazu umfasse der Begriff der Bauführung gem. 99 Absatz 2, GewO die Herstellung des Bauwerkes im weiteren Sinn. Nachdem die Antragstellerin ihre Befugnis am 18.11.2003 eingeschränkt habe, sei sie zu keinen ausführenden Tätigkeiten mehr berechtigt.

Die Einschränkung der Befugnis sei daher vollständig erfolgt. Im gegenständlichen Vergabeverfahren seien alle Angebote aller Bieter auszuscheiden, da ausnahmslos alle Angebote unplausible Gesamtpreise enthalten würden. Dies sei in den unkalkulierbaren Risiken gemäß den Ausschreibungsbestimmungen begründet. Aufgrund der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken seien zwangsläufig alle Angebotspreise unplausibel und seien alle Angebote aller Bieter auszuscheiden. Dass das Ausscheiden aller Angebote aus demselben Grund erfolgen müsse, lasse sich aus der zitierten EuGH-Entscheidung "Fast Web" nicht ableiten. Der zwingende Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei nicht nur denkmöglich und sei bereits im Nachprüfungsantrag vom 02.12.2013 ausführlich dargestellt worden.

Die Antragslegitimation gemäß dem EuGH-Erkenntnis "Fast Web" sei jedenfalls gegeben, selbst wenn das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden wäre. Die Projektlaufzeit von 10 Jahren sei für sich gesehen kein unkalkulierbares Risiko. Unkalkulierbar würden die Risiken erst dadurch, dass ausschließlich in der Sphäre des Auftragsgebers gelegene Nutzungsänderungen auf die Bieter schrankenlos überwältigt würden. Für die Beurteilung, ob die Angebote vergleichbar seien oder nicht, sei es vollkommen irrelevant, ob die übertragenen unkalkulierbaren Risiken bestandfest seien oder nicht. Auch bestandfeste unkalkulierbare Risiken könnten von den Bietern nicht berechnet werden. Da die Bieter auch in diesem Falle die Preise nicht vergleichbar kalkulieren könnten, sei eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung mangels Vergleichbarkeit der Angebote nicht möglich.

Der Auftraggeber verkenne, dass es sich bei der Leistungsbeschreibung, nicht um einen Leistungsvertrag gemäß § 99 Abs 1 BVergG handle, sondern um eine Leistungsbeschreibung gem. §§ 95 ff BVergG. Es fehle also der komplette Leistungsvertrag. Hinsichtlich der Pauschale sei festgelegt, dass eine Änderung der Bauwerkskosten keine Änderung der Pauschale rechtfertigen würde. Die Reserve in Höhe von Euro 60 Millionen sei bereits aus der Kostentafel 33 ersichtlich. Es gehe aus der Kostentafel nicht hervor, dass die Reserven auch von den Bietern bei der Berechnung des Generalplanerhonorars einzukalkulieren wären. Hinsichtlich der Reserve könne festgehalten werden, dass eine Berücksichtigung erstmals in der Einladung zur vertieften zweiten Stufe vom 20.11.2013 gefordert worden sei, wodurch der Leistungsumfang um zumindest 15% erhöht worden sei. In der Einladung zur vertieften zweiten Stufe am 20.11.2013 sei eine Änderung des Verhältnisses zwischen Basisleistung und Option in einem Ausmaß von rund 70% erfolgt, da die bei der Zuschlagserteilung jedenfalls beauftragte Leistung nur mehr 30% der ursprünglich ausgeschriebenen Leistung betrage. Der Auftraggeber verkenne, dass es sich bei der Leistungsbeschreibung, nicht um einen Leistungsvertrag gemäß Paragraph 99, Absatz eins, BVergG handle, sondern um eine Leistungsbeschreibung gem. Paragraphen 95, ff BVergG. Es fehle also der komplette Leistungsvertrag. Hinsichtlich der Pauschale sei festgelegt, dass eine Änderung der Bauwerkskosten keine Änderung der Pauschale rechtfertigen würde. Die Reserve in Höhe von Euro 60 Millionen sei bereits aus der Kostentafel 33 ersichtlich. Es gehe aus der Kostentafel nicht hervor, dass die Reserven auch von den Bietern bei der Berechnung des Generalplanerhonorars einzukalkulieren wären. Hinsichtlich der Reserve könne festgehalten werden, dass eine Berücksichtigung erstmals in der Einladung zur vertieften zweiten Stufe vom 20.11.2013 gefordert worden sei, wodurch der Leistungsumfang um zumindest 15% erhöht worden sei. In

der Einladung zur vertieften zweiten Stufe am 20.11.2013 sei eine Änderung des Verhältnisses zwischen Basisleistung und Option in einem Ausmaß von rund 70% erfolgt, da die bei der Zuschlagserteilung jedenfalls beauftragte Leistung nur mehr 30% der ursprünglich ausgeschriebenen Leistung betrage.

Um den nachträglichen vergaberechtlich unzulässigen Änderung des potentiellen Bieterkreises vorzubeugen, hätte der Leistungsumfang von dem Auftraggeber von Anfang an als Option ausgeschrieben werden müssen. Dass der Auftraggeber aufgrund eigener unzulänglicher Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht mehr dazu berechtigt sei, die Zuschlagskriterien abzuändern, könne nicht dazu führen, dass die Zuschlagskriterien nicht mehr dem Objektivitätsgebot und dem Willkürverbot genügen müssten. Richtig sei, dass es im Unterschied zum offenen bzw. nichtoffenen Verfahren im Verhandlungsverfahren durchaus geboten sei, über den Leistungsinhalt zu verhandeln. Dies allerdings nur in einer bestimmten Bandbreite, welche von dem Auftraggeber mit den ergänzenden Festlegungen zur vertieften zweiten Stufe vom 20.11.2013 eindeutig überschritten worden sei. Aufgrund der dargestellten Rechtswidrigkeiten habe sich der potentiell in Betracht kommende Bieterkreis geändert und es liege jedenfalls eine inhaltlich wesentlich andere Ausschreibungsgestaltung vor, welche zwingend zu einem Widerruf führen müsse.

Mit Schriftsatz vom 24.01.2014 führte der Auftraggeber hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens der Antragstellerin wegen des widersprechenden bzw. unterpreisigen Angebotes im Wesentlichen wie bisher aus und ergänzte, dass dem Angebotsformular auch kein prozentueller Generalplanerzuschlag zu entnehmen sei und der objektive Erklärungswert dieses Angebotsteiles sei, dass die ausgeschriebenen Subplanerleistungen zu einer Pauschale erbracht werden sollten. Der objektive Erklärungswert des Angebotsformulars sei für jedermann zu erkennen, welcher Umstand insbesondere dadurch belegt werde, dass alle anderen Bieter das Angebotsformular richtig ausgefüllt hätten.

Zum Ausscheiden wegen Verstoß gegen § 21 Abs 3 ZTG wird ausgeführt, dass die Einschränkung der Gewerbeberechtigung erst ca. ein Monat nach Abgabe des ersten Angebotes erfolgt sei, was jedenfalls zu spät wäre. Im Übrigen erfolge die Zurücklegung der Befugnis nicht uneingeschränkt und zweifelsfrei. Das Mitglied der Antragstellerin sei weiterhin zur Bauführung gem. § 99 Abs 1 Z 5 GewO berechtigt; sohin zu einem Rest an ausführenden Leistungen. Zum Ausscheiden wegen Verstoß gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG wird ausgeführt, dass die Einschränkung der Gewerbeberechtigung erst ca. ein Monat nach Abgabe des ersten Angebotes erfolgt sei, was jedenfalls zu spät wäre. Im Übrigen erfolge die Zurücklegung der Befugnis nicht uneingeschränkt und zweifelsfrei. Das Mitglied der Antragstellerin sei weiterhin zur Bauführung gem. Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer 5, GewO berechtigt; sohin zu einem Rest an ausführenden Leistungen.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass alle Angebote auszuschneiden wären, sei neu. Die Antragstellerin wäre zur Angabe dieser Beschwerdepunkte zum Zeitpunkt des Einbringens des Nachprüfungsantrages verpflichtet gewesen. Das nunmehrige Vorbringen sei verfristet und nicht zu berücksichtigen.

