

TE Verg Bescheid 2009/8/26 N/0066-BVA/09/2009-55

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.08.2009

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §3 Abs2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1

BVergG 2006 §13 Abs1

BVergG 2006 §14 Abs1

BVergG 2006 §80 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322 Abs3

AVG §33 Abs2

B-VG Art14b

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

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 80 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
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 § 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 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. AVG § 33 heute
2. AVG § 33 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. AVG § 33 gültig von 01.03.2013 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. AVG § 33 gültig von 01.01.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
5. AVG § 33 gültig von 01.03.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004
6. AVG § 33 gültig von 01.02.1991 bis 29.02.2004
1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006, BGBl I Nr.17/2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung, Erweiterung Don Bosco Schülerheim Fulpmes", des Auftraggebers Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, St. Veit-Gasse 25, 1130 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch die Rechtsanwaltskanzlei Y***, vom 14.4.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17

aus 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung, Erweiterung Don Bosco Schülerheim Fulpmes", des Auftraggebers Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, St. Veit-Gasse 25, 1130 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch die Rechtsanwaltskanzlei Y***, vom 14.4.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung vom 4.4.2009 hinsichtlich des Gewerkes "Heizung/Sanitär" für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 8, 3 Abs 2; §§ 4, 12, 13, 14, 80 Abs 1, 322 Abs 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 8, 3, Absatz 2,; Paragraphen 4, 12, 13, 14, 80, Absatz eins, 322, Absatz 3, BVergG

II.römisch zwei.

Die am 29.6.2009 eventualiter gestellten Feststellungsanträge werden zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 3 Abs 2; §§ 4, 12, 13, 14, 80 Abs 1, 322 Abs 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 3, Absatz 2,; Paragraphen 4, 12, 13, 14, 80, Absatz eins, 322, Absatz 3, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag, "den Auftraggeber zum Ersatz der entrichteten Gebühren (Euro 2.500,-- für den Nachprüfungsantrag zuzüglich Euro 1.250,-- für den Antrag auf einstweilige Verfügung) zu Handen der Rechtsvertreterin des Antragstellers zu verpflichten", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 14. April 2009 - eingebracht beim Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol (UVS) - einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Das Verfahren wurde vom UVS Tirol am 23. Juni 2009 "zuständigkeitshalber" dem Bundesvergabeamt zur weiteren Behandlung zugeleitet.

Im Schriftsatz vom 14. April 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass ihr am 6. April 2009 die Zuschlagsentscheidung übermittelt worden sei. Gegen diese Entscheidung richte sich ihr Nachprüfungsantrag.

Die Antragstellerin habe Interesse am Abschluss des gegenständlichen Vertrages. Die K*** habe im Auftrag der Gesellschaft der Salesianer Don Bosco Schülerheim Fulpmes im "Boten für Tirol" am 11. Februar 2009 ein offenes Verfahren hinsichtlich der Sanierung und Erweiterung des Don Bosco Schülerheims in Fulpmes bekannt gemacht. Es handle sich um einen Bauauftrag. Die Finanzierung erfolge zu einem Großteil aus öffentlichen Mitteln des Landes Tirol. Der Sitz des Auftraggebers sei in Tirol. Das BVergG 2006 sei auf diese Vergabe anwendbar. Das Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz sei gemäß § 1 Abs 2 Z 4 bzw. § 1 Abs 5 leg. cit. anwendbar. Die Antragstellerin habe Interesse am Abschluss des gegenständlichen Vertrages. Die K*** habe im Auftrag der Gesellschaft der Salesianer Don Bosco Schülerheim Fulpmes im "Boten für Tirol" am 11. Februar 2009 ein offenes Verfahren hinsichtlich der Sanierung und Erweiterung des Don Bosco Schülerheims in Fulpmes bekannt gemacht. Es handle sich um einen Bauauftrag. Die Finanzierung erfolge zu einem Großteil aus öffentlichen Mitteln des Landes Tirol. Der Sitz des Auftraggebers sei in Tirol. Das BVergG 2006 sei auf diese Vergabe anwendbar. Das Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz sei gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 4, bzw. Paragraph eins, Absatz 5, leg. cit. anwendbar.

Die Antragstellerin habe ein Angebot u.a. für das streitgegenständliche Gewerk Heizung/Sanitär abgegeben und sämtliche Ausschreibungsbedingungen erfüllt. Die Antragstellerin sei jedenfalls beim Gewerk Heizung/Sanitär Bestbieterin.

Das Leistungsverzeichnis sehe in Pkt. 00.11.50A "Vorbemerkungen" auf Seite 9 vor:

Folgende geforderte Nachweise sind dem Angebot unaufgefordert beizulegen: Vorlage eines KSV- Rating von

mindestens 380 (für nicht österreichische Bieter aus dem EU- Raum: - gleichwertiger Nachweis). Dem Auftraggeber dürfen aus der Beilage dieses Nachweises keine Kosten bzw. Anzahlungen entstehen. Dieser Nachweis ersetzt die Vorlage eines Vadiums. Das Fehlen dieses Nachweises stellt einen unbehebbarer Mangel dar.

Im Protokoll über die Angebotseröffnung vom 16. März 2009 sei zum Gewerk "Heizung" zum Angebot der B*** Folgendes vermerkt:

Kein KSV- Rating.

Die Rechtsvertreterin der Antragstellerin habe mit Schreiben vom 30. März 2009 darauf hingewiesen, dass die Angebote der B*** nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen würden. Sie würden unbehebbarer Mängel aufweisen und wären daher auszuschneiden.

Der Rechtsvertreterin der Antragstellerin sei von DI L*** (K***) am 8. April 2009 telefonisch bestätigt worden, dass den Angeboten der B*** kein KSV-Rating beigelegt sei.

Nach Prüfung der Angebote sei den Bietern mit Mitteilung vom 6.4.2009 bekannt gegeben worden, dass der genannte Auftrag Gewerk "Heizung Sanitär" mit einer Nettoauftragssumme von Euro XXX an die B*** vergeben werden solle. Nach Prüfung der Angebote sei den Bietern mit Mitteilung vom 6.4.2009 bekannt gegeben worden, dass der genannte Auftrag Gewerk "Heizung Sanitär" mit einer Nettoauftragssumme von Euro römisch 30 an die B*** vergeben werden solle.

Die Antragstellerin sei in ihrem Recht auf rechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß dem BVergG, im Recht auf Ausscheiden des Mitbewerbers B*** sowie im Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Die Zuschlagsentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da in der Folge der Zuschlag und somit die Auftragsvergabe an einen Mitbieter ergehen würden.

Den Angeboten der B*** sei - entgegen den Ausschreibungsbedingungen - jeweils kein KSV-Rating beigelegt gewesen. Dies widerspreche den Bedingungen der Ausschreibung. Gemäß Ausschreibung stelle es einen unbehebbarer Mangel dar, wenn dem Angebot kein KSV-Rating beiliege. Gemäß § 106 Abs 1 BVergG habe sich der Bieter an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Die Ausschreibungsunterlagen seien sohin maßgeblich und allseits verbindlich. Demgemäß wäre das Angebot der B*** sofort auszuschneiden gewesen und hätte bei der Vergabe nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Der Auftrag "Heizung/Sanitär" wäre sohin an die Antragstellerin als Bestbieterin zu vergeben gewesen. Durch die dargestellte Rechtswidrigkeit drohe der Antragstellerin ein finanzieller Schaden. Dieser bestehe unter anderem im Verlust der Chance, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erhalten. Den Angeboten der B*** sei - entgegen den Ausschreibungsbedingungen - jeweils kein KSV-Rating beigelegt gewesen. Dies widerspreche den Bedingungen der Ausschreibung. Gemäß Ausschreibung stelle es einen unbehebbarer Mangel dar, wenn dem Angebot kein KSV-Rating beiliege. Gemäß Paragraph 106, Absatz eins, BVergG habe sich der Bieter an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Die Ausschreibungsunterlagen seien sohin maßgeblich und allseits verbindlich. Demgemäß wäre das Angebot der B*** sofort auszuschneiden gewesen und hätte bei der Vergabe nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Der Auftrag "Heizung/Sanitär" wäre sohin an die Antragstellerin als Bestbieterin zu vergeben gewesen. Durch die dargestellte Rechtswidrigkeit drohe der Antragstellerin ein finanzieller Schaden. Dieser bestehe unter anderem im Verlust der Chance, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erhalten.

Mit Schriftsatz vom 25. Juni 2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm auch ergänzend Stellung. Auftraggeber sei die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos, Österreichische Provinz, St. Veit-Gasse 25, 1130 Wien. Vergebende Stellen seien die K*** und Baumeister M***. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag im "Unterschwollenbereich". Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens belaufe sich auf Euro XXXX. Es handle sich um ein offenes Verfahren. Die Angebotsöffnung habe am 16. März 2009 stattgefunden. Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 6. April 2009 mitgeteilt worden. Am 19. Juni 2009 sei zuerst fernmündlich und anschließend schriftlich der Auftrag erteilt worden. Das Vergabeverfahren sei somit beendet. Mit Schriftsatz vom 25. Juni 2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm auch ergänzend Stellung. Auftraggeber sei die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos, Österreichische Provinz, St. Veit-Gasse 25, 1130 Wien. Vergebende Stellen seien die K*** und Baumeister M***. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag im "Unterschwollenbereich". Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens belaufe sich auf Euro römisch 40 . Es handle sich um ein offenes Verfahren. Die Angebotsöffnung habe am 16. März 2009 stattgefunden. Die

Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 6. April 2009 mitgeteilt worden. Am 19. Juni 2009 sei zuerst fernmündlich und anschließend schriftlich der Auftrag erteilt worden. Das Vergabeverfahren sei somit beendet.

Der Auftraggeber sei kein öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 BVergG. Das BVergG regle jedoch unter anderem die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert würden. Der gegenständliche Auftrag werde gemäß dem 3. Nachtrag zur Vereinbarung vom 5./6. Februar bzw. 8. April 1970 samt Nachtrag vom 5. bzw. 21.5.1973 sowie Vertrag vom 3. bzw. 9.6.1992, abgeschlossen zwischen der Republik Österreich, dem Land Tirol und dem Auftraggeber, zur Hälfte vom Bund und zur Hälfte vom Land Tirol finanziert. Aus diesem Grund sei das BVergG anwendbar. Der Auftraggeber sei kein öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, BVergG. Das BVergG regle jedoch unter anderem die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert würden. Der gegenständliche Auftrag werde gemäß dem 3. Nachtrag zur Vereinbarung vom 5./6. Februar bzw. 8. April 1970 samt Nachtrag vom 5. bzw. 21.5.1973 sowie Vertrag vom 3. bzw. 9.6.1992, abgeschlossen zwischen der Republik Österreich, dem Land Tirol und dem Auftraggeber, zur Hälfte vom Bund und zur Hälfte vom Land Tirol finanziert. Aus diesem Grund sei das BVergG anwendbar.

Gemäß § 291 Abs 2 BVergG übe das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern aus, soweit es sich um Auftraggeber handle, die gemäß Art. 14b Abs 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fallen. Folglich sei das Bundesvergabeamt zuständige Vergabekontrollbehörde hinsichtlich der gegenständlichen Auftragsvergabe. Gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG übe das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern aus, soweit es sich um Auftraggeber handle, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fallen. Folglich sei das Bundesvergabeamt zuständige Vergabekontrollbehörde hinsichtlich der gegenständlichen Auftragsvergabe.

Die Antragstellerin habe gegen die Zuschlagsentscheidung vom 6. April 2009 am 14. April 2009 einen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim UVS Tirol eingebracht. Gemäß Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz sei diesem Antrag aufschiebende Wirkung zugekommen. Mit einstweiliger Verfügung des UVS Tirol vom 20. April 2009, UVS- 2009/21/0955-2, sei dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens vor dem UVS Tirol die Erteilung des Zuschlages für das Gewerk "Heizung/Sanitär" an die B*** bis zur rechtskräftigen Entscheidung des UVS Tirol untersagt worden.

Mit Bescheid des UVS Tirol vom 16. Juni 2009, UVS-2009/21/09155- 8, der dem Auftraggeber am 9. Juni 2009 (Anm: gemeint wohl 19.6.2009) zugestellt worden sei, sei die einstweilige Verfügung des UVS Tirol vom 20. April 2009, UVS-2009/21/09155-2, aufgehoben und der Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung an das offenbar nicht unzuständige Bundesvergabeamt weitergeleitet worden. Mit Bescheid des UVS Tirol vom 16. Juni 2009, UVS-2009/21/09155- 8, der dem Auftraggeber am 9. Juni 2009 Anmerkung, gemeint wohl 19.6.2009) zugestellt worden sei, sei die einstweilige Verfügung des UVS Tirol vom 20. April 2009, UVS-2009/21/09155-2, aufgehoben und der Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung an das offenbar nicht unzuständige Bundesvergabeamt weitergeleitet worden.

Der Auftraggeber habe in der Folge am 19. Juni 2009 den Auftrag an die B*** zuerst fernmündlich und anschließend schriftlich erteilt. Nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung des UVS Tirol und vor Verständigung des Bundesvergabeamtes vom Einlangen des Nachprüfungsantrages samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, sei die Auftragserteilung zulässig gewesen. Damit sei das Vergabeverfahren gemäß § 135 Abs 1 BVergG beendet und das Bundesvergabeamt zur beantragten Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr zuständig. Der Auftraggeber habe in der Folge am 19. Juni 2009 den Auftrag an die B*** zuerst fernmündlich und anschließend schriftlich erteilt. Nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung des UVS Tirol und vor Verständigung des Bundesvergabeamtes vom Einlangen des Nachprüfungsantrages samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, sei die Auftragserteilung zulässig gewesen. Damit sei das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 135, Absatz eins, BVergG beendet und das Bundesvergabeamt zur beantragten Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr zuständig.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG verfristet. Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung seien im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen sieben Tagen beim Bundesvergabeamt einzubringen. Der Auftraggeber habe der

Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung am 6. April 2009 mitgeteilt. Innerhalb der Stillhaltefrist habe die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim UVS Tirol eingebracht. Damit sei zwar innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist des § 321 Abs 1 BVergG ein Nachprüfungsantrag gestellt worden. Dies jedoch bei der unzuständigen Behörde. Nach ständiger Rechtsprechung sei die Einbringung eines Rechtsmittels bei der unrichtigen Stelle nicht in die Rechtsmittelfrist einzurechnen, weshalb der gegenständliche Nachprüfungsantrag als verspätet zurückzuweisen sei. Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG verfristet. Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung seien im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen sieben Tagen beim Bundesvergabeamt einzubringen. Der Auftraggeber habe der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung am 6. April 2009 mitgeteilt. Innerhalb der Stillhaltefrist habe die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim UVS Tirol eingebracht. Damit sei zwar innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG ein Nachprüfungsantrag gestellt worden. Dies jedoch bei der unzuständigen Behörde. Nach ständiger Rechtsprechung sei die Einbringung eines Rechtsmittels bei der unrichtigen Stelle nicht in die Rechtsmittelfrist einzurechnen, weshalb der gegenständliche Nachprüfungsantrag als verspätet zurückzuweisen sei.

Die rechtsfreundlich vertretene Antragstellerin sei spätestens mit Zustellung der Finanzierungsvereinbarung (3. Nachtrag) von der Unzuständigkeit des UVS Tirol informiert gewesen. Der Antragstellerin sei es möglich und zumutbar gewesen, den von ihr beim UVS Tirol eingebrachten Nachprüfungsantrag zurückzuziehen und einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt einzubringen.

Mit Schriftsatz vom 29.6.2009 legte der Auftraggeber die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 6.4.2009 an alle (im Vergabeverfahren verbliebenen) Bieter vor. Unmittelbar nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung durch den UVS Tirol sei nach telefonischer Auftragserteilung an den präsumtiven Zuschlagsempfänger die schriftliche Auftragsbestätigung durch den Auftraggeber am 19.6.2009, 16.47 Uhr, per E-mail erfolgt. Unmittelbar nach Auftragserteilung habe der präsumtive Zuschlagsempfänger schriftlich erklärt, den Auftrag anzunehmen.

Die Antragstellerin teilte mit Schriftsatz vom 29.6.2009 mit, vom Auftraggeber mehrfach entweder keine oder unvollständige bzw falsche Informationen übermittelt bekommen zu haben. Dies betreffe die Bezeichnung des Auftraggebers, die fehlenden Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde in der Bekanntmachung und in der Ausschreibung und die Darlegung über den gesamten Finanzierungsumfang sowie die Dokumente mit der Bezeichnung "3. Nachtrag". Weitere "Finanzierungsunterlagen" seien nicht vorgelegt worden. Ohne Offenlegung aller Vereinbarungen über die Projektfinanzierung könne aber nicht abschließend beurteilt werden, ob das Bundesvergabeamt zuständig sei. Nach Angaben der K*** beliefen sich die gesamten Projektkosten auf Euro XXXX, sodass von einer Vergabe im Oberschwellenbereich auszugehen sei. Der Nachprüfungsantrag sei im Hinblick auf die fehlenden Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde in den Ausschreibungsunterlagen bzw der Bekanntmachung gemäß § 322 Abs 3 2. Satz BVergG jedenfalls als fristgerecht eingebracht zu beurteilen, zumal der beim UVS Tirol eingebrachte Nachprüfungsantrag nicht bei einer "offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde" eingebracht worden sei. Die Antragstellerin teilte mit Schriftsatz vom 29.6.2009 mit, vom Auftraggeber mehrfach entweder keine oder unvollständige bzw falsche Informationen übermittelt bekommen zu haben. Dies betreffe die Bezeichnung des Auftraggebers, die fehlenden Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde in der Bekanntmachung und in der Ausschreibung und die Darlegung über den gesamten Finanzierungsumfang sowie die Dokumente mit der Bezeichnung "3. Nachtrag". Weitere "Finanzierungsunterlagen" seien nicht vorgelegt worden. Ohne Offenlegung aller Vereinbarungen über die Projektfinanzierung könne aber nicht abschließend beurteilt werden, ob das Bundesvergabeamt zuständig sei. Nach Angaben der K*** beliefen sich die gesamten Projektkosten auf Euro römisch 40 , sodass von einer Vergabe im Oberschwellenbereich auszugehen sei. Der Nachprüfungsantrag sei im Hinblick auf die fehlenden Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde in den Ausschreibungsunterlagen bzw der Bekanntmachung gemäß Paragraph 322, Absatz 3, 2. Satz BVergG jedenfalls als fristgerecht eingebracht zu beurteilen, zumal der beim UVS Tirol eingebrachte Nachprüfungsantrag nicht bei einer "offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde" eingebracht worden sei.

