

TE Verg Bescheid 2013/8/19 N/0073-BVA/06/2013-47

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.08.2013

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §79 Abs6

BVergG 2006 §126 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §129 Abs9

BVergG 2006 §139 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §318 Abs4

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs2

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs2

BVA-GebV 2012 §1

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 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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 § 139 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007

6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007

6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 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 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVA-GebV 2012 § 1 gültig von 13.04.2012 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. II Nr. 491/2013

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 303 BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie durch Mag. Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite und Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der

Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Tiergarten Schönbrunn - Neubau Eisbärenanlage, OG 1. Kunstfelsen - und OG 2. Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 303, BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie durch Mag. Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite und Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Tiergarten Schönbrunn - Neubau Eisbärenanlage, OG 1. Kunstfelsen - und OG 2.

Spritzbetonstrukturen" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Abteilung 403, Schönbrunn, Hofburg, Schweizerhof, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 5. Juli 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, das "Bundesvergabeamt möge im Vergabeverfahren der Burghauptmannschaft Österreich, Abteilung 403 - Schönbrunn, Hofburg, Schweizerhof, 1010 Wien um den Auftrag Tiergarten Schönbrunn, Eisbärenanlage, OG 1. Kunstfelsen- und OG 2. Spritzbetonkonstruktion die Zuschlagsentscheidung auf das Angebot Atelier B*** für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 30. Juni 2013 der Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, im Vergabeverfahren "Tiergarten Schönbrunn - Neubau Eisbärenanlage, OG 1. Kunstfelsen - und OG 2. Spritzbetonstrukturen", lautend auf das Atelier B*** wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs 1, 79 Abs 6, 126 Abs 4, 129 Abs 1 Z 7 und 9, 139 Abs 1 Z 2, 312 Abs 2, 320 Abs 2, 321 Abs 1 und 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 19, Absatz eins, 79, Absatz 6, 126, Absatz 4, 129, Absatz eins, Ziffer 7 und 9, 139 Absatz eins, Ziffer 2, 312, Absatz 2, 320, Absatz 2, 321, Absatz eins und 2 BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "dem AG den Ersatz von EUR 4.500,00

Antragsgebühren binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwange an die Ast aufzuerlegen", wird stattgegeben.

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, ist verpflichtet, der Antragstellerin, A***, die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 3.000,-- sowie die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 1.500,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Händen ihres bevollmächtigten Rechtsvertreters, X***, zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: §§ 318 Abs 1 Z 1 und 4, 319 Abs 1, 2 und 3, BVergG; § 1 BVA-GebV 2012
Rechtsgrundlage: Paragraphen 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4, 319 Absatz eins, 2 und 3, BVergG; Paragraph eins, BVA-GebV 2012

Begründung

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 5. Juli 2013 das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Gebührenersatz, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus: Auftraggeber sei die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich. Es gelange ein Bauauftrag im Unterschwellenbereich zur Vergabe; konkret das Gewerk "Kunstfelsenarbeiten OG 1."

und das Gewerk "Spitzbetonstrukt. OG 2."

Angefochten werde die Zuschlagsentscheidung vom 30. Juni 2013. Diese sei der Antragstellerin per E-Mail mitgeteilt worden. Präsumtive Zuschlagsempfängerin sei das Atelier B***. Die Auftragssumme belaufe sich auf € 350.443,15.

Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Ausschlaggebend für den Zuschlag sei die Gesamtpunkteanzahl. Der Preis habe nur eine geringe Signifikanz. Das Angebot der Antragstellerin sei an zweiter Stelle gereiht. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte bei richtiger rechtlicher Beurteilung ausgeschieden werden müssen.

Im Rahmen des Bestbieterprinzips sei der Schwerpunkt der Bewertungskriterien auf die Herstellung eines Musterelementes gelegt worden. Jeder Bieter hätte die Herstellung eines großflächigen Musterelements im Maßstab 1:1 erbringen müssen. Für die Herstellung dieses Musterelements würden alle projekttypischen Anforderungen gleichartig gelten wie für die zukünftig herzustellende Gesamtleistung. Weiters sei eine Reihe von spezifischen Anforderungen zu berücksichtigen. Ziel sei die glaubhafte Darstellung von höchst naturnahen Kunstfelsenstrukturen in Paneelbauweise eines Landschaftsbildes, welches typisch für den Lebensraum der Eisbären im Tiergarten Schönbrunn sei. Weiters sei vorgesehen gewesen, das Musterelement auf bauseitigem Untergrund über eine Fläche von 7-8 m² zu errichten und müsse dieses alle beschriebenen projektrelevanten Qualitäten und Anforderungen erfüllen. Die einzelnen technischen Details (Mindestanforderungen) an dieses Musterelement seien detailliert beschrieben. Dies gehe über die verwendeten Materialien, rostfreie Materialien, 60% Plattenanteil, Montage an Ort und Stelle, Verankerung und Bewehrung, Spritzbetonstrukturen, bis zur Entsorgung der Restmaterialien und Räumung der Baustelle.

Jeder Bieter habe die Herstellung eines kleinen Teils der auftragsgegenständlichen Werkleistungen als Musterstück zu erbringen. Der Auftraggeber wolle sich damit einen vollen Überblick über die Eignung des Bieters einerseits und die Kreativität, vor allem aber über den Angebotsinhalt, verschaffen. Jedem Bieter sei die Gestaltung eines Musterelements im ausschreibungsgemäß vorgegebenen Rahmen freigestellt.

Die beispielsweise baukünstlerische aber auch tiergärtnerische Gestaltungsvielfalt und Kreativität sollte - weit mehr als der Preis - die Zuschlagsentscheidung determinieren. Dem Musterelement komme nicht nur Prüfungs-, sondern vor allem auch Angebotscharakter zu. Dies bedeute, dass Defizite bei der Mustererstellung unbehebbarer Mängel seien. Ein solches Musterstück sei damit eine Willenserklärung des Inhalts, dass sie die Leistung, die der Bieter später zu erbringen beabsichtige, schon zuvor beschreibe.

Umso überraschender sei die Zuschlagsentscheidung gewesen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in einer Vielzahl von Punkten gegen zwingende Ausschreibungsbedingungen verstoßen. Während die anderen Bieter etwa ihre konstruktiven Rundstahlstäbe aus nicht rostendem Edelstahl hergestellt hätten, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin (Anm: ein Bühnenbildner) lediglich ein Musterelement mit verzinkten Rundstahlstäben aufgebaut, welche mit Kabelbindern verbunden gewesen seien. Nun stelle sich die Frage, ob dieser Bieter den Auftraggeber überhaupt "ernst nehme". Es sei bestandsfest gefordert gewesen, dass das Musterelement aus nicht rostenden Elementen hergestellt werde. Umso überraschender sei die Zuschlagsentscheidung gewesen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in einer Vielzahl von Punkten gegen zwingende Ausschreibungsbedingungen verstoßen. Während die anderen Bieter etwa ihre konstruktiven Rundstahlstäbe aus nicht rostendem Edelstahl hergestellt hätten, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin (Anmerkung, ein Bühnenbildner) lediglich ein Musterelement mit verzinkten Rundstahlstäben aufgebaut, welche mit Kabelbindern verbunden gewesen seien. Nun stelle sich die Frage, ob dieser Bieter den Auftraggeber überhaupt "ernst nehme". Es sei bestandsfest gefordert gewesen, dass das Musterelement aus nicht rostenden Elementen hergestellt werde.

Hierzu komme, dass durch den Spritzbeton korrosive Angriffe erfolgen würden, die unbedingt rostfreien Edelstahl als Bewehrung erfordern würden. In wettbewerblicher Hinsicht verschaffe sich ein Anbieter, der anstatt des ausgeschriebenen Edelstahls (V2A) bloß verzinkte Eisenstäbe anbiete, einen uneinholbaren Wettbewerbsvorteil auf der Kostenseite. Verzinkt sei nicht rostfrei.

In der Ausschreibung sei etwa vorgesehen, dass die nutzungstechnischen und tiergärtnerischen Anforderungen auch vom Musterelement eingehalten werden müssten, als vollbewittertes Freiraumbauwerk einschließlich

tiergärtnerische Belastungen wie Pflege- und Reinigungsbetrieb, Belastung durch die Tiere etc.

Es sei eine besondere Anforderung, dass ein mögliches Klettern der Bären auf die Struktur nachhaltig verhindert werde. Alle Strukturen müssten daher vollvolumig hinterfüllt werden. Das Musterelement des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei hingegen nur bis zur Hälfte hinterfüllt worden und hätte so großvolumig Wasser aufnehmen können.

Die als Musterelement vorgelegte Struktur der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher in jeder Beziehung für den ausersehenen Verwendungszweck vollkommen ungeeignet gewesen. Dies habe auch die Jury erkannt. In einer Aktennotiz der Jury vom 26. Juni 2013 heiße es: "Es haben nicht alle Bieter die Qualität Typ A unter Zuhilfenahme von Matrizen oder Paneelen hergestellt. Im Rahmen der Jurysitzung wurde besprochen, dass diese einen Abzug bei der

Bewertung zur Folge hat". Richtigerweise hätten jedoch Angebote, bei denen das Musterelement die Paneelbauweise nicht erfüllt habe, ausgeschieden werden müssen. Die gewählte Vorgangsweise, nämlich der Abzug von 75% der erzielten Punkte für die Erfüllung der tiergärtnerischen Anforderungen, sei vergaberechtlich unzulässig. Falls dieser Vorgangsweise sämtliche Jurymitglieder zugestimmt hätten, läge darin ein Abgehen von den zwingenden Vorschriften der Ausschreibung.

Ein Wettbewerbsverstoß der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege auch darin, dass diese alles ausschreibungswidrig in Spritzbeton angeboten habe. Die vorgeschriebene

Plattenbauweise sei erheblich teurer. Sie habe sich einen unseriösen Kostenvorteil dadurch erwirtschaftet, dass sie sich die aufwendige Herstellung von Fertigelementen erspart habe.

Die beiden Elemente verzinkt + Kabelbinder und 100 % Spritzbeton anstatt etwa 60 % Plattenkonstruktion würden zusammen eine Kosteneinsparung von mindestens € 60.000,-- auf das gesamte Projekt gerechnet bedeuten. In einem nicht offenen Verfahren dürfe von den bestandsfesten Vorgaben der Ausschreibung nicht abgegangen werden.

Bereits aufgrund des Juryprotokolls sei rein aktenmäßig evident, dass der Auftraggeber eine ungesetzliche Ungleichbehandlung vorgenommen habe. Es werde daher voraussichtlich einer vertieften Überprüfung durch einen Sachverständigen für Bautechnik in Verbindung mit einem Sachverständigen für Tiergartenwesen gar nicht bedürfen. Die Jury habe rechtsirrig gar nicht geprüft, ob eines der zwingenden Ausschreibungskriterien für das Musterelement verletzt worden sei. Tatsächlich sei das Musterelement der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in jeder Weise ungeeignet und ausschreibungswidrig. Neben den genannten liege noch eine Vielzahl weiterer kleiner "Einsparungen" im Sinne einer ausschreibungswidrigen Qualitätsminderung vor. Auch diese würden jeweils Mängel darstellen und ebenfalls zur Zuschlagsunfähigkeit führen. Technisch wäre hierfür jedoch ein Soll/Ist-Vergleich durch einen Sachverständigen für Bauwesen erforderlich. Ohne Beiziehung eines derartigen

Sachverständigen sei ein seriöser Qualitätsvergleich gar nicht möglich und hätte ein Mangel des Vergabeverfahrens somit in der Unterlassung der Beiziehung eines entsprechenden Sachverständigen gelegen.

Auch die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei noch im Detail zu prüfen. Ausschreibungsgegenständlich seien Bauarbeiten, sodass eine entsprechende Konzession erforderlich sei. Die Eignung sei auf zwei Ebenen zu prüfen. Einerseits die gewerberechtliche Zulässigkeit der Leistungserbringung (Bauarbeiten) durch einen Bühnenbildner, andererseits die Eignung im Punkt der technischen Leistungsfähigkeit. Der präsumtive Zuschlagsempfänger dürfe solche Bauarbeiten mit erhöhten Sicherheitsanforderungen in Österreich nicht einmal ausführen. Die Zuschlagsentscheidung sei nach dem Gesagten rechtswidrig.

Im Falle des Vergabeverstoßes entfalle eine entscheidende Referenz für die Antragstellerin. Demgegenüber könnten sich ungeeignete Mitbieter eine Referenz schaffen. Durch die Kosten für die Angebotserstellung und die Teilnahme am Vergabeverfahren und die rechtsfreundliche Vertretung seien bereits Kosten angefallen. Auch würden Vorhalte- und Kapazitätsreservierungskosten entstehen. Der Antragstellerin entgehe das Erfüllungsinteresse. Das Erfüllungsinteresse umfasse die kalkulatorischen Zuschläge für Wagnis und Gewinn sowie die Zentralregion. Die Antragstellerin mache 15 % von € 302.000,-- als Schaden geltend.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf das Ausscheiden von ungeeigneten Mitbietern, auf das Ausscheiden von ausschreibungswidrigen Konkurrenzofferten, auf ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren, auf eine materiell rechtsrichtige Auftraggeberentscheidung, auf Beachtung der gemeinschafts-rechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes und auf Beachtung der Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter sowie in ihrem Recht auf den Zuschlag verletzt.

Die Auftraggeberin hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausscheiden und in weiterer Folge den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin erteilen müssen. Gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zunächst mangels Befugnis, aber auch mangels Eignung und mangelnder technischer Leistungsfähigkeit ausgeschieden werden müssen. Die Auftraggeberin hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausscheiden und in weiterer Folge den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin erteilen müssen. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zunächst mangels Befugnis, aber auch mangels Eignung und mangelnder technischer Leistungsfähigkeit ausgeschieden werden müssen.

Das vollkommen untaugliche und "gefährliche" Musterelement der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei ein Angebot, dessen weiterer Bearbeitung dem öffentlichen Auftraggeber eigentlich gar nicht zumutbar sei. Daraus folge, dass das Angebot auch gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Es widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen und sei fehlerhaft und unvollständig und in diesem Sinne mit einem unbeheblichen Mangel behaftet. Jede Änderung am Musterelement sei zuschlagsrelevant und damit unzulässig. Der Bieter habe daher grundsätzlich nur eine Chance, ein entsprechendes Das vollkommen untaugliche und "gefährliche" Musterelement der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei ein Angebot, dessen weiterer Bearbeitung dem öffentlichen Auftraggeber eigentlich gar nicht zumutbar sei. Daraus folge, dass das Angebot auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Es widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen und sei fehlerhaft und unvollständig und in diesem Sinne mit einem unbeheblichen Mangel behaftet. Jede Änderung am Musterelement sei zuschlagsrelevant und damit unzulässig. Der Bieter habe daher grundsätzlich nur eine Chance, ein entsprechendes Musterelement abzuliefern.

Dies umso mehr, als ein Musterelement in den Qualitäten A und B mit "glaubhaften Übergängen zwischen diesen beiden Qualitäten und einem Flächenverhältnis von 60:40 bzw 40:60" gefordert gewesen sei. Es sei also von vornherein unzulässig, ein Musterelement abzuliefern, das überhaupt keine Darstellung gemäß Ausführungsqualität A der naturnahen Kunstfelsenstrukturen in Paneelbauweise aufgewiesen habe. Dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin das Muster zu 100 % in Spritzbauweise ausgeführt habe, zeige, dass sie dies auch bei der Gesamtleistung beabsichtige. Die geforderte Paneelbauweise "falle praktisch unter den Tisch".

Rechtsrichtigerweise hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden werden und die Zuschlagsentscheidung auf das Angebot der Antragstellerin lauten müssen.

In einer weiteren Stellungnahme vom 2. August 2013 führte die Antragstellerin nach Vorhalt des Bundesvergabebeamten vom 30. Juli 2013 aus, dass es die Antragstellerin unterlassen habe, ihrem Angebot eine Beschreibung ihres vorgesehenen Arbeitskräfteeinsatzes/ihrer Auftragsabwicklung gemäß Position 001113K iVm Position 001115C des Leistungsverzeichnisses beizulegen und das Angebot folgedessen auszuschneiden gewesen wäre. Es treffe zwar zu, dass dem Angebot ein Erläuterungsbericht/eine Beschreibung des vorgesehenen Arbeitseinsatzes obligatorisch beizulegen gewesen sei. Allerdings treffe es nicht zu, dass dem Angebot überhaupt kein Erläuterungsbericht beigelegt sei. In einer weiteren Stellungnahme vom 2. August 2013 führte die Antragstellerin nach Vorhalt des Bundesvergabebeamten vom 30. Juli 2013 aus, dass es die Antragstellerin unterlassen habe, ihrem Angebot eine Beschreibung ihres vorgesehenen Arbeitskräfteeinsatzes/ihrer Auftragsabwicklung gemäß Position 001113K in Verbindung mit Position 001115C des Leistungsverzeichnisses beizulegen und das Angebot folgedessen auszuschneiden gewesen wäre. Es treffe zwar zu, dass dem Angebot ein Erläuterungsbericht/eine Beschreibung des vorgesehenen Arbeitseinsatzes obligatorisch beizulegen gewesen sei. Allerdings treffe es nicht zu, dass dem Angebot überhaupt kein Erläuterungsbericht beigelegt sei.

Die Auftraggeberin habe sich mit E-Mail vom 6. Mai 2013 für das Angebot samt Erläuterungsbericht bedankt. Mit dem Angebot sei ein (erster) Erläuterungsbericht beigelegt worden, welcher auch die Leistungen, die Materialien und insbesondere, worauf es der Auftraggeberin angekommen sei, den Personaleinsatzplan angegeben habe. Die Antragstellerin habe sodann aufgrund des Vorhalts der Auftraggeberin vom 6. Mai 2013 einen ergänzten Erläuterungsbericht mit näherer Detaillierung und einer Tabelle betreffend eine Schätzung der Stundenaufstellung vorgelegt. Im Hinblick auf die Tatsache, dass im nicht offenen Verfahren die Eignung des Bieters vor der Einladung zur Angebotslegung zu prüfen sei, aber auch im Hinblick darauf, dass die Auftraggeberin diese beiden Erläuterungsberichte jedenfalls als ausreichend angesehen habe, sei dieses Thema bereits präkludiert, weil andernfalls eine Einladung zur Herstellung der Muster gar nicht hätte ergehen dürfen. Es sei daher unanfechtbar (immerhin liege dem E-Mail der Auftraggeberin vom 6. Mai 2013, 12:08 Uhr, eine Entscheidung zugrunde, die nicht mehr angefochten werden könne) davon auszugehen, dass ein ausreichender Erläuterungsbericht entweder ursprünglich beigelegt worden sei oder durch die nachträgliche Aufklärung ausschreibungskonform jedenfalls vorliege.