Der gegenständliche Sachverhalt lasse sich nicht mit dem EuGH-Judikat in der Rechtssache Fast Web vergleichen. Im gegenständlichen Fall sei kein einziges der verbliebenen Angebote auszuschneiden. Der Beschaffungsprozess, Stand Abgabe erstes Angebot, sei in Ermangelung eines rechtzeitigen Einspruchs bestandfest geworden. Die in die zweite Stufe eingeladenen Bieter hätten gegen die Festlegungen vom 20.11.2013 keine Bedenken und seien gegenüber diesen Bietern die Festlegungen bestandfest geworden. Zur Frage der Vergleichbarkeit und Kalkulierbarkeit der Angebote werde nochmals darauf hingewiesen, dass die Festlegungen vom 20.11.2013 lediglich ein Ausschnitt eines laufenden Verhandlungsverfahrens seien. Insbesondere werde es noch eine weitere Verhandlungsrunde geben. Hinsichtlich des vermeintlich fehlenden Leistungsvertrages sei darauf zu verweisen, dass die diesbezüglichen Geschäftsbedingungen im August 2013 downloadbar waren. Die von der Antragstellerin nunmehr wiedergegebene Homepage zeige, dass nicht relevante einschlägige Bild, Stand September 2013. Im August 2013 hätten noch die zitierten allgemeinen Vertragsbedingungen des Auftraggebers für Dienstleistungen gegolten.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 03.02.2013 wurde insbesondere ausgeführt, wobei die Niederschrift nachfolgend auszugsweise wiedergegeben wird:

"Auf die Frage des Vorsitzenden, wer das Leistungsverzeichnis ausgefüllt hat, führt die Antragstellerin aus, dass die XXXX federführend im Vergabeverfahren ist, das Leistungsverzeichnis von einem Mitarbeiter der XXXX ausgefüllt wurde, dieser die Fußnote in Pos. 10.09, 10.10 und 10.11 überlesen hat. In weiterer Folge sei von Seiten der XXXX in einem Aufklärungsgespräch der Irrtum zugestanden worden und habe man von Seiten der XXXX den Eindruck gehabt,

dass der Irrtum aufgeklärt wurde und habe man der Auftraggeberin mitgeteilt, dass man gerne bereit sei, weitere Informationen zu liefern." "Auf die Frage des Vorsitzenden, wer das Leistungsverzeichnis ausgefüllt hat, führt die Antragstellerin aus, dass die römisch 40 federführend im Vergabeverfahren ist, das Leistungsverzeichnis von einem Mitarbeiter der römisch 40 ausgefüllt wurde, dieser die Fußnote in Pos. 10.09, 10.10 und 10.11 überlesen hat. In weiterer Folge sei von Seiten der römisch 40 in einem Aufklärungsgespräch der Irrtum zugestanden worden und habe man von Seiten der römisch 40 den Eindruck gehabt, dass der Irrtum aufgeklärt wurde und habe man der Auftraggeberin mitgeteilt, dass man gerne bereit sei, weitere Informationen zu liefern."

"Die Auftraggeberin führt diesbezüglich aus, dass es richtig sei, dass der Irrtum von Seiten der Antragstellerin im Zuge des Aufklärungsgesprächs zugestanden wurde und man in weiterer Folge schriftlich um zusätzliche Aufklärung ersucht habe. Weitere Informationen seien aber von der Antragstellerin nicht erteilt worden."

"Auf die Frage des Vorsitzenden, wie sich die Bietergemeinschaft gebildet hat, wird von der Antragstellerin ausgeführt, dass ausgehend von der XXXX Gespräche im Netzwerk geführt wurden, um abzuklären, welche Büros die Vorgaben der Präqualifikation der gegenständlichen Ausschreibung erfüllen können. Es wurde zwischen den Mitgliedern der Bietergemeinschaft vor Abgabe des Teilnahmeantrages die Vorgehensweise telefonisch abgeklärt. Dies sei auch vor Anbotslegung erfolgt. Sowohl bei Abgabe des Teilnahmeantrages als auch bei Anbotslegung habe es bei der Bietergemeinschaft intern keine Vereinbarungen hinsichtlich der Aufteilung des Honorars bei Auftragserteilung bzw. des Leistungsbildes im Auftragsfall gegeben." "Auf die Frage des Vorsitzenden, wie sich die Bietergemeinschaft gebildet hat, wird von der Antragstellerin ausgeführt, dass ausgehend von der römisch 40 Gespräche im Netzwerk geführt wurden, um abzuklären, welche Büros die Vorgaben der Präqualifikation der gegenständlichen Ausschreibung erfüllen können. Es wurde zwischen den Mitgliedern der Bietergemeinschaft vor Abgabe des Teilnahmeantrages die Vorgehensweise telefonisch abgeklärt. Dies sei auch vor Anbotslegung erfolgt. Sowohl bei Abgabe des Teilnahmeantrages als auch bei Anbotslegung habe es bei der Bietergemeinschaft intern keine Vereinbarungen hinsichtlich der Aufteilung des Honorars bei Auftragserteilung bzw. des Leistungsbildes im Auftragsfall gegeben."

"Auf die Frage des Vorsitzenden, warum sich die BIEGE am Vergabeverfahren beteiligt hat, wird ausgeführt, dass man den Auftrag erhalten wolle. Gemäß § 2 Z 13 BVergG wird normiert, dass sich auch ein Zusammenschluss von Unternehmen am Verfahren beteiligen kann, ohne eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gründen zu müssen." "Auf die Frage des Vorsitzenden, warum sich die BIEGE am Vergabeverfahren beteiligt hat, wird ausgeführt, dass man den Auftrag erhalten wolle. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 13, BVergG wird normiert, dass sich auch ein Zusammenschluss von Unternehmen am Verfahren beteiligen kann, ohne eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gründen zu müssen."

"Auf die Frage des Vorsitzenden, was hinsichtlich der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren vereinbart wurde, führt die Antragstellerin aus, dass unausgesprochen davon ausgegangen wurde, dass die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren die XXXX trägt. Auch hinsichtlich des bevollmächtigten Vertreters der Bietergemeinschaft sei unausgesprochen davon ausgegangen worden, dass es ein Mitarbeiter der XXXX sein solle." "Auf die Frage des Vorsitzenden, was hinsichtlich der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren vereinbart wurde, führt die Antragstellerin aus, dass unausgesprochen davon ausgegangen wurde, dass die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren die römisch 40 trägt. Auch hinsichtlich des bevollmächtigten Vertreters der Bietergemeinschaft sei unausgesprochen davon ausgegangen worden, dass es ein Mitarbeiter der römisch 40 sein solle."

"Auf die Frage des Vorsitzenden, warum die Baumeisterbefugnis am 18.11.2013 der XXXX führt die Antragstellerin aus, dass nachdem der Rechtsvertreter der XXXX das Mandat übernommen habe, in Kenntnis der Judikatur zu § 21 Abs 3 ZTG, der Antragstellerin zur Minimierung von Risiken geraten wurde, die Baumeisterbefugnis einzuschränken." "Auf die Frage des Vorsitzenden, warum die Baumeisterbefugnis am 18.11.2013 der römisch 40 führt die Antragstellerin aus, dass nachdem der Rechtsvertreter der römisch 40 das Mandat übernommen habe, in Kenntnis der Judikatur zu Paragraph 21, Absatz 3, ZTG, der Antragstellerin zur Minimierung von Risiken geraten wurde, die Baumeisterbefugnis einzuschränken."

"Auf die Frage der Laienrichterin, Mag. Neubauer, ob überhaupt im Vorfeld der Teilnahme am Vergabeverfahren Vereinbarungen getroffen wurden, führt die Antragstellerin aus, dass dies wie üblich auf informellem Wege erfolgt sei, die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. ARGE-Besprechungen zu aufwendig seien, zumal pro Monat rd. 2 bis 3 Vergabeverfahren teilgenommen werde. Dies würde bedeuten, dass pro Monat 2 bis 3 Gesellschaften zu gründen bzw. bei Nichterhalt des Zuschlages wiederum zu schließen wären."

"Die Antragstellerin führt aus, dass es zwar grundsätzliche Überlegungen hinsichtlich der von den Mitgliedern der Bietergemeinschaft im Auftragsfall zu übernehmenden Leistungsteile gegeben hat, die genaue Aufteilung wäre aber erst im Falle des Zuschlages vereinbart worden."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Auf Grund der vorgelegten Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie auf Grund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 03.02.2014 wird der folgende entscheidungswesentliche Sachverhalt festgestellt.

Der Auftraggeber führt unter der Bezeichnung "Generalplanersuche für die Sanierung des Medienstandorts Königberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" ein Verhandlungsverfahren mit vorangehender Bekanntmachung im Oberschwellenbereich mit dem Ziel des Abschlusses eines Dienstleistungsauftrages nach dem Bestbieterprinzip. Der von ihm geschätzte Nettoangebotspreis beträgt nach eigener Angabe EUR 18 Millionen.