Auf Grund des undetaillierten Vorbringens des Auftraggebers könne nicht beurteilt werden, ob der Auftrag von einer dazu berechtigten Person an eine "empfangsberechtigte" Person erteilt worden sei und wann der Bieter die schriftliche Verständigung erhalten habe. Bei Überschreitung der Zuschlagsfrist entstehe das Vertragsverhältnis erst

mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, den Auftrag anzunehmen. Es liege daher keine rechtswirksame Auftragserteilung vor.

Darüber hinaus sei der Auftraggeber nicht zur Auftragserteilung berechtigt, da die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Hemmung der Zuschlagsfrist bewirke. Ein allenfalls erteilter Auftrag sei daher rechtswidrig. Das Bundesvergabeamt sei daher zur Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag zuständig.

Vorsichtshalber werde beantragt, das Bundesvergabeamt möge die Rechtswidrigkeit bzw Nichtigkeit einer allfälligen erfolgten Auftragserteilung an die B*** feststellen. Für den Fall der bereits wirksamen Zuschlagserteilung stelle die Antragstellerin bereits jetzt den Eventualantrag gemäß § 331 Abs 4 BVergG, das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Das Bundesvergabeamt möge sodann feststellen, "dass eine Zuschlagserteilung für den Bereich Heizung/Sanitär des Auftraggebers im Vergabeverfahren 'Sanierung, Erweiterung Don Bosco Schülerheim Fulpmes' an die Firma B*** offenkundig unzulässig war (§ 331 Abs 1 Z 4 BVergG) bzw der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigen Angebot erteilt wurde (§ 331 Abs 1 Z 2 BVergG)". Vorsichtshalber werde beantragt, das Bundesvergabeamt möge die Rechtswidrigkeit bzw Nichtigkeit einer allfälligen erfolgten Auftragserteilung an die B*** feststellen. Für den Fall der bereits wirksamen Zuschlagserteilung stelle die Antragstellerin bereits jetzt den Eventualantrag gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG, das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Das Bundesvergabeamt möge sodann feststellen, "dass eine Zuschlagserteilung für den Bereich Heizung/Sanitär des Auftraggebers im Vergabeverfahren 'Sanierung, Erweiterung Don Bosco Schülerheim Fulpmes' an die Firma B*** offenkundig unzulässig war (Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG) bzw der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigen Angebot erteilt wurde (Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG)".

Mit Schriftsatz vom 29. Juni 2009 legte der Auftraggeber das Annahmeschreiben des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 19.6.2009, beim Auftraggeber eingelangt an 22.6.2009, vor. Gegenständlich habe die Zuschlagsfrist am 16.6.2009 - sohin vor Auftragserteilung (19.6.2009) - geendet. Unmittelbar nach Auftragserteilung am 19.6.2009 habe der Auftragnehmer schriftlich erklärt, den Auftrag anzunehmen.

Mit Schriftsatz vom 2. Juli 2009 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger (B***) begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag. Die B*** brachte im Wesentlichen vor, dass sie zum Gewerk "Heizung/Sanitär" ein vollständiges Angebot gelegt habe. Das Angebot sei auch mit keinem unbehebbarer Mangel behaftet gewesen. Gemäß § 74 Abs 2 leg cit könne ein Unternehmer, der die gemäß Abs 1 geforderten Nachweise nicht beibringe, seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch Vorlage eines anderen vom Auftraggeber für geeignet erachteten Nachweises erbringen. Mangels Mitgliedschaft beim KSV sei der B*** die Beibringung einer KSV-Auskunft innerhalb der offenen Angebotsfrist nicht möglich gewesen. Aus diesem Grunde habe die B*** eine Bonitätsauskunft ihrer Hausbank vorgelegt, aus welcher sich ebenfalls die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ergebe. Auch nach den Bestimmungen des BVergG sei die Vorlage einer Bankerklärung als ausreichend zu betrachten. Mit Schriftsatz vom 2. Juli 2009 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger (B***) begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag. Die B*** brachte im Wesentlichen vor, dass sie zum Gewerk "Heizung/Sanitär" ein vollständiges Angebot gelegt habe. Das Angebot sei auch mit keinem unbehebbarer Mangel behaftet gewesen. Gemäß Paragraph 74, Absatz 2, leg cit könne ein Unternehmer, der die gemäß Absatz eins, geforderten Nachweise nicht beibringe, seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch Vorlage eines anderen vom Auftraggeber für geeignet erachteten Nachweises erbringen. Mangels Mitgliedschaft beim KSV sei der B*** die Beibringung einer KSV-Auskunft innerhalb der offenen Angebotsfrist nicht möglich gewesen. Aus diesem Grunde habe die B*** eine Bonitätsauskunft ihrer Hausbank vorgelegt, aus welcher sich ebenfalls die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ergebe. Auch nach den Bestimmungen des BVergG sei die Vorlage einer Bankerklärung als ausreichend zu betrachten.

Nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung durch den UVS Tirol sei die B*** von Baumeister M*** mündlich und anschließend von K*** schriftlich, beauftragt worden. Die B*** habe die Auftragsannahme schriftlich bestätigt. Dadurch sei die B*** rechtsgültig beauftragt worden.

Mit Schriftsatz vom 6. Juli 2009 erstattete die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass es auch weiterhin an einem entsprechenden Beweisanbot über den Umfang der Vertretungsmacht des Provinzökonom, Pater O***, fehle. Auch sei es unwahrscheinlich, dass Pater O*** allein darüber entscheiden dürfe, einen Auftrag mit einer Auftragssumme von über Euro XXXX rechtsgültig zu vergeben. Üblicherweise könnten derartige Entscheidungen nur von Provinzoberen gemeinsam mit einem weiteren Ordensvertreter getroffen werden. Es könne somit nicht beurteilt werden, ob die angebliche Absprache von Pater O*** mit Baumeister M*** nach den Ordensregeln der Salesianer für den Auftraggeber rechtswirksam sei. Mit Schriftsatz vom 6. Juli 2009 erstattete die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass es auch weiterhin an einem entsprechenden Beweisanbot über den Umfang der Vertretungsmacht des Provinzökonom, Pater O***, fehle. Auch sei es unwahrscheinlich, dass Pater O*** allein darüber entscheiden dürfe, einen Auftrag mit einer Auftragssumme von über Euro römisch 40 rechtsgültig zu vergeben. Üblicherweise könnten derartige Entscheidungen nur von Provinzoberen gemeinsam mit einem weiteren Ordensvertreter getroffen werden. Es könne somit nicht beurteilt werden, ob die angebliche Absprache von Pater O*** mit Baumeister M*** nach den Ordensregeln der Salesianer für den Auftraggeber rechtswirksam sei.

Die Antragstellerin habe innerhalb der Stillhaltefrist einen Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht. Der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger seien durch den UVS Tirol unverzüglich vom Eingang des Nachprüfungsantrags samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verständigt worden. Der UVS Tirol habe die beantragte einstweilige Verfügung auch erlassen. In der Folge habe sich der UVS Tirol jedoch für unzuständig erklärt, die einstweilige Verfügung wieder aufgehoben und den Nachprüfungsantrag an das Bundesvergabeamt weitergeleitet. Die Einbringung des Nachprüfungsantrags sei beim UVS Tirol erfolgt, da weder in den Ausschreibungsunterlagen noch in der Bekanntmachung das Bundesvergabeamt als zuständige Vergabekontrollbehörde genannt worden sei und die Antragstellerin auch aufgrund der sonstigen ihr bekannt gewordenen Informationen von der Zuständigkeit des UVS Tirol ausgehen habe müssen.

Gemäß § 322 Abs 3 BVergG sei der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht. Dies gelte auch für die "weitergehenden" Wirkungen der Verständigung durch den UVS Tirol an den Auftraggeber über den Antrag auf einstweilige Verfügung. Nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung durch den UVS Tirol und die Weiterleitung der Anträge an das Bundesvergabeamt, sei das Verfahren wieder in den Stand zurückgetreten, in dem es sich vor Erlassung der einstweiligen Verfügung durch den UVS Tirol befunden habe. Seit der Verständigung des Auftraggebers vom Einlangen der Anträge am 14. April 2009 bestehe die Auftragsvergabesperre ohne Unterbrechung bis heute und bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens weiter. Gemäß Paragraph 322, Absatz 3, BVergG sei der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht. Dies gelte auch für die "weitergehenden" Wirkungen der Verständigung durch den UVS Tirol an den Auftraggeber über den Antrag auf einstweilige Verfügung. Nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung durch den UVS Tirol und die Weiterleitung der Anträge an das Bundesvergabeamt, sei das Verfahren wieder in den Stand zurückgetreten, in dem es sich vor Erlassung der einstweiligen Verfügung durch den UVS Tirol befunden habe. Seit der Verständigung des Auftraggebers vom Einlangen der Anträge am 14. April 2009 bestehe die Auftragsvergabesperre ohne Unterbrechung bis heute und bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens weiter.

Im Zusammenhang mit § 322 Abs 3 BVergG ergebe sich zwingend, dass bei Anwendung des § 322 Abs 3 BVergG ab der Verständigung des Auftraggebers vom Einlangen des Antrages auf einstweilige Verfügung durch die zunächst angerufene Vergabekontrollbehörde, dem Antrag auf einstweilige Verfügung bis zur Entscheidung der zuständigen Vergabekontrollbehörde bei sonstiger Nichtigkeit aufschiebende Wirkung zukomme. Ansonsten wäre der Rechtsschutz der Antragstellerin ohne deren Verschulden beschnitten und lege es in der Willkür des Auftraggebers, der keine oder eine falsche Vergabekontrollbehörde bekannt gemacht habe, dem Antragsteller - trotz Kenntnis vom rechtzeitigen Einlangen eines Nachprüfungsantrags - durch Erteilung des Zuschlags an einen Dritten noch vor der Entscheidung der zuständigen Vergabekontrollbehörde die Chance auf Erteilung des Zuschlags zu entziehen. Ein derartiger "Regelungswille" zum Vorteil eines Auftraggebers, der keine oder nur unvollständige Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde mache, könne dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Vielmehr ergebe sich aus § 322 Abs 3 BVergG, dass im Falle der Einbringung eines Antrages auf Grund fehlender oder falscher Angaben des Auftraggebers bei einer nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde dem Antragsteller voller Rechtsschutz zu gewähren

sei. Ein "Loch" beim Rechtsschutz des beschwerdeführenden Bieters für die Zeit zwischen der Aufhebung der einstweiligen Verfügung durch den UVS Tirol und dem Tätigwerden des Bundesvergabeamtes sei für den Beschwerdeführer unzumutbar und auch nicht sachgerecht. Eine allenfalls am 19. Juni 2009 erfolgte Zuschlagserteilung an den präsumtiven Zuschlagsempfänger wäre sohin gemäß § 328 Abs 5 BVergG ex tunc nichtig. Im Zusammenhang mit Paragraph 322, Absatz 3, BVergG ergebe sich zwingend, dass bei Anwendung des Paragraph 322, Absatz 3, BVergG ab der Verständigung des Auftraggebers vom Einlangen des Antrages auf einstweilige Verfügung durch die zunächst angerufene Vergabekontrollbehörde, dem Antrag auf einstweilige Verfügung bis zur Entscheidung der zuständigen Vergabekontrollbehörde bei sonstiger Nichtigkeit aufschiebende Wirkung zukomme. Ansonsten wäre der Rechtsschutz der Antragstellerin ohne deren Verschulden beschnitten und lege es in der Willkür des Auftraggebers, der keine oder eine falsche Vergabekontrollbehörde bekannt gemacht habe, dem Antragsteller - trotz Kenntnis vom rechtzeitigen Einlangen eines Nachprüfungsantrags - durch Erteilung des Zuschlags an einen Dritten noch vor der Entscheidung der zuständigen Vergabekontrollbehörde die Chance auf Erteilung des Zuschlags zu entziehen. Ein derartiger "Regelungswille" zum Vorteil eines Auftraggebers, der keine oder nur unvollständige Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde mache, könne dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Vielmehr ergebe sich aus Paragraph 322, Absatz 3, BVergG, dass im Falle der Einbringung eines Antrages auf Grund fehlender oder falscher Angaben des Auftraggebers bei einer nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde dem Antragsteller voller Rechtsschutz zu gewähren sei. Ein "Loch" beim Rechtsschutz des beschwerdeführenden Bieters für die Zeit zwischen der Aufhebung der einstweiligen Verfügung durch den UVS Tirol und dem Tätigwerden des Bundesvergabeamtes sei für den Beschwerdeführer unzumutbar und auch nicht sachgerecht. Eine allenfalls am 19. Juni 2009 erfolgte Zuschlagserteilung an den präsumtiven Zuschlagsempfänger wäre sohin gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG ex tunc nichtig.

Mit Schriftsatz vom 9. Juli 2009 erstattete der Auftraggeber ein weiteres Vorbringen und legte diverse Urkunden vor. Der Auftraggeber brachte vor, dass es sich gegenständlich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handle. Der Auftraggeber habe im Juni 2007 eine grobe Kostenschätzung des Bauvorhabens eingeholt. Die R*** sei in ihrer Kostenschätzung zu folgenden geschätzten Auftragswerten ohne USt. gelangt:

1. Aufschließung (Dienstleistungsauftrag) Euro XXXX,--
- 2-4. Bauwerk-Rohbau/Technik/Ausbau (Bauauftrag) Euro
XXXX,--
5. Einrichtung (Lieferauftrag) Euro XXXX,--
6. Außenanlagen (tw. Dienstleistungs-, tw Lieferauftrag) Euro
XXXX,--
7. Honorare (Dienstleistungsaufträge) Euro XXXX,--
8. Nebenkosten (Bau-, Liefer- u. Dienstleistungsaufträge)
Euro XXXX,--
1. 9.Ziffer 9
Reserve (Bau-, Liefer- u. Dienstleistungsaufträge) Euro
XXXX,--römisch 40 ,--.

Der geschätzte Auftragswert des Bauauftrags betrage sohin insgesamt netto Euro XXXX,--. Für den Fall, dass auch teilweise Einrichtungen, Außenanlagen, Nebenkosten und die Reserve als zum Bauauftrag gehörig zu werten seien, liege maximal ein geschätzter Auftragswert des Bauauftrags von netto Euro XXXX,-- vor. Dieser Betrag sei auch der Vereinbarung hinsichtlich der Finanzierung des gegenständlichen Bauvorhabens mit dem Bund und dem Land Tirol zugrunde gelegen, welche insgesamt eine Finanzierungszusage bis zu einem Betrag von Euro XXXX,-- abgegeben hätten. Der geschätzte Auftragswert des Bauauftrags betrage sohin insgesamt netto Euro römisch 40 ,--. Für den Fall, dass auch teilweise Einrichtungen, Außenanlagen, Nebenkosten und die Reserve als zum Bauauftrag gehörig zu werten seien, liege maximal ein geschätzter Auftragswert des Bauauftrags von netto Euro römisch 40 ,-- vor. Dieser Betrag sei

auch der Vereinbarung hinsichtlich der Finanzierung des gegenständlichen Bauvorhabens mit dem Bund und dem Land Tirol zugrunde gelegen, welche insgesamt eine Finanzierungszusage bis zu einem Betrag von Euro römisch 40 ,-- abgegeben hätten.

Alle Bauaufträge würden ausschließlich vom Bund und vom Land Tirol finanziert und zwar jeweils zu 50%, maximal bis zum Betrag von Euro XXXX. Alle Bauaufträge würden ausschließlich vom Bund und vom Land Tirol finanziert und zwar jeweils zu 50%, maximal bis zum Betrag von Euro römisch 40 .

Die Planungskosten seien bereits im Vorfeld vom Auftraggeber selbst getragen worden. Der Vollständigkeit halber sei festzuhalten, dass der Auftraggeber die Planungsleistungen im Zusammenhang mit der Sanierung des Schülerheims im Oberschwellenbereichsverfahren vergeben habe, nachdem der kumulierte Auftragswert der Dienstleistungsaufträge den Schwellenwert von Euro XXXX,-- überschritten habe. Der Auftraggeber übernehme die Kosten für die Einrichtung des Schülerheims und die Sanierung der Außenanlagen. Die Planungskosten seien bereits im Vorfeld vom Auftraggeber selbst getragen worden. Der Vollständigkeit halber sei festzuhalten, dass der Auftraggeber die Planungsleistungen im Zusammenhang mit der Sanierung des Schülerheims im Oberschwellenbereichsverfahren vergeben habe, nachdem der kumulierte Auftragswert der Dienstleistungsaufträge den Schwellenwert von Euro römisch 40 ,-- überschritten habe. Der Auftraggeber übernehme die Kosten für die Einrichtung des Schülerheims und die Sanierung der Außenanlagen.

Gegenständlich würden alle Lose nicht den Oberschwellenwert von Euro 5.150.000,-- erreichen. Auf die Vergabe aller Bauaufträge des gegenständlichen Projektes seien sohin die Unterschwellenbereichsbestimmungen anzuwenden.

Die Auftragserteilung an B*** sei nach Einholung der notwendigen Bewilligungen und Beschlüsse des Auftraggebers erfolgt. Ökonom Pater O*** sei für den Auftraggeber allein vertretungsbefugt. Pater O*** sei rechtswirksam beauftragt und ermächtigt, das Verfahren durchzuführen und Aufträge zu vergeben. Die vergebenden Stellen seien vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und vor erfolgter Zuschlagserteilung von Pater O*** beauftragt und ermächtigt worden, diese Rechtshandlungen namens des Auftraggebers vorzunehmen. Die Auftragserteilung durch die vergebenden Stellen an B*** sei sohin mit den notwendigen Bevollmächtigungen durch den Auftraggeber erfolgt. Auch aus diesem Grund liege eine rechtskräftige und wirksame Auftragserteilung vor.