Darüber hinaus hielt die Antragstellerin ergänzend fest, dass tatsächlich nur die Antragstellerin und die Fa C*** mit ihren Musterelementen am 21. Juni 2013 rechtzeitig fertig geworden seien, sodass rechtsrichtigerweise schon allein aus diesem Grund alle anderen Angebote auszuschneiden gewesen wären.

Dem Vorbringen der Auftraggeberin, die Antragstellerin sei auszuschneiden, da sie nachträglich die Farbgebung des

Musterelementes verändert habe, entgegnete die Antragstellerin, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin zu dieser Vorgangsweise telefonisch am 24. Juni 2013 durch Herrn D***, Abteilung "Technik und Projektentwicklung" im Tiergarten Schönbrunn, ausdrücklich aufgefordert habe. Herr Ing. E*** habe darauf verwiesen, dass dies nicht ausschreibungsgemäß sei. Herr D*** habe versichert, dass dies seitens Herrn DI F***, Leiter der Abteilung "Technik und Projektentwicklung", gewünscht sei und in Ordnung gehe.

Nach Ansicht der Antragstellerin sei dies vergaberechtlich nicht zu beanstenden, da die Antragstellerin das Musterelement fristgerecht abgeliefert habe und die Ausschreibung keine weiteren Regeln über die weitere Verwendung des fristgerecht abgelieferten Musterelementes vorsehe. Da daher diese Änderungsanweisung durch die Auftraggeberin erteilt und nach rechtzeitiger und vollständiger Ablieferung des Musters ausgeführt worden sei, sei ein Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin unzulässig. Es liege auch keine "Nacharbeit" in dem Sinn vor, dass die Antragstellerin aus eigenem Antrieb zur Überlegung gekommen wäre, eine andere Farbgestaltung anzubringen, sondern der Wunsch und die Anweisung seien ausschließlich von der Auftraggeberin ausgegangen.

Würde hingegen die Vorgangsweise der Auftraggeberin als rechtswidrig angesehen werden, da nicht allen Bietern entgegen dem Grundatz der Gleichbehandlung Anweisungen zur Modifikation ihrer Installationen erteilt worden seien, so läge ein Widerrufsgrund vor. Unter diesem Gesichtspunkt wäre die Antragslegitimation der Antragstellerin jedenfalls gegeben, da sich die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin durch eine Neuausschreibung unter allen Umständen verbessern würde. Abgesehen davon hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin diesfalls zu entschädigen.

Auch werde das Vorbringen der Auftraggeberin, die Antragstellerin habe die Vorgabe der vertikalen Gliederung der Ausführungsqualitäten nicht erfüllt, bestritten. Zum Nachweis werde ein Foto vorgelegt. Vorsorglich werde die Beiziehung eines Bausachverständigen beantragt. Entsprechend den Anforderungen der Ausschreibung habe die Antragstellerin auf einer Fläche von 7-8 m² zwei verschiedene Kunstfelsenstrukturen hergestellt. Auch seien die geforderte mittlere Schichtstärke der fertigen Felsenstruktur von ca 30 cm und das mittlere Flächengewicht von 750 kg/m² eingehalten worden.

Der Ausschreibung könne an keiner Stelle die Vorgabe "vertikale Gliederung der Ausführungsqualität" entnommen werden. Diese Vorgabe sei auch inhaltsleer und könne offenbar nur bedeuten, dass überhaupt irgendeine vertikale Gliederung, nämlich in die Qualität A oder Qualität B erfolgen soll, was auch erfolgt sei. Die Teilung von A- und B-Strukturen sei in der Form vertikal erfolgt, als J2 und RM9 sowie J4 und RM28 als vertikale Strukturen verbaut worden seien. Insbesondere enthalte die Ausschreibung keine Bestimmung, die einem ungeordneten Einfügen der Teilflächen von Paneelen widersprechen würde. Die Ausführungen der Finanzprokuratur würden an der bestandsfesten Ausschreibungsbedingung vorbeigehen, wonach dem Bieter ein Maximum an Gestaltungsfreiheit eingeräumt werde. Es könne die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit von vornherein nicht so ausgelegt werden, dass das Muster vollkommen detailliert festgelegt gewesen sei. Das Musterelement entspreche den Vorgaben der Ausschreibung und mehr dürfe nachträglich nicht gefordert werden. Im Übrigen sei das Kriterium "Schönheit" durch das Ermessen der Jury nachweislich erfüllt. Auch liege im Verschließen der Fugen zwischen den Paneelen mit Mörtel entgegen der Ansicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kein technischer Mangel.

Soweit die präsumtive Zuschlagsempfängerin geltend mache, dass die Herstellung des Musterelementes der Antragstellerin zu aufwendig gewesen sei, sei zuzugestehen, dass die Herstellung des Musterelementes einen höheren Aufwand als € 5.000,- verursache. Dies sei allerdings bestandsfest und es obliege daher jedem Bieter, selbst zu kalkulieren, welchen Aufwand er in die Ersetzung des Auftrages setze.

Demgegenüber werde weiterhin vorgebracht, dass das Angebot des Atelier B*** auszuschneiden gewesen wäre. So habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrer Stellungnahme vom 12. Juli 2013 selbst den Mangel der Befugnis eingestanden. Ausschreibungsgegenständlich seien Kunstfelsen und Spritzbetonkonstruktionen, also Bauwerke, die eine breite Palette von Funktionen und Eigenschaften zu erfüllen haben, die Bildwerke nicht oder nur untergeordnet erfüllen müssen. Die Herstellung eisbärensicherer Landschaftsbauten wie der ausschreibungsgegenständlichen sei in Österreich dem Baumeister oder Landschaftsbauer vorbehalten. B*** sei weder Baumeister noch Landschaftsbauer. Diplombildhauer seien zur Herstellung von Bauwerken in diesem Umfang gewerberechtlich nicht befugt. Sogar hätte eine Einladung zur Angebotslegung gar nicht erfolgen dürfen.

Darüber hinaus habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin eingestanden, entgegen der Ausschreibungsvorgabe,

wonach rostfreie, verschweißte und tragfähige Konstruktionen vorgesehen seien, verzinktes Material in unverschweißtem Zustand, entsprechend einem neuen Stand der Technik, verwendet zu haben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verkenne den Zweck des Musters, nämlich den Angebotsinhalt zu repräsentieren, wenn sie ausführe, bei Zweifeln daran selbstverständlich bei der Unterkonstruktion ohne Mehrkosten traditionell rostfrei vorgehen zu wollen. Herr B*** habe nun einmal abweichend von zwingenden Ausschreibungsbestimmungen unverschweißtes, nicht rostfreies Material mit Kabelbindern angeboten. Hier sei auch darauf hinzuweisen, dass es bei einem Mischen von verzinktem Material mit rostfreiem Edelstahl zu einer sehr raschen Zerstörung der Konstruktion durch Elektrokorrosion komme.

Entsprechend den Ausschreibungsunterlagen werde klar festgelegt, dass die Qualität A in Paneelbauweise und die Qualität B nach Wahl des Auftragnehmers in Paneelbauweise oder Spritzbetonbauweise auszuführen sei. Das bedeute, ein Bieter dürfe alles in Paneelbauweise, aber nicht alles in Spritzbetonbauweise ausführen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe eingestanden, Matrizen verwendet zu haben und zwar sogenannte Silikonstempel. Dies seien nun ganz offensichtlich gerade keine Paneele. Der Begriff "Matrize" beziehe sich in den Leistungsverzeichnis-Texten immer auf einen zu verbauenden Teil aus Beton (= das Paneel; mit Betonrezepturen, Zuschlagsteffen etc.) und nicht auf Silikonstempel. In den Ausführungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege das Geständnis, zugunsten übergeordneter Ziele die Einhaltung der Ausschreibungsspezifikation Paneelbauweise "geopfert" zu haben. Auch aus diesem Grund sei dieses Angebot auszuschneiden.

Hinsichtlich der mündlichen Auskunft des Auftraggebervertreters DI H*** an Herrn I*** sei festzuhalten, dass diese entweder ausschreibungskonform sei und dann die gegnerische Positionen nicht zu stützen vermag oder ausschreibungsabändernd sei und damit ein Widerrufsgrund vorliege, weil damit die Bietergleichbehandlung verletzt worden wäre, indem einem Bieter mündlich Konzessionen gemacht wurden, von denen die anderen Bieter nichts wissen konnten. Letzteres sei nicht anzunehmen, sodass sich ergebe, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Ausschreibung falsch ausgelegt habe und irrtümlich von einer Zustimmung zu der Qualität A, die nicht dem Leistungsverzeichnis entspreche, ausgegangen sei.

Zur Bewertung durch die Jurymitglieder führte die Antragstellerin aus, dass deren Überprüfbarkeit nicht nur voraussetze, dass die Punktebewertung der einzelnen Jurymitglieder erwiesen sei, sondern auch dass eine verbale Begründung jeder einzelnen Punktebewertung vorliege. Eine Überprüfbarkeit sei erst gegeben, wenn diese verbale Begründung soweit vorliege, dass sie in vergaberechtlicher Hinsicht in Tatsachenfeststellung, Beweismwürdigung und rechtlicher Beurteilung untergliedert werden könne. Bei strenger Beurteilung sei eine ausreichende verbale Begründung hier nicht gegeben.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. August 2013 brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch insofern einen Ausscheidensgrund verwirklicht habe, als sie entgegen der Position 001113K des Leistungsverzeichnisses und der Aufforderung zur Angebotslegung den verbindlichen Lokalausweis erst am 23. April 2013 durchgeführt habe. Im Zuge dessen seien ca 20 Pläne und Skizzen ausgehändigt worden, welche zur Kalkulation des Angebots unerlässlich seien. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte sohin ihre Kalkulation in weniger als 24 Stunden durchgeführt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich durch ihre Anreise erst am 23. April 2013 einmalig Reisekosten erspart. Jeder Unternehmer müsse die Angebotssachbearbeitungskosten auf die Angebotspreise aufschlagen, und zwar sowohl des konkreten Auftrages als auch sonstiger nicht erfolgreicher Aufträge im Rahmen der Gemeinkostenumlage. Es stehe nicht im Belieben der Auftraggeberin, zwingende Festlegungen der Ausschreibung zum Vorteil einzelner Bieter zu mäßigen. Zweck der betreffenden Bestimmung sei es, dass die Bieter ausreichend Zeit in eine sorgfältige Kalkulation verwenden könnten. Die Angebote seien insofern nicht vergleichbar, was sich auch in der Unterpreisigkeit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgewirkt habe, zumal der Bieter die besonderen Anforderungen und Erschwernisse des betreffenden Projektes insofern nicht habe abschätzen können.

Angeichts der von der Auftraggeberin im Rahmen der mündlichen Verhandlung zugestandenen nicht vollständigen Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens im Hinblick auf die Einzelbewertung der Jury-Mitglieder beantragte die Antragstellerin, die Verhandlung zu vertagen, der Auftraggeberin die vollständige Vorlage der restlichen Aktenstücke des Vergabeaktes, insbesondere betreffend die Vorgänge um die Juryentscheidung, aufzutragen und sämtliche Jurymitglieder zum Beweis dafür einzuvernehmen, dass keine ausreichende, dem BVergG entsprechende transparente Begründung vorliege bzw dass die Punktebewertungen von den Ausschreibungsvorgaben abweichen, sodass

insgesamt ein so schwerwiegender Verstoß gegen vergaberechtliche Prinzipien, insbesondere die Gleichbehandlungsverpflichtung vorliege, welcher zwingend zum Widerruf führe. Alternativ sei der Sachverhalt der unvollständigen Vorlage des Vergabeaktes im Sinne der Säumnisbestimmungen des BVergG so zu würdigen, dass ein schwerwiegender Umstand dahingehend vorliege, dass die Juryentscheidung oder ihre ausschreibungskonforme verbale Begründung vom BVergG soweit abweiche, dass ein Grund für einen zwingenden Widerruf gegeben sei. In beiden Fällen führe dies auch zur Nichtigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung, wodurch sich jedenfalls die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin verbessere und zwar auch und gerade dann, wenn die angeblichen Gründe für das Ausscheiden ihres Angebotes gegeben wären. Die Antragstellerin könnte nämlich dann in einem neuen Verfahren ein mangelfreies Angebot abgeben, sodass sie jedenfalls antragslegitimiert sei. Ergänzend werde daher als verletztes Recht der Anspruch auf Widerruf einer Ausschreibung geltend gemacht. Dass die Juryentscheidung nicht richtig sei und nicht ausreichend begründet worden sei, sei erst in der mündlichen Verhandlung hervorgekommen.

Zudem habe sich in der mündlichen Verhandlung herausgestellt, dass nicht das Atelier B*** sondern die Firma I*** zur Angebotslegung eingeladen worden sei. Somit sei das Angebot des Atelier B*** aus einem weiteren Grund nicht zuschlagsfähig.

Mit dem vorgelegten Erläuterungsbericht konnten die von der Auftraggeberin hiermit verfolgten Ziele erreicht werden und werde mit der angegebenen Anzahl und Qualität projektspezifischer Mitarbeiter diesen Anforderungen unter Berücksichtigung des zwingenden Bauzeitplanes entsprochen. Allerdings habe sich herausgestellt, dass die Ausarbeitung der ausersehenen Zuschlagsempfängerin unzulänglich sei. Wollte man an den Erläuterungsbericht besonders strenge Anforderungen stellen, müssten alle Angebote ausgeschieden werden und wäre insofern das Vergabeverfahren zu widerrufen.

Darüber hinaus sei im Vorfeld der Ausschreibung nicht eindeutig die Gleichwertigkeit von Paneel- und Matrizenbauweise zum Ausdruck gebracht worden. Der Wettbewerbsverstoß einer so unklaren Ausschreibungsbestimmung bestehe gerade darin, dass die Antragstellerin dadurch davon abgehalten wurde auch eine Matrizenbauweise anzubieten, die kostengünstiger ausgeführt werden könnte. Durch den Punkteabzug könne der Wettbewerbsnachteil der Antragstellerin nicht ausgeglichen werden. Die Antragstellerin habe die Ausschreibung nur so verstanden und bei richtiger Auslegung auch nur so verstehen können, dass hinsichtlich der Qualität A ausschließlich eine Ausführung in Paneelbauweise ausschreibungskonform sei und hinsichtlich der Qualität B eine Spritzbeton- oder Paneelbauweise zulässig sei. Die Vorgangsweise des Punkteabzuges zeige deutlich, dass die objektive Interpretation zu schwerwiegenden Zweifeln geführt habe. Dies sei angesichts der unklaren Ausschreibung als zwingender Widerrufsgrund zu qualifizieren.

Mit Schriftsatz vom 10. Juli 2013 legte die Auftraggeberin über Aufforderung des Bundesvergabeamtes vom 5. Juli 2013 Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens vor. Nach nochmaliger Aufforderung des Bundesvergabeamtes vom 24. Juli 2013, die Unterlagen des Vergabeverfahrens zu

vollständigen, wurden die Unterlagen am 29. Juli 2013 um eine Beilage zu den E-Mails vom 24. Juni 2013 von Herrn Ing. K*** betreffend Vorschläge zur Qualitätsbewertung, um Bildmaterial, um die Aufforderungsschreiben betreffend die Vorlage der Kalkulationsblätter sowie um E-Mails vom 6. Mai 2013 (Aviso der Mustererrichtung; Aufforderung an die Antragstellerin, einen Erläuterungsbericht vorzulegen) sowie um E-Mails vom 26. Mai 2013 (Aufforderung zur Musterrichtung) ergänzt. Mit weiteren Schriftsätzen vom 11. Juli 2013, vom 12. Juli 2013 (eingelangt am 15. Juli 2013), vom 29. Juli 2013 und vom 4. August 2013 erstattete sie allgemeine Auskünfte sowie eine inhaltliche Stellungnahme zum Hauptbegehren. Demnach handle es sich um einen Bauauftrag, welcher in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe gelange. Der geschätzte Auftragswert betrage € 408.000,-, eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Die Angebotsöffnung habe am 24. April 2013, 10:45 Uhr, stattgefunden, wobei insgesamt vier Bieter ein Angebot abgegeben hätten. Die Zuschlagsentscheidung sei allen Bietern bekannt gegeben worden. Mit E-Mail vom 15. Juli 2013 (eingelangt am 16. Juli 2013) und mittels telefonischer Auskunft vom 19. Juli 2013 stellte die Auftraggeberin über Aufforderung klar, dass entgegen ihrer Auskunft vom 11. Juli 2013 bislang kein Zuschlag erteilt worden sei. Auch habe weder eine Widerrufsentscheidung noch ein Widerruf stattgefunden.

Nach ständiger Judikatur des VwGH sei bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei - auch des Auftraggebers, der den Bieter nicht selbst ausgeschieden hat - das Bundesvergabeamt verpflichtet, im Rahmen der

Überprüfung, ob der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder drohe, auch zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre (VwGH vom 18. März 2009, 2007/04/0095; vom 28. Mai 2008,

2007/04/0232 und 0233 mwN). Nach dieser Judikatur fehle einem Antragsteller die Antragslegitimation, wenn sein Angebot bereits im Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen wäre, da ein auszuschneidendes Angebot für die Zuschlagsentscheidung von vornherein nicht in Betracht komme (VwGH vom 28. März 2007, 2005/04/0200, VKS vom 21. Juli 2011, VKS-6346/11 ua).

Im Rahmen der Jurysitzung am 26. Juni 2013 sei das Angebot des Atelier B*** als Bestangebot ermittelt worden. Die übrigen Angebote seien daher nicht einer vertieften Prüfung unterzogen worden. Das Angebot der Antragstellerin sei allerdings aus nachstehenden Gründen wegen Ausschreibungswidrigkeit auszuschneiden.