Der Auftraggeber hat im Vergabeverfahren den Bietern eine Ausschreibungsunterlage, bestehend aus:

"Procedure Letter - Generalplaner für Sanierung des Medienstandorts Königberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" mit nachfolgenden Beilagen

./A Teilnahmeantrag

./B Patronatserklärung,

./C Subunternehmererklärung/Verfügbarkeitserklärung

./D Auszug Nachhaltigkeitsbericht ORF

./E Machbarkeitsstudie Univ. Prof. Dipl. Ing. Dr. Wehdorn,

./F Auszug Raum- und Funktionsprogramm

./G Rahmenterminplan

alle vom 06.08.2013 zur Verfügung gestellt. Auf Seite 5 des Procedure Letter vom 06.08.2013 ist angeführt, dass Teilnahmeunterlagen bis spätestens 03.09.2013, 12 Uhr, einzulangen haben. Der Teilnahmeantrag der Antragstellerin reichte am 03. September 2013 um 11 Uhr 39 und damit fristgerecht ein. Auf Seite 3 der Beilage ./A wurde als federführendes Mitglied der Bewerbungsgemeinschaft die XXXX genannt und als weitere Mitglieder der Bewerbungsgemeinschaft die weiteren Mitglieder der Bietergemeinschaft.alle vom 06.08.2013 zur Verfügung gestellt. Auf Seite 5 des Procedure Letter vom 06.08.2013 ist angeführt, dass Teilnahmeunterlagen bis spätestens 03.09.2013, 12 Uhr, einzulangen haben. Der Teilnahmeantrag der Antragstellerin reichte am 03. September 2013 um 11 Uhr 39 und damit fristgerecht ein. Auf Seite 3 der Beilage ./A wurde als federführendes Mitglied der Bewerbungsgemeinschaft die römisch 40 genannt und als weitere Mitglieder der Bewerbungsgemeinschaft die weiteren Mitglieder der Bietergemeinschaft.

XXXX von der XXXX wurde dem Auftraggeber gegenüber als bevollmächtigter Vertreter namhaft gemacht. Der Teilnahmeantrag der Antragstellerin vom 02.09.2013 wurde von sämtlichen Mitgliedern der Bietergemeinschaft gefertigt. Am 04.09.2013 wurden die Antragsteller schriftlich aufgefordert weitere Nachweise vorzulegen, widrigenfalls der Teilnahmeantrag gem. § 129 Abs 2 BVergG auszuschneiden wäre. Mit Schreiben vom 06.09.2013 wurde die Auftraggeberin schriftlich um Aufklärung weiterer Fragen ersucht. Mit Schreiben vom 13.09.2013 wurde die Antragstellerin zur Angebotsabgabe eingeladen. Diesem Schreiben waren nachfolgende Beilagen angeschlossen:römisch 40 von der römisch 40 wurde dem Auftraggeber gegenüber als bevollmächtigter Vertreter namhaft gemacht. Der Teilnahmeantrag der Antragstellerin vom 02.09.2013 wurde von sämtlichen Mitgliedern der Bietergemeinschaft gefertigt. Am 04.09.2013 wurden die Antragsteller schriftlich aufgefordert weitere Nachweise vorzulegen, widrigenfalls der Teilnahmeantrag gem. Paragraph 129, Absatz 2, BVergG auszuschneiden wäre. Mit Schreiben vom 06.09.2013 wurde die Auftraggeberin schriftlich um Aufklärung weiterer Fragen ersucht. Mit Schreiben vom 13.09.2013 wurde die Antragstellerin zur Angebotsabgabe eingeladen. Diesem Schreiben waren nachfolgende Beilagen angeschlossen:

./ H Leistungsbeschreibung Generalplaner

./I Prozessstandard für das Projekt Medienstandort ORF, Entwurfsstand 10.09.2013

./J Angebotsformular erstes Angebot

./K Angebotsformular last und best Offer

./L Bewertungstabelle short listing Entscheidung

./M Bewertungstabelle Bestbieterermittlung.

Am 18.09.2013 fanden an der Adresse des Auftraggebers Informationsgespräche statt, an denen auch die Antragstellerin teilnahm. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 24.09.2013 wurden ergänzende Festlegungen im Folge der Informationsgespräche vom 18.09.2013 bekanntgegeben und insgesamt neun Beilagen (./J bis ./W) übermittelt. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 02.10.2013 wurden der Antragstellerin weitere Unterlagen nachgereicht. Am 11. Oktober 2013 um 11:18 Uhr reichte das Angebot der Antragstellerin fristgerecht ein. Im Angebot der Antragstellerin finden sich unter den Positionen des Leistungsverzeichnisses (Seite 6) bei den Positionen 10.9, 10.10 und 10.11 nachfolgende Euro-Nettopauschalen

- -Strichaufzählung
10.9 (Euro 8.000,--)
- -Strichaufzählung
10.10 (Euro 16.000,--)
- -Strichaufzählung
10.11 (Euro 16.000,--).

Bei sämtlichen vorgenannten Positionen findet sich der Hinweis auf eine Fußnote, welche wie folgt lautet: "Der Bieter hat hier ein Angebot zu legen unter Heranziehung dieses Honorarvolumens multipliziert mit einem die Generalplanerleistung umfassenden Faktor, der nicht niedriger sein darf, als "1" und (= diese Position ist quasi eine Verrechnungseinheitsposition)." Die Angebotserklärung des Angebotsformulars (Beilage ./J) wurde auf Seite 27 Punkt 3 Angebotserklärung von sämtlichen Mitgliedern der Antragstellerin gefertigt und auszugsweise nachfolgende Erklärungen rechtsverbindlich und unwiderruflich abgegeben:

-"wir mit den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Bedingungen einverstanden sind und die darin enthaltenen Informationen für die Abgabe eines Angebotes ausreichend sind;

- -Strichaufzählung
wir im Auftragsfall alle in Österreich geltenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einhalten werden;
- -Strichaufzählung
wir auf eine Anfechtung dieses Angebots wegen Irrtums oder Änderung bzw. Wegfalls der Geschäftsgrundlage verzichten."

Die Öffnung der ersten Angebote erfolgte am 11.10.2013. Mit E-Mail vom 11.10.2013 des Auftraggebers wurde der Antragstellerin angekündigt, dass ein Aufklärungsschreiben hinsichtlich des Preisangebotes übermittelt wird, da dieses unplausibel ist. Es wurde ersucht, entsprechende Kalkulationsunterlagen vorzubereiten. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 14.10.2013 wurden die Antragsteller zu einem Aufklärungsgespräch im Sinne der § 125 Abs. 3 bis 5 BVergG eingeladen. Im Schreiben wurde darauf hingewiesen, dass Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, sowie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden sind (§ 129 Abs. 1 Z 3 bzw. Z 7 BVergG). Am 16.10.2013 fand das mit Schreiben angekündigte Aufklärungsgespräch gem. § 125 Abs. 3, 4 und 5 BVergG in Anwesenheit der Antragstellerin statt. Unter Punkt II.9 wurden die Antragstellerin um Aufklärung der Positionen 10.9, 10.10 und 10.11 des Leistungsverzeichnisses ersucht. Die Antragstellerin führte aus, dass sie einen offensichtlichen Fehler gemacht hat. Die Antragstellerin habe hier nur den Generalplanerzuschlag (8%) hingeschrieben. Dies ist ein offensichtlicher Fehler. Ein Ausscheiden ist nicht gerechtfertigt. Die Öffnung der ersten Angebote erfolgte am 11.10.2013. Mit E-Mail vom 11.10.2013 des Auftraggebers wurde der Antragstellerin angekündigt, dass ein Aufklärungsschreiben hinsichtlich des Preisangebotes übermittelt wird, da dieses unplausibel ist. Es wurde ersucht, entsprechende Kalkulationsunterlagen vorzubereiten. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 14.10.2013 wurden die

Antragsteller zu einem Aufklärungsgespräch im Sinne der Paragraph 125, Absatz 3 bis 5 BVergG eingeladen. Im Schreiben wurde darauf hingewiesen, dass Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, sowie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden sind (Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, bzw. Ziffer 7, BVergG). Am 16.10.2013 fand das mit Schreiben angekündigte Aufklärungsgespräch gem. Paragraph 125, Absatz 3, 4 und 5 BVergG in Anwesenheit der Antragstellerin statt. Unter Punkt römisch zwei.9 wurden die Antragstellerin um Aufklärung der Positionen 10.9, 10.10 und 10.11 des Leistungsverzeichnisses ersucht. Die Antragstellerin führte aus, dass sie einen offensichtlichen Fehler gemacht hat. Die Antragstellerin habe hier nur den Generalplanerzuschlag (8%) hingeschrieben. Dies ist ein offensichtlicher Fehler. Ein Ausscheiden ist nicht gerechtfertigt.