Die gegenständlichen Bauaufträge würden ausschließlich durch den Bund und das Land Tirol bis zu einem Betrag in Höhe von Euro XXXX gefördert. Die darüber hinausgehenden Kosten habe der Auftraggeber selbst zu tragen. Auch aus dem 3. Nachtrag zwischen Bund, Land und Auftraggeber würden alle Finanzierungen und Kostenübernahmen hervorgehen. Demnach trage der Auftraggeber die Kosten für die Einrichtung und die Außenanlagen. Die sonstigen Kosten würden vom Bund und vom Land Tirol zu jeweils 50% getragen. Grundlage dieser Vereinbarung sei die (nunmehr vorgelegte) Kostenschätzung. Weitere Finanzierungszusagen, weitere Kosten oder sonstige Vereinbarungen, würden nicht existieren. Die gegenständlichen Bauaufträge würden ausschließlich durch den Bund und das Land Tirol bis zu einem Betrag in Höhe von Euro römisch 40 gefördert. Die darüber hinausgehenden Kosten habe der Auftraggeber selbst zu tragen. Auch aus dem 3. Nachtrag zwischen Bund, Land und Auftraggeber würden alle Finanzierungen und Kostenübernahmen hervorgehen. Demnach trage der Auftraggeber die Kosten für die Einrichtung und die Außenanlagen. Die sonstigen Kosten würden vom Bund und vom Land Tirol zu jeweils 50% getragen. Grundlage dieser Vereinbarung sei die (nunmehr vorgelegte) Kostenschätzung. Weitere Finanzierungszusagen, weitere Kosten oder sonstige Vereinbarungen, würden nicht existieren.

Wie bereits ausgeführt, sei der Auftrag bereits rechtskräftig an die B*** erteilt worden. Die Antragstellerin erhebe eventualiter ein Feststellungsbegehren. Feststellungsanträge seien gemäß § 332 Abs 5 BVergG jedoch nur subsidiär zu Nachprüfungsanträgen zulässig. Der Antragstellerin wäre es möglich gewesen, binnen offener Frist einen Nachprüfungsantrag beim BVA einzubringen. Dies habe die Antragstellerin jedoch versäumt. Wie bereits ausgeführt, sei der Auftrag bereits rechtskräftig an die B*** erteilt worden. Die Antragstellerin erhebe eventualiter ein Feststellungsbegehren. Feststellungsanträge seien gemäß Paragraph 332, Absatz 5, BVergG jedoch nur subsidiär zu Nachprüfungsanträgen zulässig. Der Antragstellerin wäre es möglich gewesen, binnen offener Frist einen Nachprüfungsantrag beim BVA einzubringen. Dies habe die Antragstellerin jedoch versäumt.

Mit Schriftsatz vom 20. Juli 2009 erstattete die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens relevant sei. Die Bekanntmachung der gegenständlichen Vergabe sei am 11. Februar 2009 erfolgt.

Die Grobkostenschätzung der R*** datiere von Juni 2007. Laut dieser Grobkostenschätzung würden die Gesamtkosten (Summe 0-9) Euro XXXX,-- betragen und sohin im Oberschwellenbereich liegen. Mit Schriftsatz vom 20. Juli 2009 erstattete die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens relevant sei. Die Bekanntmachung der gegenständlichen Vergabe sei am 11. Februar 2009 erfolgt. Die Grobkostenschätzung der R*** datiere von Juni 2007. Laut dieser Grobkostenschätzung würden die Gesamtkosten (Summe 0-9) Euro römisch 40 ,-- betragen und sohin im Oberschwellenbereich liegen.

Für den geschätzten Auftragswert gemäß § 14 BVergG sei der geschätzte Gesamtwert aller Lose des Bauvorhabens heranzuziehen. Die Einrichtung und die Außenanlagen würden nicht vom Auftraggeber selbst hergestellt, sondern zugekauft bzw. an Firmen vergeben. Dass der Auftraggeber einen geringen Teil des gesamten Bauvorhabens selbst finanziere, ändere nichts daran, dass auch die Kosten für diese Lose (Einrichtung und Außenanlagen) zum geschätzten Auftragswert zu zählen seien. Auch die Reserve und die Nebenkosten würden dazu zählen, sowie die Honorare für Pläne, welche für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich seien. Bereits dadurch sei ersichtlich, dass es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich handle. Für den geschätzten Auftragswert gemäß Paragraph 14, BVergG sei der geschätzte Gesamtwert aller Lose des Bauvorhabens heranzuziehen. Die Einrichtung und die Außenanlagen würden nicht vom Auftraggeber selbst hergestellt, sondern zugekauft bzw. an Firmen vergeben. Dass der Auftraggeber einen geringen Teil des gesamten Bauvorhabens selbst finanziere, ändere nichts daran, dass auch die Kosten für diese Lose (Einrichtung und Außenanlagen) zum geschätzten Auftragswert zu zählen seien. Auch die Reserve und die Nebenkosten würden dazu zählen, sowie die Honorare für Pläne, welche für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich seien. Bereits dadurch sei ersichtlich, dass es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich handle.

Laut Angaben in der Kostenschätzung handle es sich um eine grobe Kostenermittlung mit einer Genauigkeit von plus/minus 20 %. Im Zeitraum von Juni 2007 bis Februar 2009 hätten sich die Preise im Bau- und Baunebengewerbe deutlich erhöht. Diese Preissteigerungen seien bei der Beurteilung der Grobkostenschätzung aus dem Jahr 2007 hinzuzurechnen. So sei der österreichische Baupreisindex vom 2. Quartal 2007 bis zum 1. Quartal 2009 um 7,5 % gestiegen. Die vom Auftraggeber genannten Kosten von Euro XXXX,-- (auf Basis Juni 2007) würden sohin im ersten Quartal 2009 Euro XXXX,-- entsprechen. Laut Angaben in der Kostenschätzung handle es sich um eine grobe Kostenermittlung mit einer Genauigkeit von plus/minus 20 %. Im Zeitraum von Juni 2007 bis Februar 2009 hätten sich die Preise im Bau- und Baunebengewerbe deutlich erhöht. Diese Preissteigerungen seien bei der Beurteilung der Grobkostenschätzung aus dem Jahr 2007 hinzuzurechnen. So sei der österreichische Baupreisindex vom 2. Quartal 2007 bis zum 1. Quartal 2009 um 7,5 % gestiegen. Die vom Auftraggeber genannten Kosten von Euro römisch 40 ,-- (auf Basis Juni 2007) würden sohin im ersten Quartal 2009 Euro römisch 40 ,-- entsprechen.

Der Antrag der Antragstellerin gemäß § 331 Abs 4 BVergG vom 29.6.2009 auf allfällige Weiterführung des Verfahrens als Feststellungsverfahren sei zulässig und rechtzeitig. Der Antrag der Antragstellerin gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG vom 29.6.2009 auf allfällige Weiterführung des Verfahrens als Feststellungsverfahren sei zulässig und rechtzeitig.

Mit Schriftsatz vom 11. August 2009 legte der Auftraggeber über Auftrag der Behörde auszugsweise die Konstitutionen und Satzungen der Gesellschaft des HL Franz von Sales vor. Gemäß Art. 165 benötige der Provinzial die Zustimmung seines Rates unter anderem bei den wirtschaftlichen Geschäftsvorgängen, von denen in Art. 188 der Konstitutionen die Rede sei. Art. 188 Z 5 erwähne die Errichtung neuer Gebäude, das Abreißen bestehender Gebäude oder wichtige Änderungen an Gebäuden. Mit Schriftsatz vom 11. August 2009 legte der Auftraggeber über Auftrag der Behörde auszugsweise die Konstitutionen und Satzungen der Gesellschaft des HL Franz von Sales vor. Gemäß Artikel 165, benötige der Provinzial die Zustimmung seines Rates unter anderem bei den wirtschaftlichen Geschäftsvorgängen, von denen in Artikel 188, der Konstitutionen die Rede sei. Artikel 188, Ziffer 5, erwähne die Errichtung neuer Gebäude, das Abreißen bestehender Gebäude oder wichtige Änderungen an Gebäuden.

Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichischer Provinz werde von Provinzial P*** geleitet und rechtswirksam vertreten. Ökonom Pater O*** sei vom Provinzial umfassende Vollmacht erteilt worden, um diesen zu entlasten. Bezüglich des Umbaus des Don Bosco-Heimes in Fulpmes habe der Provinzial mehrere Sitzungen des Provinzialrates einberufen. Der Provinzialrat habe dem Umbau und der Projektabwicklung durch Pater O*** zugestimmt. Auch während der Vergabeverfahren habe Pater O** dem Provinzial und dem Provinzialrat mehrmals berichtet und hätten sowohl der Provinzial als auch der Provinzialrat den Entscheidungen und Vorgangsweisen von

Pater O*** jeweils zugestimmt. Es liege somit eine rechtswirksame Vertretung in gegenständlicher Vergaberechtssache durch Pater O*** vor.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung brachte der Vertreter des Auftraggebers, Z***, über Befragen vor, dass Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens und zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, St. Veit-Gasse 25, 1130 Wien, sei.

Über Befragen erklärte Pater O***, Provinzökonom, dass sich der Orden über Beiträge (etwa Heimbeiträge für Schülerheime), Spenden, Erbschaften und Gestellungsverträge mit den Diözesen finanziere. Der Orden sei eine Körperschaft öffentlichen Rechts (staatlich anerkannt), welche keine Basissubventionen aus öffentlichen Mitteln erhalte. Öffentliche Mittel von Bund und den Ländern erhalte der Orden nur projektbezogen, etwa für die Errichtung oder Sanierung von Schülerheimen.

Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, werde von einem Provinzial geleitet. Beraten werde der Provinzial vom Provinzialrat, der aus dem Provinzial, seinem Vikar, seinem Ökonom sowie drei weiteren gewählten Mitgliedern bestehe. Der Provinzialrat bestehe ausschließlich aus Ordensmitgliedern. Etwa bei Bauaufträgen befasse der Provinzial den Provinzialrat.

Die Leitung der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz unterliege nicht der staatlichen Aufsicht. Die einzelnen "Häuser" hätten keine Rechtspersönlichkeit; dies im Gegensatz zur "Österreichischen Provinz".

Der Auftraggeber legte eine Bestätigung vom 11. August 2009, gezeichnet von Provinzial P***, vor. Aus dieser gehe hervor, dass sämtliche nach den Konstitutionen der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, erforderlichen Zustimmungen hinsichtlich des Bauvorhabens Schülerheim Fulpmes vom Provinzialrat eingeholt worden seien. Desweiteren werde darin bestätigt, dass Provinzial P*** Pater O*** mit der alleinigen Abwicklung der Sanierung und Erweiterung des Schülerheims Fulpmes beauftragt und bevollmächtigt habe und dass der Provinzialrat dieser Beauftragung und Bevollmächtigung zugestimmt habe (Die Bestätigung wurde als Beilage ./3 zum Akt genommen).

Mag. P*** sei seit 15. August 2008 Provinzial der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos, Österreichische Provinz. Die Vollmacht seitens Provinzial P*** an Pater O*** stamme vom 7. Juli 2009 und nicht vom 7. Juli 2004, wie dies das Schriftbild nahe legen könnte.

Pater O*** erklärte über Befragen, dass das gegenständliche Bauvorhaben ein solches iSd Art. 188 Z 5 der Satzungen sei. Für dieses Vorhaben habe er die Genehmigung (Vollmacht) des Provinzials erhalten. Die Zuständigkeit ergebe sich auch aus den Bestimmungen des Art. 195 der Satzungen. Seines Wissens nach sei die Geldwertgrenze des Generaloberen mit ca. Euro XXXX festgelegt. Über dieser Grenze müsse der Provinzial beim Generaloberen in Rom eine Genehmigung einholen. Bei Vorhaben über Euro XXXX müsse der Generalobere beim Apostolischen Stuhl um Genehmigung ansuchen. Pater O*** erklärte über Befragen, dass das gegenständliche Bauvorhaben ein solches iSd Artikel 188, Ziffer 5, der Satzungen sei. Für dieses Vorhaben habe er die Genehmigung (Vollmacht) des Provinzials erhalten. Die Zuständigkeit ergebe sich auch aus den Bestimmungen des Artikel 195, der Satzungen. Seines Wissens nach sei die Geldwertgrenze des Generaloberen mit ca. Euro römisch 40 festgelegt. Über dieser Grenze müsse der Provinzial beim Generaloberen in Rom eine Genehmigung einholen. Bei Vorhaben über Euro römisch 40 müsse der Generalobere beim Apostolischen Stuhl um Genehmigung ansuchen.

Pater O*** erklärte weiters, dass Baumeister M*** die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos, Österreichische Provinz, bereits seit mehreren Jahren in Baufragen berate.

Baumeister M*** gab an, dass die Einzelgewerke kostenmäßig nicht geschätzt worden seien, sondern lediglich das Gesamtvolumen des Auftrages. Das Gewerk "Heizung/Sanitär" sei nicht nach der Kleinlosregelung vergeben worden.

Über Befragen, wie der Auftraggeber zu den "Kostendefinitionen" im Zuge der Kostenschätzungen des R*** im Juni 2007 gelangt sei, erläuterte Baumeister M***, dass sich diese Definitionen aus der ÖNORM 1801-1 ergeben würden. Diese ÖNORM gliedere sich in die angeführten Kostengruppen 0-9 (so wie in der Kostenschätzung auch dargelegt).

Aus den Gesamtkosten in Höhe von Euro XXXX,-- sei die Kostengruppe 7 (Honorare des Generalplaners, Euro XXXX,--) heraus zu rechnen, da es für die Planungsleistung eine eigene Ausschreibung für Dienstleistungen im Oberschwellenbereich gegeben habe. Weiters seien aus den Gesamtkosten die Kostengruppen 9 (Reserve für Unvorhergesehenes, Euro XXXX,--) und 5 (Einrichtung, da es sich dabei um einen Lieferauftrag handelt, Euro XXXX,--),

heraus zu rechnen. Weiters würden die Aufschließungskosten (Pos. 1, Euro XXXX,--) abgezogen. Dies ergebe einen Wert von Euro XXXX,--. Im Grunde wären auch die Nebenkosten (=Anschlusskosten, Pos. 8, Euro XXXX,--) abzuziehen. Dies ergebe schlussendlich einen Betrag in Höhe von Euro XXXX,-- exkl. Ust. Unter Einbeziehung des "Schätztrichters" (Anm: +/- 20%) würde sich bei +20% dieser Summe ein Betrag von Euro XXXX,- - exkl. Ust. ergeben. Aus den Gesamtkosten in Höhe von Euro römisch 40 ,-- sei die Kostengruppe 7 (Honorare des Generalplaners, Euro römisch 40 ,--) heraus zu rechnen, da es für die Planungsleistung eine eigene Ausschreibung für Dienstleistungen im Oberschwellenbereich gegeben habe. Weiters seien aus den Gesamtkosten die Kostengruppen 9 (Reserve für Unvorhergesehenes, Euro römisch 40 ,--) und 5 (Einrichtung, da es sich dabei um einen Lieferauftrag handelt, Euro römisch 40 ,--), heraus zu rechnen. Weiters würden die Aufschließungskosten (Pos. 1, Euro römisch 40 ,--) abgezogen. Dies ergebe einen Wert von Euro römisch 40 ,--. Im Grunde wären auch die Nebenkosten (=Anschlusskosten, Pos. 8, Euro römisch 40 ,--) abzuziehen. Dies ergebe schlussendlich einen Betrag in Höhe von Euro römisch 40 ,-- exkl. Ust. Unter Einbeziehung des "Schätztrichters" Anmerkung, +/- 20%) würde sich bei +20% dieser Summe ein Betrag von Euro römisch 40 ,- - exkl. Ust. ergeben.

Die Steigerung des Baupreisindex betrage laut Statistik Austria im Zeitraum vom 2. Quartal 2007 bis zum ersten Quartal 2009 ca 7,5%. Bei Zurechnung der Indexsteigerung ergebe sich ein Betrag von Euro XXXX,--. Die Vorgabe an die Architekten würde auch bei Euro XXXX liegen, da "einfach nicht mehr Geld vorhanden sei". Die Angebote würden ebenfalls bei ca Euro XXXX liegen. Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, bezahle die Sanierung der Außenanlagen und die gesamte Einrichtung aus ihrem eigenen Vermögen. Die Planungsleistungen hingegen würden der Finanzierung von Bund und Land unterliegen und nicht vom Orden getragen. Die Steigerung des Baupreisindex betrage laut Statistik Austria im Zeitraum vom 2. Quartal 2007 bis zum ersten Quartal 2009 ca 7,5%. Bei Zurechnung der Indexsteigerung ergebe sich ein Betrag von Euro römisch 40 ,--. Die Vorgabe an die Architekten würde auch bei Euro römisch 40 liegen, da "einfach nicht mehr Geld vorhanden sei". Die Angebote würden ebenfalls bei ca Euro römisch 40 liegen. Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, bezahle die Sanierung der Außenanlagen und die gesamte Einrichtung aus ihrem eigenen Vermögen. Die Planungsleistungen hingegen würden der Finanzierung von Bund und Land unterliegen und nicht vom Orden getragen.

R*** habe in seiner Kostenschätzung für die Aufschließung Euro XXXX,-- angesetzt. Tatsächlich würden laut Baumeister M*** für diese Position jedoch überhaupt keine Kosten anfallen. Dies deshalb, da lediglich "im Bestand" gebaut werde und daher auch "nichts aufzuschließen sei". R*** habe in seiner Kostenschätzung für die Aufschließung Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Tatsächlich würden laut Baumeister M*** für diese Position jedoch überhaupt keine Kosten anfallen. Dies deshalb, da lediglich "im Bestand" gebaut werde und daher auch "nichts aufzuschließen sei".

Unter Pos. 8 (Nebenkosten) würden Anschlusskosten für Strom an die S*** anfallen. Die Versicherungskosten würden sich auf ca. Euro XXXX,-- belaufen. Unter Pos. 8 würden auch die Kanalanschlussgebühren fallen. Unter Pos. 8 (Nebenkosten) würden Anschlusskosten für Strom an die S*** anfallen. Die Versicherungskosten würden sich auf ca. Euro römisch 40 ,-- belaufen. Unter Pos. 8 würden auch die Kanalanschlussgebühren fallen.

Unter Pos. 5 (Einrichtung) seien Tische, Betten, Kästen, Küchenmöbel und -geräte zu verstehen.

Die Kühlräume, die Lüftung der Küche und der Dunstabzug würden hingegen das Gewerk "Lüftung" betreffen, das gesondert ausgeschrieben worden sei. Diese würden sich unter den Positionen "Rohbautechnik/Ausbau" finden. Es sei also so, dass die gesamte Position 5 aus beweglichen Ausstattungsgegenständen bestehe. Diese könnten sämtlich ohne Verletzung der Substanz wieder entfernt werden.

Über Befragen erklärt Baumeister M***, dass die Gemeinde Fulpmes keinen geldwerten Beitrag zum gegenständlichen Vorhaben leiste. Es sei so, dass die Gesamtkosten des Vorhabens jedenfalls zu mehr als 50% von Bund und Land getragen würden.