Gemäß den bestandsfesten Bestimmungen des Ausschreibungs- und Leistungsverzeichnisses (ALV) würden den Bieter 14 Arbeitstage für die Bearbeitung des Musterelementes zur Verfügung stehen. Mit Schreiben vom 16. Mai 2013 sei als Zeitraum für die Mustererrichtung der 3. Juni 2013 bis 21. Juni 2013 bestimmt worden. Mit Ausnahme des C***, dessen Vertreter zu diesem Zeitpunkt bereits abgereist sei, hätten die Bieter die Fertigstellung der Kunstfelsenmuster für den 21. Juni 2013 schriftlich bestätigt. Dessen ungeachtet habe jedoch die Antragstellerin offenkundig am 25. Juni 2013 wesentliche Nachbesserungen des Musterelementes durchgeführt. Dies habe die Antragstellerin auch mit Schriftsatz 1. August 2013 außer Streit gestellt. Herr D*** habe in einem persönlichen Gespräch mit Herrn E*** lediglich seine persönliche Meinung zur Farbgestaltung zum Ausdruck gebracht. Abgesehen davon seien Mitarbeiter des Tiergartens Schönbrunn keine Organe der Auftraggeberin und sohin nicht

bevollmächtigt, im Namen der Auftraggeberin Äußerungen zu tätigen. Die Antragstellerin habe offenbar den Mangel der Farbgebung des Musterelementes selbst erkannt und dieses Musterelement farblich überarbeitet, sodass das ursprüngliche Erscheinungsbild zum Zeitpunkt der Fertigstellungsbestätigung wesentlich abgeändert worden sei. Diese neuen Farbstellungen seien offensichtlich dem Muster des später erstgereihten Bieters angepasst worden. Damit habe sich die Antragstellerin vergaberechtswidrig einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil verschafft, sodass das Angebot der Antragstellerin von der Auftraggeberin bereits im Zuge des Vergabeverfahrens nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Zum Nachweis legte die Auftraggeberin Fotografien des Kunstfelsenmusters der Antragstellerin vom 22. Juni 2013 und vom 26. Juni 2013 vor. bevollmächtigt, im Namen der Auftraggeberin Äußerungen zu tätigen. Die Antragstellerin habe offenbar den Mangel der Farbgebung des Musterelementes selbst erkannt und dieses Musterelement farblich überarbeitet, sodass das ursprüngliche Erscheinungsbild zum Zeitpunkt der Fertigstellungsbestätigung wesentlich abgeändert worden sei. Diese neuen Farbstellungen seien offensichtlich dem Muster des später erstgereihten Bieters angepasst worden. Damit habe sich die Antragstellerin vergaberechtswidrig einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil verschafft, sodass das Angebot der Antragstellerin von der Auftraggeberin bereits im Zuge des Vergabeverfahrens nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Zum Nachweis legte die Auftraggeberin Fotografien des Kunstfelsenmusters der Antragstellerin vom 22. Juni 2013 und vom 26. Juni 2013 vor.

Darüber hinaus habe die Antragstellerin auch insofern ein den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot gelegt, als sie entgegen der mit dem Schreiben vom 15. Mai 2013 übermittelten Ansichtsausbildung der zu errichtenden Kunstfelsenmuster, wonach auf der Fläche A die Ausführungsqualität A in vertikaler Richtung und auf der Fläche B die Ausführungsqualität B in vertikaler Richtung herzustellen gewesen wäre, die Ausführungsqualität horizontal hergestellt habe. Zum Nachweis übermittelte die Auftraggeberin eine Fotografie des Kunstfelsens, auf welcher in roter Farbe die Kunstfelsenelemente eingezeichnet sind. Abgesehen davon habe die Antragstellerin in ihrer Musterbeschreibung "Doku Muster A***, Eisbären TGS" selbst festgehalten, das "die A-Strukturen (Paneele) sich in den oberen 2/3 und die B-Strukturen sich im unteren Drittel" befinden. Auch aus diesem Grunde wäre das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen, weswegen es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangle und ihr Antrag daher zurückzuweisen sei. Darüber hinaus habe die Antragstellerin auch insofern ein den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot gelegt, als sie entgegen der mit dem Schreiben vom 15. Mai 2013 übermittelten Ansichtsausbildung der zu errichtenden Kunstfelsenmuster, wonach auf der Fläche A die Ausführungsqualität A in vertikaler Richtung und auf der Fläche B die Ausführungsqualität B in vertikaler Richtung herzustellen gewesen wäre, die Ausführungsqualität horizontal hergestellt habe. Zum Nachweis übermittelte die Auftraggeberin eine Fotografie des Kunstfelsens, auf

welcher in roter Farbe die Kunstfelspaneele eingezeichnet sind. Abgesehen davon habe die Antragstellerin in ihrer Musterbeschreibung "Doku Muster A***, Eisbären TGS" selbst festgehalten, dass "die A-Strukturen (Paneele) sich in den oberen 2/3 und die B-Strukturen sich im unteren Drittel" befinden. Auch aus diesem Grunde wäre das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden gewesen, weswegen es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangle und ihr Antrag daher zurückzuweisen sei.

Im Übrigen liege ein Verstoß gegen die Ausschreibungsbedingungen seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht vor. In den ALV werde auf Seite 50 unter dem Punkt Verankerungen und Bewehrung ausgeführt, dass für Verankerungen im bauseitigen Untergrund grundsätzlich rostfreie Edelstahlwerkstücke zu verwenden seien, wie zB Gewindestangen im Klebeverfahren verankert, Schwerlastdübel etc. Weiters werde im Rahmen einer Anmerkung ausgeführt, dass, wenn die Bewehrung in unmittelbarer Nähe von Salzwasserbecken hergestellt werde, alle Bauteile der Bewehrung, inkl. Verankerung in nicht rostender Qualität V 4A hergestellt werden müssen. Weitere Bestimmungen zum Bereich "rostfrei" würden die ALV nicht enthalten. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin sei auch nicht das gesamte Musterelement aus nicht rostenden Elementen herzustellen. Schon die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 10. Juli 2013 darauf hingewiesen, dass die Unterkonstruktion entsprechend den Ausschreibungsbedingungen rostfrei sei und sogar dem neuesten Stand der Technik entspreche. Im Übrigen liege ein Verstoß gegen die Ausschreibungsbedingungen seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht vor. In den ALV werde auf Seite 50 unter dem Punkt Verankerungen und Bewehrung ausgeführt, dass für Verankerungen im bauseitigen Untergrund grundsätzlich rostfreie Edelstahlwerkstücke zu verwenden seien, wie zB Gewindestangen im Klebeverfahren verankert, Schwerlastdübel etc. Weiters werde im Rahmen einer Anmerkung ausgeführt, dass, wenn die Bewehrung in unmittelbarer Nähe von Salzwasserbecken hergestellt werde, alle Bauteile der Bewehrung, inkl. Verankerung in nicht rostender Qualität römisch fünf 4A hergestellt werden müssen. Weitere Bestimmungen zum Bereich "rostfrei" würden die ALV nicht enthalten. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin sei auch nicht das gesamte Musterelement aus nicht rostenden Elementen herzustellen. Schon die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 10. Juli 2013 darauf hingewiesen, dass die Unterkonstruktion entsprechend den Ausschreibungsbedingungen rostfrei sei und sogar dem neuesten Stand der Technik entspreche.

Die Auftraggeberin sei im Rahmen ihrer Bewertung des Musterelementes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin irrtümlich davon ausgegangen, dass diese ein Musterelement angeboten habe, dass hinsichtlich des Typs A nicht dem Leistungsverzeichnis entspreche. Nunmehr habe sich entgegen dieser ursprünglichen Annahme herausgestellt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Musterelement hergestellt habe, das auch beim Typ A den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entspreche. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe dargelegt, dass entsprechend den Bestimmungen des ALV Matrizen verwendet worden seien und sohin der Qualitätstyp A erreicht werde. In den ALV werde auf Seite 46 betreffend die gestalterischen Anforderungen/Ausführung-Qualität A ausgeführt, dass eine glaubhafte Darstellung von höchst naturnahen Kunstfelsenstrukturen (in Paneelbauweise) eines Landschaftsbildes, das typisch für den Lebensraum der Eisbären des Schönbrunner Tiergartens sein soll, gefordert werde. In den konkretisierenden Anforderungen unter dem Punkt "Die Gesamtleistung der Qualitäten A und B" ab Seite 47ff werde zB im Unterpunkt "Herstellung-Werkstättenarbeit" ausgeführt, dass nach Freigabe der Werkpläne der Auftragnehmer die Matrizen/Paneele der Felsstrukturen in Werkstättenarbeit fertige. Die Verwendung von Matrizen entspreche daher den Ausschreibungsbedingungen. Zum Nachweis der Verwendung von Matrizen durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin werde auf deren Stellungnahmen und auf Fotos, die vorgelegt werden könnten, verwiesen.

Beide Verfahren der Kunstfelsenherstellung mittels Paneelen oder mit Matrizen würden die Herstellung von künstlichen Felsstrukturen mit naturnahen Oberflächen ermöglichen. Bei beiden genannten Verfahren würden von natürlichen Felsstrukturen Abdrücke genommen. Bei der Paneelbauweise forme der Felsstrukturhersteller in seinen abgenommenen Formen "Gussabdrücke". Diese "Gussabdrücke" würden in der Regel aus kunststoffvergütetem und bewehrtem (kunststofffaserbewehrtem) Zement hergestellt und hätten eine Wandstärke von ca. 2 - 4 cm. Die Paneele würden nach Projektanforderung (zB die Darstellung charakteristischer Fels-Strukturen im Franz-Josefs-Land) auf Tragsystemen montiert. Diese Tragsysteme würden mit übergeordneten Verankerungen mit der bauseitigen Unterkonstruktion (zB eine Stahlbetonwand) kraftschlüssig verbunden. Der Hohlraum zwischen den Paneelen und der bauseitigen Tragkonstruktion (Stahlbetonwand) werde mit einem vergüteten Hohlraum-Füllmaterial (zB vergüteter Zement und/oder Beton) hohlraumfrei vergossen. Da es unmöglich sei, Paneele fugenlos aneinander zu fügen (die

Paneele seien 1:1- Modelle verschiedener Felsoberflächen), verbleiben zwischen den einzelnen Paneelen verschieden breite Zwischenräume. Es liege am Geschick des Herstellers, diese Zwischenräume einerseits durch geschickte Anordnung der Paneele klein zu halten und andererseits das gewünschte Gesamterscheinungsbild der künstlichen, aber naturnahen Felsstruktur zu erhalten. Diese Zwischenräume zwischen den Paneelen würden daher mit einer Spachtelbetontechnik geschlossen und nachbearbeitet. Schlussendlich werde die gesamte so hergestellte künstliche Felsstruktur mit einer Colorierung nachgearbeitet, so dass auch in der Farbgebung ein höchst naturnahes Erscheinungsbild entstehe. Bei der Matrizenbauweise nehme der Felsstrukturhersteller ebenso Abdrücke von tatsächlichen Felsstrukturen ab. Diese Matrizen würden in der Regel aus plastischen, aber formstabilen Kunststoffen oder gummiartig hergestellt. Bei der Herstellung von naturnahen Kunstfelsenstrukturen beginne der Hersteller über einer bauseitigen Unterkonstruktion (zB Stahlbetonwand)

mehrschichtig mit dem Aufbau der Strukturen. Er arbeite von "Grob" ins "Feine" indem er mehrlagige vergütete Spritzbetonschichten aufbringe, die dem gewünschten Gestaltungskonzept immer näher kommen. Die Tragkonstruktion sei ebenfalls von Grob ins Feine gegliedert. Schlussendlich würden die Matrizen in die oberste, letzte und noch plastische Betonschicht eingepresst, sodass schlussendlich die gewünschte naturnahe Oberfläche in endgültiger Strukturierung entstehe. Bei dieser Methode des mehrschichtigen Aufbaus von innen nach außen, sei eine hohlraumfreie Herstellung naturgemäß gegeben und seien keine Hinterfüllungen erforderlich. An der Oberfläche entstehe eine technisch gleichwertige Oberfläche. Auch hier erzeuge das Geschick des Herstellers durch Einsatz verschiedener Matrizen schlussendlich eine naturnahe und glaubhafte Oberflächenstrukturierung. Schlussendlich werde auch hier die gesamte so hergestellte künstliche Felsstruktur mit einer Colorierung nachgearbeitet.

Das Vorbringen der Antragstellerin, die Strukturelemente der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien nur bis zur Hälfte hinterfüllt, sei nicht nachvollziehbar. Beim Klopversuch seien keine Hohlstellen hörbar gewesen, während beim Kunstfelsen der Antragstellerin großflächige Hohlstellen hörbar gewesen seien.

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin sei die Beiziehung eines Bau-Sachverständigen bei der Bewertung der Musterfelsen nicht notwendig, zumal sämtliche, namentlich genannten Jurymitglieder über einschlägige Erfahrungen und Kenntnisse und entsprechendes Fachwissen verfügen würden.

Schon aus dem Gesetzeswortlaut des § 99 Abs 1 iVm 93 Z 5 GewO ergebe sich, dass eine Konzession für die Herstellung von Bauwerken nicht erforderlich sei. Die Eignung der

einzuladenden Bieter sei im Übrigen vor der Einladung zur Angebotslegung erfolgt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei Diplombildhauer. Als solcher sei sie sehr wohl zum Entwurf, zur Gestaltung und Ausführung von handwerklichen Bildhauerarbeiten in der Landschaftsgestaltung berechtigt.

Zu den ihrerseits übermittelten Unterlagen betreffend die Jurybewertung führte die Auftraggeberin in ihren Schriftsätzen vom 25. und 29. Juli 2013 aus, dass eine Zuordnung der Punkte zu den einzelnen Kommissionsmitgliedern nicht möglich sei, da die Bewertung anonym durchgeführt und ausgewertet worden sei. Im Übrigen liege ein fünfseitiges Juryprotokoll mit den Bewertungsbögen mit jeweils 3 Seiten je Bieter dem Bundesvergabeamt vor. Nach Ansicht der Auftraggeberin sei damit die Bewertung durch die Jurymitglieder ausreichend dokumentiert, sodass eine Überprüfbarkeit dieser iSd BVergG gegeben sei.

Hinsichtlich des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Schriftsatz vom 12. Juli 2013 genannten Antrages wurde von der Auftraggeberin mitgeteilt, dass dieser, vertreten durch Herrn I***, bei der Planeinsichtnahme am 23. April 2013 beim Auftraggebervertreter angefragt habe, wie die Herstellung der Qualität A - naturnahe Felsstruktur der Obergruppe OG 01 zu verstehen wäre. Wie im Merkblatt/Protokoll über die Einsichtnahmen festgehalten und vom Bieter am 23. April 2013 unterfertigt, habe der Auftraggebervertreter darauf hingewiesen, dass allfällige kalkulationsrelevante Fragen des Bieters schriftlich an die Projektsteuerung - L*** - zu richten seien. Eine derartige schriftliche Anfrage und deren schriftliche Beantwortung an alle Bieter seien zum gegenständlichen späten Zeitpunkt der verbindlichen Einsichtnahmen nicht mehr möglich gewesen. Der Auftraggebervertreter, DI H***, habe jedoch mündlich Herrn I*** wie folgt geantwortet: "Die Kriterien für die Herstellung der Qualität "A" sind im LV festgehalten. Der Bieter hat im Rahmen seines Angebotes die Möglichkeit Erläuterungen zu seinen Angebot beizulegen, worin er die technischen, aber auch die formalen Qualitäten seiner Ausführung zur Ausführungsqualität "A", aber auch "B" der OG

01 so erläutert, dass für die Prüfenden eine zweifelsfreie Unterlage entsteht. Die Anbotslegung erfolgt grundsätzlich auf Risiko des Bieters und sind die Bestimmungen der Ausschreibung einzuhalten." Eine schriftliche oder mündliche Zustimmung zu einer Ausführung der Qualität A, die nicht dem Leistungsverzeichnis entspreche, sei insofern nicht erteilt worden.

Im Übrigen habe die Auftraggeberin entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin keine Kenntnis von Nacharbeiten durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin. Wie auch anhand der Fotos der ÖBA im Vergleich zum bestehenden Musterelement ersichtlich, sei es nach dem 21. Juni 2013 zu keinen Änderungen gekommen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 7. August 2013 bestritt die Auftraggeberin, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durch verspätete Begehung der Baustelle ein Wettbewerbsvorteil entstanden sei. Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe sich als angemessen und plausibel dargestellt. Darüber hinaus sei entgegen der Auffassung der Antragstellerin die Bewertung ausreichend dokumentiert und nachvollziehbar, zumal die verbale Begründung durch die einzelnen Jurymitglieder in das Juryprotokoll eingeflossen sei. Das Juryprotokoll sowie die Bewertungstabelle der einzelnen Bieter befänden sich im Vergabeakt. Zumal das Atelier B*** im Zuge der Interessentensuche als Kontaktperson I*** genannt habe, sei auch das Atelier B*** zur Angebotsabgabe aufgefordert worden und sei auch das Angebot vom Atelier B*** gelegt worden. Es werde bestritten, dass sämtliche Angebote mangels Vorlage des gemäß Position 001113K geforderten Erläuterungsberichtes auszuschneiden seien. Inhaltlich sei es bei dem betreffenden Erläuterungsbericht darauf angekommen, mit welchem Personaleinsatz und Materialeinsatz der Bieter dieses Projekt bewerkstelligen. Der Terminplan (Bauzeitplan) sei den Bietern im Zuge des Lokalausweises zur Kenntnis gebracht worden. Angesichts der insofern bekannten zeitlichen Abfolge sei im Erläuterungsbericht auf die zeitliche Komponente nicht einzugehen, da diese von der Auftraggeberin bereits vorgegeben gewesen sei. Insofern sei die Vorgabe in Position 001113K "entsprechend den Bauabschnitten zeitabhängig gegliedert zum Projekt" ohne Relevanz.

Es sei im Vorfeld der Ausschreibung die Intention der Auftraggeberin gewesen, nicht bloß die Paneelbauweise hinsichtlich der Ausführung der Qualität A zuzulassen. Allerdings sei die Auftraggeberin mit Ende der Errichtung der Kunstfelsen aufgrund von im Zuge der Musterherstellung unter den Bietern herrschenden Gerüchten zu der Ansicht gelangt, die Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf die Bauweise nochmals zu studieren. Hierbei sei auch die Interpretationsmöglichkeit, dass ausschließlich die Herstellung in Paneelbauweise zugelassen sei, erkannt worden, weswegen die Auftraggeberin im Rahmen der Jurysitzung die darin dokumentierte Vorgangsweise, nämlich eines Punkteabzuges, gewählt habe. Die im Leistungsverzeichnis gewählte Festlegung "Paneelbauweise" bei der Qualität A sowie die Verwendung der Worte Matrizen/Paneele unter Position 995001 würden die Ausschreibungsvorgaben nicht eindeutig erscheinen lassen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin äußerte sich zum Hauptantrag mit Stellungnahmen vom 10. Juli 2013 (eingelangt am 12. Juli 2013), vom 22. Juli 2013 und 6. August 2013 (beide eingelangt am 7. August 2013).