Mit Schreiben vom 17.10.2013 des Auftraggebers wurde die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass sie in Ergänzung des Aufklärungsgesprächs vom 16.10.2013 nochmals bis 18.10.2013, 12.00 Uhr einlangend, Unterlagen zum Nachweis der Plausibilität und Angemessenheit des Gesamtpreises vorzulegen. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2013 teilten Heid Schiefer, Rechtsanwälte mit, dass sie die Antragstellerin rechtsfreundlich vertrete und wurde insbesondere um Fristverlängerung für die Übermittlung der aufklärenden Unterlagen ersucht. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 17.10.2013 wurde die Frist für das Einlangen einer Aufklärung der Plausibilität des Gesamtpreises und der Teilpreise bis 25.10.2013, 12:00 Uhr einlangend, verlängert. Mit Schreiben des Rechtsvertreters der Antragstellerin vom 25.10.2013 wurde insbesondere darauf verwiesen, dass die nochmals angefragte Plausibilisierung der Positionen 10.9, 10.10 und 10.11 bereits im Aufklärungsgespräch am 16.10.2013 erfolgte und auch weiterhin so aufrechterhalten wird. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 20.11.2013, gerichtet an den Rechtsvertreter der Antragstellerin, wurde diese zur vertieften zweiten Stufe eingeladen, auf ein Informationsgespräch am 28.11.2013 hingewiesen und ergänzende Festlegungen getroffen.

Im Prüfbericht-Teil 2 zu den eingereichten ersten Angeboten vom 22.11.2013 wurden auf Seite 6 die Befugnisse der Antragstellerin im Hinblick auf das ZTG untersucht und festgehalten, dass Ziviltechniker keine Bietergemeinschaften respektive Arbeitsgemeinschaften mit zur Ausführung berechtigten Gewerbetreibenden bilden dürfen.

Vor diesem Hintergrund wurde die Befugnis der Antragstellerin nochmals überprüft und dabei festgestellt, dass die Bietergemeinschaft zum Zeitpunkt der Bewerbung und Abgabe des ersten Angebotes nicht den Vorgaben des Ziviltechnikergesetzes entspricht.

Auf Seite 14 wird ausgeführt: "Im Ergebnis ist diese Bietergemeinschaft nicht berechtigt, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Diese Bietergemeinschaft ist daher zwingend wegen des Verstoßes gegen § 21 Abs 3 ZTG gemäß § 129 Abs 1 Z 2 und Z 7 BVergG auszuschneiden. Dieser Fehler zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe und bei Angebotsabgabe war nachträglich nicht behebbar." Auf Seite 14 wird ausgeführt: "Im Ergebnis ist diese Bietergemeinschaft nicht berechtigt, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Diese Bietergemeinschaft ist daher zwingend wegen des Verstoßes gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 7, BVergG auszuschneiden. Dieser Fehler zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe und bei Angebotsabgabe war nachträglich nicht behebbar."

Auf Seite 15 wird festgestellt: " Es liegt somit ein Widerspruch zu den anzubietenden Leistungspositionen 10.9, 10.10 und 10.11 vor, was ein Ausscheiden der gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG als auch § 129 Abs 1 Z 7 BVergG zur Folge hat." Mit Schreiben vom 27.11.2013 des Auftraggebers, gerichtet an den Rechtsvertreter der Antragstellerin, wurden diese unter näherer Begründung von der Teilnahme am diesbezüglichen Beschaffungsprozess als Bieter ausgeschlossen und die Einladung zur Teilnahme am weiteren Beschaffungsprozess und Abgabe eines last und best offer widerrufen. Auf Seite 15 wird festgestellt: " Es liegt somit ein Widerspruch zu den anzubietenden Leistungspositionen 10.9, 10.10 und 10.11 vor, was ein Ausscheiden der gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG als auch Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zur Folge hat." Mit Schreiben vom 27.11.2013 des Auftraggebers, gerichtet an den Rechtsvertreter der Antragstellerin, wurden diese unter näherer Begründung von der Teilnahme am diesbezüglichen Beschaffungsprozess als Bieter ausgeschlossen und die Einladung zur Teilnahme am weiteren Beschaffungsprozess und Abgabe eines last und best offer widerrufen.

Als zwingend wahrzunehmende Ausscheidungsgründe wurden

a) das widersprechende Angebot bzw. unterpreisige Angebot zu den Leistungspositionen 10.9, 10.10 und 10.11 (Ausscheidungsgründe § 129 Abs. 1 Z 3 und Z 7 BVergG) und b) das widersprechende Angebot bzw. unterpreisige

Angebot zu den Leistungspositionen 10.9, 10.10 und 10.11 (Ausscheidungsgründe Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG) und

b) der Verstoß gegen § 21 Abs. 3 Ziviltechnikergesetz (Ausscheidungsgründe § 129 Abs. 1 Z 2 und Z 7 BVergG) angeführt. b) der Verstoß gegen Paragraph 21, Absatz 3, Ziviltechnikergesetz (Ausscheidungsgründe Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 7, BVergG) angeführt.

Die Antragstellerin brachte den zu N/0117-BVA/02/2013 im BVA protokollierten Nachprüfungsantrag (nunmehr W 138 20000177-1 des Bundesverwaltungsgerichtes) elektronisch am Montag, den 02.12.2013 um 14:34 Uhr ein. Für den Nachprüfungsantrag und den gleichzeitig gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden Pauschalgebühren in Höhe von EUR 18.000,- entrichtet. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag wurde bislang nicht erteilt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des BVA vom 10. Dezember 2013, GZ: N/0117-BVA/02/2013-EV10 stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist zur Abgabe von Zwischenangeboten ausgesetzt und dem Auftraggeber untersagt, eingelangte Zwischenangebote zu öffnen.

Fest steht, dass die Antragstellerin sowohl zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe, als auch bei Abgabe des ersten Angebotes am 10.10.2013 aus Mitgliedern bestand, die einerseits über die Befugnis als Ziviltechniker (XXXX) und andererseits über die uneingeschränkte Baumeisterbefugnis (XXXX) verfügten (Vergabeakt). Fest steht, dass die Antragstellerin sowohl zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe, als auch bei Abgabe des ersten Angebotes am 10.10.2013 aus Mitgliedern bestand, die einerseits über die Befugnis als Ziviltechniker (römisch 40) und andererseits über die uneingeschränkte Baumeisterbefugnis (römisch 40) verfügten (Vergabeakt).

Das Leistungsverzeichnis wurde von einem Mitarbeiter des federführenden Mitgliedes der Bietergemeinschaft ausgefüllt und hat dieser die Fußnote zu den Positionen 10.09, 10.10 und 10.11 überlesen (Verhandlungsschrift vom 03.02.2014, Seite 3).

Vor Abgabe des Teilnahmeantrages und der Angebotslegung wurde die weitere Vorgehensweise zwischen den Mitgliedern der Bietergemeinschaft telefonisch abgestimmt (Verhandlungsschrift vom 03.02.2014, Seite 5).

Die Bietergemeinschaft hat sich am Vergabeverfahren beteiligt, da sie den Auftrag erhalten wollte (Verhandlungsschrift vom 03.02.2014, Seite 5).

Bezüglich der Kostentragung ist die Bietergemeinschaft stillschweigend davon ausgegangen, dass das federführende Mitglied der Bietergemeinschaft die Kosten trägt.

Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern der Bietergemeinschaft sind im Vorfeld der Teilnahme am Vergabeverfahren auf informellem Weg getroffen worden (Verhandlungsschrift vom 03.02.2014, Seite 6).

Die Mitglieder der Bietergemeinschaft haben grundsätzliche Überlegungen getroffen, welches Mitglied der Bietergemeinschaft im Auftragsfall welche Leistungsteile übernehmen wird (Verhandlungsschrift vom 03.02.2014, Seite 7).

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf. Die im Sachverhalt angeführten Aussagen der Antragstellerin sind glaubwürdig und wurde diesen auch nicht von Seiten des Auftraggebers widersprochen.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich, wie im gegenständlichen Fall, die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich, wie im gegenständlichen Fall, die Entscheidung durch Senate vorgesehen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I

2013/33 idF BGBl. I 2013/122, geregelt. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gem. Art. 130 Abs 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950 und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984 und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gem. Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtsache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtsache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG tritt unter anderem der 4. Teil samt Überschrift am 01. Jänner 2014 in Kraft. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG tritt unter anderem der 4. Teil samt Überschrift am 01. Jänner 2014 in Kraft.

Gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG beginnen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG laufenden Entscheidungsfristen nach dem vierten Teil des BVergG im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt, deren Zuständigkeit zur Weiterführung gem. Art. 151 Abs. 51 Z 8 BVG mit Ablauf des 31. Dezember 2013 auf das Bundesverwaltungsgericht übergeht, mit 01. Jänner 2014 neu zu laufen. Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 wurde mit BGBl. I Nr. 128/2013, kundgemacht am 11.07.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.07.2013 in Kraft getreten. Gem. § 345 Abs. 17 Z 2 BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 128/2013 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt, nunmehr das Bundesverwaltungsgericht, für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das nach dem 12.07.2013 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG idF der Novelle BGBl. I Nr. 128/2013 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche am 02.12.2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 12.07.2013 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG idF der Novelle BGBl. I Nr. 128/2013 maßgeblich. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG beginnen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG laufenden Entscheidungsfristen nach dem vierten Teil des BVergG im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt, deren Zuständigkeit zur Weiterführung gem. Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, BVG mit Ablauf des 31. Dezember 2013 auf das Bundesverwaltungsgericht übergeht, mit 01. Jänner 2014 neu zu laufen. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, kundgemacht am 11.07.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.07.2013 in Kraft getreten. Gem. Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 2, BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt, nunmehr das

Bundesverwaltungsgericht, für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das nach dem 12.07.2013 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche am 02.12.2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 12.07.2013 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, maßgeblich.