Der Auftraggeber habe den Bescheid des UVS Tirol hinsichtlich der Aufhebung der einstweiligen Verfügung am 19. Juni 2009,

10.57 Uhr, per Telefax bekommen. RA Z*** erklärte, dass er sofort nach Erhalt des Aufhebungsbescheides diesen an Baumeister M*** gefaxt habe. Anschließend habe RA Z*** mit Baumeister M*** telefonisch die weitere Vorgangsweise abgeklärt. Z*** habe in diesem Telefonat Baumeister M*** erklärt, dass aufgrund des Bescheides ein "Zeitfenster" bestehe, welches ausgenützt werden müsse. In der Folge habe Baumeister M*** Pater O*** angerufen

und habe die Zustimmung des Provinzökonoms eingeholt. Nach Genehmigung durch Pater O*** habe Baumeister M*** die vergebende Stelle K*** angerufen und angewiesen, den Auftrag zu erteilen. Nach dem Telefonat mit K*** hätten die Architekten von K*** nochmals Rücksprache mit RA Z*** gehalten. Hierbei sei es um "Formaliter" der Auftragserteilung gegangen. RA Z*** habe die K*** darüber in Kenntnis gesetzt, den Auftrag schriftlich zu erteilen und sich die Annahme auch schriftlich bestätigen zu lassen. Baumeister M*** habe zwischenzeitlich auch mit Ing. T*** von B*** fernmündlich abgeklärt, ob B*** den Auftrag übernehmen würde. Dies sei von Ing. T*** bestätigt worden. Den Auftrag könne Baumeister M*** nicht selbst erteilen, sondern müsse dies durch die vergebende Stelle erfolgen; dies nach Einvernehmensherstellung mit Pater O***. B*** habe den Auftrag mit Schreiben vom 19. Juni 2009, persönlich übergeben am 22. Juni 2009, auch schriftlich angenommen.

Über Befragen erklärte Baumeister M***, dass ihm die dem Angebot von B*** beigelegte Bankauskunft zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausreichend erschienen sei. Ansonsten hätte der Auftrag wohl nicht erteilt werden dürfen. Ein KSV- Rating sei nachgereicht worden. RA Z*** brachte weiters vor, dass das KSV- Rating durch die Bankauskunft substituierbar gewesen sei.

Die Antragstellerin, vertreten durch Y***, brachte in der mündlichen Verhandlung ergänzend vor, dass gem. Art 165 der Konstitutionen und Satzungen der Provinzial für den gegenständlichen Auftrag die Zustimmung seines Rates benötige. Dies betreffe auch den wesentlichen Umbau von Gebäuden (Art 188). Die Antragstellerin, vertreten durch Y***, brachte in der mündlichen Verhandlung ergänzend vor, dass gem. Artikel 165, der Konstitutionen und Satzungen der Provinzial für den gegenständlichen Auftrag die Zustimmung seines Rates benötige. Dies betreffe auch den wesentlichen Umbau von Gebäuden (Artikel 188,).

Y*** brachte zu der Vollmacht vom 11. August 2009 (Beilage ./3), vor, dass diese offen lasse, zu welchem Zeitpunkt die Zustimmung des Provinzialrates jeweils eingeholt worden sei und wann die Bevollmächtigung des Pater O*** erfolgt und dem vom Rat zugestimmt worden sei. Das Schreiben Beilage ./3 lege nahe, dass die Zustimmungen - wenn überhaupt - dann im Nachhinein erteilt worden seien.

Y*** bezweifelte, dass sämtliche unter Pos. 5 zu subsumierende Ausstattungsteile bewegliche Güter seien, welche ohne Verletzung der Substanz entfernt werden könnten; dies vor allem im Küchenbereich. Weiters wurde bezweifelt, dass keine Aufschließungskosten (Pos. 1) anfallen würden. Nach dem Vorbringen der Auftraggeber habe sich an den Plänen zwischen 2005 und der Ausschreibung im Februar 2009 nichts Wesentliches geändert. Wenn R*** daher Aufschließungskosten angesetzt habe, werde er dafür auch eine Notwendigkeit gesehen haben und bestehe diese Notwendigkeit mangels Planänderung auch weiterhin.

Y*** brachte weiters vor, dass sich Pater O*** nicht allein auf die Vollmacht vom 7. Juli 2009 stützen könne, um den Auftrag zu erteilen bzw. erteilen zu lassen.

Y*** hielt weiters fest, dass die Auftragsbestätigung der B*** mit 19. Juni 2009 datiert sei und den Anschein erwecke, dass sie "konstruiert worden sei". Auftraggeber und B*** sei bewusst gewesen, dass nur ein kurzes "Zeitfenster" für eine mögliche Auftragserteilung bestanden habe. Bei einer Übermittlung der Auftragsbestätigung per E-Mail oder Fax gebe es einen objektiven Nachweis, wann diese Mitteilung der K*** zugegangen sei. Eine Übermittlung per Fax oder E-Mail wäre für Ing. T*** auch am Freitag dem 19. Juni 2009 innerhalb weniger Minuten möglich gewesen. Es habe die Gefahr bestanden, dass das Bundesvergabeamt dem Auftraggeber jederzeit die Verständigung über das Einlegen des Antrages zustellen würde und damit die Auftragserteilung blockiert hätte. Es gebe keinen objektiven Nachweis, wann diese Auftragsbestätigung tatsächlich bei K*** eingelangt sei. Abschließend sei festzuhalten, dass die Ausschreibungsbedingungen von B*** nicht bekämpft worden seien und daher bestandskräftig seien und somit der Vergabe bzw. der Nachprüfung zugrunde zu legen seien. B*** habe ihren Angeboten kein KSV- Rating beigelegt. Dies stelle einen unbehebbarer Mangel dar und das Angebot der B*** wäre auszuschneiden gewesen. Das dem Angebot beiliegende Bankschreiben sei keinesfalls mit einem KSV- Rating vergleichbar gewesen.

Aufgrund der Vorbringen der Verfahrensparteien, der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 13. August 2009, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde am 11. Februar 2009 im "Boten für Tirol" bekannt gemacht. Der ausgeschriebene Auftrag umfasst Baumeisterarbeiten (Los 1), Elektroinstallationen (Los 2), Heizungs- und Sanitärinstallationen (Los 3), Lüftungsbau (Los 4) sowie Meß-, Steuerungs- und Regeltechnikinstallationen (Los 5). Vor dem BVA verfahrensgegenständlich ist das Gewerk "Heizungs- und Sanitärinstallationen". Es handelt sich um einen

Bauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

Als Auftraggeber (Bauherr) scheint in der Bekanntmachung und im Leistungsverzeichnis die Gesellschaft der Salesianer Don Bosco, Bahnstraße 49, 6166 Fulpmes, auf. Als vergebende Stellen waren die K***, und die U***, angegeben. Baumeister M*** berät die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz bereits seit mehreren Jahren in Baufragen (vgl. Angaben Pater O*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 5). Als Auftraggeber (Bauherr) scheint in der Bekanntmachung und im Leistungsverzeichnis die Gesellschaft der Salesianer Don Bosco, Bahnstraße 49, 6166 Fulpmes, auf. Als vergebende Stellen waren die K***, und die U***, angegeben. Baumeister M*** berät die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz bereits seit mehreren Jahren in Baufragen vergleiche Angaben Pater O*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 5).

Positionsnummer 00.11.50 A, "Vorbemerkungen", des gegenständlichen Bauauftrages lautet auszugsweise wie folgt: Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen erfolgt auf der Grundlage des Bundesvergabegesetzes (BVerG 2006/Novelle 2007). Es gelten die Bestimmungen für öffentliche Auftraggeber im Ober- bzw. im Unterschwellenbereich.

Keine Angaben enthielten die Bekanntmachung sowie die Ausschreibungsunterlagen dazu, ob es sich gegenständlich um ein Verfahren im Ober- oder im Unterschwellenbereich handelt und welche Vergabekontrollbehörde zur Nachprüfung zuständig ist.

Gemäß der Pos Nr 00.11.50 A, Seite 9 des LV, waren folgende geforderten Nachweise dem Angebot unaufgefordert beizulegen:

Vorlage eines KSV-Ratings von mindestens 380 (für nichtösterreichische Bieter aus dem EU-Raum: gleichwertiger Nachweis). Dem AG dürfen aus der Beilage dieses Nachweises keine Kosten bzw. Anzahlungen entstehen. Dieser Nachweis ersetzt die Vorlage eines Vadiums. Das Fehlen dieses Nachweises stellt einen unbehebbarer Mangel dar.

Als Schlusstermin für die Angebotsabgabe war der 16. März 2009,

8.30 Uhr, vorgesehen. Die Angebotseröffnung fand bei K*** statt. Die Zuschlagsfrist endete drei Monate nach Ablauf der Angebotsfrist, sohin am 16. Juni 2009 (vgl. Bekanntmachung im Boten für Tirol). 8.30 Uhr, vorgesehen. Die Angebotseröffnung fand bei K*** statt. Die Zuschlagsfrist endete drei Monate nach Ablauf der Angebotsfrist, sohin am 16. Juni 2009 vergleiche Bekanntmachung im Boten für Tirol).

Unter anderem legten die Antragstellerin und der präsumtive Zuschlagsempfänger B** Angebote für das Gewerk "Heizung/Sanitär". Laut Angebotsöffnungsprotokoll der K*** vom 16. März 2009 lag dem Angebot der B*** für das Gewerk "Heizung/Sanitär" kein KSV- Rating bei (siehe Vergabeakt).

Mit Schreiben des rechtsfreundlichen Vertreters der Antragstellerin vom 30. März 2009 wurde der Auftraggeber darauf hingewiesen, dass die B*** ihrem Angebot keinen Nachweis eines KSV- Ratings beigelegt habe (siehe Vergabeakt).

Mit Schreiben der K*** (L***, N*** vom 6. April 2009, der Antragstellerin per E-Mail zugegangen am selben Tag, wurde mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Auftrag hinsichtlich des Gewerks "Heizung/Sanitär" an die B*** zu vergeben. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 15. April 2009 angegeben. Als Grund für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin wurde mitgeteilt, dass deren Angebot "nicht jenes mit dem günstigsten Preis" gewesen ist (siehe Vergabeakt).

Mit Schriftsatz vom 14. April 2009 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie einen Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung. Eingbracht wurden diese Anträge beim Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol (UVS Tirol).

Mit Bescheid des UVS Tirol vom 20. April 2009, GZ: UVS- 2009/21/0955-2, wurde dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben und dem Auftraggeber "Gesellschaft der Salesianer Don Bosco, Schülerheim Fulpmes, Bahnhofstraße 49, 6166 Fulpmes", für die Dauer des Verfahrens vor dem UVS die Erteilung des Zuschlags hinsichtlich des Gewerks "Heizung/ Sanitär" an die B*** untersagt.

Mit Schriftsatz vom 23. April 2009 erhob die B*** begründete Einwendungen und ist somit Partei des Nachprüfungsverfahrens.

Mit Bescheid des UVS Tirol vom 16. Juni 2009, GZ: UVS- 2009/21/0955-8, wurde die einstweilige Verfügung des UVS Tirol vom 20. April 2009, GZ: UVS-2009/21/0955-2, aufgehoben und der Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung

einer einstweiligen Verfügung vom 14. April 2009 auf Gefahr des Einschreiters "an das offenbar nicht unzuständige Bundesvergabeamt" weitergeleitet.

Der Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist beim Bundesvergabeamt am 23. Juni 2009 eingelangt und wurde mit diesem Datum zu GZ N/0066- BVA/09/2009, protokolliert.

Am 19.6.2009, 10.57 Uhr, langte der Aufhebungsbescheid des UVS Tirol per Telefax beim Auftraggeber ein (vgl Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift, Seite 7; Vergabeakt). In der Folge wurde der Aufhebungsbescheid von RA Z*** an Baumeister M*** gefaxt und die weitere Vorgangsweise besprochen (vgl Angaben RA Dr. Z*** in der Verhandlung; VH-Schrift, Seite 8). Am 19.6.2009, 10.57 Uhr, langte der Aufhebungsbescheid des UVS Tirol per Telefax beim Auftraggeber ein vergleiche Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift, Seite 7; Vergabeakt). In der Folge wurde der Aufhebungsbescheid von RA Z*** an Baumeister M*** gefaxt und die weitere Vorgangsweise besprochen vergleiche Angaben RA Dr. Z*** in der Verhandlung; VH-Schrift, Seite 8).

Am 19. Juni 2009, nachmittags, hat Baumeister M*** - nach telefonischer Einholung der Zustimmung seitens Pater O*** - die K*** fernmündlich angewiesen, den Auftrag hinsichtlich des Gewerkes "Heizung/Sanitär" zu erteilen (vgl die diesbezügl Angaben des Bmst M*** in der mündlichen Verhandlung vom 13.8.2009, VH-Schrift Seite 8). In der Folge hielt die vergebende Stelle - hinsichtlich der Formaliter der Auftragsvergabe - nochmals Rücksprache mit RA Z*** und erteilte der B*** um 16.47 Uhr desselben Tages schriftlich den Auftrag (E-Mail von Frau N***; im Vergabeakt aufliegend). Die Annahme des Auftrages durch B*** erfolgte mittels Schreibens vom 19.6.2009, beim Auftraggeber eingelangt am 22.6.2009 (siehe Annahmeschreiben im Vergabeakt aufliegend; Angaben RA Z*** bzw Bmst M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift, Seite 8). Am 19. Juni 2009, nachmittags, hat Baumeister M*** - nach telefonischer Einholung der Zustimmung seitens Pater O*** - die K*** fernmündlich angewiesen, den Auftrag hinsichtlich des Gewerkes "Heizung/Sanitär" zu erteilen vergleiche die diesbezügl Angaben des Bmst M*** in der mündlichen Verhandlung vom 13.8.2009, VH-Schrift Seite 8). In der Folge hielt die vergebende Stelle - hinsichtlich der Formaliter der Auftragsvergabe - nochmals Rücksprache mit RA Z*** und erteilte der B*** um 16.47 Uhr desselben Tages schriftlich den Auftrag (E-Mail von Frau N***; im Vergabeakt aufliegend). Die Annahme des Auftrages durch B*** erfolgte mittels Schreibens vom 19.6.2009, beim Auftraggeber eingelangt am 22.6.2009 (siehe Annahmeschreiben im Vergabeakt aufliegend; Angaben RA Z*** bzw Bmst M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift, Seite 8).

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 30. Juni 2009, GZ: N/0066-BVA/09/2009-EV14, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, St. Veit- Gasse 25, 1130 Wien, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, hinsichtlich des Gewerkes "Heizung/ Sanitär" den Zuschlag zu erteilen. Unvorgreiflich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens wurde im Provisorialverfahren vorläufig davon ausgegangen, dass die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz ein Auftraggeber iSd BVergG ist und dass aufgrund der Finanzierung des gegenständlichen Auftrages eine Entscheidungsbefugnis des BVA gegeben sein könnte (hiezue weiter unten).

Der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert des Vorhabens beruht auf einer Grobkostenschätzung der R***, vom Juni 2007. Die R*** wurde seitens des Amtes der Tiroler Landesregierung ersucht, eine Beurteilung sowie eine zugehörige Grobkostenschätzung für die Sanierung des Schülerheims Don Bosco in Fulpmes zu erstellen. Als Grundlage für die Grobkostenschätzung wurde die Machbarkeitsstudie von Hrn. Arch. W*** (November 2005) sowie das Gutachten von R*** herangezogen. Auf Grundlage der zuvor genannten Rahmenparameter wurde eine Grobkostenschätzung (netto) auf Basis von Vergleichsobjekten erstellt. Die vorhandenen Planunterlagen (Konzepte) ermöglichten nur eine grobe Kostenermittlung mit einer Genauigkeit von +/- 20% (vgl Kostenschätzung R***; Vergabeakt). Geschätzt wurden nur die Gesamtkosten des Vorhabens, nicht jedoch die Kosten der einzelnen Lose/Gewerke (Angaben Bmst M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift, Seiten 5/6). Der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert des Vorhabens beruht auf einer Grobkostenschätzung der R***, vom Juni 2007. Die R*** wurde seitens des Amtes der Tiroler Landesregierung ersucht, eine Beurteilung sowie eine zugehörige Grobkostenschätzung für die Sanierung des Schülerheims Don Bosco in Fulpmes zu erstellen. Als Grundlage für die Grobkostenschätzung wurde die Machbarkeitsstudie von Hrn. Arch. W*** (November 2005) sowie das Gutachten von R*** herangezogen. Auf Grundlage der zuvor genannten Rahmenparameter wurde eine Grobkostenschätzung (netto) auf Basis von Vergleichsobjekten erstellt. Die vorhandenen Planunterlagen (Konzepte) ermöglichten nur eine grobe Kostenermittlung mit einer Genauigkeit von +/- 20% vergleiche Kostenschätzung R***; Vergabeakt). Geschätzt wurden

nur die Gesamtkosten des Vorhabens, nicht jedoch die Kosten der einzelnen Lose/Gewerke (Angaben Bmst M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift, Seiten 5/6).

Die Kostenschätzung ist in folgende Positionen untergliedert:

0) Grundstück

1. 1)Ziffer eins

Aufschließung (diverse Umlegungsarbeiten;

Anschlussarbeiten)

1. 2)Ziffer 2

bis 4) Bauwerk - Rohbau/Technik/Ausbau

2. 5)Ziffer 5

Einrichtung (Zimmer; Küche inkl Lager; Kühlräume;

Allgemeinbereiche)

1. 6)Ziffer 6

Außenanlagen (Sportfläche; Allgemeinflächen)

2. 7)Ziffer 7

Honorare (Generalplaner)

3. 8)Ziffer 8

Nebenkosten (Anschlusskosten)

4. 9)Ziffer 9

Reserve

Für das Grundstück (Pos 0) wurden Kosten in der Höhe von Euro 0 angesetzt. Für die Aufschließung (Pos. 1) wurde ein Betrag von Euro XXXX,-- angesetzt. Für das Bauwerk - Rohbau/Technik/Ausbau (Pos. 2- 4) wurde ein Betrag von Euro XXXX,-- vorgesehen. Für die Einrichtung (Pos. 5) wurde ein Betrag von Euro XXXX,-- angesetzt. Die Sanierung der Außenanlagen (Pos. 6) wurde mit Euro XXXX,-- angesetzt. Für Honorare (Pos. 7) wurde ein Betrag von Euro XXXX,-- angesetzt. Für Nebenkosten (Pos. 8) wurde ein Betrag in Höhe von Euro XXXX,-- angesetzt. Als Reserve (Pos. 9) wurden Euro XXXX,-- angenommen. Für das Grundstück (Pos 0) wurden Kosten in der Höhe von Euro 0 angesetzt. Für die Aufschließung (Pos. 1) wurde ein Betrag von Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Für das Bauwerk - Rohbau/Technik/Ausbau (Pos. 2- 4) wurde ein Betrag von Euro römisch 40 ,-- vorgesehen. Für die Einrichtung (Pos. 5) wurde ein Betrag von Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Die Sanierung der Außenanlagen (Pos. 6) wurde mit Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Für Honorare (Pos. 7) wurde ein Betrag von Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Für Nebenkosten (Pos. 8) wurde ein Betrag in Höhe von Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Als Reserve (Pos. 9) wurden Euro römisch 40 ,-- angenommen.