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass die Unterkonstruktion nicht den Ausschreibungskriterien entspreche, führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen aus, dass es sich bei dieser Art der rostfreien Unterkonstruktion um einen neuen Stand der Technik handle, der vor drei Jahren entwickelt worden sei. Diese Bauweise zeige bis dato keinerlei Alterungserscheinungen. Die Nutzung unverschweißten Materials sei erforderlich geworden, weil Analysen der Schadensbilder bei Kunstfelsen ein Versagen des Korrosionsschutzes bei Verschweißungspunkten mit nachträglicher Kaltverzinkung und bei elektrolytisch verzinkten Eisenmetallen (Streckmetallen) ergeben hätten. Feuerverzinktes, unverschweißtes Material habe sich als beständig erwiesen. Auch würden seitens der Auftraggeberin ohnehin keine Anforderungen an eine komplette Edelstahlunterkonstruktion gestellt. Bei Zweifeln daran, werde aber bei der Unterkonstruktion ohne Mehrkosten traditionell rostfrei vorgegangen und natürlich der Ausschreibung folgend im Wasser- und angrenzenden Bereich ausschließlich V4A-Stahl verwendet. Die von der Antragstellerseite erwähnten Kabelbinder würden lediglich als Montagehilfen dienen und sollen keine statische Funktion erfüllen. Im Rahmen der Mustererstellung sollte dieses Verfahren vorgestellt werden.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei bei der Qualität A die Verwendung von Paneelen oder Matrizen empfohlen worden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich streng an die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses gehalten und auf Grund der Vorgaben des Leistungsverzeichnisses und unter Zuhilfenahme von Matrizen für die Qualität A (Leistungsverzeichnis, Seite 48) die geforderte Aufteilung der Qualitäten A und B im

Verhältnis 60/40 bis 40/60 erfüllt. Es handle sich dabei um Gesteinsnegativabformungen, sogenannte Silikonstempel. Diese Strukturen seien zugunsten eines harmonischen Gestaltungsbildes weitestgehend übermodelliert worden, um die gewünschte glaubhafte Darstellung von höchst naturnahen Kunstfelsformationen des Franz-Joseph-Landes zu erreichen. Da die russische Regierung den Zutritt zu diesem Naturreservat verbiete, habe sich die Notwendigkeit ergeben, die Formation durch hoch qualifizierte Bildhauer nachzumodellieren. Bei einem so konkreten Thema, wie der naturnahen Gestaltung eines Tiergeheges, seien Matrizen verwendet worden, die die vorgeschriebene Qualität, laut Jurysitzung des Gremiums am besten erreichten. Diesem Antrag sei nach schriftlicher und mündlicher Niederlegung bauseitig stattgegeben worden. Das mitbietende Unternehmen C*** sei im Übrigen zu demselben Schluss gekommen und habe ebenfalls eine solche Erlaubnis eingeholt.

Auch die von Antragstellerseite vorgeworfene wettbewerbsverletzende Kostenersparnis bei Nichtverwendung von Paneelen könne nicht Platz greifen, insbesondere weil derartige Paneele von Bauhelfern hergestellt und montiert werden könnten, während das freie Modellieren ausschließlich durch hoch qualifizierte Bildhauer bewerkstelligt werden könne, was mit einer ungleich höheren Honorierung einhergehe.

Da es sich bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um einen Diplombildhauer handle, sei diese jedenfalls fachlich qualifiziert. Es gebe keine denkbar höhere Qualifikation für die Herstellung großformatiger, plastischer Bildwerke, sowohl aus technischer als auch aus gestalterischer Sicht. Ohne der Antragstellerin zu nahe treten zu wollen, sei eine berufliche Qualifikation als Gärtner oder Bankkaufmann, wie dies bei den Geschäftsführern der Antragstellerin der Fall sei, in Bezug auf die Fachkompetenz wesentlich bedenklicher. Zur Beurteilung der Qualität der Musterflächen sei eine fachkompetente und qualifizierte Jury geladen worden, die einen umfangreichen Einblick in die Herstellungsprozesse aller Beteiligten gehabt habe und aus der Gesamtheit aller Informationen ihre Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin getroffen habe. Eine ungesetzliche Ungleichbehandlung der Bieter sei nicht erfolgt, weil die Prüfung und Beurteilung des Musters durch das Gremium anonymisiert und erst einige Tage später stattgefunden habe. § 129 Abs 2 Z 7 BVergG sei deshalb nicht einschlägig. Da es sich bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um einen Diplombildhauer handle, sei diese jedenfalls fachlich qualifiziert. Es gebe keine denkbar höhere Qualifikation für die Herstellung großformatiger, plastischer Bildwerke, sowohl aus technischer als auch aus gestalterischer Sicht. Ohne der Antragstellerin zu nahe treten zu wollen, sei eine berufliche Qualifikation als Gärtner oder Bankkaufmann, wie dies bei den Geschäftsführern der Antragstellerin der Fall sei, in Bezug auf die Fachkompetenz wesentlich bedenklicher. Zur Beurteilung der Qualität der Musterflächen sei eine fachkompetente und qualifizierte Jury geladen worden, die einen umfangreichen Einblick in die Herstellungsprozesse aller Beteiligten gehabt habe und aus der Gesamtheit aller Informationen ihre Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin getroffen habe. Eine ungesetzliche Ungleichbehandlung der Bieter sei nicht erfolgt, weil die Prüfung und Beurteilung des Musters durch das Gremium anonymisiert und erst einige Tage später stattgefunden habe. Paragraph 129, Abs Ziffer 7, BVergG sei deshalb nicht einschlägig.

Demgegenüber hätte das Angebot der Antragstellerin aufgrund der nachstehenden Gründe gemäß § 129 Abs 1 Z 2 und 7 BVergG ausgeschieden werden müssen, weswegen sie nach der ständigen aktuellen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht antragslegitimiert sei. Zum einen sei innerhalb der Ausführungszeit seitens der Antragstellerin keine Colorierung des Musters in der typischen, arktischen Gesteinsfarbigkeit, sondern nur eine transparente Patinierung erfolgt. Optisch bleibe es ein Kalkstein, eben jetzt nur mit einer dunklen, blau-braunen Patina, wie beispielsweise der Mittelmeerkalkstein im Küstenspülsaumbereich. Damit sei eine glaubhafte, naturnahe Darstellung von Felsstrukturen des Franz-Josef-Landes nicht erreicht worden. Vielmehr habe sie in der 26. Kalenderwoche nicht unwesentliche Nachcolorationen vorgenommen und so ihr Muster dem Muster der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angepasst, was die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 1. August 2013 auch eingestehe. Darüber hinaus sei das Angebot auch wegen schwerwiegender technischer Mängel auszuschneiden. Zwischen den von der Antragstellerin verwendeten Paneelen befinde sich bei der angewandten Herstellungsweise keine kraftschlüssige Armierung/Verankerung. Die Fugen zwischen den einzelnen Paneelen seien lediglich mit Mörtel verschlossen. Bei zu erwartenden thermischen Bewegungen zwischen den einzelnen Bauteilen bestehe nicht nur die Gefahr der Rissbildung, sondern des vollständigen Herunterfallens von Fugen und ganzen Paneelen. Auch müsse das Angebot der Antragstellerin als nicht auskömmlich eingestuft werden, zumal diese angesichts des Arbeitseinsatzes für die Mustererstellung etwa Dreiviertel des zur Verfügung stehenden Budgets allein für die Lohnkosten verbrauchen würde. Demgegenüber hätte das Angebot der Antragstellerin aufgrund der nachstehenden Gründe gemäß Paragraph

129, Absatz eins, Ziffer 2 und 7 BVergG ausgeschlossen werden müssen, weswegen sie nach der ständigen aktuellen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht antragslegitimiert sei. Zum einen sei innerhalb der Ausführungszeit seitens der Antragstellerin keine Colorierung des Musters in der typischen, arktischen Gesteinsfarbigkeit, sondern nur eine transparente Patinierung erfolgt. Optisch bleibe es ein Kalkstein, eben jetzt nur mit einer dunklen, blau-braunen Patina, wie beispielsweise der Mittelmeerkalkstein im Küstenspülsaumbereich. Damit sei eine glaubhafte, naturnahe Darstellung von Felsstrukturen des Franz-Josef-Landes nicht erreicht worden. Vielmehr habe sie in der 26. Kalenderwoche nicht unwesentliche Nachcolorationen vorgenommen und so ihr Muster dem Muster der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angepasst, was die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 1. August 2013 auch eingestehe. Darüber hinaus sei das Angebot auch wegen schwerwiegender technischer Mängel auszuschneiden. Zwischen den von der Antragstellerin verwendeten Paneelen befinde sich bei der angewandten Herstellungsweise keine kraftschlüssige Armierung/Verankerung. Die Fugen zwischen den einzelnen Paneelen seien lediglich mit Mörtel verschlossen. Bei zu erwartenden thermischen Bewegungen zwischen den einzelnen Bauteilen bestehe nicht nur die Gefahr der Rissbildung, sondern des vollständigen Herunterfallens von Fugen und ganzen Paneelen. Auch müsse das Angebot der Antragstellerin als nicht auskömmlich eingestuft werden, zumal diese angesichts des Arbeitseinsatzes für die Mustererstellung etwa Dreiviertel des zur Verfügung stehenden Budgets allein für die Lohnkosten verbrauchen würde.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin bestritt das Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 7. August 2013, wonach sie sich durch die Vornahme des Lokalausgleichs erst am 23. April 2013 einen Wettbewerbsvorteil verschafft habe. Hinsichtlich der Kalkulation eines Angebotes seien allfällige Reisekosten irrelevant. Die Erstellung des Angebotes sei für die Auftraggeberin kostenlos. Hierfür sei keine Position im Leistungsverzeichnis vorgesehen.

Die Ausschreibungsvorgaben würden sowohl die Ausführung mittels Paneel- als auch mittels Matrizenbauweise zulassen; es werde diesbezüglich auf die mehrfache Erläuterung ab Seite 47 des Leistungsverzeichnisses ("die Gesamtleistungen der Qualitäten A und B") verwiesen. Das Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich Kosteneinsparungen bei Herstellung der Kunstfelsen mittels Matrizen sei nicht nachvollziehbar, zumal bei Qualität B nicht notwendigerweise in Paneelbauweise hätte angeboten werden müssen.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, der Bezug nehmenden Beilagen und der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Abteilung 403 - Tiergarten Schönbrunn, schrieb Ende März 2013 die gegenständliche Leistung in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus. Leistungsgegenstand ist die Herstellung von Kunstfelsen (OG 01) und Spritzbetonstrukturen (OG 02) im Zuge der Neugestaltung der Eisbärenanlage im Tiergarten Schönbrunn.

Unter anderem wurde die Firma I*** zur Angebotslegung eingeladen. Bis zum Ende der Angebotsfrist am 24. April 2013 langten fünf Angebote unter anderem vom C***, von der Antragstellerin und - anstelle der Firma I*** - von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein.

Die Position 001113K (Besond. Bestimmungen des AG) des Leistungsverzeichnisses lautet auszugsweise:

"...In der allgemeinen Leistungsbeschreibung hat der AG die projekttypische Abwicklung der Bauführung vorgeschlagen. (siehe LG 00.20-Zusammenfassende Beschreibung der Leistungen)

In einer BEILAGE zu seinem Angebot MUSS der Bieter auf Grundlage der Angebotsunterlagen und aufgrund der verbindlich durchzuführenden Planeinsicht und des verbindlichen Lokalausgleichs, sowie in Kenntnis der vorgesehenen Zwischen- und Endtermine, eine detaillierte Beschreibung seines vorgesehenen Arbeitseinsatzes / seiner Auftragsabwicklung, dem Anbot beilegen.

Diese Beschreibung / Erläuterungsbericht MUSS enthalten -

- -Strichaufzählung
den vorgesehenen Arbeitskräfteeinsatz

(qualitativ und quantitativ, auch entsprechend den Bauabschnitten zeitabhängig, gegliedert) zum Projekt. ...

- -Strichaufzählung

Im Rahmen dieses Erläuterungsberichtes (als MUSS-Bestimmung) hat der Bieter nach zuweisen,

dass er zuverlässig im Stande ist, die projekttypische
Werkplanung und Arbeitsvorbereitung
termingerecht zu erbringen...."

Position 001115C (Inhaltliche Bestimmungen) des Leistungsverzeichnisses lautet:

"Bei der Vorlage der geforderten Nachweise sind folgende Bestimmungen zu beachten: Dem Bieter steht es frei, die geforderten Nachweise dem Angebot beizulegen oder diese - während der Angebotsprüfzeit - nach schriftlicher Aufforderung durch den AG, unverzüglich (längstens aber binnen 7 Werktagen) vorzulegen. AUSNAHME: Die mit " MUSS der Bieter vorlegen " gekennzeichneten Unterlagen, sind MIT dem Angebot vorzulegen. (siehe Anforderungen lt. Pos. "001113K") - eine Nachreichung dieser Unterlagen ist sodann nicht mehr zulässig. Dies betrifft beispielhaft die Forderungen der Pos.001113K, Pos.001122K bzw. auch für alle TGA-Gewerke die Positionen 001122L, 001122M, 001122N wenn diese ausgeschrieben sind."

Position 001124K (Zuschlagskriterien zu OG 1) des Leistungsverzeichnisses lautet auszugsweise:

"Von den Angeboten, die nach Ausscheiden (Ausscheidungskriterien gemäß Par. 129 BVergG2006) übrig geblieben sind, wird der Zuschlag erteilt an das -

- TECHNISCH UND WIRTSCHAFTLICH GÜNSTIGSTE ANGEBOT

(BESTBIETERPRINZIP)

ZUSCHLAGSKRITERIEN SIND:

...

Die Gewichtung der Zuschlagskriterien wird wie folgt
festgelegt.

- -Strichaufzählung
der Preis - als gedeckelter Kostenrahmen

...

Es sind Kunstfelsenstrukturen in 2 Qualitäten (Qualität A - NATURNAHE -Kunstfelsenstrukturen in Paneelbauweise, bzw. Qualität B, d.s. NATURÄHNLICHE -Kunstfelsenstrukturen in Paneel- und / oder Spritzbetonbauweise nach Wahl des AN herzustellen).

Der vorgegebene gedeckelte Kostenrahmen wird mit 100 Prozentpunkte bewertet.

- -Strichaufzählung
ein Abschlag - bewertet mit max. 10 Prozentpunkte

...

- -Strichaufzählung
Verlängerung der Gewährleistungszeit der Gesamtleistung 4 bis 10 Jahre

maximal 7 Prozentpunkte

- -Strichaufzählung
der erstgereichte Bieter nach gestalterische Qualität unter naturnahen und tiergärtnersichen Anforderungen (Jury-Bewertung)

maximal 33 Prozentpunkte

...

ERLÄUTERUNGEN:

Ad "gedeckelter Preis":

Aus wirtschaftlichen Vorgaben steht für die vorgesehenen Leistungen das sind "NATURNAHE" Kunstfelsenstrukturen in Paneelbauweise (Qualität "A") und "NATURÄHNLICHE" Kunstfelsenstrukturen in Bauweise nach Wahl des ANs (Qualität

"B" - das sind - Kunstfelsen in Paneelbauweise und / oder hoch strukturierter Spritzbeton) ein gedecktes Basisbudget von €

302.000,00 (exkl. Ust) zur Verfügung....

Die zu bearbeitende Flächen (gemessen 1 x in der Rohbaufläche, als Summe der Einzelflächen, unabhängig von Einzelgrößen und jedwede Erschwernisse) sind -

- -Strichaufzählung
Qualität "A" - "NATurnahe" Kunstfelsenstrukturen in Paneelbauweise - Flächen lt. Planeinsichtnahme.
- -Strichaufzählung
Qualität "B" - "NATURÄHNLICHE" Kunstfelsenstrukturen in Spritzbeton oder Paneelbauweise

nach Wahl des ANs - Flächen lt. Planeinsichtnahme....

- -Strichaufzählung
Ad Kriterium "gestalterische Qualität unter naturnahen und tiergärtnerischen Anforderungen"

Um eine gleichwertige Grundlage für die Jury-Bewertung sicherzustellen, sieht die Leistungsbeschreibung vor, dass von jedem Bieter ein großflächiges Musterlement im Maßstab 1:1 hergestellt wird. Dieses Musterlement wird alle Anforderungen an die gestalterischen Qualitäten unter naturnahen und tiergärtnerischen Anforderungen vergleichbar beinhalten.

Das Musterelement muss sowohl die angebotene Qualität der naturnahen Felsstrukturen in Paneelbauweise, aber auch die angebotene Qualität der naturähnlichen Felsstrukturen in Paneelbauweise oder Spritzbetonweise zweifelsfrei darstellen. Siehe auch weitere Angaben lt. Pos. 995001.

...

Die Beurteilung der Musterlemente erfolgt im Rahmen einer nicht öffentlichen Jury-Sitzung an Ort und Stelle.

Die Jury setzt sich wie folgt zusammen -

- -Strichaufzählung
2 Vertretern des Grundeigentümers (BFW)),
- -Strichaufzählung
2 Vertretern des Auftraggebers (BHÖ),
- -Strichaufzählung
2 Vertretern des Nutzers (Schönbrunner Tiergarten)
- -Strichaufzählung
und 1 Vertreter des Architekten.

Die Bewertung der Jury wird wie folgt durchgeführt und beinhaltet die nachfolgenden Qualitäten -

- -Strichaufzählung
Naturnahe Darstellung
- -Strichaufzählung
Erfüllen der tiergärtnerischen Anforderungen (wie Beschaffenheit und Oberflächenhärte,

Tiersicherheit)

Erläuterung - Die JURY-Mitglieder stimmen anonym. Der ERSTgereichte Bieter erhält maximal 33 Prozentpunkte von jedem JURY-Mitglied. Dies wird aufgrund eines Notendurchschnittes (Bestnote = 5) nach anonymer Bewertung durch die Jury-Mitglieder errechnet.