Entgegen der Ansicht des Auftraggebers ist der Auftraggeber, dessen Gebarung gem. § 31 a Abs. 1 ORF-G (Verfassungsbestimmung) ausdrücklich der Kontrolle des Rechnungshofes unterstellt ist, ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Als öffentlicher Auftraggeber unterliegt er dem persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes in der jeweils geltenden Fassung und hat die Vergabe von Leistungen grundsätzlich nach dem vergaberechtlichen Regime vorzunehmen. Diesbezüglich wird auf die rechtskräftigen Entscheidungen des Bundesvergabeamtes (27.09.2012, F/0005-BVA/02/2012-28; F/0006-BVA/02/2012; 14.12.2013, F/004-BVA/11/2013-15) verwiesen. Die Rechtskraft dieser Entscheidungen des Bundesvergabeamtes bleibt auch durch die Anhängigkeit von Beschwerdeverfahren beim VwGH unberührt. Die Ausführungen des Auftraggebers zur Frage der öffentlichen Auftraggebereigenschaft des Auftraggebers konnten zu keiner anderen Beurteilung als in den vorangeführten rechtskräftigen Entscheiden des BVA führen, zumal keinerlei wesentliche Neuerungen vorgebracht wurden. Entgegen der Ansicht des Auftraggebers ist der Auftraggeber, dessen Gebarung gem. Paragraph 31, a Absatz eins, ORF-G (Verfassungsbestimmung) ausdrücklich der Kontrolle des Rechnungshofes unterstellt ist, ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Als öffentlicher Auftraggeber unterliegt er dem persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes in der jeweils geltenden Fassung und hat die Vergabe von Leistungen grundsätzlich nach dem vergaberechtlichen Regime vorzunehmen. Diesbezüglich wird auf die rechtskräftigen Entscheidungen des Bundesvergabeamtes (27.09.2012, F/0005-BVA/02/2012-28; F/0006-BVA/02/2012; 14.12.2013, F/004-BVA/11/2013-15) verwiesen. Die Rechtskraft dieser Entscheidungen des Bundesvergabeamtes bleibt auch durch die Anhängigkeit von Beschwerdeverfahren beim VwGH unberührt. Die Ausführungen des Auftraggebers zur Frage der öffentlichen Auftraggebereigenschaft des Auftraggebers konnten zu keiner anderen Beurteilung als in den vorangeführten rechtskräftigen Entscheiden des BVA führen, zumal keinerlei wesentliche Neuerungen vorgebracht wurden.

Der Senat kommt daher zusammengefasst zu dem Ergebnis, dass der Auftraggeber öffentlicher Auftraggeber ist und somit bei sämtlichen Beschaffungen von Leistungen dem Vergaberechtsregime unterliegt.

Entsprechend den unbestrittenen Angaben handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Dienstleistungsauftrag, der in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorangehender Bekanntmachung an den Bestbieter vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG, sodass von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist. Entsprechend den unbestrittenen Angaben handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Dienstleistungsauftrag, der in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorangehender Bekanntmachung an den Bestbieter vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG.

Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, B-VG.

Da nach Auskunft des Auftraggebers der Zuschlag nicht erteilt wurde und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gem. § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da nach Auskunft des Auftraggebers der Zuschlag nicht erteilt wurde und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gem. Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs. 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Antragstellerin bekämpft binnen offenen Frist die gesondert anfechtbare Entscheidung "Ausscheiden eines Angebotes" gem. § 2 Z 16 lit. a. sublit.

dd BVergG. Die Pauschalgebühr wurde gem. § 318 Abs. 1 Z 1 und Z 4 BVergG iVm § 1 BVA-GebV 2012 bei Antragstellung in entsprechender Höhe entrichtet. Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Antragstellerin bekämpft binnen offener Frist die gesondert anfechtbare Entscheidung "Ausscheiden eines Angebotes" gem. Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Liter a, d, d, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde gem. Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und Ziffer 4, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVA-GebV 2012 bei Antragstellung in entsprechender Höhe entrichtet.

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG kann jener Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann jener Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Spruchpunkt A. I.: Spruchpunkt A. römisch eins.:

Unstrittig steht fest, dass die Antragstellerin sowohl zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe als auch bei Abgabe des ersten Angebotes am 10.10.2013 aus Mitgliedern bestand, die einerseits über die Befugnis als Ziviltechniker und andererseits über die uneingeschränkte Baumeisterbefugnis verfügten. Gemäß § 21 Abs. 3 ZTG ist die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Gewerbetreibenden nur zulässig, wenn diese zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind. Unstrittig steht fest, dass die Antragstellerin sowohl zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe als auch bei Abgabe des ersten Angebotes am 10.10.2013 aus Mitgliedern bestand, die einerseits über die Befugnis als Ziviltechniker und andererseits über die uneingeschränkte Baumeisterbefugnis verfügten. Gemäß Paragraph 21, Absatz 3, ZTG ist die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Gewerbetreibenden nur zulässig, wenn diese zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind.

Nach § 69 Z 3 BVergG muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters beim Verhandlungsverfahren zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Nach Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters beim Verhandlungsverfahren zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen.

§ 1175 ABGB bestimmt: "Durch einen Vertrag, vermöge dessen zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe alleine oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinen, wird eine Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerb errichtet." Paragraph 1175, ABGB bestimmt: "Durch einen Vertrag, vermöge dessen zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe alleine oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinen, wird eine Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerb errichtet."

Fest steht, dass für die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine besondere Form zu wahren ist (vgl. OGH 05.05.1981, 5 Ob 570/81). Für den Abschluss des Gesellschaftsvertrages besteht Formfreiheit. Dieser kann nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich, ausdrücklich oder konkludent abgeschlossen werden. Fest steht, dass für die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine besondere Form zu wahren ist (vergleiche OGH 05.05.1981, 5 Ob 570/81). Für den Abschluss des Gesellschaftsvertrages besteht Formfreiheit. Dieser kann nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich, ausdrücklich oder konkludent abgeschlossen werden.

Sowohl der Teilnahmeantrag, als auch das Angebotsformular wurden von sämtlichen Mitgliedern der Bietergemeinschaft unterfertigt. Im Teilnahmeantrag wurde ein bevollmächtigter Vertreter der Bietergemeinschaft namhaft gemacht. Durch Unterfertigung der Angebotserklärung des Angebotsformulars erklärten die Bieter insbesondere rechtsverbindlich und unwiderruflich, dass sie im Auftragsfall alle in Österreich geltenden gesetzlichen Bestimmungen und auch die geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einhalten werden.

Gemäß § 20 Abs. 2 BVergG schuldet die Bietergemeinschaft als Arbeitsgemeinschaft dem Auftraggeber im Auftragsfall die solidarische Leistungserbringung, können Bietergemeinschaften Angebote einreichen und sind nicht verpflichtet, zwecks Einreichung des Angebotes eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Aus der Formulierung "(...) eine bestimmte Rechtsform (...)" lässt sich jedoch nicht ableiten, dass keine Rechtsform erforderlich ist. Diese Vorschrift

stellt klar, dass sich auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts als einheitliche Bewerber oder Bieter am Vergabeverfahren beteiligen können und ermöglicht es mehreren Rechtspersonen, ein gemeinsames Angebot im Vergabeverfahren zu legen, ohne für die gemeinsame Angebotslegung das "gemeinsame Dach" einer juristischen Person mit eigener Rechtspersönlichkeit wählen zu müssen (vgl. VwGH 30.06.2004, 2002/04/0011; Holoubek, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, S. 263). Gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG schuldet die Bietergemeinschaft als Arbeitsgemeinschaft dem Auftraggeber im Auftragsfall die solidarische Leistungserbringung, können Bietergemeinschaften Angebote einreichen und sind nicht verpflichtet, zwecks Einreichung des Angebotes eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Aus der Formulierung "(...) eine bestimmte Rechtsform (...)" lässt sich jedoch nicht ableiten, dass keine Rechtsform erforderlich ist. Diese Vorschrift stellt klar, dass sich auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts als einheitliche Bewerber oder Bieter am Vergabeverfahren beteiligen können und ermöglicht es mehreren Rechtspersonen, ein gemeinsames Angebot im Vergabeverfahren zu legen, ohne für die gemeinsame Angebotslegung das "gemeinsame Dach" einer juristischen Person mit eigener Rechtspersönlichkeit wählen zu müssen (vergleiche VwGH 30.06.2004, 2002/04/0011; Holoubek, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, S. 263).