An Bauwerkskosten (Summe der Pos. 2 - 4) ergaben sich demnach Euro XXXX,--. Als Baukosten (Summe der Pos. 1 - 6) wurden Euro XXXX,-- angegeben. Als Gesamtkosten (Summe der Pos. 0 - 9) ergaben sich Euro XXXX,--. An Bauwerkskosten (Summe der Pos. 2 - 4) ergaben sich demnach Euro römisch 40 ,--. Als Baukosten (Summe der Pos. 1 - 6) wurden Euro römisch 40 ,-- angegeben. Als Gesamtkosten (Summe der Pos. 0 - 9) ergaben sich Euro römisch 40 ,--.

Die Kosten der Sanierung der Außenanlagen sowie der Einrichtung werden von der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz getragen (vgl Angaben Bmst M***, VH-Schrift Seite 6; 3. Nachtrag, Punkt III "Kostentragung"). Die Kosten der Sanierung der Außenanlagen sowie der Einrichtung werden von der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz getragen vergleiche Angaben Bmst M***, VH-Schrift Seite 6; 3. Nachtrag, Punkt römisch drei "Kostentragung").

Die Planungsleistungen (Pos 7 der Kostenschätzung) sind nicht Gegenstand der gegenständlichen Ausschreibung. Diese wurden - getrennt vom o.e. Bauauftrag - EU-weit als Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich ausgeschrieben und am 1.9.2008 vergeben (vgl Amtsblatt der EG, 2008/S 171- 228279; Angaben Baumeister M*** in der mündlichen Verhandlung vom 13.8.2009, VH-Schrift, Seite 6). Die Planungsleistungen (Pos 7 der Kostenschätzung) sind nicht Gegenstand der gegenständlichen Ausschreibung. Diese wurden - getrennt vom o.e. Bauauftrag - EU-weit als Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich ausgeschrieben und am 1.9.2008 vergeben vergleiche Amtsblatt der EG, 2008/S 171- 228279; Angaben Baumeister M*** in der mündlichen Verhandlung vom 13.8.2009, VH-Schrift, Seite 6).

Als geschätzten Auftragswert hat der Auftraggeber schließlich Euro XXXX angenommen. Dies war auch die finanzielle Vorgabe an die Architekten (vgl Angaben Bmst M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 6). Als geschätzten Auftragswert hat der Auftraggeber schließlich Euro römisch 40 angenommen. Dies war auch die finanzielle Vorgabe an die Architekten vergleiche Angaben Bmst M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 6).

Dieser Betrag spiegelt sich auch im 3. Nachtrag wieder. Gemäß dem 3. Nachtrag zur Vereinbarung vom 5./6. Februar bzw. 8. April 1970 samt Nachtrag vom 5. bzw. 21. Mai 1973 sowie Vertrag vom 3. bzw. 9. Juni 1992, abgeschlossen zwischen der Republik Österreich und der Österreichischen Ordensprovinz der Salesianer Don Boscos, betreffend der Errichtung und Erweiterung des Schülerheims Don Bosco in Fulpmes vom Juli 2008, abgeschlossen zwischen der Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur, dieses vertreten durch den Landesschulrat für Tirol, Innrain 1, 6020 Innsbruck (in der Folge kurz Bund), dem Land Tirol, vertreten durch die gefertigten Organe (im Folgenden kurz Land), sowie der österreichischen Ordensprovinz der Salesianer Don Boscos, vertreten durch den Provinzial, wurde unter anderem festgelegt wie folgt:

III "Kostentragung": römisch drei "Kostentragung":

"Auf Basis der Machbarkeitsstudie samt Kostenschätzung (November 2005) vom Arch. W*** und des Gutachtens (Dezember 2006) samt Grobkostenschätzung (Juni 2007) von R*** belaufen sich die vom Bund anerkeennbaren Gesamtkosten (für Planung und Bauausführung) maximal Euro XXXX,-- netto. Sofern die Begründung einer Kostenerhöhung aus fachtechnischer Sicht erbracht wird, wird von einer Bemessungsbasis in der Höhe von maximal Euro XXXX,-- netto ausgegangen." Auf Basis der Machbarkeitsstudie samt Kostenschätzung (November 2005) vom Arch. W*** und des Gutachtens (Dezember 2006) samt Grobkostenschätzung (Juni 2007) von R*** belaufen sich die vom Bund anerkeennbaren Gesamtkosten (für Planung und Bauausführung) maximal Euro römisch 40 ,-- netto. Sofern die Begründung einer Kostenerhöhung aus fachtechnischer Sicht erbracht wird, wird von einer Bemessungsbasis in der Höhe von maximal Euro römisch 40 ,-- netto ausgegangen.

Der Bund leistet auf der Grundlage der anerkannten Gesamtbaukosten grundsätzlich die Hälfte zu den definierten Baumaßnahmen, somit einen Betrag in der Höhe von Euro XXXX,--. Fall der Nachweis der Begründung der beschriebenen Kostensteigerung im Sinne der obigen Ausführungen erbracht wird, leistet der Bund maximal einen Betrag in der Höhe von Euro XXXX,-- (gerundet auf Euro XXXX,--). Der Bund leistet auf der Grundlage der anerkannten Gesamtbaukosten grundsätzlich die Hälfte zu den definierten Baumaßnahmen, somit einen Betrag in der Höhe von Euro römisch 40 ,--. Fall der Nachweis der Begründung der beschriebenen Kostensteigerung im Sinne der obigen Ausführungen erbracht wird, leistet der Bund maximal einen Betrag in der Höhe von Euro römisch 40 ,-- (gerundet auf Euro römisch 40 ,--).

Das Land leistet ebenfalls grundsätzlich die Hälfte, maximal jedoch Euro XXXX,--. Das Land leistet ebenfalls grundsätzlich die Hälfte, maximal jedoch Euro römisch 40 ,--.

Die Salesianer übernehmen die Kosten für die Einrichtung des Schülerheims und für die Sanierung der Außenanlagen."

Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, 1130 Wien, St. Veit-Gasse 25, besitzt als Körperschaft öffentlichen Rechts gem. Art. II des Konkordates 1934 Rechtspersönlichkeit im staatlichen Bereich (vgl auch Bestätigung des Bundesministeriums für Unterricht vom 6.10.1950). Die einzelnen "Häuser" des Ordens verfügen demgegenüber nicht über Rechtspersönlichkeit (Angaben Pater O***; VH-Schrift Seite 4). Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, 1130 Wien, St. Veit-Gasse 25, besitzt als Körperschaft öffentlichen Rechts gem. Artikel römisch zwei, des Konkordates 1934 Rechtspersönlichkeit im staatlichen Bereich vergleiche auch Bestätigung des Bundesministeriums für Unterricht vom 6.10.1950). Die einzelnen "Häuser" des Ordens verfügen demgegenüber nicht über Rechtspersönlichkeit (Angaben Pater O***; VH-Schrift Seite 4).

Der Orden finanziert sich über Heimbeiträge für Schülerheime, über Spenden, Erbschaften und sog "Gestellungsverträge" mit den Diözesen. Eine Basissubvention aus öffentlichen Mitteln erhält der Orden nicht. Öffentliche Mittel erhält der Orden nur projektbezogen, etwa für die Errichtung oder Sanierung von Schülerheimen (vgl die diesbezüglichen glaubhaften und unwidersprochen gebliebenen Angaben des Provinzökonoms Pater Mag. O***, VH-Schrift Seiten 3/4). Der Orden finanziert sich über Heimbeiträge für Schülerheime, über Spenden, Erbschaften und sog "Gestellungsverträge" mit den Diözesen. Eine Basissubvention aus öffentlichen Mitteln erhält der Orden nicht. Öffentliche Mittel erhält der Orden nur projektbezogen, etwa für die Errichtung oder Sanierung von Schülerheimen

vergleiche die diesbezüglichen glaubhaften und unwidersprochen gebliebenen Angaben des Provinzökonoms Pater Mag. O***, VH-Schrift Seiten 3/4).

Gemäß den "Konstitutionen und Allgemeinen Satzungen der Gesellschaft des heiligen Franz von Sales" steht an der Spitze jeder Provinz der Provinzial. Er wird vom Generaloberen mit Zustimmung seines Rates ernannt und leitet und überprüft die Verwaltung der Güter der Provinz (Art 161 ff). Gemäß den "Konstitutionen und Allgemeinen Satzungen der Gesellschaft des heiligen Franz von Sales" steht an der Spitze jeder Provinz der Provinzial. Er wird vom Generaloberen mit Zustimmung seines Rates ernannt und leitet und überprüft die Verwaltung der Güter der Provinz (Artikel 161, ff).

Der Provinzialrat (Art 164 ff) unterstützt den Provinzial in der Leitung der Provinz. Er besteht aus dem Vikar, dem Ökonom und idR aus 3 bis 5 weiteren Mitgliedern. Die weiteren 3 bis 5 Mitglieder des Provinzialrates werden vom Orden aus seinen Reihen gewählt. Der Provinzialrat besteht sohin sämtlich aus Ordensmitgliedern (vgl Angaben Pater O***, VH-Schrift Seite 4). Der Provinzialrat (Artikel 164, ff) unterstützt den Provinzial in der Leitung der Provinz. Er besteht aus dem Vikar, dem Ökonom und idR aus 3 bis 5 weiteren Mitgliedern. Die weiteren 3 bis 5 Mitglieder des Provinzialrates werden vom Orden aus seinen Reihen gewählt. Der Provinzialrat besteht sohin sämtlich aus Ordensmitgliedern vergleiche Angaben Pater O***, VH-Schrift Seite 4).

Der Provinzial benötigt u.a. in folgenden Fällen die Zustimmung des Provinzialrates:

- -Strichaufzählung
Wirtschaftliche Geschäftsvorgänge, von denen in Art 188 der Konstitutionen die Rede ist (Art 165 Z 7). Wirtschaftliche Geschäftsvorgänge, von denen in Artikel 188, der Konstitutionen die Rede ist (Artikel 165, Ziffer 7,).

Gemäß Art 188 ist die Genehmigung des Generaloberen mit Zustimmung seines Rates u.a. für die Errichtung neuer Gebäude, den Abriss bestehender Gebäude oder die Vornahme wichtiger Veränderungen an bestehenden Gebäuden (Z 5) erforderlich. Bei gegenständlichem Vorhaben handelt es sich um ein Vorhaben iSd Art 188 Abs 5 der Konstitutionen und Satzungen (vgl auch Angaben Pater O***, VH-Schrift Seite 5). Gemäß Artikel 188, ist die Genehmigung des Generaloberen mit Zustimmung seines Rates u.a. für die Errichtung neuer Gebäude, den Abriss bestehender Gebäude oder die Vornahme wichtiger Veränderungen an bestehenden Gebäuden (Ziffer 5,) erforderlich. Bei gegenständlichem Vorhaben handelt es sich um ein Vorhaben iSd Artikel 188, Absatz 5, der Konstitutionen und Satzungen vergleiche auch Angaben Pater O***, VH-Schrift Seite 5).

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zulässigkeit der Anträge: römisch eins. Zulässigkeit der Anträge:

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 Z 1 bis 8 BVergG. Das betreffende Vergabeverfahren und die angefochtene Entscheidung wurden genau bezeichnet (Z 1 leg cit). Dass die Antragstellerin den Auftraggeber als "Gesellschaft der Salesianer Don Bosco Schülerheim Fulpmes, Bahnstraße 49, 6166 Fulpmes, bezeichnet hat (Z 2 leg cit), "schadet" gegenständlich nicht, zumal sich der Auftraggeber in der Bekanntmachung und in den Ausschreibungsunterlagen sogar selbst so bezeichnet hat. Auch die in den Z 3 bis 6 leg cit geforderten Angaben hat die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag in einer dem Gesetz entsprechenden Weise dargelegt. Bei der gegenständlich bekämpften Zuschlagsentscheidung (Z 7) handelt es sich im offenen Verfahren gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer eins bis 8 BVergG. Das betreffende Vergabeverfahren und die angefochtene Entscheidung wurden genau bezeichnet (Ziffer eins, leg cit). Dass die Antragstellerin den Auftraggeber als "Gesellschaft der Salesianer Don Bosco Schülerheim Fulpmes, Bahnstraße 49, 6166 Fulpmes, bezeichnet hat (Ziffer 2, leg cit), "schadet" gegenständlich nicht, zumal sich der Auftraggeber in der Bekanntmachung und in den Ausschreibungsunterlagen sogar selbst so bezeichnet hat. Auch die in den Ziffer 3 bis 6 leg cit geforderten Angaben hat die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag in einer dem Gesetz entsprechenden Weise dargelegt. Bei der gegenständlich bekämpften Zuschlagsentscheidung (Ziffer 7,) handelt es sich im offenen Verfahren gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG um eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Auch die Vorgaben der Z 8 leg cit sind erfüllt. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 6.4.2009

bekannt gegeben. Am 14.4.2009 hat diese einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit einem Nachprüfungsantrag, beim UVS Tirol eingebracht. Da der 13.4.2009 ein gesetzlicher Feiertag war (Ostermontag), fiel der letzte Tag der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages gemäß § 33 Abs 2 AVG 1991 auf den nächsten Werktag (14.4.2009). Der Nachprüfungsantrag wurde somit rechtzeitig iSd § 321 Abs 1 Z 7 BVergG beim UVS Tirol eingebracht. Auch die Vorgaben der Ziffer 8, leg cit sind erfüllt. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 6.4.2009 bekannt gegeben. Am 14.4.2009 hat diese einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit einem Nachprüfungsantrag, beim UVS Tirol eingebracht. Da der 13.4.2009 ein gesetzlicher Feiertag war (Ostermontag), fiel der letzte Tag der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages gemäß Paragraph 33, Absatz 2, AVG 1991 auf den nächsten Werktag (14.4.2009). Der Nachprüfungsantrag wurde somit rechtzeitig iSd Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG beim UVS Tirol eingebracht.

Soweit der Auftraggeber vorbringt, der Nachprüfungsantrag wäre (Anm: beim Bundesvergabeamt) verspätet eingebracht worden und sohin unzulässig, ist im Hinblick auf die fehlenden Angaben zur zuständigen Vergabekontrollbehörde in den Ausschreibungsunterlagen bzw der Bekanntmachung auf die Bestimmungen des § 80 Abs 1 BVergG iVm § 322 Abs 3 leg cit zu verweisen. Danach ist bei fehlenden Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde der Nachprüfungsantrag auch dann innerhalb der in § 321 genannten Frist gestellt, wenn er bei einer nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Beim UVS Tirol handelt es sich jedenfalls um eine solche "nicht offenkundig unzuständige" Vergabekontrollbehörde. Soweit der Auftraggeber vorbringt, der Nachprüfungsantrag wäre Anmerkung, beim Bundesvergabeamt) verspätet eingebracht worden und sohin unzulässig, ist im Hinblick auf die fehlenden Angaben zur zuständigen Vergabekontrollbehörde in den Ausschreibungsunterlagen bzw der Bekanntmachung auf die Bestimmungen des Paragraph 80, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 322, Absatz 3, leg cit zu verweisen. Danach ist bei fehlenden Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde der Nachprüfungsantrag auch dann innerhalb der in Paragraph 321, genannten Frist gestellt, wenn er bei einer nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Beim UVS Tirol handelt es sich jedenfalls um eine solche "nicht offenkundig unzuständige" Vergabekontrollbehörde.

Die Pauschalgebühren für den Nichtigerklärungsantrag wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig.

Die Feststellungsanträge erfüllen die formalen Voraussetzungen des § 332 Abs 1 BVergG und wurden auch fristgerecht erhoben. Die Feststellungsanträge wurden nach Aufforderung zur Verbesserung auch entsprechend vergewährt. Sie sind daher zulässig. Die Feststellungsanträge erfüllen die formalen Voraussetzungen des Paragraph 332, Absatz eins, BVergG und wurden auch fristgerecht erhoben. Die Feststellungsanträge wurden nach Aufforderung zur Verbesserung auch entsprechend vergewährt. Sie sind daher zulässig.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes (Spruchpunkt I)römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes (Spruchpunkt römisch eins):

1. 1)Ziffer eins

Prüfung der Auftraggebereigenschaft des gegenständlichen Beschaffungsvorganges:

Gemäß § 80 Abs 1 BVergG sind in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung der Auftraggeber bzw der Auftraggeber und die vergebende Stelle genau zu bezeichnen sowie anzugeben, ob die Vergabe der Leistung nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für den Ober- oder Unterschwellenbereich erfolgt und welche Vergabekontrollbehörde zuständig ist. Gemäß Paragraph 80, Absatz eins, BVergG sind in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung der Auftraggeber bzw der Auftraggeber und die vergebende Stelle genau zu bezeichnen sowie anzugeben, ob die Vergabe der Leistung nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für den Ober- oder Unterschwellenbereich erfolgt und welche Vergabekontrollbehörde zuständig ist.

Gemäß § 2 Z 8 BVergG ist Auftraggeber jeder Rechtsträger, der vertraglich einem Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist Auftraggeber jeder Rechtsträger, der vertraglich einem Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt.

§ 2 Z 8 leg cit definiert also, wer als Auftraggeber im Sinne des BVergG anzusehen ist. Die Bestimmung der Auftraggebereigenschaft ist im Zusammenhang mit § 3 leg cit vor allem für die Abgrenzung des persönlichen Anwendungsbereiches des BVergG relevant. Der Auftraggebereigenschaft kommt jedoch auch hinsichtlich des

Rechtsschutzes, vor allem als Vorfrage für die Bestimmung der Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde, maßgebliche Bedeutung zu (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz, § 2 Z 8 Rz 1). Paragraph 2, Ziffer 8, leg cit definiert also, wer als Auftraggeber im Sinne des BVergG anzusehen ist. Die Bestimmung der Auftraggebereigenschaft ist im Zusammenhang mit Paragraph 3, leg cit vor allem für die Abgrenzung des persönlichen Anwendungsbereiches des BVergG relevant. Der Auftraggebereigenschaft kommt jedoch auch hinsichtlich des Rechtsschutzes, vor allem als Vorfrage für die Bestimmung der Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde, maßgebliche Bedeutung zu vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz, Paragraph 2, Ziffer 8, Rz 1).