MUSTERELEMENT - TERMINE und ABLÄUFE

Nach Angebotseröffnung werden zumindest die drei kaufmännisch erst-gereichten Bieter zur Anfertigung eines Musterelementes eingeladen. Das Musterelement ist sodann binnen 4 Wochen nach Aufforderung auch einem vom AG bestimmten Untergrund im TGS herzustellen. Für die Bearbeitung stehen diesen Bieter 14 Arbeitstage zur

Verfügung. Unmittelbar danach ist die JURY-Sitzung zur Bewertung der Musterelemente vorgesehen. Mit der Abgabe des Angebotes erkennt der Bieter die Eignungs- und Zuschlagskriterien ausdrücklich an.

Die Angebotseröffnung ist NICHT öffentlich (siehe Termine). Das Ergebnis wird protokolliert...."

Position 002030A (Terminübers. lt.derzeit.Terminrahm) des Leistungsverzeichnisses sieht vor, dass dem Bieter im Zuge der verbindlichen Planeinsichtnahme ein detaillierter Terminplan vorgelegt wird.

Position 995001 (PROJEKTTYPISCHE KUNSTFELSENSTRUKTUREN IN QUALITÄT "A" und QUALITÄT "B") des Leistungsverzeichnisses lautet auszugsweise:

"...Allgemeine Beschreibung

...

Musterelement als Bewertungskriterium

....

Sodann ist die Herstellung eines großflächigen Musterelementes in Maßstab 1:1 vorgesehen. (siehe auch Pos. 001124K)

Für die Herstellung dieses Musterelementes gelten alle projekttypischen Anforderungen gleichartig, wie die zukünftig herzustellenden Gesamtleistungen. Das heisst -

- -Strichaufzählung
die technischen Anforderungen - wie Verbindung mit dem bauseitigen Untergründen, sichere und konfliktfreie Anbindungen an bauseitige Bauteile - wie Tor- und Schuberelemente, an tiersichere Verglasungen, sonstige Verglasungen, Ausbilden von dauerelastischen Fugen, etc.
- -Strichaufzählung
die nutzungstechnischen und tiergärtnerischen Anforderungen
- -Strichaufzählung
wie Oberflächen- und Materialbeschaffenheiten, geeignet als voll bewittertes Freiraumbauwerk, ein geordneter und sicherer Wasserablauf, die tiergärtnerischen Belastungen, wie Pflege- und Reinigungsbetrieb, und die Belastungen durch die Tiere, durch Kot, Fressrückstände, etc.

...

- -Strichaufzählung
die gestalterischen Anforderungen,

wie in den Vortexten erläutert, sind auf vorgegebenen Flächen zwei verschiedene Qualitäten von Kunstfelsenstrukturen herzustellen. (siehe Planunterlagen).

Unabhängig der vor erwähnten Qualitätskriterien und technischen, sowie nutzungstechnischen und tiergärtnerischen Anforderungen gilt für die beiden Qualitäten.

Ausführungs-Qualität "A" - Die glaubhafte Darstellung von höchst NATURNAHE Kunstfelsen-strukturen (in Paneelbauweise) eines Landschaftsbildes, das typisch für den Lebensraum der Eisbären des Schönbrunner Tiergartens sein soll. (Die zukünftige Eisbärenanlage wird daher auch "Franz-Josefs-Land" heissen !!!)

Ausführungs-Qualität "B" - Die glaubhafte Darstellung von NATURÄHNLICHEN Kunstfelsen-strukturen (in Paneel- oder Spritzbetonbauweise nach Wahl des AN) eines Landschaftsbildes, das typisch für den Lebensraum der Eisbären des Schönbrunner Tiergartens sein soll. (Die zukünftige Eisbärenanlage wird daher auch "Franz-Josefs-Land" heissen !!!)...

Beide Qualitäten müssen zweifelsfrei dargestellt sein. Besonderes Augenmerk ist auf die Ausbildung von glaubhaften Übergängen zwischen Qualität "A" und "B" zu richten. ...

Die Gesamtleistung der Qualitäten "A" und "B"

Anmerkungen -

- Die Herstellungskosten hierfür sind mit € 302.000,00 (exkl. Ust) gedeckelt.

Die anteiligen Flächen der Qualität "A" - naturnahe Strukturen in Paneelbauweise bzw. Qualität "B" -

naturähnliche Felsstrukturen in Spritzbeton- oder Paneelbauweise nach Wahl des AN sind den Planunterlagen zu entnehmen.

Mit der Positionen 995001A stellt der Bieter / AN die Gesamtleistung pauschal als Summe der Leistungsanteile im gedeckelten Kostenrahmen her.

...

Planung und Dimensionierung

...

Ebenso sind die Schichtstärken der Matrizen (Paneele), die Lage und Art der konstruktiven und der zusätzlichen Bewehrung,

das Hinterfüllmaterial, etc. darzustellen.

...

Herstellung - Werkstättenarbeit

Nach Freigabe der Werkpläne, fertigt der AN die Matrizen / Paneele der Felsstrukturen in Werkstättenarbeit (eine Begutachtung durch den AG ist am Fertigungsort vorgesehen - siehe LG 00). Die Auswahl der Paneele / Matrizen und deren zukünftiger Zusammenbau an Ort und Stelle erfolgt so, dass jedewede Stereotypie vermieden wird und ein höchst naturnahes Erscheinungsbild der gewünschten Kunstfelsenstrukturen entsteht.

...

Transport und Verankerungen

In Abstimmung mit den Bauablauf und in Kenntnis der Transportwege im Tiergarten und im Baustellenbereich, transportiert der Bieter / AN die Matrizen an den Einsatzort und montiert die Einzelteile an den von ihm bereits herzustellenden Verankerungen und Bewehrungen.

...

Verankerungen und Bewehrung

...

Die konstruktive und funktionelle Bewehrung aller Werkstücke ist auf die Ausformungen abzustimmen. Matrizen bzw. Paneelbewehrungen nach projektspezifischen Erfordernis - z.B. Edelstahlfasern und / oder Kunststofffasern, etc."

Die nachfolgend genannten Positionen des Leistungsverzeichnisses betreffen die OG 01, Kunstfelsenarbeiten A und B. Es handelt sich dabei nicht um Eventualpositionen. Als solche sind ausschließlich die Positionen 995001B, 995001C und 995002 mit einem "E" gekennzeichnet. Für die Summenbildung hinsichtlich der OG 01 ist der Positionspreis der nachstehenden Positionen heranzuziehen:

Position 995001A (Felsstrukt. "A" und "B") des Leistungsverzeichnisses lautet auszugsweise:

"Planen, Herstellen, Liefern und Montieren, etc. von NATURNAHEN Felsstrukturen in Paneelbauweise (Qualität "A") und von NATURÄHNLICHEN Felsstrukturen in Paneelbauweise und /oder Spritzbetonbauweise (Qualität "B") in den Eisbären-Aussenanlagen, wie im Vortext beschrieben.

...

Abgerechnet als gedeckelter Kostenrahmen.

Erläuterung - Der Bieter setzt hier die gedeckelte Pauschalsumme von € 302.000,00 als EHP bzw. Positionspreis ein - die Anteile für Lohn und Sonstiges sind vom Bieter / AN auf Basis seiner Kalkulation wählbar und einzutragen.

..... 1 PA"

Position 995003 (Nachlass) des Leistungsverzeichnisses lautet:

"Unter Beachtung der Position 991124K hat der Bieter die Möglichkeit einen Nachlass von max. 20 % zu gewähren. Zur Sicherung der gewünschten Qualität sind höhere Nachlässe unzulässig.

Der Bieter trägt, den von ihm gewährten Nachlass als Pauschalsumme in vorliegender Position ein.

..... 1 PA"

Position 995010 (Erschwerte Arbeitsbedingungen) des
Leistungsverzeichnisses lautet auszugsweise:

"... Wird auf gesonderte und schriftliche Anordnung des AG, die
Ausführungszeit (auch von Teilleistungen, Teilabschnitten,
etc.) außerhalb des vorgesehenen Zeitfensters lt. Terminplan
verschoben, so werden dem Bieter / AN witterungsbedingte
Mehraufwendungen /Erschwernisse gesondert und nach
vorliegender Position vergütet. ...

..... 10,00 Wo"

Punkt 6.14 der Angebotsbestimmungen lautet:

"Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden ausgeschieden, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen
erhöhend oder vermindern - 2 vH oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt."

Dem Angebot der Antragstellerin lag folgendes auszugsweise wiedergegebene Schreiben bei:

"Wir über uns - Erläuterungsbericht

Schon seit 1900 befassen wir uns mit dem Thema Natur. ...

Aufgrund des großen Interesses für authentische Naturthemen

haben wir uns auf dem Gebiet der Kunstfelsen, ... spezialisiert.

Als Garten- und Landschaftsgestalter legen wir auf die

Natürlichkeit und biologische Verträglichkeit der verwendeten

Materialien großen Wert. Aufgrund unserer ... Erfahrung im

Bereich Kunstfelsenbau und Naturgestaltung konnten wir mit

Bauherren und Organisationen wie ...

? und viele andere mehr

beauftragten uns mit Konzeption und Lösungen von Großprojekten

im Kunstfelsenbau.

Durch unser langjähriges Know-how und permanente Entwicklung sind wir immer in der Lage dem Projekt angepasste,
ökonomisch orientierte und vor allem machbare Lösungen anzubieten. Die Erfahrung mit den benötigten Maschinen,
sowie die entsprechenden Geräte und Fuhrpark um diese Lösungen verwirklichen zu können, sind vorhanden.

Als Beispiel, können wir anführen, ...

Die langjährige Zusammenarbeit mit ... gewährleistet neue

Materialentwicklung, kontinuierliche Qualitätsverbesserung und neue Gestaltungsmöglichkeiten. ...

Unsere Leistungen

...

Materialien

....

Das A***-Team

A***: Geschäftsführung

..._ Gestaltung und Design, Schnittstelle Architekt

B***: Assistent d. GF und Produktionsleitung

..._Schnittstelle zur Projektsteuerung

C***: Bauleiter ...

..._ Schnittstelle zur Örtlichen Bauaufsicht

Projektspezifische Mitarbeiter:

- 2 Vorarbeiter mit langjähriger Praxis im Kunstfelsenbau und Tätigkeit in unserer Firma
- 4 angelernte Maurer und Skulpteure mit Erfahrung im Projekt- und Kunstfelsenbau.

Freie Mitarbeiter:

D***

- Aufgrund langjähriger Tätigkeit im internationalen Projektgeschäft für Naturgestaltung- und Themenbau, können wir auf einen Fundus von mehreren freien Mitarbeitern zurückgreifen."

Im Angebotsprüfungsprotokoll, erstellt durch die für die Projektleitung und die Projektsteuerung zuständige L***, wird festgehalten: "Der Bieter A*** hat keine Beschreibung des geplanten Arbeitseinsatzes beigelegt. Dies wird schriftlich nachgefordert. Es kann festgehalten werden, dass bis auf eines alle Angebote vollständig sind"

Am 6. Mai 2013 wurde die Antragstellerin im Rahmen der Mitteilung des Zeitraumes für die Errichtung des Musterelementes von der Auftraggeberin aufgefordert, einen derartigen Erläuterungsbericht bis 13. Mai 2013 zu

übermitteln. Die Antragstellerin übermittelte in der Folge einen um detaillierte Angaben zur Baubeschreibung und Bauabwicklung (untergegliedert in die Punkte Personal, Baubeginn, Einsatzdauer, Bauvolumen, Bauende, Bauweise, Werksplanung, Herstellung, Montage) ergänzten Bericht (Angaben der Antragstellerin) an die Auftraggeberin. Diesem Bericht war eine Tabelle betreffend eine Schätzung der Stundenaufstellung "KUNSTFELS A+B, Eisbärengehege TGS" angeschlossen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wies in ihrem Angebot die Position 995010 (Erschwerte Arbeitsbedingungen) mit einem Einheitspreis von € 1.000,-- und einem Positionspreis von €

10.000,-- aus. Diese Position wurde bei der Summe der betreffenden OG 1 wie auch in weiterer Folge im Gesamtpreis nicht berücksichtigt. Im angeführten Angebotsprüfungsprotokoll wird festgehalten:

"Der Bieter Atelier B*** hat ebenfalls die Kosten der Pos 905010 nicht in die OG-Gruppensumme aufsummiert. Dadurch ist die OG 01 um € 10.000,00 billiger ausgewiesen als rechnerisch erforderlich. Da über das Gesamtangebot noch ein Nachlass von 3% gegeben wurde ergibt sich eine weitere Verschiebung der Angebotssumme. Die korrekte Ermittlung sollte wie folgt lauten:

OG 01

995001A Kunstfelsen	302.000,00
995003 Nachlass 20%	-60.400,00
995010 Erschwerte Arbeitsbedingungen	10.000,00
Summe OG 01	251.600,00

OG02

994001A - 994010	61.835,00
Nachlass 20%	-12.367,00
Summe OG 02	49.468,00
Summe OG 01 + OG 02	301.068,00
Nachlass 3%	-9.032,040,00
Gesamtpreis	292.035,96

Dies verändert den Gesamtpreis gemäß LV Bieter von 282.335,96 auf 292.035,96. Dies bedeutet eine Erhöhung um € 9.700,00 netto. Veränderung Angebotspreis 3,44%"

Die Auftraggeberin berichtigte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und korrigierte die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgewiesene Summe des Leistungsverzeichnisses von € 282.335,96 auf € 292.035,96 (exkl USt).

In einem Begleitschreiben zum Angebot hielt die präsumtive Zuschlagsempfängerin bezüglich der Bauausführung ua fest, dass sie eine "Spritzkunstfelsbetonmodulation" bevorzugen würde. Der Bieter C*** führte im Rahmen eines Begleitschreibens zum Angebot betreffend die Auftragsabwicklung aus, dass seiner Meinung nach die Paneelbauweise ausscheidet.

Am 16. Mai 2013 wurden sämtliche Bieter zur Errichtung eines Musterelementes im Zeitraum vom 3. Juni 2013 bis 21. Juni 2013 im Tiergarten Schönbrunn aufgefordert. Einer der Bieter teilte am 19. Juni 2013 mit, dass er von der Errichtung des Kunstfelsenmusters Abstand nimmt.

Im Bericht der ÖBA über die Erstellung der Kunstfelsenmuster vom 24. Juni 2013 wird ua zu den einzelnen Mustern unter

Anschluss von Bildmaterial Folgendes ausgeführt:

"Muster 2: Fa A***

Baustelleneinrichtung und Beginn der Arbeiten: 13.06.2013

Ausführungsmethode:

Paneelbauweise mit anschließender händischer Bearbeitung
(ausschreibungskonform)

Befestigung aus Edelstahl, Befestigungspunkte
abwärtsgerichtet.

Verfüllmaterial: Beton

Fertigstellung: 21.06.2013 ...

Muster 3: Fa J***

Baustelleneinrichtung und Beginn der Arbeiten: 17.06.2013

Ausführungsmethode:

Paneelbauweise mit anschließender händischer Bearbeitung
(ausschreibungskonform)

Befestigung aus Edelstahl, Befestigungspunkte
abwärtsgerichtet.

Verfüllmaterial: Beton

Fertigstellung: 21.06.2013

Baustellenräumung: 22.06.2013 ...

Muster 4: Fa C***

Baustelleneinrichtung und Beginn der Arbeiten: 17.06.2013

Ausführungsmethode:

Spritzbetonbauweise mit anschließender händischer
Bearbeitung (zu Qualität A nicht ausschreibungskonform)

Befestigung aus Edelstahl, Befestigungspunkte
abwärtsgerichtet, Edelstahlskelett.

Verfüllmaterial: Beton

Fertigstellung: 21.06.2013

Bausstellenräumung: 22.06.2013 ...

Muster 5: Fa B***

Baustelleneinrichtung und Beginn der Arbeiten: 18.06.2013

Ausführungsmethode:

Spritzbetonbauweise mit anschließender händischer

Bearbeitung (zu Qualität A nicht ausschreibungskonform)

Befestigung aus Edelstahl, Befestigungspunkte

abwärtsgerichtet, Edelstahlskelett.

Verfüllmaterial: Beton

Fertigstellung: 21.06.2013

Bausstellenräumung: 22.06.2013..."

Dieser Bericht wurde per e-mail an die L***, an Frau Ing. O*** (Burghauptmannschaft Österreich), Herrn DI F*** (Tiergarten Schönbrunn) und Herrn Arch H*** (Architektur- und Ausführungsplanung) übermittelt.

Am 24. Juni 2013 übermittelte Herr Ing. K*** an Frau Ing. O*** und Herrn Arch H*** einen Vorschlag zur Qualitätsbewertung der Kunstfelsen durch die Jury (Bewertung der gestalterischen Qualität gemäß Position 001124K). Danach konnten beim Subkriterium "Naturnahe Darstellung" maximal 17 Punkte und beim Subkriterium "Tiergärtnerische Anforderungen" maximal 16 Punkte erreicht werden. Beide Subkriterien waren wiederum jeweils in 4 Sub-Sub-Kriterien gegliedert, zu deren Bewertung weitere Fragestellungen ausformuliert waren. Darüber hinaus wurde in dem betreffenden Dokument zur Bauweise Typ A Paneel oder Matrizie ja/nein festgehalten: "Gemäß Ausschreibung ist der Typ A in Paneelbauweise herzustellen. Sollte dies nicht erfüllt sein, ist eine Abänderung zu den Ausschreibungsbedingungen vorgenommen worden. Es gilt zu entscheiden, ob dies zu einem entsprechenden Punkteanzug (gemeint wohl: Punkteabzug) oder zum Ausscheiden führt."

Am 25. Juni 2013 richtete Herr Arch H*** die nachstehende E-Mail an Herrn Ing. K***:

"Sehr geehrter Herr K*** ,

zum Thema „ Qualität A - in Panel / Matrizen- Bauweise" ist

mir noch eingefallen

zur Variante - den Bieter NICHT ausscheiden

die Fels-Qualitäten sind lt. den Planbeilagen zum LV genau definiert worden .

Daraus ergibt sich ein Flächenzuordnung - Verhältnis der Qualität

- -Strichaufzählung
A ca 480 m²
- -Strichaufzählung
B ca 185 m²
- -Strichaufzählung
Gesamt ca 665 m²

Wenn man die technische Ausführung als OBJEKTIVES Kriterium bewertet, so könnte bei Bietern die auch "A" gespritzt haben

Bei diesem Kriterium NULL Pkte für Qualität A bringen

Nötig ist aber hier ein Kriterium in die Liste aufzunehmen. Und gesondert mit Noten zu bewerten ?