Dies bedeutet aber, dass eine Bietergemeinschaft jedenfalls in einer Rechtsform der österreichischen Rechtsordnung in Erscheinung zu treten hat und kann dies mangels anderer rechtlicher Alternativen im gegenständlichen Fall nur eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein.

Aufgrund des Umstandes, dass die Bietergemeinschaft sowohl den Teilnahmeantrag als auch das Angebot gelegt hat und einen bevollmächtigten Vertreter der Bietergemeinschaft namhaft gemacht hat, steht für den Senat fest, dass das von der Rechtsprechung teilweise geforderte Vorliegen einer, wenn auch losen Gemeinschaftsorganisation für die Existenz einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts jedenfalls gegeben ist und die Bietergemeinschaft durch die Abgabe des Angebots zu erkennen gegeben hat, dass sie den Auftrag in Gewinnerzielungsabsicht erhalten möchte.

Die Antragstellerin hat sich in Form einer Bietergemeinschaft am Verfahren beteiligt. Für den Senat steht fest, dass ein Vertrag zwischen den Mitgliedern der Bietergemeinschaft existiert, welcher zumindest die Rahmenbedingungen der Teilnahme am Vergabeverfahren regelt und konnten die Ausführungen der Antragstellerin bezüglich eines lockeren Zusammenschlusses von Unternehmen nicht überzeugen. Die Antragstellerin führte im Zuge der mündlichen Verhandlung am 03.02.2014 selbst aus, dass es Vereinbarungen im Vorfeld der Teilnahme am Vergabeverfahren gegeben hat, man sich grundsätzlich überlegt hat, welches Mitglied der Bietergemeinschaft im Auftragsfall welche Leistungsteile erbringen soll und man sich am Vergabeverfahren beteiligt hat, um den Auftrag zu erhalten. Es ist bereits aus diesem Grund zum Abschluss eines zumindest konkludenten Gesellschaftsvertrages gekommen.

Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass es bereits ausreicht, wenn die Personen den Anschein einer Gesellschaft erwecken, obwohl ein Gesellschaftsvertrag zwischen ihnen nicht besteht und sie sich von Dritten, die berechtigter Weise darauf vertraut haben, als Gesellschaft behandeln lassen müssen. Darunter fällt nach der Judikatur das gemeinsame Auftreten von Unternehmen (SZ 30/75). Im gegenständlichen Fall ist bereits die Unterzeichnung des Teilnahmeantrages und des Angebotsformulars ausreichend, da in einem solchen Fall der Auftraggeber vom Vorliegen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Form einer Bietergemeinschaft ausgehen kann.

Die gegenständlich zu beurteilende Bietergemeinschaft besteht aus drei Unternehmen. Fest steht auch, dass die Teilnahme an einem Vergabeverfahren einen Aufwand an Zeit, Kosten und damit Mühe verursacht. Der gemeinsame Nutzen ergibt sich bereits aus der Teilnahme am Verfahren, da die Bietergemeinschaft den Auftrag erhalten will und damit einen Gewinn, jedenfalls aber ein Referenzprojekt für die Zukunft lukrieren möchte, worauf an obiger Stelle bereits hingewiesen wurde.

Nicht nur nach herrschender Lehre sind ARGE und Bietergemeinschaft Gesellschaften bürgerlichen Rechts gemäß den §§ 1175 ff ABGB (vgl. Krejci, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, 34), auch der Senat kommt zu dem Schluss, dass die Antragstellerin in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auftritt, zumal sämtliche Anforderungen des § 1175 ABGB an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts erfüllt sind (zumindest konkludenter Gesellschaftsvertrag, drei Unternehmer die Zeit und Mühe für die Teilnahme am Vergabeverfahren investieren und der gemeinschaftlich angestrebte Nutzen in Form des Erhalts des Zuschlages und eines Referenzprojekts). Nicht nur nach herrschender Lehre sind ARGE und Bietergemeinschaft Gesellschaften bürgerlichen Rechts gemäß den Paragraphen 1175, ff ABGB (vergleiche Krejci, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, 34), auch der

Senat kommt zu dem Schluss, dass die Antragstellerin in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auftritt, zumal sämtliche Anforderungen des Paragraph 1175, ABGB an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts erfüllt sind (zumindest konkludenter Gesellschaftsvertrag, drei Unternehmer die Zeit und Mühe für die Teilnahme am Vergabeverfahren investieren und der gemeinschaftlich angestrebte Nutzen in Form des Erhalts des Zuschlages und eines Referenzprojekts).

Zur Frage des Verstoßes gegen die Bestimmung des § 21 Abs. 3 ZTG ist auszuführen, dass nach Lehre und Rechtsprechung der gemeinsame Zweck einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, damit auch einer ARGE und Bietergemeinschaft, nicht rechtswidrig sein darf, also weder gegen gesetzliche Gebote, noch gegen die guten Sitten verstoßen darf. Zur Frage des Verstoßes gegen die Bestimmung des Paragraph 21, Absatz 3, ZTG ist auszuführen, dass nach Lehre und Rechtsprechung der gemeinsame Zweck einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, damit auch einer ARGE und Bietergemeinschaft, nicht rechtswidrig sein darf, also weder gegen gesetzliche Gebote, noch gegen die guten Sitten verstoßen darf.

Die gemeinsame Ausübung freier Berufe ist vielfach bestimmten Rechtsformen vorbehalten, wobei auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht in Betracht kommen kann, wie dies § 21 Abs. 3 ZTG normiert. Die gemeinsame Ausübung freier Berufe ist vielfach bestimmten Rechtsformen vorbehalten, wobei auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht in Betracht kommen kann, wie dies Paragraph 21, Absatz 3, ZTG normiert.

Nachdem feststeht, dass die Antragstellerin in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts agiert, ist zu prüfen, ob dieser Zusammenschluss der Bieter einen Verstoß gegen § 21 Abs. 3 ZTG darstellt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim Zusammenschluss zu einer ARGE zweifelsfrei um die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt, die einen gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck (Erwerbszweck) verfolgt. Da die Bietergemeinschaft im Fall der Zuschlagserteilung ex lege eine ARGE zu gründen hat, gelten für sie im Hinblick auf die zu erbringenden Berufsbefugnisse die gleichen Voraussetzungen wie für die ARGE (vgl. VfGH 21.06.2004, B531/02). Nachdem feststeht, dass die Antragstellerin in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts agiert, ist zu prüfen, ob dieser Zusammenschluss der Bieter einen Verstoß gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG darstellt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim Zusammenschluss zu einer ARGE zweifelsfrei um die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt, die einen gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck (Erwerbszweck) verfolgt. Da die Bietergemeinschaft im Fall der Zuschlagserteilung ex lege eine ARGE zu gründen hat, gelten für sie im Hinblick auf die zu erbringenden Berufsbefugnisse die gleichen Voraussetzungen wie für die ARGE (vergleiche VfGH 21.06.2004, B531/02).

§ 21 Abs. 3 ZTG hat zum Ziel, eine Trennung zwischen Planung und Ausführung zu schaffen. Paragraph 21, Absatz 3, ZTG hat zum Ziel, eine Trennung zwischen Planung und Ausführung zu schaffen.

Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes ist der Tatbestand des § 21 Abs. 3 ZTG, der ausdrücklich die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen Ziviltechnikern und Gewerbetreibenden nur zulässt, wenn letztere zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind, bei der Antragstellerin nicht nur zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 69 Z 3 BVergG), sondern auch zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung erfüllt. Es handelte sich somit zu den oben angeführten Zeitpunkten bei der Antragstellerin um eine mit § 21 Abs. 3 ZTG in Widerspruch stehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes ist der Tatbestand des Paragraph 21, Absatz 3, ZTG, der ausdrücklich die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen Ziviltechnikern und Gewerbetreibenden nur zulässt, wenn letztere zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt sind, bei der Antragstellerin nicht nur zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG), sondern auch zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung erfüllt. Es handelte sich somit zu den oben angeführten Zeitpunkten bei der Antragstellerin um eine mit Paragraph 21, Absatz 3, ZTG in Widerspruch stehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Solche Gesellschaften haben einen berufsrechtlich verbotenen Zweck und verstoßen gegen das Ziviltechnikergesetz. Die Bietergemeinschaft als Teilnehmerin im Vergabeverfahren hat schon durch ihre Bildung berufsrechtliche Vorschriften der österreichischen Rechtsordnung verletzt (vgl. VfGH vom 30.07.2004, 2002/04/0011). Ein gegen § 21 Abs. 3 ZTG verstoßender Zusammenschluss von Bietern führt zur Nichtigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und damit der Bietergemeinschaft, sodass diese Bietergemeinschaft nicht geeignet ist, ein rechtskonformes Angebot zu legen, zumal es der Bietergemeinschaft in diesem Fall an der Teilrechtsfähigkeit des § 20 Abs. 2 BVergG fehlt.