Die Auftraggebereigenschaft richtet sich alleine danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner der Auftragnehmers werden soll (vgl. BVA 24.5.2005, 15N-22/05-50; BVA 12.1.2007 N/0100- BVA/02/2006-28; VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215; VwGH 24.2.2006, 2006/04/0002). Die Auftraggebereigenschaft richtet sich alleine danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner der Auftragnehmers werden soll vergleiche BVA 24.5.2005, 15N-22/05-50; BVA 12.1.2007 N/0100- BVA/02/2006-28; VwGH 25.2.2002, 2001/04/0215; VwGH 24.2.2006, 2006/04/0002).

Wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll, ist in erster Linie der Bekanntmachung bzw den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen (vgl. BVA 4.6.2003, 13N-52/03-6), ohne dass diese Dokumente jedoch eine konstitutive Bedeutung für die Beurteilung der Auftraggeberstellung hätten. Auch aus der Tatsache, dass in den Ausschreibungsunterlagen eine Einrichtung als Abgabeort für die Angebote abgegeben wurde, erfließt - selbst wenn nach den Ausschreibungsunterlagen kein anderer Auftraggeber in Frage kommen sollte - noch keine Auftraggebereigenschaft (siehe Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG 2006, § 2 Z 8 Rz 4; VwGH 17.12.2002, 2000/04/0019). Wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll, ist in erster Linie der Bekanntmachung bzw den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen vergleiche BVA 4.6.2003, 13N-52/03-6), ohne dass diese Dokumente jedoch eine konstitutive Bedeutung für die Beurteilung der Auftraggeberstellung hätten. Auch aus der Tatsache, dass in den Ausschreibungsunterlagen eine Einrichtung als Abgabeort für die Angebote abgegeben wurde, erfließt - selbst wenn nach den Ausschreibungsunterlagen kein anderer Auftraggeber in Frage kommen sollte - noch keine Auftraggebereigenschaft (siehe Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 2, Ziffer 8, Rz 4; VwGH 17.12.2002, 2000/04/0019).

Notwendige Voraussetzung für die Fassung eines "vergaberelevanten Willens" ist die (Teil-) Rechtsfähigkeit der betreffenden Einrichtung.

Aus den vom Auftraggeber vorgelegten Urkunden, etwa der Bestätigung des Bundesministeriums für Unterricht vom 6.10.1950, ergibt sich, dass (lediglich) die Gesellschaft des Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, St. Veit-Gasse 25, 1130 Wien, über Rechtspersönlichkeit (auch für den staatlichen Bereich) verfügt. Der Orden (Gesellschaft des Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz) verfügt über 10 Niederlassungen (sogenannte "Häuser") in Österreich. Die einzelnen "Häuser" verfügen nicht über Rechtspersönlichkeit (vgl. die diesbezüglichen Angaben des Pater O*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift Seite 4). Auch der Provinzökonom des Ordens, Pater O***, bestätigte über Befragen, dass zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz ist bzw werden soll (vgl. Verhandlungsschrift Seite 3). Aus den vom Auftraggeber vorgelegten Urkunden, etwa der Bestätigung des Bundesministeriums für Unterricht vom 6.10.1950, ergibt sich, dass (lediglich) die Gesellschaft des Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, St. Veit-Gasse 25, 1130 Wien, über Rechtspersönlichkeit (auch für den staatlichen Bereich) verfügt. Der Orden (Gesellschaft des Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz) verfügt über 10 Niederlassungen (sogenannte "Häuser") in Österreich. Die einzelnen "Häuser" verfügen nicht über Rechtspersönlichkeit vergleiche die diesbezüglichen Angaben des Pater O*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift Seite 4). Auch der Provinzökonom des Ordens, Pater O***, bestätigte über Befragen, dass zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz ist bzw werden soll vergleiche Verhandlungsschrift Seite 3).

Bereits daraus, dass die einzelnen "Häuser" des Ordens nicht über Rechtspersönlichkeit verfügen, ergibt sich, dass etwa das Haus "Gesellschaft der Salesianer Don Bosco Schülerheim Fulpmes", Bahnstraße 49, 6166 Fulpmes, keine zivilrechtlichen Verträge abschließen kann und daher nach dem oben Gesagten auch nicht als Auftraggeber in Betracht kommt.

Eine irrtümliche Falschbezeichnung des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung

hat - für sich genommen - grundsätzlich keine Auswirkungen auf die tatsächliche Auftraggebereigenschaft. Ein in der Ausschreibung bzw der Bekanntmachung diesbezüglich unterlaufener Fehler ist daher im Hinblick auf die tatsächliche Auftraggebereigenschaft grundsätzlich als "unschädlich" anzusehen (Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG, § 2 Z 8 Rz 4; vgl auch VfSlg 15733/2000; BVA 27.11.2003 10N-120/03-7; BVA 13.9.2004, 06N-84/04-15). Eine irrtümliche Falschbezeichnung des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung hat - für sich genommen - grundsätzlich keine Auswirkungen auf die tatsächliche Auftraggebereigenschaft. Ein in der Ausschreibung bzw der Bekanntmachung diesbezüglich unterlaufener Fehler ist daher im Hinblick auf die tatsächliche Auftraggebereigenschaft grundsätzlich als "unschädlich" anzusehen (Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG, Paragraph 2, Ziffer 8, Rz 4; vergleiche auch VfSlg 15733 aus 2000,; BVA 27.11.2003 10N-120/03-7; BVA 13.9.2004, 06N-84/04-15).

Nach dem Gesagten ist also alleine darauf abzustellen, wer (als Auftraggeber) zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers wird bzw werden soll. Auch der VfGH hat in seinem Erkenntnis vom 13.10.2005, KI-2/05 u.a. (Stadion Klagenfurt), im Ergebnis klargestellt, dass es darauf ankommt, mit wem auf Auftraggeberseite der Vertrag geschlossen werden soll (vgl Denk in Aicher/Schramm/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG, Artikel 14b Rz 54). Nach dem Gesagten ist also alleine darauf abzustellen, wer (als Auftraggeber) zivilrechtlicher Vertragspartner des Auftragnehmers wird bzw werden soll. Auch der VfGH hat in seinem Erkenntnis vom 13.10.2005, KI-2/05 u.a. (Stadion Klagenfurt), im Ergebnis klargestellt, dass es darauf ankommt, mit wem auf Auftraggeberseite der Vertrag geschlossen werden soll (vergleiche Denk in Aicher/Schramm/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG, Artikel 14b Rz 54).

Schlussfolgerung: Auftraggeber des gegenständlich ausgeschriebenen Auftrages ist demnach die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, St. Veit-Gasse 25, 1130 Wien.

1. 2) Ziffer 2

Prüfung der Auftraggebereigenschaft der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz iSd BVergG:

§ 3 Abs 1 BVergG lautet: Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind Paragraph 3, Absatz eins, BVergG lautet: Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

1. 1. Ziffer eins

Der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,

1. 2. Ziffer 2

Einrichtungen, die

1. a) Litera a

zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und

2. b) Litera b

zumindest teilrechtsfähig sind und

3. c) Litera c

überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind,

1. 3. Ziffer 3

Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen, Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder 2 bestehen.

Bei der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz handelt es sich jedenfalls um keinen

Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 1 und 3 BVergG. Bei der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz handelt es sich jedenfalls um keinen Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins und 3 BVergG.

Es war daher zu klären, ob es sich bei der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, allenfalls um einen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 leg cit ("Einrichtung öffentlichen Rechts"), handelt. Es war daher zu klären, ob es sich bei der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz, allenfalls um einen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, leg cit ("Einrichtung öffentlichen Rechts"), handelt.

Die in § 3 Abs 1 Z 2 lit a bis c BVergG genannten Voraussetzungen müssen kumulativ (arg: "und") vorliegen. Das Vorliegen aller dreier Tatbestandsmerkmale ist daher jeweils getrennt zu prüfen. Die in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a bis c BVergG genannten Voraussetzungen müssen kumulativ (arg: "und") vorliegen. Das Vorliegen aller dreier Tatbestandsmerkmale ist daher jeweils getrennt zu prüfen.

Der Auftraggeberbegriff ist ein funktioneller Begriff. Unter den öffentlichen Auftraggebern werden neben dem Staat und den Gebietskörperschaften auch Einrichtungen, die vom Staat beherrscht werden, als sogenannte "Einrichtungen des öffentlichen Rechts", erfasst. Der Begriff stellt auf die funktionelle Zuordnung zum Staat, unabhängig von der Rechtsform des Rechtsträgers, ab (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG § 3 Rz 7). Vom Begriff der "Einrichtung des öffentlichen Rechts" sind in erster Linie die sogenannten ausgegliederten Rechtsträger, die von Gebietskörperschaften kontrolliert oder finanziert werden, erfasst. Auf Basis des funktionellen Begriffsverständnisses sind grundsätzlich nur solche "Einrichtungen" als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren, die mit der öffentlichen Hand eng verbunden sind und bei denen Grund zur Annahme besteht, dass sie sich bei Ihrer Vergabeentscheidung "von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen" leiten lassen könnten (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG § 3 Rz 22). Der Auftraggeberbegriff ist ein funktioneller Begriff. Unter den öffentlichen Auftraggebern werden neben dem Staat und den Gebietskörperschaften auch Einrichtungen, die vom Staat beherrscht werden, als sogenannte "Einrichtungen des öffentlichen Rechts", erfasst. Der Begriff stellt auf die funktionelle Zuordnung zum Staat, unabhängig von der Rechtsform des Rechtsträgers, ab (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG Paragraph 3, Rz 7). Vom Begriff der "Einrichtung des öffentlichen Rechts" sind in erster Linie die sogenannten ausgegliederten Rechtsträger, die von Gebietskörperschaften kontrolliert oder finanziert werden, erfasst. Auf Basis des funktionellen Begriffsverständnisses sind grundsätzlich nur solche "Einrichtungen" als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren, die mit der öffentlichen Hand eng verbunden sind und bei denen Grund zur Annahme besteht, dass sie sich bei Ihrer Vergabeentscheidung "von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen" leiten lassen könnten (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG Paragraph 3, Rz 22).

Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz verfügt unbestrittener Maßen über Rechtspersönlichkeit und damit über Rechtsfähigkeit (§ 3 Abs 1 Z 2 lit b BVergG; siehe oben). Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz verfügt unbestrittener Maßen über Rechtspersönlichkeit und damit über Rechtsfähigkeit (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, BVergG; siehe oben).

Das Ausüben von im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art macht eine Einrichtung erst dann zum öffentlichen Auftraggeber, wenn diese Einrichtung auch vom Staat "beherrscht" wird (§ 3 Abs 1 Z 2 lit c BVergG). Die staatliche Beherrschung kann auf unterschiedliche Weise vermittelt werden: Das Ausüben von im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art macht eine Einrichtung erst dann zum öffentlichen Auftraggeber, wenn diese Einrichtung auch vom Staat "beherrscht" wird (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG). Die staatliche Beherrschung kann auf unterschiedliche Weise vermittelt werden:

Entweder durch überwiegende staatliche Finanzierung oder durch Aufsicht über die Leitung oder durch Einfluss auf die Zusammensetzung der Organe der Einrichtung (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG, § 3 Rz 77). Hierbei handelt es sich jeweils um alternativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale, sodass die Auftraggebereigenschaft auch erfüllt ist, wenn eine Einrichtung zwar überwiegend vom Staat finanziert wird, aber keinen sonstigen staatlichen Ingerenzbefugnissen unterliegt. Das Vorliegen der drei genannten Beherrschungskriterien indiziert eine Nahebeziehung und damit eine Zurechnung zum Staat und löst nicht nur die innerstaatliche Verpflichtung zur Anwendung des BVergG aus, sondern begründet auch gemeinschaftsrechtlich die Pflicht zur unmittelbaren Anwendung der Vergaberichtlinien. Die Auftraggebereigenschaft einer Einrichtung öffentlichen Rechts ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn mehrere der aufgezählten Beherrschungskriterien

weitgehend erfüllt werden und eine Gesamtbetrachtung keinen Zweifel an einer staatlichen Beherrschung offen lässt (vgl. auch BVA 7.8.2007, N/0065-BVA/15/2007-75). Entweder durch überwiegende staatliche Finanzierung oder durch Aufsicht über die Leitung oder durch Einfluss auf die Zusammensetzung der Organe der Einrichtung (vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG, Paragraph 3, Rz 77). Hierbei handelt es sich jeweils um alternativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale, sodass die Auftraggebereigenschaft auch erfüllt ist, wenn eine Einrichtung zwar überwiegend vom Staat finanziert wird, aber keinen sonstigen staatlichen Ingerenzbefugnissen unterliegt. Das Vorliegen der drei genannten Beherrschungskriterien indiziert eine Nahebeziehung und damit eine Zurechnung zum Staat und löst nicht nur die innerstaatliche Verpflichtung zur Anwendung des BVergG aus, sondern begründet auch gemeinschaftsrechtlich die Pflicht zur unmittelbaren Anwendung der Vergaberichtlinien. Die Auftraggebereigenschaft einer Einrichtung öffentlichen Rechts ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn mehrere der aufgezählten Beherrschungskriterien weitgehend erfüllt werden und eine Gesamtbetrachtung keinen Zweifel an einer staatlichen Beherrschung offen lässt (vergleiche auch BVA 7.8.2007, N/0065-BVA/15/2007-75).

Subkriterium "überwiegende staatliche Finanzierung":

Maßgeblich dafür, ob eine bestimmte Finanzierung ein besonderes Naheverhältnis zur öffentlichen Hand begründet, ist nach der Judikatur des EuGH, ob diese als "Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung" anzusehen ist, auf deren Basis die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtungen finanziert und unterstützt werden (EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge RN 21). Dies kann sowohl bei Alimentierung der betreffenden Einrichtung als auch bei mehrheitlicher staatlicher Kapitalbeteiligung der Fall sein (vgl. EuGH 15.1.1998, Rs C-44/96 Mannesmann RN 28). Vergaberechtlich unproblematisch sind daher alle jene Konstellationen, in denen den finanziellen Leistungen eines öffentlichen Auftraggebers entsprechende Gegenleistungen der Einrichtung gegenüber stehen (siehe Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG § 3 Rz 82). Maßgeblich dafür, ob eine bestimmte Finanzierung ein besonderes Naheverhältnis zur öffentlichen Hand begründet, ist nach der Judikatur des EuGH, ob diese als "Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung" anzusehen ist, auf deren Basis die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtungen finanziert und unterstützt werden (EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, University of Cambridge RN 21). Dies kann sowohl bei Alimentierung der betreffenden Einrichtung als auch bei mehrheitlicher staatlicher Kapitalbeteiligung der Fall sein (vergleiche EuGH 15.1.1998, Rs C-44/96 Mannesmann RN 28). Vergaberechtlich unproblematisch sind daher alle jene Konstellationen, in denen den finanziellen Leistungen eines öffentlichen Auftraggebers entsprechende Gegenleistungen der Einrichtung gegenüber stehen (siehe Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG Paragraph 3, Rz 82).

Das Merkmal der überwiegenden Finanzierung ist als quantitatives Kriterium im Sinne von "mehr als der Hälfte" zu verstehen.

Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz finanziert sich nach den glaubwürdigen und unwidersprochen gebliebenen Angaben des Pater O*** in der mündlichen Verhandlung (siehe Verhandlungsschrift, Seiten 3 und 4) durch Spenden, Erbschaften und Gestellungsverträgen mit den Diözesen. Der Orden erhält keine Basissubventionen aus öffentlichen Mitteln. Der Orden erhält öffentliche Mittel von Bund und Ländern jeweils nur projektbezogen, etwa eben wie gegenständlich für die Errichtung oder Sanierung von Schülerheimen. Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz wird somit nicht überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder Einrichtungen öffentlichen Rechts iSd Z 2 leg cit finanziert. Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz finanziert sich nach den glaubwürdigen und unwidersprochen gebliebenen Angaben des Pater O*** in der mündlichen Verhandlung (siehe Verhandlungsschrift, Seiten 3 und 4) durch Spenden, Erbschaften und Gestellungsverträgen mit den Diözesen. Der Orden erhält keine Basissubventionen aus öffentlichen Mitteln. Der Orden erhält öffentliche Mittel von Bund und Ländern jeweils nur projektbezogen, etwa eben wie gegenständlich für die Errichtung oder Sanierung von Schülerheimen. Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz wird somit nicht überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder Einrichtungen öffentlichen Rechts iSd Ziffer 2, leg cit finanziert.

Subkriterien "Aufsicht über die Leitung" bzw "Ernennung der Mehrheit der Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane":

Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz wird von einem Provinzial geleitet (Artikel 161 der

Konstitutionen und Statuten). Mit Hilfe des Provinzialrates leitet und überprüft dieser die Verwaltung der Güter der Provinz und der einzelnen "Häuser". Gemäß Artikel 162 der Konstitutionen und Statuten wird der Provinzial vom Generaloberen (Anm: in Rom) mit Zustimmung seines Rates ernannt. Der Provinzial unterliegt nicht der Aufsicht durch Auftraggeber iSd Z 1 und 2 leg cit. Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz wird von einem Provinzial geleitet (Artikel 161 der Konstitutionen und Statuten). Mit Hilfe des Provinzialrates leitet und überprüft dieser die Verwaltung der Güter der Provinz und der einzelnen "Häuser". Gemäß Artikel 162 der Konstitutionen und Statuten wird der Provinzial vom Generaloberen (Anmerkung, in Rom) mit Zustimmung seines Rates ernannt. Der Provinzial unterliegt nicht der Aufsicht durch Auftraggeber iSd Ziffer eins und 2 leg cit.

Der Provinzialrat unterstützt den Provinzial in allem, was die Leitung der Provinz betrifft. Er wird vom Provinzial einberufen und geleitet und setzt sich aus dem Vikar, dem Ökonom und in der Regel aus weiteren 3 bis 5 Ratsmitgliedern zusammen. Diese weiteren 3 bis 5 Mitglieder werden von der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz aus Ihrer Mitte gewählt (vgl die Angaben des Pater O*** in der mündlichen Verhandlung). Der Provinzialrat besteht sohin insgesamt aus Ordensmitgliedern und nicht (mehrheitlich) aus Mitgliedern, die von Auftraggebern iSd Z 1 und 2 leg cit ernannt worden sind. Der Provinzialrat unterstützt den Provinzial in allem, was die Leitung der Provinz betrifft. Er wird vom Provinzial einberufen und geleitet und setzt sich aus dem Vikar, dem Ökonom und in der Regel aus weiteren 3 bis 5 Ratsmitgliedern zusammen. Diese weiteren 3 bis 5 Mitglieder werden von der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz aus Ihrer Mitte gewählt (vergleiche die Angaben des Pater O*** in der mündlichen Verhandlung). Der Provinzialrat besteht sohin insgesamt aus Ordensmitgliedern und nicht (mehrheitlich) aus Mitgliedern, die von Auftraggebern iSd Ziffer eins und 2 leg cit ernannt worden sind.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass weder die Leitung der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz der staatlichen Aufsicht unterliegt, noch deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die von Auftraggebern gemäß § 3 Abs 1 Z 1 bzw Z 2 BVergG ernannt worden sind. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass weder die Leitung der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz der staatlichen Aufsicht unterliegt, noch deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die von Auftraggebern gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, bzw Ziffer 2, BVergG ernannt worden sind.