Dies als Anregung

Zur Variante - Bieter ausscheiden gibt's nichts zusätzlich zu sagen, dann reduziert sich die Bewertung auf J*** und E***.

Mit freundlichen Grüßen

H***"

Die Jurybewertung erfolgte am 26. Juni 2013. Der Bewertung wurde der angeführte Bewertungsvorschlag von Herrn Ing. K*** zugrundegelegt, wobei beim Subkriterium "Tiergärtnerische Anforderungen" ein Sub-Subkriterium B5: "Typ A nicht gemäß LV; Es wurden vom Bieter keine Paneele oder Matrizen verwendet. War für den Typ A gemäß LV vorgeschrieben" ergänzend aufgenommen wurde. Dem Juryprotokoll vom 26. Juni 2013 ist hierzu Folgendes zu entnehmen: "Es haben nicht alle Bieter die Qualität Typ A unter Zuhilfenahme von Matrizen oder Paneelen hergestellt. Im Rahmen der Jurysitzung wurde besprochen, dass dies einen Abzug bei der Bewertung zur Folge hat. Der Abzug bezieht sich auf die Punkte der Hauptgruppe B, da diese Hauptgruppe die technischen Anforderungen bewertet. Die Kriterien der naturnahen Darstellung (Hauptgruppe A) sind eine rein subjektive Bewertung der einzelnen Jurymitglieder und daher von der Art des Aufbaues unabhängig zu bewerten. Als angemessener Abzug wurden 75 % der erzielten Punkte für die Erfüllung der tiergärtnerischen Anforderungen (Hauptgruppe B) erachtet".

Die Jury-Mitglieder bewerteten die Kunstfelsenmuster anonym und erarbeiteten sodann gemeinsam eine verbale Beurteilung pro Bieter hinsichtlich der einzelnen Sub-Subkriterien. Hinsichtlich des Musterelementes des C*** wie auch des Atelies B*** wurden mit dem Hinweis "Typ A nicht gemäß LV" 75 % der im Subkriterium B "Tiergärtnerische Anforderungen" erreichten Punkte wiederum abgezogen. Die Einzelbenotungen durch die Jury-Mitglieder wurden dem Bundesvergabeamt auch nach der zweiten Aufforderung vom 25. Juli 2013 nicht übermittelt und liegen diese sohin den Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht bei. Die Auftraggeberin wurde im Zuge der Aufforderungen zur Unterlagen Vorlage (vom 5. Juli 2013 und vom 25. Juli 2013) auf die Rechtsfolgen gemäß § 313 Abs 2 BVergG ausdrücklich hingewiesen. Die Jury-Mitglieder bewerteten die Kunstfelsenmuster anonym und erarbeiteten sodann gemeinsam eine verbale Beurteilung pro Bieter hinsichtlich der einzelnen Sub-Subkriterien. Hinsichtlich des Musterelementes des C*** wie auch des Atelies B*** wurden mit dem Hinweis "Typ A nicht gemäß LV" 75 % der im Subkriterium B "Tiergärtnerische Anforderungen" erreichten Punkte wiederum abgezogen. Die Einzelbenotungen durch die Jury-Mitglieder wurden dem Bundesvergabeamt auch nach der zweiten Aufforderung vom 25. Juli 2013 nicht übermittelt und liegen diese sohin den Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht bei. Die Auftraggeberin wurde im Zuge der Aufforderungen zur Unterlagen Vorlage (vom 5. Juli 2013 und vom 25. Juli 2013) auf die Rechtsfolgen gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG ausdrücklich hingewiesen.

Am 30. Juni 2013 wurde sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung lautend auf das Atelier B*** bekannt gegeben.

Die Antragstellerin brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 5. Juli 2013 verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt ein. Mit Bescheid vom 19. Juli 2013 wurde der Auftraggeberin untersagt, im Vergabeverfahren "Tiergarten Schönbrunn - Neubau Eisbärenanlage, OG 1. Kunstfelsen - und OG

1. 2. Ziffer 2

Spritzbetonstrukturen" den Zuschlag zu erteilen.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 7. August 2013 stellte sich heraus, dass neben dem angeführten Einzelbenotungen der Jury-Mitglieder ua auch die den Bietern beim Lokalaugenschein überlassenen Pläne, darunter auch der Terminplan, nicht dem Bundesvergabeamt übermittelt wurden.

Entsprechend den Aussagen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung, ist es im Vorfeld der Ausschreibung die Absicht der Auftraggeberin gewesen, nicht ausschließlich die Paneelbauweise hinsichtlich der Ausführung der Qualität A zuzulassen. Aufgrund von im Zuge der Musterherstellung unter den Bietern herrschenden Gerüchten hat die Auftraggeberin nochmals die Ausschreibungsunterlagen studiert und ist zu der Ansicht gelangt, die Ausschreibungsunterlagen würden auch die Interpretationen erlauben, dass ausschließlich die Herstellung in Paneelbauweise zugelassen ist. Man war sich bewusst, dass man sich hier aufgrund der Ausschreibungsvorgaben zur Bauweise möglicherweise hinsichtlich der Bewertung in einem Graubereich bewegt. Daher wurde im Rahmen der Jurysitzung die Vorgangsweise gewählt, bei jenen Bietern, die den Kunstfelsen nicht in Paneelbauweise ausgeführt haben, einen Punkteabzug vorzunehmen.

Zum oben genannten Bericht der ÖBA gab P*** (Projektleiter ÖBA) in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll, dass "man angesichts der Ausschreibung davon ausgegangen sei, dass die Qualität A in Paneelbauweise auszuführen sei".

Es wurde weder der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Abteilung 403 - Tiergarten Schönbrunn. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Entsprechend deren unbestrittenen Angaben handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Bauauftrag, der in Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung an den Bestbieter vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass von einem Vergabeverfahren im Unter-schwellenbereich auszugehen ist. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Abteilung 403 - Tiergarten Schönbrunn. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Entsprechend deren unbestrittenen Angaben handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Bauauftrag, der in Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung an den Bestbieter vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass von einem Vergabeverfahren im Unter-schwellenbereich auszugehen ist.

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

Da nach Auskunft der Auftraggeberin der Zuschlag nicht erteilt wurde und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig. Da nach Auskunft der Auftraggeberin der Zuschlag nicht erteilt wurde und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin 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 offener Frist die gesondert anfechtbare Entscheidung "Zuschlagsentscheidung" gemäß § 2 Z 16 lit a sublit cc BVergG. Die Pauschalgebühr wurde gemäß §§ 318 Abs 1 Z 1 und 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 "Zuschlagsentscheidung" gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, c, c, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde gemäß Paragraphen 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVA-GebV 2012 bei Antragstellung in entsprechender Höhe entrichtet.

II. Zur Antragslegitimation der Antragstellerin betreffend römisch zwei. Zur Antragslegitimation der Antragstellerin betreffend

Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Allgemeines:

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.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und dem folgend der Vergabekontrollbehörden kommt einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zu, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinn des § 320 Abs 1 BVergG entstehen bzw drohen kann (siehe bereits VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050; vom 23. Mai 2007, 2005/04/0103; vom 28. März 2007, 2005/04/0200). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und dem folgend der Vergabekontrollbehörden kommt einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zu, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinn des Paragraph 320, Absatz eins, BVergG entstehen bzw drohen kann (siehe bereits VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050; vom 23. Mai 2007, 2005/04/0103; vom 28. März 2007, 2005/04/0200).

Bejahte die ältere Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes - trotz Verwirklichung eines Ausscheidensgrundes - das Vorliegen der Antragslegitimation, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit einen Widerruf der Ausschreibung nach sich ziehen müsste (siehe etwa BVA vom 7. April 2005, 06N-04/05-31; vom 26. April 2004, 12N-2/04-55), so hat der Verwaltungsgerichtshof nunmehr wiederholt ausgesprochen, dass selbst bei Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrundes im Entfall der Möglichkeit der Teilnahme an einem Folgeverfahren, kein Schaden für einen Bieter, der selbst gegen Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, liegt. Ein Bieter, dem es nicht gelingt, auf Grund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, ist demnach in einer derartigen Konstellation nicht schutzwürdig und kann daher nicht geltend machen, dass auch andere bzw alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären (VwGH vom 11. November 2009, 2009/04/0240; vom 28. Mai 2008, 2007/04/0232; vom 28. März 2007, 2005/04/0200).

Da - wie noch zu zeigen sein wird - das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen wäre, käme ihr nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes unter keinen Umständen die Antragslegitimation zu. Angesichts des Urteils des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache C-100/12 (Fastweb) vom 4. Juli 2013 stellt sich nach Ansicht des erkennenden Senates die Beurteilung der Antragslegitimation jedoch in neuem Licht dar. Da - wie noch zu zeigen sein wird - das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen wäre, käme ihr nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes unter keinen Umständen die Antragslegitimation zu. Angesichts des Urteils des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache C-100/12 (Fastweb) vom 4. Juli 2013 stellt sich nach Ansicht des erkennenden Senates die Beurteilung der Antragslegitimation jedoch in neuem Licht dar.

Dem Verfahren vor dem Gerichtshof lag folgende besondere Konstellation zugrunde: An dem betreffenden Vergabeverfahren waren lediglich zwei Bieter, deren Angebote nach den Feststellungen des zuständigen Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Verwaltungsgericht der Region Piemont) jeweils bestimmte technische Anforderungen der Ausschreibung nicht erfüllten, beteiligt. Dies müsste nach Ansicht des anrufenden Gerichtes mangels zuschlagsfähigen Angebotes dazu führen, dass der Klage und Widerklage stattgegeben und das fragliche Vergabeverfahren für nichtig erklärt werde. Dagegen wäre aber nach der Judikaturlinie des Plenums des Consiglio di Stato (Staatsrat) die Widerklage vorrangig zu prüfen und wäre der Klage in der gegenständlichen Konstellation sohin kein Erfolg beschieden. Gegen diese Auffassung kamen dem Gericht Zweifel.

Der Urteilsbegründung des Europäischen Gerichtshofes ist unter Berufung auf sein Urteil in der Rechtssache C-249/01 (Hackermüller) vorerst zu entnehmen, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine Vergabekontrollbehörde zu der Schlussfolgerung gelangt, dass das Angebot des Antragstellers tatsächlich vorher auszuschneiden gewesen wäre und dass der Nachprüfungsantrag des Bieters sodann zurückzuweisen ist, da ihm aufgrund dieser Tatsache durch den

von ihm behaupteten Rechtsverstoß kein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht (Rn 28). Die Möglichkeit, die Antragslegitimation mangels Schadenseintritts bzw drohenden Schadenseintritts abzusprechen, wird demnach nicht grundsätzlich in Frage stellt. Im Gegensatz zur Konstellation in der Rechtssache Hackermüller, wurde allerdings vom angerufenen Gericht im Anlassfall festgestellt, dass beide eingereichten Angebote und sohin auch das ausgewählte Angebot nicht den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen entsprachen.

Diese Diskrepanz betonend führt der Europäische Gerichtshof weiter aus:

"33 Wurde eine solche Feststellung getroffen, kann die Widerklage des erfolgreichen Bieters jedoch dann nicht zur Abweisung der Klage eines Bieters führen, wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots jedes dieser Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen desselben Verfahrens und aus gleichartigen Gründen in Frage gestellt wird. Denn in einem solchen Fall kann sich jeder Wettbewerber auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen berufen, was zu der Feststellung führen kann, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen.

34 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass er, wenn im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens der erfolgreiche Bieter, dem der Auftrag erteilt wurde und der Widerklage erhoben hat, eine auf die fehlende Klagebefugnis des klagenden Bieters gestützte Einrede der Unzulässigkeit geltend macht, weil dessen Angebot wegen seiner Nichtübereinstimmung mit den in den Verdingungsunterlagen festgelegten technischen Anforderungen vom öffentlichen Auftraggeber hätte zurückgewiesen werden müssen, dem entgegensteht, dass die Klage nach der Vorabprüfung dieser Unzulässigkeitseinrede für unzulässig erklärt wird, ohne dass darüber entschieden wird, ob das Angebot des erfolgreichen Bieters, dem der Auftrag erteilt wurde, und dasjenige des Bieters, der Klage erhoben hat, den technischen Anforderungen entsprechen." 3 4 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Artikel eins, Absatz 3, der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass er, wenn im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens der erfolgreiche Bieter, dem der Auftrag erteilt wurde und der Widerklage erhoben hat, eine auf die fehlende Klagebefugnis des klagenden Bieters gestützte Einrede der Unzulässigkeit geltend macht, weil dessen Angebot wegen seiner Nichtübereinstimmung mit den in den Verdingungsunterlagen festgelegten technischen Anforderungen vom öffentlichen Auftraggeber hätte zurückgewiesen werden müssen, dem entgegensteht, dass die Klage nach der Vorabprüfung dieser Unzulässigkeitseinrede für unzulässig erklärt wird, ohne dass darüber entschieden wird, ob das Angebot des erfolgreichen Bieters, dem der Auftrag erteilt wurde, und dasjenige des Bieters, der Klage erhoben hat, den technischen Anforderungen entsprechen."

Macht demnach ein Bieter das Vorliegen von Ausscheidensgründen auf Seiten des erfolgreichen Bieters geltend, erscheint es angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nun nicht mehr ohne Weiteres möglich, die Antragslegitimation unter Berufung auf die Verwirklichung eines Ausscheidenstatbestandes auch auf Seiten des antragstellenden Bieters und damit unter Berufung auf das Fehlen eines Schadenseintritts bzw einer Schadenseintrittsmöglichkeit abzusprechen. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht in seinem Rundschreiben vom 24. Juli 2013 sogar soweit, dass

aufgrund "des Urteils des Gerichtshofs ... die Zurückweisung

eines Antrags auf Nachprüfung (vgl. §§ 320 ff BVergG 2006), ebenso wie auch die Zurückweisung eines Antrags auf Feststellung (vgl. §§ 330 ff BVergG 2006) nunmehr nicht allein mit der Ungeeignetheit des Angebots eines Antragstellers für den Zuschlag (und somit seiner mangelnden Schutzwürdigkeit) begründet werden" kann. "Nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst gilt dies wohl nicht nur in Verfahren mit lediglich zwei Parteien, sondern immer dann, wenn der (präsumtive) Zuschlagsempfänger ein nicht zuschlagsfähiges Angebot gelegt hat und sich der Antragsteller auf ein - mit den Worten des EuGH - "berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des anderen" beruft."eines Antrags auf Nachprüfung vergleiche Paragraphen 320, ff BVergG 2006), ebenso wie auch die Zurückweisung eines Antrags auf Feststellung vergleiche Paragraphen 330, ff BVergG 2006) nunmehr nicht allein mit der Ungeeignetheit des Angebots eines Antragstellers für den Zuschlag (und somit seiner mangelnden Schutzwürdigkeit) begründet werden" kann. "Nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst gilt dies wohl nicht nur in Verfahren mit lediglich zwei Parteien, sondern immer dann, wenn der (präsumtive) Zuschlagsempfänger ein nicht zuschlagsfähiges Angebot gelegt hat und sich der Antragsteller auf ein - mit den Worten des EuGH - "berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des anderen" beruft."

Vom Vorliegen eines derartigen "berechtigten Interesses am Ausschluss des Angebotes des anderen" kann nun in einer Konstellation, wie sie dem Anlassfall zugrunde gelegen ist, jedenfalls ausgegangen werden, zumal dies - mit den Worten des Gerichtshofes - zu der Feststellung führt, "dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen". Damit scheidet die Beendigung des betreffenden Vergabeverfahrens durch Zustandekommen eines Vertrages aus. Wie aufzuzeigen sein wird, ist die verfahrensgegenständliche Sachlage mit jener des Anlassfalles diesbezüglich vergleichbar.

Gegen die Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für das verfahrensgegenständliche Nachprüfungsverfahren könnte allerdings ins Treffen geführt werden, dass es sich hier um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handelt. Nach Ansicht des erkennenden Senates besteht aber keine sachliche Rechtfertigung, die Zugangsvoraussetzungen zu den Rechtsschutzeinrichtungen derart unterschiedlich zu beurteilen, dass in Vergabekontrollverfahren betreffend Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich eine Entscheidung in der Sache erwirkt werden kann während bei Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich der vergabespezifische Rechtsschutz gänzlich abgeschnitten wird (siehe VfGH vom 30. November 2000, G 110/99 ua).

Vorliegend wurde das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden. Sowohl die Auftraggeberin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin brachten vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre. Demgegenüber begründete die Antragstellerin die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung einerseits damit, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen wäre und andererseits mit dem Vorliegen zwingender Widerrufungsgründe.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG idGF zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (VwGH vom 22. Juni 2011, 2011/04/0011; vom 12. Mai 2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; vom 21. März 2011, 2007/04/0007; vom 18. März 2009, 2007/05/0095; vom 28. Mai 2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA vom 10. September 2012, N/0071-BVA/04/2012-32; vom 10. Februar 2010, N/0119/04/2009-31 uva). Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidensgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idGF zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (VwGH vom 22. Juni 2011, 2011/04/0011; vom 12. Mai 2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; vom 21. März 2011, 2007/04/0007; vom 18. März 2009, 2007/05/0095; vom 28. Mai 2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA vom 10. September 2012, N/0071-BVA/04/2012-32; vom 10. Februar 2010, N/0119/04/2009-31 uva). Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidensgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat.