(Krejci/Pany/Schwarzer, Ziviltechnikerrecht². [1997] § 21 RZ 75). Solche Gesellschaften haben einen berufsrechtlich verbotenen Zweck und verstoßen gegen das Ziviltechnikergesetz. Die Bietergemeinschaft als Teilnehmerin im Vergabeverfahren hat schon durch ihre Bildung berufsrechtliche Vorschriften der österreichischen Rechtsordnung verletzt (vergleiche VwGH vom 30.07.2004, 2002/04/0011). Ein gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG verstoßender Zusammenschluss von Bietergemeinschaften führt zur Nichtigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und damit der Bietergemeinschaft, sodass diese Bietergemeinschaft nicht geeignet ist, ein rechtskonformes Angebot zu legen, zumal es der Bietergemeinschaft in diesem Fall an der Teilrechtsfähigkeit des Paragraph 20, Absatz 2, BVergG fehlt (Krejci/Pany/Schwarzer, Ziviltechnikerrecht². [1997] Paragraph 21, RZ 75).

Die Antragstellerin ist daher zu den oben angeführten Zeitpunkten als nichtige Gesellschaft anzusehen, mit der Folge, dass ihr die gem. § 20 Abs. 2 BVergG geforderte Teilrechtsfähigkeit zur Legung eines Angebotes fehlt. Die Bietergemeinschaft konnte aufgrund deren Nichtigkeit das Angebot vom 10.10.2013 nicht vergaberechtskonform fertigen. Die Antragstellerin ist daher zu den oben angeführten Zeitpunkten als nichtige Gesellschaft anzusehen, mit der Folge, dass ihr die gem. Paragraph 20, Absatz 2, BVergG geforderte Teilrechtsfähigkeit zur Legung eines Angebotes fehlt. Die Bietergemeinschaft konnte aufgrund deren Nichtigkeit das Angebot vom 10.10.2013 nicht vergaberechtskonform fertigen.

Der gegen § 21 Abs. 3 ZTG verstoßende Zusammenschluss der Antragstellerin bewirkt aber auch, dass es der Antragstellerin an der erforderlichen Befugnis gem. § 19 Abs. 1 iVm § 69 Z 3 BVergG mangelt. Der gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG verstoßende Zusammenschluss der Antragstellerin bewirkt aber auch, dass es der Antragstellerin an der erforderlichen Befugnis gem. Paragraph 19, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG mangelt.

Nach der Angebotserklärung des Angebotsformulars (Beilage .J) hatte die Antragstellerin insbesondere die Erklärung abzugeben, "(...) wir im Auftragsfall alle in Österreich geltenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die geltenden Arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einhalten werden."

Unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes (vgl. VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018; VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157) als auch aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 EVN-AG Wienstrom GmbH; VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25) ist der Angebotserklärung des Angebotsformulars (Beilage .J) "wir im Auftragsfall alle in Österreich geltenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die geltenden Arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einhalten werden.", kein Inhalt dahingehend zu unterstellen, dass ein Bieter nur im Auftragsfall die gesetzlichen Vorgaben der Republik Österreich einzuhalten hat. Eine Disposition über zwingende rechtliche Bestimmungen ist sowohl für den Auftraggeber als auch die Bieter nicht zulässig. Unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes (vergleiche VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018; VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157) als auch aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (vergleiche EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 EVN-AG Wienstrom GmbH; VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25) ist der Angebotserklärung des Angebotsformulars (Beilage .J) "wir im Auftragsfall alle in Österreich geltenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die geltenden Arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einhalten werden.", kein Inhalt dahingehend zu unterstellen, dass ein Bieter nur im Auftragsfall die gesetzlichen Vorgaben der Republik Österreich einzuhalten hat. Eine Disposition über zwingende rechtliche Bestimmungen ist sowohl für den Auftraggeber als auch die Bieter nicht zulässig.

Nach Ansicht des Senates wird dadurch nur nochmals explizit darauf hingewiesen, dass sämtliche, auch zukünftigen gesetzlichen Bestimmungen im Zuge der Auftragsabwicklung einzuhalten sein werden. Ein Umkehrschluss, dass die relevanten gesetzlichen Bestimmungen bis zur Zuschlagserteilung nicht zu beachten wären, kann den Normierungen der Ausschreibung nicht entnommen werden. Die Antragstellerin hätte daher, aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zum Schluss kommen müssen, dass die gesetzlichen Vorgaben der Republik Österreich in jedem Stadium der Ausschreibung zu beachten waren.

Die Eignung muss in Zeitpunkt gem. § 69 Z 3 BVergG vorliegen. Auch ein allfälliger nachfolgender Eintritt der Eignung hilft dem Bieter nicht, sodass auf die Einschränkung der Baumeisterbefugnis (Schreiben vom 19.11.2013) nicht weiter einzugehen war. Die Eignung muss in Zeitpunkt gem. Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG vorliegen. Auch ein allfälliger

nachfolgender Eintritt der Eignung hilft dem Bieter nicht, sodass auf die Einschränkung der Baumeisterbefugnis (Schreiben vom 19.11.2013) nicht weiter einzugehen war.

Die Ausscheidensentscheidung gem. § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG infolge mangelnder Befugnis wegen des Verstoßes gegen § 21 Z 3 ZTG und gem. § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG aufgrund des den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes (kein rechtsverbindlich unbedingtes Angebot (Procedure Letter - Einladung zur Angebotsabgabe vom 13.09.2013 Punkt 4) infolge des nichtigen Zusammenschlusses der Bietergemeinschaft erfolgte zu Recht. Die Ausscheidensentscheidung gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG infolge mangelnder Befugnis wegen des Verstoßes gegen Paragraph 21, Ziffer 3, ZTG und gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG aufgrund des den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes (kein rechtsverbindlich unbedingtes Angebot (Procedure Letter - Einladung zur Angebotsabgabe vom 13.09.2013 Punkt 4) infolge des nichtigen Zusammenschlusses der Bietergemeinschaft erfolgte zu Recht.

Zur Frage des Vorliegens eines den Leistungspositionen 10.9, 10.10 und 10.11 widersprechenden Angebotes:

Unstrittig steht fest, dass die Antragstellerin in dem Angebotsformular auf Seite 6 in der Position 10.9 den Pauschalpreis von EUR 8.000,--, in der Position 10.10 den Pauschalpreis von EUR 16.000,-- und in der Position 10.11 den Pauschalpreis von EUR 16.000,-- eingetragen hat.

Den Vorgaben des Auftraggebers im Angebotsformular entsprechend ("Der Bieter hat hier ein Angebot zu legen unter Heranziehung dieses Honorarvolumens multipliziert mit einem die Generalplanerleistung umfassenden Faktor, der nicht niedriger sein darf, als "1" und (= diese Position ist quasi eine Verrechnungseinheitsposition") hätten im gegenständlichen Fall die Pauschalpreise in den Positionen 10.9 EUR 108.000,-, bei 10.10 EUR 116.000,-- und bei 10.11 EUR 116.000 lauten müssen.

Unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes (vgl. VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018; VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157) als auch aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 EVN-AG Wienstrom GmbH; VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25) ist der Vorgabe des Auftraggebers zweifelsfrei zu entnehmen, dass zu den in den vorgenannten Positionen des Leistungsverzeichnisses vorgegebenen Honorarbeträgen der allfällige Generalplanerzuschlag hinzukommt. Unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes vergleiche VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018; VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157) als auch aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt vergleiche EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 EVN-AG Wienstrom GmbH; VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25) ist der Vorgabe des Auftraggebers zweifelsfrei zu entnehmen, dass zu den in den vorgenannten Positionen des Leistungsverzeichnisses vorgegebenen Honorarbeträgen der allfällige Generalplanerzuschlag hinzukommt.

Eine Definition des Begriffes des Rechenfehlers kann dem BVergG nicht ausdrücklich entnommen werden. Unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien hält der Verwaltungsgerichtshof zu § 94 Abs. 4 BVergG 2002 (Anmerkung: nunmehr § 126 Abs. 4 BVergG) fest, dass es sich bei einem Rechenfehler um eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters handelt (VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0111). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es nicht auf die mathematische Richtigkeit des Rechenganges an. Allerdings sind Fehlinterpretationen der Ausschreibungsvorgaben, sonstige Verständnisfehler bzw. falsche Kosteneinschätzungen nicht als Rechenfehler anzusehen (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 3 [2010, RZ 1382]). Eine Definition des Begriffes des Rechenfehlers kann dem BVergG nicht ausdrücklich entnommen werden. Unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien hält der Verwaltungsgerichtshof zu Paragraph 94, Absatz 4, BVergG 2002 (Anmerkung: nunmehr Paragraph 126, Absatz 4, BVergG) fest, dass es sich bei einem Rechenfehler um eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters handelt (VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0111). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es nicht auf die mathematische Richtigkeit des Rechenganges an. Allerdings sind Fehlinterpretationen der Ausschreibungsvorgaben, sonstige Verständnisfehler bzw. falsche Kosteneinschätzungen nicht als Rechenfehler anzusehen (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 3 [2010, RZ 1382]).