Da jedenfalls das Tatbestandsmerkmal "lit c" des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG nicht erfüllt ist, war auf das allfällige Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der "lit a" nicht gesondert mehr einzugehen. Da jedenfalls das Tatbestandsmerkmal "lit c" des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG nicht erfüllt ist, war auf das allfällige Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der "lit a" nicht gesondert mehr einzugehen.

Schlussfolgerung: Bei der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz handelt es sich um keine "Einrichtung öffentlichen Rechts" im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Schlussfolgerung: Bei der Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz handelt es sich um keine "Einrichtung öffentlichen Rechts" im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz ist sohin nicht als öffentlicher Auftraggeber im Sinne der BVergG anzusehen.

In der Folge ist zu klären, ob der "private" Auftraggeber "Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz" auf Grund der Regelung des § 3 Abs 2 BVergG in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG fällt und damit ein vergaberechtsspezifischer Rechtsschutz besteht: In der Folge ist zu klären, ob der "private" Auftraggeber "Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz" auf Grund der Regelung des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG fällt und damit ein vergaberechtsspezifischer Rechtsschutz besteht:

§ 3 Abs 2 lautet: Wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Abs 1 ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhanges I oder Bauaufträge im Sinne des Bauauftrages II oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50 vH direkt subventionieren, so gelten bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und des 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes. Paragraph 3, Absatz 2, lautet: Wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Absatz eins, ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des

Anhanges römisch eins oder Bauaufträge im Sinne des Bauauftrages römisch zwei oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50 vH direkt subventionieren, so gelten bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und des 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes.

Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz ist kein Auftraggeber im Sinne des Abs 1 (siehe oben). Die Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz ist kein Auftraggeber im Sinne des Absatz eins, (siehe oben).

Auftragsgegenstand ist die Sanierung und Erweiterung des Schülerheims der Salesianer Don Boscos in Fulpmes. Bei der ausgeschriebenen Leistung handelt es sich unzweifelhaft um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG. Auftragsgegenstand ist die Sanierung und Erweiterung des Schülerheims der Salesianer Don Boscos in Fulpmes. Bei der ausgeschriebenen Leistung handelt es sich unzweifelhaft um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG.

Neben den in § 3 Abs 1 BVergG definierten öffentlichen Auftraggebern, werden in § 3 Abs 2 leg cit auch sonstige Auftraggeber in den persönlichen Geltungsbereich des BVergG einbezogen, die, wenngleich sie selbst nicht als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren sind, zur Anwendung des BVergG verpflichtet werden, weil sie bei der Auftragsvergabe überwiegend öffentliche Mittel einsetzen oder weil ihnen eine besondere Stellung zu kommt bzw. sie in einer spezifischen Form tätig werden und dies eine gewisse Staatsnähe vermittelt (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG, § 3 Rz 92). Neben den in Paragraph 3, Absatz eins, BVergG definierten öffentlichen Auftraggebern, werden in Paragraph 3, Absatz 2, leg cit auch sonstige Auftraggeber in den persönlichen Geltungsbereich des BVergG einbezogen, die, wenngleich sie selbst nicht als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren sind, zur Anwendung des BVergG verpflichtet werden, weil sie bei der Auftragsvergabe überwiegend öffentliche Mittel einsetzen oder weil ihnen eine besondere Stellung zu kommt bzw. sie in einer spezifischen Form tätig werden und dies eine gewisse Staatsnähe vermittelt vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG, Paragraph 3, Rz 92).

Gemäß § 3 Abs 2 BVergG werden Förderungsnehmer, die selbst keine öffentlichen Auftraggeber sind, in den Geltungsbereich des BVergG einbezogen, wenn sie bestimmte näher definierte Bauaufträge oder mit solchen verbundene Dienstleistungsaufträge vergeben, die zu mehr als 50 % von öffentlichen Auftraggebern direkt subventioniert werden. Abs 2 leg cit verpflichtet die betreffende Einrichtung selbst zur Einhaltung des BVergG bei der Auftragsvergabe. Gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG werden Förderungsnehmer, die selbst keine öffentlichen Auftraggeber sind, in den Geltungsbereich des BVergG einbezogen, wenn sie bestimmte näher definierte Bauaufträge oder mit solchen verbundene Dienstleistungsaufträge vergeben, die zu mehr als 50 % von öffentlichen Auftraggebern direkt subventioniert werden. Absatz 2, leg cit verpflichtet die betreffende Einrichtung selbst zur Einhaltung des BVergG bei der Auftragsvergabe.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des BVergG ist zum Einen eine überwiegende direkte Subventionierung der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber. Zum Anderen muss es sich beim Auftragsgegenstand um einen Tiefbauauftrag im Sinne von Anhang I, um einen auf die in Anhang II aufgelisteten Leistungsgegenstände bezogenen Bauauftrag oder einen damit jeweils verbundenen Dienstleistungsauftrag, sowie jedenfalls um eine Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich, handeln. Liegen diese Voraussetzungen vor, kommen die Bestimmungen des 1., 2., 4., 5. und 6. Teiles des BVergG ex lege zur Anwendung. Eines entsprechenden "Verpflichtungsaktes" durch den öffentlichen Auftraggeber bedarf es hiezu nicht (siehe Rz 96). Voraussetzung für die Anwendbarkeit des BVergG ist zum Einen eine überwiegende direkte Subventionierung der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber. Zum Anderen muss es sich beim Auftragsgegenstand um einen Tiefbauauftrag im Sinne von Anhang römisch eins, um einen auf die in Anhang römisch zwei aufgelisteten Leistungsgegenstände bezogenen Bauauftrag oder einen damit jeweils verbundenen Dienstleistungsauftrag, sowie jedenfalls um eine Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich, handeln. Liegen diese Voraussetzungen vor, kommen die Bestimmungen des 1., 2., 4., 5. und 6. Teiles des BVergG ex lege zur Anwendung. Eines entsprechenden "Verpflichtungsaktes" durch den öffentlichen Auftraggeber bedarf es hiezu nicht (siehe Rz 96).

Die Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs des Vergaberechts auf private Förderungsnehmer betrifft gemäß § 3 Abs 2 BVergG nur Auftragsvergaben im Oberschwellenbereich. Werden die maßgeblichen Schwellenwerte nicht erreicht, findet das BVergG auf Auftragsvergaben durch private Förderungsnehmer keine Anwendung (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVergG, § 3 Rz 103). Die Ausdehnung des

persönlichen Geltungsbereichs des Vergaberechts auf private Förderungsnehmer betrifft gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG nur Auftragsvergaben im Oberschwellenbereich. Werden die maßgeblichen Schwellenwerte nicht erreicht, findet das BVergG auf Auftragsvergaben durch private Förderungsnehmer keine Anwendung vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Kommentar zum BVergG, Paragraph 3, Rz 103).

Zur Berechnung der Subvention in der erforderlichen Höhe von mehr als 50 % sind die Gesamtkosten des Projektes heranzuziehen. Werden Dienstleistungsaufträge gesondert vergeben, müssen auch diese zu mehr als 50 % von öffentlichen Auftraggebern subventioniert werden.

Aus dem 3. Nachtrag zur Vereinbarung von 5./6. Februar bzw 8. April 1970 samt Nachtrag vom 5. bzw 21. Mai 1973 sowie dem Vertrag vom 3. bis 9. Juni 1992, abgeschlossen zwischen Republik Österreich und der Österreichischen Ordensprovinz des Salesianer Don Boscos betreffend die Errichtung und die Erweiterung des Schülerheimes Don Boscos in Fulpmes, abgeschlossen zwischen 1. der Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Unterricht Kunst und Kultur, dieses ist vertreten durch den Landesschulrat für Tirol, Innsbruck 1, 6020 Innsbruck, im folgenden kurz Bund genannt,

1. 2.Ziffer 2

Dem Land Tirol, vertreten durch die gefertigten Organe, im Folgenden kurz Land genannt,

1. 3.Ziffer 3

Der Österreichischen Ordensprovinz der Salesianer Don Boscos, vertreten durch den Provinzial, im Folgenden kurz Salesianer genannt, ergibt sich (III Kostentragung), dass auf Basis der Machbarkeitsstudie samt Kostenschätzung (November 2005) von Architekt W***und des Gutachters (Dezember 2006) samt Grobkostenschätzung von R***, sich die vom Bund anerkehbaren Gesamtkosten (für Planung und Bauführung) auf max. Euro XXXX,-- netto belaufen. Sofern die Begründung einer Kostenerhöhung aus fachtechnischer Sicht erbracht wird, wird von einer Bemessungsbasis in einer Höhe von max. Euro XXXX,-- netto ausgegangen. Der Österreichischen Ordensprovinz der Salesianer Don Boscos, vertreten durch den Provinzial, im Folgenden kurz Salesianer genannt, ergibt sich (römisch drei Kostentragung), dass auf Basis der Machbarkeitsstudie samt Kostenschätzung (November 2005) von Architekt W***und des Gutachters (Dezember 2006) samt Grobkostenschätzung von R***, sich die vom Bund anerkehbaren Gesamtkosten (für Planung und Bauführung) auf max. Euro römisch 40 ,-- netto belaufen. Sofern die Begründung einer Kostenerhöhung aus fachtechnischer Sicht erbracht wird, wird von einer Bemessungsbasis in einer Höhe von max. Euro römisch 40 ,-- netto ausgegangen.

Der Bund leistet auf der Grundlage der anerkannten Gesamtbaukosten grundsätzlich die Hälfte der Kosten zu den definierten Baumaßnahmen, somit einen Betrag in der Höhe von Euro XXXX,--. Falls der Nachweis der Begründung der beschriebenen Kostensteigerung im Sinne der obigen Ausführungen erbracht wird, leistet der Bund maximal einen Betrag in der Höhe von Euro XXXX,-- (~ Euro XXXX,--). Der Bund leistet auf der Grundlage der anerkannten Gesamtbaukosten grundsätzlich die Hälfte der Kosten zu den definierten Baumaßnahmen, somit einen Betrag in der Höhe von Euro römisch 40 ,--. Falls der Nachweis der Begründung der beschriebenen Kostensteigerung im Sinne der obigen Ausführungen erbracht wird, leistet der Bund maximal einen Betrag in der Höhe von Euro römisch 40 ,-- (~ Euro römisch 40 ,--).

Das Land leistet jedenfalls grundsätzlich die Hälfte, maximal jedoch Euro XXXX,-- Das Land leistet jedenfalls grundsätzlich die Hälfte, maximal jedoch Euro römisch 40 ,--.

Die Salesianer übernehmen die Kosten für die Einrichtung des Schülerheimes und für die Sanierung der Außenanlagen.

Für die Berechnung der Subvention in der geforderten Höhe von mehr als 50% sind die Gesamtkosten des Projektes heranzuziehen (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm, Aicher, Fruhmam, Thienel Kommentar zum BVergG zu § 3 Rz 108). Laut Kostenschätzung des R*** vom Juni 2007 belaufen sich die Gesamtkosten auf Euro XXXX,--. Ausgehend von dieser Kostensumme und der Regelung hinsichtlich der Kostentragung im 3. Nachtrag, wonach Bund und Land jeweils grundsätzlich maximal Euro XXXX,-- der Kosten übernehmen, ergibt sich, dass das Gesamtprojekt jedenfalls zu mehr als 50% von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des BVergG subventioniert wird. Dieses Tatbestandsmerkmal des § 3 Abs 2 BVergG ist sohin erfüllt. Für die Berechnung der Subvention in der geforderten Höhe von mehr als 50% sind die Gesamtkosten des Projektes heranzuziehen vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm, Aicher, Fruhmam, Thienel

Kommentar zum BVergG zu Paragraph 3, Rz 108). Laut Kostenschätzung des R*** vom Juni 2007 belaufen sich die Gesamtkosten auf Euro römisch 40 ,--. Ausgehend von dieser Kostensumme und der Regelung hinsichtlich der Kostentragung im 3. Nachtrag, wonach Bund und Land jeweils grundsätzlich maximal Euro römisch 40 ,-- der Kosten übernehmen, ergibt sich, dass das Gesamtprojekt jedenfalls zu mehr als 50% von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des BVergG subventioniert wird. Dieses Tatbestandsmerkmal des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG ist sohin erfüllt.

Es verbleibt sohin die für die Anwendbarkeit des Tatbestandes des § 3 Abs 2 BVergG notwendige Abklärung der Frage, ob es sich gegenständlich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Es verbleibt sohin die für die Anwendbarkeit des Tatbestandes des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG notwendige Abklärung der Frage, ob es sich gegenständlich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Nach § 80 Abs 1 BVergG ist in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung u.a. anzugeben, ob die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung nach den Bestimmungen für den Ober- oder den Unterschwellenbereich erfolgt. Diese Bekanntgabe ist gegenständlich jedoch unterblieben. Nach Paragraph 80, Absatz eins, BVergG ist in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung u.a. anzugeben, ob die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung nach den Bestimmungen für den Ober- oder den Unterschwellenbereich erfolgt. Diese Bekanntgabe ist gegenständlich jedoch unterblieben.

Gemäß § 12 Abs 1 BVergG iVm der Verordnung der EG Nr. 1422/2007, liegen Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert ohne USt. der öffentlichen Bauaufträge und Baukonzessionsverträge mindestens Euro 5.150.000,-- beträgt (seit dem 1.1.2008). Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit der Verordnung der EG Nr. 1422 aus 2007,, liegen Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert ohne USt. der öffentlichen Bauaufträge und Baukonzessionsverträge mindestens Euro 5.150.000,-- beträgt (seit dem 1.1.2008).

Nach § 13 Abs 1 BVergG ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes der Gesamtwert ohne USt., der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller zum Vorhaben gehöriger Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Nach Abs 3 leg cit ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung (ohne USt.) vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß § 46 BVergG. Nach Paragraph 13, Absatz eins, BVergG ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes der Gesamtwert ohne USt., der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller zum Vorhaben gehöriger Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Nach Absatz 3, leg cit ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung (ohne USt.) vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß Paragraph 46, BVergG.

§ 14 Abs 1 BVergG lautet: Besteht ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Als Lose im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhangs I (Gewerke). Paragraph 14, Absatz eins, BVergG lautet: Besteht ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Als Lose im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhangs römisch eins (Gewerke).

§ 14 Abs 3 BVergG lautet: Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in § 12 Abs 1 Z 3 genannten Schwellenwert, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne USt. weniger als Euro 1.000.000,-- beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich. Paragraph 14, Absatz 3, BVergG lautet: Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, genannten Schwellenwert, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im

Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne USt. weniger als Euro 1.000.000,-- beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich.

Der Auftraggeber hat sich zur Ermittlung des voraussichtlich zu zahlenden "Gesamtbetrages" der Kostenschätzung der R***, vom Juni 2007, bedient.

Bei der genannten Kostenschätzung vom Juni 2007 handelt es sich lediglich um eine grobe Kostenermittlung mit einer Genauigkeit von +/- 20%.

Die Positionen der genannten Kostenschätzung (Pos 0-9) wurden nach den Vorgaben der ÖNORM B 1801-1 erstellt. Die Einzelgewerke wurden kostenmäßig nicht geschätzt, sondern nur das Gesamtvolumen des Auftrages. Das Gewerk "Heizung/Sanitär" wurde nicht nach der Kleinlosregelung vergeben ((vgl Angaben Bmst M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 6). Die Positionen der genannten Kostenschätzung (Pos 0-9) wurden nach den Vorgaben der ÖNORM B 1801-1 erstellt. Die Einzelgewerke wurden kostenmäßig nicht geschätzt, sondern nur das Gesamtvolumen des Auftrages. Das Gewerk "Heizung/Sanitär" wurde nicht nach der Kleinlosregelung vergeben vergleiche Angaben Bmst M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 6).

Die Kostenschätzung ist in folgende Positionen untergliedert:

0) Grundstück

1. 1) Ziffer eins
Aufschließung (diverse Umlegungsarbeiten;

Anschlussarbeiten)

1. 2) Ziffer 2
bis 4) Bauwerk - Rohbau/Technik/Ausbau
2. 5) Ziffer 5
Einrichtung (Zimmer; Küche inkl Lager; Kühlräume;

Allgemeinbereiche)

1. 6) Ziffer 6
Außenanlagen (Sportfläche; Allgemeinflächen)
2. 7) Ziffer 7
Honorare (Generalplaner)
3. 8) Ziffer 8
Nebenkosten (Anschlusskosten)
4. 9) Ziffer 9
Reserve

Für das Grundstück (Pos 0) wurden Kosten in der Höhe von Euro 0 angesetzt. Für die Aufschließung (Pos. 1) wurde ein Betrag von Euro XXXX,-- angesetzt. Für das Bauwerk - Rohbau/Technik/Ausbau (Pos. 2- 4) wurde ein Betrag von Euro XXXX,-- vorgesehen. Für die Einrichtung (Pos. 5) wurde ein Betrag von Euro XXXX,-- angesetzt. Die Sanierung der Außenanlagen (Pos. 6) belief sich auf Euro XXXX,--. An Honoraren (Pos. 7) wurde ein Betrag von Euro XXXX,-- angesetzt. Für Nebenkosten (Pos. 8) wurde ein Betrag in Höhe von Euro XXXX,-- angesetzt. Als Reserve (Pos. 9) wurden Euro XXXX,- - angenommen. Für das Grundstück (Pos 0) wurden Kosten in der Höhe von Euro 0 angesetzt. Für die Aufschließung (Pos. 1) wurde ein Betrag von Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Für das Bauwerk - Rohbau/Technik/Ausbau (Pos. 2- 4) wurde ein Betrag von Euro römisch 40 ,-- vorgesehen. Für die Einrichtung (Pos. 5) wurde ein Betrag von Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Die Sanierung der Außenanlagen (Pos. 6) belief sich auf Euro römisch 40 ,--. An Honoraren (Pos. 7) wurde ein Betrag von Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Für Nebenkosten (Pos. 8) wurde ein Betrag in Höhe von Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Als Reserve (Pos. 9) wurden Euro römisch 40 ,-- angenommen.