Den Rahmen der Nachprüfungsbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof unter Berufung auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (EuGH vom 28. Jänner 2010, Rs C-406/08 [Uniplex]; vom 19. März 2003, Rs C-249/01 [Hackermüller]) insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (VwGH vom 22. Juni 2011, 2011/04/0011; vom 12. Mai 2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; vom 21. März 2011, 2007/04/0007; vom 18. März 2009, 2007/05/0095; vom 1. März 2005, 2003/04/0199; ua BVA vom 10. November 2009, N/0109-BVA/08/2009-52; vom 29. Juli 2009, N/0061-BVA/04/2009-32). Ausscheidensgründe, die nicht bereits Gegenstand einer Ausscheidensentscheidung waren, dürfen

von der Vergabekontrollbehörde nur dann berücksichtigt werden, wenn dem betreffenden Bieter nach konkretem Vorhalt des herangezogenen Ausscheidensgrundes die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wurde. Hierfür hat die Vergabekontrollbehörde eine ausreichende Frist, für die als Maßstab die Antragsfrist des § 321 BVergG 2006 heranzuziehen ist, vorzusehen (VwGH vom 12. Mai 2011, 2007/04/0012; BVA vom 10. September 2012, N/0071-BVA/04/2012-32 uva). Den Rahmen der Nachprüfungsbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof unter Berufung auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (EuGH vom 28. Jänner 2010, Rs C-406/08 [Uniplex]; vom 19. März 2003, Rs C-249/01 [Hackermüller]) insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (VwGH vom 22. Juni 2011, 2011/04/0011; vom 12. Mai 2011, 2011/04/0043 und 2007/04/0012; vom 21. März 2011, 2007/04/0007; vom 18. März 2009, 2007/05/0095; vom 1. März 2005, 2003/04/0199; ua BVA vom 10. November 2009, N/0109-BVA/08/2009-52; vom 29. Juli 2009, N/0061-BVA/04/2009-32). Ausscheidensgründe, die nicht bereits Gegenstand einer Ausscheidensentscheidung waren, dürfen von der Vergabekontrollbehörde nur dann berücksichtigt werden, wenn dem betreffenden Bieter nach konkretem Vorhalt des herangezogenen Ausscheidensgrundes die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wurde. Hierfür hat die Vergabekontrollbehörde eine ausreichende Frist, für die als Maßstab die Antragsfrist des Paragraph 321, BVergG 2006 heranzuziehen ist, vorzusehen (VwGH vom 12. Mai 2011, 2007/04/0012; BVA vom 10. September 2012, N/0071-BVA/04/2012-32 uva).

Vorauszuschicken ist, dass die gegenständliche Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft erlangt hat und sohin nach ständiger Rechtsprechung selbst dann

unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA vom 16. April 2008, N/0029-BVA/09/2008-27). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA vom 25. November 2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem BVA verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054; weiters vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; vom 7. November 2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN). unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA vom 16. April 2008, N/0029-BVA/09/2008-27). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA vom 25. November 2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu Paragraph 321.). Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem BVA verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054; weiters vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; vom 7. November 2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung des BVA und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006,

2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung des BVA und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20).

Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin wie auch der präsuntiven Zuschlagsempfängerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH vom 21. November 2011, 2006/04/0024; vom 25. Jänner 2011, 2006/04/0200; BVA vom 14. Juni 2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua).

Angebot der Antragstellerin:

Losgelöst von jenen, den Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht in evidenter Weise zu entnehmenden bzw im Hinblick auf die technische Ausführung des Musterelementes nur unter Heranziehung eines Sachverständigen zu klärenden allfälligen Ausschreibungswidrigkeiten hat das Ermittlungsverfahren durch bloße Sichtung der Akten des Vergabeverfahrens ergeben, dass die Antragstellerin ihrem Angebot ein Schreiben mit der Bezeichnung "Wir über uns - Erläuterungsbericht" beigelegt hat und dass sie über Aufforderung der Auftraggeberin das betreffende Schreiben um detaillierte Ausführungen zur Baubeschreibung und Bauabwicklung (untergegliedert in die Punkte Personal, Baubeginn, Einsatzdauer, Bauvolumen, Bauende, Bauweise, Werksplanung, Herstellung, Montage) ergänzt hat. Es ist nun zu prüfen, ob die Antragstellerin hierdurch angesichts der Festlegungen in den Positionen 001113K und 001115C des Leistungsverzeichnisses einen Ausscheidenstatbestand verwirklicht hat.

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (siehe VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087 mwN; BVA vom 24. April 2013, N/0016-BVA/04/2013- 29 und N/0017-BVA/04/2013-27) aufgrund der oben wiedergegebenen, mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses davon ausgehen, dass ein Nachbringen (nach Ablauf der Angebotsfrist) und Vervollständigen jener Unterlagen, die ein Bieter nach den Ausschreibungsunterlagen mit dem Angebot vorlegen muss, nicht mehr zulässig ist, gleichgültig ob es sich um einen vergaberechtlich an sich behebbaren Mangel handelt (vgl hierzu etwa VwGH vom 25. März 2005, 2005/04/0144). Insofern unterscheidet sich die Festlegung der Auftraggeberin auch von jenem Sachverhalt, welcher dem Erkenntnis des VwGH vom 12. Mai 2001, 2008/04/0087, zugrunde gelegen ist. Während nach der dort maßgeblichen Ausschreibungsbestimmung die Ausscheidenssanktion daran anknüpfte, dass der fallbezogen vorzulegende Prüfbericht als solcher fehlte, so wird vorliegend das Nachreichen der betreffenden Unterlagen unabhängig davon, ob diese Unterlagen an sich bereits vorhanden sind und bloß nicht vorgelegt wurden, jedenfalls ausgeschlossen. Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (siehe VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087 mwN; BVA vom 24. April 2013, N/0016-BVA/04/2013- 29 und N/0017-BVA/04/2013-27) aufgrund der oben wiedergegebenen, mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses davon ausgehen, dass ein Nachbringen (nach Ablauf der Angebotsfrist) und Vervollständigen jener Unterlagen, die ein Bieter nach den Ausschreibungsunterlagen mit dem Angebot vorlegen muss, nicht mehr zulässig ist, gleichgültig ob es sich um einen vergaberechtlich an sich behebbaren Mangel handelt vergleiche hierzu etwa VwGH vom 25. März 2005, 2005/04/0144). Insofern unterscheidet sich die Festlegung der Auftraggeberin auch von jenem Sachverhalt, welcher dem Erkenntnis des VwGH vom 12. Mai 2001, 2008/04/0087, zugrunde gelegen ist. Während nach der dort maßgeblichen Ausschreibungsbestimmung die Ausscheidenssanktion daran anknüpfte, dass der fallbezogen vorzulegende Prüfbericht als solcher fehlte, so wird vorliegend das Nachreichen der betreffenden Unterlagen unabhängig davon, ob diese Unterlagen an sich bereits vorhanden sind und bloß nicht vorgelegt wurden, jedenfalls ausgeschlossen.

Bei der gemäß Position 001113K dem Angebot beizulegenden detaillierten Beschreibung des vorgesehenen Arbeitseinsatzes und der Auftragsabwicklung handelt es sich um eine derartige, dem Angebot gemäß Position 001115C zwingend beizulegende Unterlage. An die inhaltliche Ausgestaltung dieser Ausarbeitung (dieses Erläuterungsberichts) werden

weitergehende Anforderungen gestellt, deren Einhaltung verpflichtend ist (vgl. "MUSS enthalten", "MUSS-Bestimmung"). An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass nach Ansicht der Auftraggeberin die Vorgabe in Position 001113K "entsprechend den Bauabschnitten zeitabhängig, gegliedert zum Projekt" ohne Relevanz und die zeitliche Komponente demnach im Erläuterungsbericht entbehrlich sei. Auch wenn der Bauzeitplan als solcher den Bietern bekannt gegeben wurde, so entbindet dies dem deutlichen Wortlaut der betreffenden Bestimmung zufolge nicht von einer individuellen, diesen Zeitplan berücksichtigenden Darlegung des Personaleinsatzes. Soin hat die Auftraggeberin bestandsfest festgelegt, dass sowohl die unterlassene Beilage dieser Unterlagen als auch deren Unvollständigkeit im Hinblick auf den zwingenden Inhalt als ein nicht behebbarer Mangel des betreffenden Angebotes zu qualifizieren ist. weitergehende Anforderungen gestellt, deren Einhaltung verpflichtend ist vergleiche "MUSS enthalten", "MUSS-Bestimmung"). An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass nach Ansicht der Auftraggeberin die Vorgabe in Position 001113K "entsprechend den Bauabschnitten zeitabhängig, gegliedert zum Projekt" ohne Relevanz und die zeitliche Komponente demnach im Erläuterungsbericht entbehrlich sei. Auch wenn der Bauzeitplan als solcher den Bietern bekannt gegeben wurde, so entbindet dies dem deutlichen Wortlaut der betreffenden Bestimmung zufolge nicht von einer individuellen, diesen Zeitplan berücksichtigenden Darlegung des Personaleinsatzes. Soin hat die Auftraggeberin bestandsfest festgelegt, dass sowohl die unterlassene Beilage dieser Unterlagen als auch deren Unvollständigkeit im Hinblick auf den zwingenden Inhalt als ein nicht behebbarer Mangel des betreffenden Angebotes zu qualifizieren ist.

Dem als "Wir über uns - Erläuterungsbericht" bezeichneten Schriftstück, welches dem Angebot der Antragstellerin angeschlossen war, kann zwar grundsätzlich entnommen werden, welche namentlich benannten Personen als Schnittstellen zum Architekten, zur Projektsteuerung und zur Örtlichen Bauaufsicht zum Einsatz kommen werden und dass zwei namentlich nicht benannte Vorarbeiter sowie vier angelernte Maurer tätig werden. Die Ausführungen der Antragstellerin beinhalten aber weder eine Darstellung des Arbeitskräfteeinsatzes in zeitabhängiger Relation zu den Bauabschnitten des Projektes noch eine detaillierte Aussage zur Abwicklung des verfahrensgegenständlichen Auftrages, wobei hier wiederum Aussagen zur projektypischen Werkplanung und Arbeitsvorbereitung gefordert waren. Das Schreiben der Antragstellerin stellt sich weitgehend als bloß abstrakte Unternehmensbeschreibung ohne Bezug zum konkret ausgeschriebenen Auftrag dar. Detailliertere, projektbezogene Angaben zum geplanten Arbeitskräfteeinsatz und der Auftragsabwicklung übermittelte die Antragstellerin - ihren eigenen Angaben zufolge - erst über Aufforderung der Auftraggeberin vom 6. Mai 2013.

Da es die Antragstellerin verabsäumt hat, bereits mit ihrem Angebot eine den bestandsfesten Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen entsprechende Beschreibung ihres Arbeitskräfteeinsatzes sowie der geplanten Auftragsabwicklung vorzulegen, wäre das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Es liegt nicht in der Disposition der Auftraggeberin, von Ausscheidenstatbeständen gemäß § 129 Abs 1 BVergG nach ihrem Gutdünken Gebrauch zu machen (siehe ua VwGH vom 4. September 2002, 2000/04/0181; BVA vom 1. Februar 2008, BVA/0121-BVA/07/2007-41; vom 2. Dezember 2008, N/0134-BVA/06/2008-55, N/0146-BVA/06/2008-17). Sowohl die Auftraggeberin als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1358). Die bestandfeste Ausschreibung stellt die unabänderliche Grundlage für die Angebotsprüfung und -bewertung dar (siehe ua jüngst BVA vom 15. Juli 2013, N/0061-BVA/09/2013-24 mwN). Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend (vgl dazu EuGH vom 25. April 1996, Rs C-87/94 [Wallonische Busse], Rn 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt). Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird einDa es die Antragstellerin verabsäumt hat, bereits mit ihrem Angebot eine den bestandsfesten Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen entsprechende Beschreibung ihres Arbeitskräfteeinsatzes sowie der geplanten Auftragsabwicklung vorzulegen, wäre das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen. Es liegt nicht in der Disposition der Auftraggeberin, von Ausscheidenstatbeständen

gemäß Paragraph 129, Absatz eins, BVergG nach ihrem Gutdünken Gebrauch zu machen (siehe ua VwGH vom 4. September 2002, 2000/04/0181; BVA vom 1. Februar 2008, BVA/0121-BVA/07/2007-41; vom 2. Dezember 2008, N/0134-BVA/06/2008-55, N/0146-BVA/06/2008-17). Sowohl die Auftraggeberin als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1358). Die bestandfeste Ausschreibung stellt die unabänderliche Grundlage für die Angebotsprüfung und -bewertung dar (siehe ua jüngst BVA vom 15. Juli 2013, N/0061-BVA/09/2013-24 mwN). Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend vergleiche dazu EuGH vom 25. April 1996, Rs C-87/94 [Wallonische Busse], Rn 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt). Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein

auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, welchem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 16. Juni 2009, N/0030-BVA/04/2009 uva). Insofern ist entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin "dieses Thema" auch nicht präkludiert. Vielmehr sind die Bestimmungen der Position 001113K und der Position 001115C bestandsfest geworden und für die Auftraggeberin wie auch für die Bieter beachtlich. Damit kann auch dahinstehen, dass diese verpflichtende Unterlagen Vorlage im Rahmen des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit geregelt ist. auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, welchem der Zuschlag erteilt werden kann vergleiche VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 16. Juni 2009, N/0030-BVA/04/2009 uva). Insofern ist entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin "dieses Thema" auch nicht präkludiert. Vielmehr sind die Bestimmungen der Position 001113K und der Position 001115C bestandsfest geworden und für die Auftraggeberin wie auch für die Bieter beachtlich. Damit kann auch dahinstehen, dass diese verpflichtende Unterlagen Vorlage im Rahmen des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit geregelt ist.

Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, hat das Ermittlungsverfahren auch ergeben, dass auch das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs 1 Z 9 BVergG auszuscheiden wäre, dass die Angebotsprüfung noch nicht abgeschlossen ist und überdies zumindest sachliche Gründe für den Widerruf des Vergabeverfahrens gegeben sind. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, hat das Ermittlungsverfahren auch ergeben, dass auch das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG auszuscheiden wäre, dass die Angebotsprüfung noch nicht abgeschlossen ist und überdies zumindest sachliche Gründe für den Widerruf des Vergabeverfahrens gegeben sind.

Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin:

Gemäß § 2 Z 26 lit d BVergG ist der Gesamtpreis die Summe der Positionspreise (Menge mal Einheitspreis oder Pauschalpreis) unter Berücksichtigung allfälliger Nachlässe und Aufschläge. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 26, Litera d, BVergG ist der Gesamtpreis die Summe der Positionspreise (Menge mal Einheitspreis oder Pauschalpreis) unter Berücksichtigung allfälliger Nachlässe und Aufschläge.

Gemäß § 79 Abs 6 BVergG ist in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß § 126 Abs 4 BVergG ausgeschieden werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist. Gemäß Paragraph 79, Absatz 6, BVergG ist in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß Paragraph 126, Absatz 4, BVergG ausgeschieden werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist.

Gemäß § 126 Abs 4 BVergG sind rechnerisch fehlerhafte Angebote, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde, dann nicht weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 vH oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist, ausgenommen der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt, unzulässig. Gemäß Paragraph 126, Absatz 4, BVergG sind rechnerisch fehlerhafte Angebote, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde, dann nicht weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 vH oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im

Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist, ausgenommen der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt, unzulässig.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 9 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind, auszuscheiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind, auszuscheiden.

Gemäß Punkt 6.14 der Angebotsbestimmungen werden rechnerisch fehlerhafte Angebote ausgeschieden, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 vH oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt.

Unter Zugrundelegung des oben aufgezeigten Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus dem objektiven Erklärungswert der eben genannten bestandsfesten Bestimmung unzweifelhaft, dass mit einem Rechenfehler behaftete Angebote bei einer Abweichung von 2% erhöhend oder vermindern vom Gesamtpreis auszuscheiden sind.

Unstrittig ist, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der Normalposition Pos 995010 (Erschwerte Arbeitsbedingungen) den Einheitspreis mit € 1.000,-- und den Positionspreis (10 Wo) mit € 10.000,-- ausgewiesen hat, sodass davon auszugehen ist, dass sie diese Position zu diesem Preis anbieten wollte. In weiterer Folge wurde dieser Betrag bei keiner der zu bildenden Summen, sohin weder bei der Summe der betreffenden OG 01 noch beim Gesamtpreis berücksichtigt.

Eine Definition des Begriffes "Rechenfehler" kann dem BVergG nicht ausdrücklich entnommen werden. Unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien hält der Verwaltungsgerichtshof zu § 94 Abs 4 BVergG 2002 (Anm: 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 Rechengangs an. Auch das rechnerisch korrekte "(irrtümliche) Mitaddieren oder Mitübertragen von (nach dem klaren, sonstigen Inhalt des Angebotes nicht mitzuaddierenden) Eventualpositionen stellt einen solchen Rechenfehler dar" (in diesem Sinne bereits BVA vom 21. Februar 2002, N-129/01-30). Allerdings sind Fehlinterpretationen der Ausschreibungsvorgaben, sonstige Verständnisfehler bzw falsche Kosteneinschätzungen nicht als Rechenfehler anzusehen (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1382). Eine Definition des Begriffes "Rechenfehler" 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 Rechengangs an. Auch das rechnerisch korrekte "(irrtümliche) Mitaddieren oder Mitübertragen von (nach dem klaren, sonstigen Inhalt des Angebotes nicht mitzuaddierenden) Eventualpositionen stellt einen solchen Rechenfehler dar" (in diesem Sinne bereits BVA vom 21. Februar 2002, N-129/01-30). Allerdings sind Fehlinterpretationen der Ausschreibungsvorgaben, sonstige Verständnisfehler bzw falsche Kosteneinschätzungen nicht als Rechenfehler anzusehen (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1382).

Im vorliegenden Fall hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin fälschlicherweise die Position 995010 des Leistungsverzeichnisses nicht in den Gesamtpreis eingerechnet. Dieser Sachverhalt ist mit jenem dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zugrundeliegenden Sachverhalt vergleichbar, zumal es zum einen um das ausschreibungswidrige Einrechnen von Eventualpositionen und zum anderen um das ausschreibungswidrige Nichteinrechnen einer zu berücksichtigenden Normalposition geht. Es handelt sich daher um einen Rechenfehler (siehe in diesem Sinne BVA vom 14. Juni 2012, N/0048-BVA/03/2012-23).

Da dieser Rechenfehler mit mehr als 2 % des Gesamtpreises zu Buche schlägt, wäre das Angebot entsprechend dem klaren Wortlaut von § 126 Abs 4 BVergG iVm Punkt 6.14 der Angebotsbestimmungen gemäß § 129 Abs 1 Z 9 BVergG auszuscheiden. Da dieser Rechenfehler mit mehr als 2 % des Gesamtpreises zu Buche schlägt, wäre das Angebot

entsprechend dem klaren Wortlaut von Paragraph 126, Absatz 4, BVergG in Verbindung mit Punkt 6.14 der Angebotsbestimmungen gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG auszuschneiden.