Entgegen der Rechtsansicht der Antragstellerin kann auf Basis der Unterlagen nicht davon ausgegangen werden, dass der behauptete Erklärungsirrtum evident ist. Aus dem Angebotsformular ist eine Rechenoperation nicht ersichtlich.

Entgegen dem vom VwGH (VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0111) zu beurteilenden Sachverhalt findet sich gegenständlich im Leistungsverzeichnis nur eine Spalte in welche die "Pauschale EUR netto" einzutragen ist, sodass das vorangeführte Erkenntnis des VwGH nicht einschlägig ist, weil es insbesondere nicht um das irrtümliche Addieren oder nicht Addieren verschiedener Positionen im Leistungsverzeichnis geht. Voraussetzung für das Vorliegen eines Rechenfehlers ist jedenfalls eine erkennbare Rechenoperation, ob rechnerisch richtig oder falsch. Eine hinter den von der Antragstellerin im Leistungsverzeichnis eingesetzten Pauschalen stehende Rechenoperation ist im gegenständlichen Fall nicht erkennbar.

Es handelt sich im gegenständlichen Fall daher um keinen evident erkennbaren Rechenfehler. Würde man auch in diesem Fall von einem berichtigbaren Rechenfehler ausgehen, so könnte bei jeder Position des Leistungsverzeichnisses behauptet werden, dass dem jeweiligen Positionspreis eine unrichtige Rechenoperation zu Grunde liegt. Im gegenständlichen Fall wurde die Vorgabe zur Berechnung in der Fußnote zu den betreffenden Leistungspositionen nicht berücksichtigt. Dies hat auch die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zugestanden, als sie ausführte, dass der Mitarbeiter, welcher das Leistungsverzeichnis ausgefüllte, die Fußnote überlesen hat. Gemäß den Vorgaben der Ausschreibung hätte bei den Leistungspositionen 10.9, 10.10, und 10.11 zumindest EUR 100.000,-- bzw. EUR 200.000,-- angeboten werden müssen.

Dadurch, dass die Antragstellerin entgegen den zwingenden Ausschreibungsvorgaben lediglich EUR 8.000,-- bzw. EUR 16.000,-- zu den vorgenannten Leistungspositionen angeboten hat, legte sie ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, sodass das Angebot zu Recht gem. § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ausgeschieden wurde. Ein Verstoß gegen zwingende Festlegungen der Ausschreibung bewirkt im gegenständlichen Fall kein rechnerisch fehlerhaftes, sondern ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot. Dadurch, dass die Antragstellerin entgegen den zwingenden Ausschreibungsvorgaben lediglich EUR 8.000,-- bzw. EUR 16.000,-- zu den vorgenannten Leistungspositionen angeboten hat, legte sie ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, sodass das Angebot zu Recht gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden wurde. Ein Verstoß gegen zwingende Festlegungen der Ausschreibung bewirkt im gegenständlichen Fall kein rechnerisch fehlerhaftes, sondern ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot.

Spruchpunkt A. II und III / Spruchpunkt A. römisch zwei und III:

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist der gegenständliche Sachverhalt mit jenem des Urteiles des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache C-100/12 (Fast Web) vom 04. Juli 2003 nicht vergleichbar, wie nachfolgend zu zeigen ist.

Dem Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof lag folgende besondere Konstellation zugrunde. An dem betreffenden Vergabeverfahren waren lediglich zwei Bieter, deren Angebote nach den Feststellungen des zuständigen Verwaltungsgerichtes der Region Piemont jeweils bestimmte technische Anforderungen der Ausschreibung nicht erfüllten, beteiligt. Dies müsste nach Ansicht des anrufenden Gerichtes mangels zuschlagsfähigen Angeboten dazu führen, dass der Klage und Widerklage stattgegeben und das fragliche Vergabeverfahren für nichtig erklärt werde. Dagegen wäre aber nach der Judikaturlinie des Staatsrates die Widerklage vorrangig zu prüfen und wäre der Klage in der gegenständlichen Konstellation sohin kein Erfolg beschieden. Gegen diese Auffassung kamen dem Gericht Zweifel.

Gegen die Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für das verfahrensgegenständliche Nachprüfungsverfahren spricht, dass entgegen dem Sachverhalt, welcher der Judikatur des Europäischen Gerichtshof (Fast Web) zu Grunde lag, gegenständlich das Verhandlungsverfahren noch im Laufen ist. Es wird nicht die Zuschlagsentscheidung angefochten, sondern Entscheidungen bzw. Festlegungen während eines laufenden Verhandlungsverfahrens.

Da gem. § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG das Ausscheiden eines Angebotes eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers ist, ist in einem solchen Fall Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens betreffend diese Entscheidung allein die Frage, ob der Antragsteller vom Auftraggeber zu Recht ausgeschieden worden ist. Im Hinblick auf die Ausscheidensentscheidung und nur bezüglich dieser kommt dem ausgeschiedenen Bieter daher eine Antragslegitimation zu. Da gem. Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG das Ausscheiden eines Angebotes eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers ist, ist in einem solchen Fall Hauptfrage des

Nachprüfungsverfahrens betreffend diese Entscheidung allein die Frage, ob der Antragsteller vom Auftraggeber zu Recht ausgeschieden worden ist. Im Hinblick auf die Ausscheidensentscheidung und nur bezüglich dieser kommt dem ausgeschiedenen Bieter daher eine Antragslegitimation zu.

Kommt die Nachprüfungsbehörde zu dem Ergebnis, dass der Antragsteller zu Recht ausgeschieden worden ist, so hat sie den Nachprüfungsantrag ungeachtet allfälliger Rechtswidrigkeiten im Rahmen des Verfahrens zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlag daher abzuweisen.

Ein Bieter, dessen Angebot zu Recht ausgeschieden wurde, kann durch Rechtswidrigkeiten, die das Verfahren zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlag betreffen nicht in Rechten verletzt werden. Rechtskräftig ausgeschiedene Bieter haben kein rechtliches Interesse an der Prüfung weiterer Vergabeentscheidungen und sind diesbezügliche Nachprüfungsanträge zurückzuweisen (VwGH 18.03.2009, 2007/04/0095, 27.05.2009, 2008/04/0041).

Daher ist ein gegen die dem Ausscheiden nachfolgende Festlegung des Auftraggebers gerichteter Nachprüfungsantrag des zu Recht ausgeschiedenen Bieters zurückzuweisen (vgl. VwGH 25.01.2011, 2009/04/0302). Aus diesem Grunde waren die Anträge gemäß Spruchpunkt A. II und III des Erkenntnisses zurückzuweisen. Daher ist ein gegen die dem Ausscheiden nachfolgende Festlegung des Auftraggebers gerichteter Nachprüfungsantrag des zu Recht ausgeschiedenen Bieters zurückzuweisen vergleiche VwGH 25.01.2011, 2009/04/0302). Aus diesem Grunde waren die Anträge gemäß Spruchpunkt A. römisch zwei und römisch drei des Erkenntnisses zurückzuweisen.

Spruchpunkt A. IV.: Spruchpunkt A. römisch vier.:

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird." § 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Da dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren.

Zu B) Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG insbesondere zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt und es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob es sich beim XXXX um einen öffentlichen Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG handelt, fehlt. Die grundsätzliche Bedeutung dieser Frage liegt auch darin begründet, dass das Vorliegen bzw. nicht Vorliegen der öffentlichen Auftraggebereigenschaft des ORF für eine Vielzahl von Wirtschaftstreibenden von rechtlicher Relevanz ist. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG insbesondere zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt und es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob es sich beim römisch 40 um einen öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraph

3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG handelt, fehlt. Die grundsätzliche Bedeutung dieser Frage liegt auch darin begründet, dass das Vorliegen bzw. nicht Vorliegen der öffentlichen Auftraggebereigenschaft des ORF für eine Vielzahl von Wirtschaftstreibenden von rechtlicher Relevanz ist.

Schlagworte

Angebotsabgabe, Befugnis beurteilt am Auftragsgegenstand, Berichtigung, Bietergemeinschaft, Eignung (Haupt)- und (Ersatz)-Nachweise, Gebarungskontrolle, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Irrtum, Leistungsfähigkeit, Nachprüfungsverfahren, Nichtigklärung, Nichtigklärung Auftraggeberentscheidung, Nichtigklärung der Ausschreibung, Nichtigkeit, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebühren, Rechenfehler, Rechnungshofkontrolle, Schätzung des Auftragswertes, Vergaberechtsregime, Vergabeverfahren, Zuverlässigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W138.2000177.1.00

Zuletzt aktualisiert am

24.06.2014

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at