Unter der Annahme, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin, wie von ihr in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, davon ausgegangen sei, dass es sich bei der fraglichen

Position 995010 um eine Eventualposition handle, so würde dies einen auf einem Verständnisfehler bzw einer Fehlinterpretation beruhenden Angebotsmangel darstellen, welcher schon aufgrund des im nicht offenen Verfahren bestehenden Unzulässigkeit einer nachträglichen Angebotsänderung zum Ausscheiden des Angebotes gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG führt (vgl §§ 104 Abs 2 iVm 112 Abs 2 BVergG; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 101, Rz 18).Position 995010 um eine Eventualposition handle, so würde dies einen auf einem Verständnisfehler bzw einer Fehlinterpretation beruhenden Angebotsmangel darstellen, welcher schon aufgrund des im nicht offenen Verfahren bestehenden Unzulässigkeit einer nachträglichen Angebotsänderung zum Ausscheiden des Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG führt vergleiche Paragraphen 104, Absatz 2, in Verbindung mit 112 Absatz 2, BVergG; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 101,, Rz 18).

Angesichts des Vorliegens dieses Ausscheidensgrundes konnte von einer Prüfung der seitens der Antragstellerin (weilers) vorgebrachten Ausschreibungswidrigkeiten (zB Angebotslegung durch einen nicht eingeladenen Unternehmer) Abstand genommen werden.

Der Antragstellerin wurde mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 30. Juli 2013 der vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgrund vorgehalten (VwGH vom 12. Mai 2011, 2007/04/0012) und ihr damit - sowie weiters in der mündlichen Verhandlung am 7. August 2013 - ausreichend Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen (vgl EuGH vom 19. Juni 2003, Rs C-249/01 [Hackermüller]; VwGH vom 1. März 2005, 2003/04/0039; vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030). Ebenso wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 1. August 2013 über den vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgrund in Kenntnis gesetzt und ihr überdies Gelegenheit geboten, hierzu im Rahmen der mündlichen Verhandlung Stellung zu nehmen. Der Antragstellerin wurde mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 30. Juli 2013 der vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgrund vorgehalten (VwGH vom 12. Mai 2011, 2007/04/0012) und ihr damit - sowie weiters in der mündlichen Verhandlung am 7. August 2013 - ausreichend Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen vergleiche EuGH vom 19. Juni 2003, Rs C-249/01 [Hackermüller]; VwGH vom 1. März 2005, 2003/04/0039; vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030). Ebenso wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 1. August 2013 über den vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgrund in Kenntnis gesetzt und ihr überdies Gelegenheit geboten, hierzu im Rahmen der mündlichen Verhandlung Stellung zu nehmen.

Gebotener Widerruf:

Darüber hinaus gelangt der erkennende Senat zu der Ansicht, dass zumindest sachliche Gründe vorliegen, die einen Widerruf des Vergabeverfahrens zulässig machen.

Gemäß § 139 Abs 2 Z 3 BVergG kann ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen werden, wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Gemäß § 139 Abs 1 Z 2 BVergG ist ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG kann ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen werden, wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Gemäß Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

Es ist zwischen Konstellationen zu unterscheiden, die den Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung verpflichten, und Situationen, die diesen lediglich zum Widerruf berechtigen (siehe hierzu ausführlich bereits BVA vom 7. September 2004, 16F-5/04-9). Ein zwingender Widerrufsgrund ist dann gegeben, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen

Ausschreibung geführt hätten. Nach den Materialien zum BVergG handelt es sich bei diesen den Widerruf verpflichtend nach sich ziehenden Gründen um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, von denen der Auftraggeber allerdings nichts wusste. Exemplarisch wird etwa eine nachträglich zur Kenntnis gelangende Budgetkürzung angeführt (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 89). In der Rechtsprechung wurden bislang beispielsweise das Fehlen jeglicher Zuschlagskriterien bei bestandsfester Festlegung des Bestbieterprinzips (VwGH vom 1. Oktober 2008, 2004/04/0237), die Festsetzung rechtswidriger Zuschlagskriterien (BVA vom 20. Juli 2007, 04N-1/05-28), ein nicht hinreichend bestimmter Leistungsumfang (BVA vom 8. Dezember 2003, N-19/01-44), das Fehlen einer neutralen Leistungsbeschreibung (BVA vom 17. Juni 1994, N-2/94-11), eine falsche Verfahrenswahl (BVA vom 24. Februar 2003, 06N-05/03-13) sowie das Vorliegen fehlerhafter Massenangaben in einer Vielzahl von Positionen (BVA vom 3. Februar 2003, 12N-58/02-38) als zwingende Widerrufsgründe gewertet. Bei den genannten Fällen handelt es sich somit grundsätzlich um Fehler bei der Ausgestaltung der Ausschreibung (siehe auch BVA vom 7. Dezember 2012, N/0098-BVA/07/2012-26). Es ist zwischen Konstellationen zu unterscheiden, die den Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung verpflichten, und Situationen, die diesen lediglich zum Widerruf berechtigen (siehe hierzu ausführlich bereits BVA vom 7. September 2004, 16F-5/04-9). Ein zwingender Widerrufsgrund ist dann gegeben, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Nach den Materialien zum BVergG handelt es sich bei diesen den Widerruf verpflichtend nach sich ziehenden Gründen um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, von denen der Auftraggeber allerdings nichts wusste. Exemplarisch wird etwa eine nachträglich zur Kenntnis gelangende Budgetkürzung angeführt (EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 89). In der Rechtsprechung wurden bislang beispielsweise das Fehlen jeglicher Zuschlagskriterien bei bestandsfester Festlegung des Bestbieterprinzips (VwGH vom 1. Oktober 2008, 2004/04/0237), die Festsetzung rechtswidriger Zuschlagskriterien (BVA vom 20. Juli 2007, 04N-1/05-28), ein nicht hinreichend bestimmter Leistungsumfang (BVA vom 8. Dezember 2003, N-19/01-44), das Fehlen einer neutralen Leistungsbeschreibung (BVA vom 17. Juni 1994, N-2/94-11), eine falsche Verfahrenswahl (BVA vom 24. Februar 2003, 06N-05/03-13) sowie das Vorliegen fehlerhafter Massenangaben in einer Vielzahl von Positionen (BVA vom 3. Februar 2003, 12N-58/02-38) als zwingende Widerrufsgründe gewertet. Bei den genannten Fällen handelt es sich somit grundsätzlich um Fehler bei der Ausgestaltung der Ausschreibung (siehe auch BVA vom 7. Dezember 2012, N/0098-BVA/07/2012-26).

Die zweite Gruppe der Widerrufsgründe räumt dem Auftraggeber ein Ermessen bei der Wahrnehmung ein. Entsprechend den Materialien sollen damit Konstellationen erfasst werden, "in denen nachträglich (dh nach der Ausschreibung) sonstige wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen vorliegen" (VwGH vom 29. März 2006, 2006/04/0019). Ausweislich der Materialien ist an die fakultativen Widerrufsgründe "kein strenger Maßstab anzulegen". Unter Hinweis auf die ständige Judikatur des Europäischen Gerichtshofes sei das Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände für den Widerruf nicht geboten (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 89). So werden beispielhaft das Entstehen neuer Technologien während des laufenden Vergabeverfahrens, welches eine Änderung der Ausschreibung erfordert, eine wesentliche Veränderung der Bieterstruktur, aber auch der Fall, dass zu festgestellten überhöhten Preisen angeboten wird und der Auftraggeber Preisabsprachen vermutet, ins Treffen geführt. Die zweite Gruppe der Widerrufsgründe räumt dem Auftraggeber ein Ermessen bei der Wahrnehmung ein. Entsprechend den Materialien sollen damit Konstellationen erfasst werden, "in denen nachträglich (dh nach der Ausschreibung) sonstige wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen vorliegen" (VwGH vom 29. März 2006, 2006/04/0019). Ausweislich der Materialien ist an die fakultativen Widerrufsgründe "kein strenger Maßstab anzulegen". Unter Hinweis auf die ständige Judikatur des Europäischen Gerichtshofes sei das Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände für den Widerruf nicht geboten (EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 89). So werden beispielhaft das Entstehen neuer Technologien während des laufenden Vergabeverfahrens, welches eine Änderung der Ausschreibung erfordert, eine wesentliche Veränderung der Bieterstruktur, aber auch der Fall, dass zu festgestellten überhöhten Preisen angeboten wird und der Auftraggeber Preisabsprachen vermutet, ins Treffen geführt.

Einzige Voraussetzung für die Zulässigkeit des Widerrufs ist das Vorliegen (eines oder mehrerer) "sachlicher Gründe". Der Gesetzgeber nützt damit den "gemeinschaftsrechtlichen Spielraum" zur Gänze aus. Die Bestimmung dient der Klarstellung, da ohnehin jede Handlung des Auftraggebers im Einklang mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens (§ 19 Abs 1 BVergG) zu stehen hat und damit einem Sachlichkeitsgebot unterliegt. Einzige Voraussetzung für die Zulässigkeit des Widerrufs ist das Vorliegen (eines oder mehrerer) "sachlicher Gründe". Der Gesetzgeber nützt damit

den "gemeinschaftsrechtlichen Spielraum" zur Gänze aus. Die Bestimmung dient der Klarstellung, da ohnehin jede Handlung des Auftraggebers im Einklang mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens (Paragraph 19, Absatz eins, BVergG) zu stehen hat und damit einem Sachlichkeitsgebot unterliegt.

Ob ein sachlicher Grund vorliegt, ist objektiv zu beurteilen. Es ist zu fragen, ob der Widerruf für einen besonnenen Auftraggeber in der konkreten Situation eine sinnvolle Handlungsalternative und ein taugliches Mittel zur "Problembehandlung" darstellt. Dabei ist kein strenger Maßstab anzulegen. Dies entbindet den Auftraggeber freilich nicht davon, die faktischen Grundlagen seiner Entscheidung sorgfältig zu ermitteln (Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §§ 138, 139 Rz 27f). Ob ein sachlicher Grund vorliegt, ist objektiv zu beurteilen. Es ist zu fragen, ob der Widerruf für einen besonnenen Auftraggeber in der konkreten Situation eine sinnvolle Handlungsalternative und ein taugliches Mittel zur "Problembehandlung" darstellt. Dabei ist kein strenger Maßstab anzulegen. Dies entbindet den Auftraggeber freilich nicht davon, die faktischen Grundlagen seiner Entscheidung sorgfältig zu ermitteln (Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraphen 138, 139, Rz 27f).

Nach Stickler/Zellhofer ist ein Widerruf immer dann zulässig, wenn sachliche Gründe vorliegen; dabei ist es unerheblich, zu welchem Zeitpunkt die Umstände, die zum Widerruf führen, entstanden sind. Somit kann auch ein Umstand, der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens schon bestanden hat, einen sachlichen Grund für einen Widerruf darstellen (Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §§ 138, 139 Rz 30). Nach Stickler/Zellhofer ist ein Widerruf immer dann zulässig, wenn sachliche Gründe vorliegen; dabei ist es unerheblich, zu welchem Zeitpunkt die Umstände, die zum Widerruf führen, entstanden sind. Somit kann auch ein Umstand, der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens schon bestanden hat, einen sachlichen Grund für einen Widerruf darstellen (Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraphen 138, 139, Rz 30).

Darüber hinaus ist zu beachten, dass Gründe für den Widerruf der Ausschreibung auch dann vorliegen, "wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (zB grob fahrlässig) herbeigeführt wurden" (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 89). Der Auftraggeber wird diesfalls uU schadenersatzpflichtig. Die Frage, ob ein den Widerruf der Ausschreibung rechtfertigender Grund vorliegt, ist allein nach objektiven Kriterien zu lösen (OGH vom 24.5.2005, 4 Ob 86/05h). Darüber hinaus ist zu beachten, dass Gründe für den Widerruf der Ausschreibung auch dann vorliegen, "wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (zB grob fahrlässig) herbeigeführt wurden" (EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 89). Der Auftraggeber wird diesfalls uU schadenersatzpflichtig. Die Frage, ob ein den Widerruf der Ausschreibung rechtfertigender Grund vorliegt, ist allein nach objektiven Kriterien zu lösen (OGH vom 24.5.2005, 4 Ob 86/05h).

Den insofern glaubhaften Aussagen der Auftraggeberin zufolge war es die Absicht der Auftraggeberin, die Ausführung der gegenständlichen Kunstfelsen der Qualität A nicht ausschließlich auf die Paneelbauweise einzuschränken. Unter Zugrundelegung des aufgezeigten Interpretationsmaßstabes lassen allerdings die oben wiedergegebenen Festlegungen des Leistungsverzeichnisses gerade die Auslegung, dass neben der Paneelbauweise auch eine andere Bauweise mittels Matrizen Gegenstand der Leistung sein kann, gerade nicht zweifelsfrei zu. Angesichts der unter Position 995001 mehrfach erfolgenden parallelen Verwendung der Begriffe Paneele und Matrice, welche unbestritten keine Synonyme darstellen, kann aber das Auslegungsergebnis auch nicht eindeutig für die

ausschließliche Ausführung in "Paneelbauweise" sprechen. Dieser Umstand ist der Auftraggeberin auch nach Errichtung der Musterelemente bewusst geworden. Mittels des nachträglich kreierte Bewertungsmodus eines Punkteabzuges hat sie daraufhin versucht, das Vergabeverfahren zu "retten".

Die insofern widersprüchlichen Ausschreibungsunterlagen waren durchaus geeignet, die Bieter, in die Irre zu führen. Daher ist jedenfalls von einem den Widerruf rechtfertigenden sachlichen Grund auszugehen. Angesichts der aufgezeigten unklaren Ausschreibung lässt sich aber das Vergabeverfahren auch nicht rechtskonform durch Zuschlagserteilung zu Ende führen, zumal mangels eindeutiger Leistungsbeschreibung auf Basis dieser Ausschreibung gerade nicht durch allfällige Rettungsversuche bei der Bewertung oder durch ein Ausscheiden von Angeboten mit der Begründung der Ausschreibungswidrigkeit im Hinblick auf die Bauweise vorgegangen werden kann. Da sohin das Vergabeverfahren nicht ohne Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter und des fairen und lauter Wettbewerbs, fortgesetzt werden kann, ist nach Ansicht des erkennenden Senates das Vergabeverfahren aus diesem Grunde sogar zwingend zu widerrufen.

Schlussfolgerung:

Sowohl das Angebot der Antragstellerin als auch jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wären auszuschneiden gewesen. Wie eben dargelegt, sieht sich die Auftraggeberin mit einem zwingenden, jedenfalls aber mit einem fakultativen Widerrufsgrund konfrontiert. Losgelöst davon hat die Auftraggeberin selbst eingestanden, dass sie die Angebotsprüfung noch nicht zu Ende geführt hat. Dies verdeutlicht auch der Umstand, dass die Auftraggeberin hier zahlreiche, mitunter in keiner Weise im Akt dokumentierte Ausscheidensgründe heranzieht. Es ist auch nicht die Aufgabe des Bundesvergabesachverständigen hier anstelle der Auftraggeberin das Vergabeverfahren entsprechend weiter bzw zu Ende zu führen. (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1361; BVA vom 28. November 2008, N/0131-BVA/12/2008-29):

Insofern ist nicht auszuschließen, dass eine eingehende Prüfung der Angebote das Vorliegen allfälliger Ausscheidensgründe auch bei den anderen Bietern zutage bringen könnte.

Diese Konstellation ist nach Ansicht des Bundesvergabesachverständigen mit jener in der Rechtssache C-100/12 (Fastweb) vergleichbar, ist es doch auch hier der Auftraggeberin unmöglich, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen.

Es ist daher jedenfalls vom Vorliegen eines "berechtigten Interesses am Ausschluss des Angebotes des anderen" iSd Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auszugehen, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin als gegeben erachtet wird. Der hier drohende Schaden gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG besteht im Verlust der Teilnahmemöglichkeit an einem neuen Vergabeverfahren über den gleichen Auftragsgegenstand und damit einhergehend im Verlust der Möglichkeit einer allfälligen Zuschlagserteilung im Folgeverfahren (siehe wiederum BVA vom 26. April 2004, 12N-2/04-55 mwN). Es ist daher jedenfalls vom Vorliegen eines "berechtigten Interesses am Ausschluss des Angebotes des anderen" iSd Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auszugehen, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin als gegeben erachtet wird. Der hier drohende Schaden gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG besteht im Verlust der Teilnahmemöglichkeit an einem neuen Vergabeverfahren über den gleichen Auftragsgegenstand und damit einhergehend im Verlust der Möglichkeit einer allfälligen Zuschlagserteilung im Folgeverfahren (siehe wiederum BVA vom 26. April 2004, 12N-2/04-55 mwN).

Schließlich hält der erkennende Senat aber auch fest, dass die Auftraggeberin trotz entsprechender Urgenz unter Vorhalt der Säumnisfolgen des § 313 Abs 2 BVergG die Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht vollständig übermittelt hat, sodass im Punkte der mangelnden Nachvollziehbarkeit der Jurybewertung auch auf Basis der Behauptungen der nicht säumigen Antragstellerin das Vorliegen eines zwingenden

Widerrufsgrundes anzunehmen wäre.

III. Inhaltliche Beurteilung:römisch drei. Inhaltliche Beurteilung:

Gemäß § 325 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabesachverständigen eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabesachverständigen eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1.Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt, und

2. 2.Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Wie bereits oben ausgeführt wurde, wäre nicht nur das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgrund eines Rechenfehlers gemäß § 129 Abs 1 Z 9 BVergG auszuschneiden, sondern müsste die Auftraggeberin das Vergabeverfahren sogar widerrufen. Sogar stellt sich die Zuschlagsentscheidung jedenfalls als rechtswidrig dar. Da ein anderer Verfahrensausgang damit nicht nur wahrscheinlich sondern gewiss ist, ist auch das Erfordernis der Relevanz

der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens erfüllt. Wie bereits oben ausgeführt wurde, wäre nicht nur das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgrund eines Rechenfehlers gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG auszuscheiden, sondern müsste die Auftraggeberin das Vergabeverfahren sogar widerrufen. Sohin stellt sich die Zuschlagsentscheidung jedenfalls als rechtswidrig dar. Da ein anderer Verfahrensausgang damit nicht nur wahrscheinlich sondern gewiss ist, ist auch das Erfordernis der Relevanz der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens erfüllt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Zu Spruchpunkt II: römisch vier. Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung 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. Über den Gebührenersatz hat gemäß § 319 Abs 3 BVergG das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung 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. Über den Gebührenersatz hat gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme in der Höhe von insgesamt € 4.500,-- wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung und erklärte die Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren "Tiergarten Schönbrunn - Neubau Eisbärenanlage, OG 1. Kunstfelsen - und OG

1. 2. Ziffer 2

Spritzbetonstrukturen" antragsgemäß für nichtig. Die Auftraggeberin ist daher verpflichtet, die bezahlte Pauschalgebühr zu ersetzen.

Zuletzt aktualisiert am

22.11.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at