An Bauwerkskosten (Summe der Pos. 2 - 4) ergaben sich demnach Euro XXXX,--. Als Baukosten (Summe der Pos. 1 - 6) wurden Euro XXXX,-- angegeben. Als Gesamtkosten (Summe der Pos. 0 - 9) ergaben sich Euro XXXX,--. An Bauwerkskosten (Summe der Pos. 2 - 4) ergaben sich demnach Euro römisch 40 ,--. Als Baukosten (Summe der Pos. 1 - 6) wurden Euro römisch 40 ,-- angegeben. Als Gesamtkosten (Summe der Pos. 0 - 9) ergaben sich Euro römisch 40 ,--.

In der Folge war zu klären, welche der oben dargestellten Positionen aufgrund der gesetzlichen Vorgaben in den geschätzten Auftragswert einzuberechnen sind und in welcher tatsächlichen Höhe diese Positionen aufgrund der Ungenauigkeit der zugrundeliegenden Kostenschätzung sowie des Zeitpunktes der Kostenschätzung (Juni 2007) und des Zeitpunktes der Einleitung des Vergabeverfahrens, anzusetzen sind:

- -Strichaufzählung

Als Kosten des Grundstücks (Pos 0) wurden in der Kostenschätzung Euro 0 angesetzt. Diese wurden zu Recht nicht in die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes einbezogen (vgl Budischofsky/Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 14 Rz 16). Als Kosten des Grundstücks (Pos 0) wurden in der Kostenschätzung Euro 0 angesetzt. Diese wurden zu Recht nicht in die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes einbezogen vergleiche Budischofsky/Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 14, Rz 16).

- -Strichaufzählung

Als Kosten für die Aufschließung (Pos 1) wurden in der Kostenschätzung Euro XXXX,-- angesetzt. Nach hM (vgl Budischofsky/Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 14 Rz 16) sind die Aufschließungskosten nicht in die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes einzubeziehen. In der Folge wäre diese Position mit Euro 0 anzusetzen. Als Kosten für die Aufschließung (Pos 1) wurden in der Kostenschätzung Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Nach hM vergleiche Budischofsky/Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 14, Rz 16) sind die Aufschließungskosten nicht in die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes einzubeziehen. In der Folge wäre diese Position mit Euro 0 anzusetzen.

- -Strichaufzählung

Als Bauwerkskosten (Pos 2 bis 4) wurden in der Kostenschätzung Euro XXXX,- angesetzt. Diese Positionen waren jedenfalls in die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes einzubeziehen. Als Bauwerkskosten (Pos 2 bis 4) wurden in der Kostenschätzung Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Diese Positionen waren jedenfalls in die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes einzubeziehen.

- -Strichaufzählung

Für die Einrichtung (Pos 5) wurden in der Kostenschätzung Euro XXXX,-- angesetzt. Nicht einzubeziehen in den geschätzten Auftragswert sind nach hM die Kosten beweglicher Ausstattungsgegenstände (vgl Budischofsky/Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 14 Rz 16). Für die Ausstattung der Zimmer und der Allgemeinbereiche sind in der Grobkostenschätzung insgesamt Euro XXXX,-- vorgesehen. Diese Kosten sind jedenfalls nicht in den geschätzten Auftragswert einzubeziehen. Diese Gegenstände können ohne Verletzung der Substanz wieder entfernt werden. Danach würden Euro XXXX,-- an Kosten für die übrige "Einrichtung" (lt Bmst M***handelt es sich hierbei um um Küchenmöbel und -geräte) verbleiben. Es ist davon auszugehen, dass es sich bei der Einrichtung der Küche, des Lagers und der Kühlräume (Küchenpulte, Küchenkästen, Herd, Kühlschränke etc) grundsätzlich ebenfalls um bewegliche Ausstattungsgegenstände handelt, welche ohne Verletzung der Substanz leicht entfernt werden können. Hierzu kommt, dass die baulichen Vorbereitungen für die Installation der Küche und des Lagers ohnedies bereits in die Pos 2 bis 4 einbezogen wurden (siehe Kostenschätzung R***; Vergabeakt). In Position 5 ("Einrichtung") verbleiben somit keine weiteren unbeweglichen Ausstattungsgegenstände und ist diese Pos für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes mit Euro 0 zu berücksichtigen. Für die Einrichtung (Pos 5) wurden in der Kostenschätzung Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Nicht einzubeziehen in den geschätzten Auftragswert sind nach hM die Kosten beweglicher Ausstattungsgegenstände vergleiche Budischofsky/Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 14, Rz 16). Für die Ausstattung der Zimmer und der Allgemeinbereiche sind in der Grobkostenschätzung insgesamt Euro römisch 40 ,-- vorgesehen. Diese Kosten sind jedenfalls nicht in den geschätzten Auftragswert einzubeziehen. Diese Gegenstände können ohne Verletzung der Substanz wieder entfernt werden. Danach würden Euro römisch 40 ,-- an Kosten für die übrige "Einrichtung" (lt Bmst M***handelt es sich hierbei um um Küchenmöbel und -geräte) verbleiben. Es ist davon auszugehen, dass es sich bei der Einrichtung der Küche, des Lagers und der Kühlräume (Küchenpulte, Küchenkästen, Herd, Kühlschränke etc) grundsätzlich ebenfalls um bewegliche Ausstattungsgegenstände handelt, welche ohne Verletzung der Substanz leicht entfernt werden können. Hierzu kommt, dass die baulichen Vorbereitungen für die Installation der Küche und des Lagers ohnedies bereits in die

Pos 2 bis 4 einbezogen wurden (siehe Kostenschätzung R***; Vergabeakt). In Position 5 ("Einrichtung") verbleiben somit keine weiteren unbeweglichen Ausstattungsgegenstände und ist diese Pos für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes mit Euro 0 zu berücksichtigen.

- -Strichaufzählung

Für die Sanierung der Außenanlage (Pos 6) ist in der Kostenschätzung ein Betrag in Höhe von Euro XXXX,-- angesetzt. Dieser ist zur Gänze in die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes einzubeziehen. Für die Sanierung der Außenanlage (Pos 6) ist in der Kostenschätzung ein Betrag in Höhe von Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Dieser ist zur Gänze in die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes einzubeziehen.

- -Strichaufzählung

Als Kosten für den Generalplaner (Pos 7) waren in der Kostenschätzung Euro XXXX,-- vorgesehen. Hiezu ist Folgendes anzumerken: Werden Planungsleistungen nicht gesondert, sondern als Teil eines Bauauftrages (§ 4 Z 1 BVergG) vergeben, sind auch deren Kosten in den geschätzten Gesamtwert des Bauauftrages einzubeziehen (vgl Budischofsky/Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 14 Rz 14). Daraus folgt umgekehrt, dass Kosten für Planungsleistungen dann nicht in den geschätzten Auftragswert einzubeziehen sind, wenn die Planungsleistung gesondert vergeben wurde. Die Planungsleistung wurde nach Angaben des Bmst M*** (vgl VH-Schrift Seite 6) als Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich separat vergeben. Diese Angaben haben sich aufgrund von Nachforschungen des erkennenden Senates bestätigt. Die Vorinformation hinsichtlich der Planungsleistung erfolgte im Amtsblatt der EG am 4.12.2007 (2007/S 235-286300). Die Auftragsbekanntmachung erfolgte am 28.1.2008 (2008/S 22-028952). Auch die Vergabe des entsprechenden Auftrages wurde im Amtsblatt der EG bekannt gemacht (2008/S 171-228279). Demnach wurde die Planungsleistung am 1.9.2008 zu einem Auftragswert von Euro XXXX vergeben. Gegenständlich wurden die Planungsleistungen somit nicht gleichzeitig in einem einheitlichen Vorgang mit den Ausführungsleistungen vergeben (Keine Totalunternehmerausschreibung). Unter einem gleichzeitigen und einheitlichen Vorgang ist die Zusammenfassung in einer Ausschreibung zu verstehen (vgl Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Kommentar zum BVergG § 4 Rz 27 und 28). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass im Rahmen der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes auch die Position 7 mit einem Betrag von Euro 0 anzusetzen ist. Als Kosten für den Generalplaner (Pos 7) waren in der Kostenschätzung Euro römisch 40 ,-- vorgesehen. Hiezu ist Folgendes anzumerken: Werden Planungsleistungen nicht gesondert, sondern als Teil eines Bauauftrages (Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG) vergeben, sind auch deren Kosten in den geschätzten Gesamtwert des Bauauftrages einzubeziehen vergleiche Budischofsky/Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 14, Rz 14). Daraus folgt umgekehrt, dass Kosten für Planungsleistungen dann nicht in den geschätzten Auftragswert einzubeziehen sind, wenn die Planungsleistung gesondert vergeben wurde. Die Planungsleistung wurde nach Angaben des Bmst M*** vergleiche VH-Schrift Seite 6) als Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich separat vergeben. Diese Angaben haben sich aufgrund von Nachforschungen des erkennenden Senates bestätigt. Die Vorinformation hinsichtlich der Planungsleistung erfolgte im Amtsblatt der EG am 4.12.2007 (2007/S 235-286300). Die Auftragsbekanntmachung erfolgte am 28.1.2008 (2008/S 22-028952). Auch die Vergabe des entsprechenden Auftrages wurde im Amtsblatt der EG bekannt gemacht (2008/S 171-228279). Demnach wurde die Planungsleistung am 1.9.2008 zu einem Auftragswert von Euro römisch 40 vergeben. Gegenständlich wurden die Planungsleistungen somit nicht gleichzeitig in einem einheitlichen Vorgang mit den Ausführungsleistungen vergeben (Keine Totalunternehmerausschreibung). Unter einem gleichzeitigen und einheitlichen Vorgang ist die Zusammenfassung in einer Ausschreibung zu verstehen vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Kommentar zum BVergG Paragraph 4, Rz 27 und 28). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass im Rahmen der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes auch die Position 7 mit einem Betrag von Euro 0 anzusetzen ist.

- -Strichaufzählung

Als Nebenkosten (Pos 8) wurden in der Grobkostenschätzung Euro XXXX,-- veranschlagt. Unabhängig von ihrer tatsächlichen Höhe sind diese Nebenkosten nach hM (vgl Budischofsky/Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 14 Rz 14) jedoch nicht in die Schätzung des Auftragswertes einzubeziehen. Als Nebenkosten (Pos 8) wurden in der Grobkostenschätzung Euro römisch 40 ,--

veranschlagt. Unabhängig von ihrer tatsächlichen Höhe sind diese Nebenkosten nach hM vergleiche Budischofsky/Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 14, Rz 14) jedoch nicht in die Schätzung des Auftragswertes einzubeziehen.

- -Strichaufzählung

Als "Reserve" (Pos 9) wurden in der Kostenschätzung Euro XXXX,-- angesetzt. Unter Pos 9 sind nach den Ausführungen des Bmst M*** (VH-Schrift Seite 6) Kosten für Unvorhergesehenes zu verstehen. Auch Kosten für Unvorhergesehenes sind nach hM (vgl Budischofsky/Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 14 Rz 14, mit Bezug auf Heid in Heid/Preslmayr Handbuch Vergaberecht, 73) nicht in die Schätzung des Auftragswertes einzubeziehen und somit mit einem Betrag von Euro 0 anzusetzen. Als "Reserve" (Pos 9) wurden in der Kostenschätzung Euro römisch 40 ,-- angesetzt. Unter Pos 9 sind nach den Ausführungen des Bmst M*** (VH-Schrift Seite 6) Kosten für Unvorhergesehenes zu verstehen. Auch Kosten für Unvorhergesehenes sind nach hM vergleiche Budischofsky/Porsch in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 14, Rz 14, mit Bezug auf Heid in Heid/Preslmayr Handbuch Vergaberecht, 73) nicht in die Schätzung des Auftragswertes einzubeziehen und somit mit einem Betrag von Euro 0 anzusetzen.

Aus dem Gesagten folgt, dass in die Berechnung des geschätzten Auftragswertes lediglich die Positionen 2 bis 4 (Euro XXXX,--) und die Position 6 (Euro XXXX,--) einzubeziehen sind. Die Summe dieser Positionen ergibt einen Betrag von Euro XXXX,--. Unter Einberechnung des "Ungenauigkeitswertes" von +20% ergibt sich ein maximaler Betrag in Höhe von Euro XXXX,--. Selbst wenn man nun diesen Betrag um weitere 7,5% erhöht (Anm: Erhöhung des Baupreisindex im Zeitraum 2. Quartal 2007 bis zum Zeitpunkt der Verfahrensbekanntmachung 1. Quartal 2009), würde sich ein geschätzter Auftragswert in Höhe von maximal Euro XXXX ergeben. Der Schwellenwert für Bauaufträge beträgt seit 1.1.2008 Euro XXXX,--. Selbst bei einer - für die Antragstellerin "günstigsten" Berechnung - mit der Heranziehung eines "Schätztrichters" von + 20% würde der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert für Bauaufträge im Oberschwellenbereich nicht erreichen. Aus dem Gesagten folgt, dass in die Berechnung des geschätzten Auftragswertes lediglich die Positionen 2 bis 4 (Euro römisch 40 ,--) und die Position 6 (Euro römisch 40 ,--) einzubeziehen sind. Die Summe dieser Positionen ergibt einen Betrag von Euro römisch 40 ,--. Unter Einberechnung des "Ungenauigkeitswertes" von +20% ergibt sich ein maximaler Betrag in Höhe von Euro römisch 40 ,--. Selbst wenn man nun diesen Betrag um weitere 7,5% erhöht Anmerkung, Erhöhung des Baupreisindex im Zeitraum 2. Quartal 2007 bis zum Zeitpunkt der Verfahrensbekanntmachung 1. Quartal 2009), würde sich ein geschätzter Auftragswert in Höhe von maximal Euro römisch 40 ergeben. Der Schwellenwert für Bauaufträge beträgt seit 1.1.2008 Euro römisch 40 ,--. Selbst bei einer - für die Antragstellerin "günstigsten" Berechnung - mit der Heranziehung eines "Schätztrichters" von + 20% würde der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert für Bauaufträge im Oberschwellenbereich nicht erreichen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich und nicht um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, wie in § 3 Abs 2 BVergG verlangt, handelt. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich und nicht um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, wie in Paragraph 3, Absatz 2, BVergG verlangt, handelt.

Abgesehen davon ist ohnehin auch fraglich, ob gegenständlich überhaupt ein unter die in Anhang II zum BVergG genannten Aufträge zu subsumierender Bauauftrag vorliegt. Abgesehen davon ist ohnehin auch fraglich, ob gegenständlich überhaupt ein unter die in Anhang römisch zwei zum BVergG genannten Aufträge zu subsumierender Bauauftrag vorliegt.

In Anhang II (Bauaufträge nach § 3 Abs 2) sind genannt In Anhang römisch zwei (Bauaufträge nach Paragraph 3, Absatz 2,) sind genannt:

Errichtung von Krankenhäusern, Sportanlagen, Erholungsanlagen, Freizeitanlagen, Schulen und Hochschulen sowie Verwaltungsgebäuden.

Bauaufträge gemäß Anhang II sind demnach Hochbauten mit speziellem Gemeinwohlbezug. § 3 Abs 2 leg cit stellt eine taxative Aufzählung der hierunter fallenden Bauvorhaben dar. Im Hinblick auf die Zielsetzung der Regelung ist zwar - innerhalb dieses vom Gesetzgeber gezogenen Rahmens - eine restriktive Auslegung abzulehnen (vgl Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Kommentar zum BVergG § 3 Rz 100 und 101). Der äußert mögliche Wortsinn steckt die Grenze jeglicher Auslegung ab. Bauaufträge gemäß Anhang römisch zwei sind demnach Hochbauten mit

speziellem Gemeinwohlbezug. Paragraph 3, Absatz 2, leg cit stellt eine taxative Aufzählung der hierunter fallenden Bauvorhaben dar. Im Hinblick auf die Zielsetzung der Regelung ist zwar - innerhalb dieses vom Gesetzgeber gezogenen Rahmens - eine restriktive Auslegung abzulehnen (vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Kommentar zum BVerG Paragraph 3, Rz 100 und 101). Der äußert mögliche Wortsinn steckt die Grenze jeglicher Auslegung ab.

Angesichts dessen ist selbst bei einer extensiven Auslegung der in Anhang II angeführten Bauaufträge (Errichtung von Schulen) eine "Auslegung" dahingehend abzulehnen, dass darunter auch die Erweiterung und Sanierung (im Unterschied zur Errichtung) von Schülerheimen fallen würde. Von der Erweiterung bzw Sanierung von Schülerheimen ist nämlich in Anhang II ebenso wenig die Rede wie etwa auch von Kindergärten oder Alten- und Pflegeheimen, die wohl ebenfalls als "Bauten mit Gemeinwohlbezug" anzusehen wären. Angesichts dessen ist selbst bei einer extensiven Auslegung der in Anhang römisch zwei angeführten Bauaufträge (Errichtung von Schulen) eine "Auslegung" dahingehend abzulehnen, dass darunter auch die Erweiterung und Sanierung (im Unterschied zur Errichtung) von Schülerheimen fallen würde. Von der Erweiterung bzw Sanierung von Schülerheimen ist nämlich in Anhang römisch zwei ebenso wenig die Rede wie etwa auch von Kindergärten oder Alten- und Pflegeheimen, die wohl ebenfalls als "Bauten mit Gemeinwohlbezug" anzusehen wären.

Im Hinblick auf vorstehende Ausführungen ist die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zu verneinen. Es kann daher dahinstehen, ob die erforderlichen Vertretungsbefugnisse des Pater O*** vorlagen und ob in weiterer Folge der Zuschlag am 19.6.2009 bzw 22.6.2009 rechtswirksam erteilt wurde.

So handelt es sich gegenständlich nicht um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, sondern um einen solchen im Unterschwellenbereich. Bereits deshalb unterliegt der "private Auftraggeber" Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz nicht dem vergabespezifischen Rechtsschutz des BVerG iSd Bestimmung des § 3 Abs 2 BVerG und ist damit eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Nachprüfung des gegenständlichen Beschaffungsvorganges nicht gegeben. So handelt es sich gegenständlich nicht um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, sondern um einen solchen im Unterschwellenbereich. Bereits deshalb unterliegt der "private Auftraggeber" Gesellschaft der Salesianer Don Boscos Österreichische Provinz nicht dem vergabespezifischen Rechtsschutz des BVerG iSd Bestimmung des Paragraph 3, Absatz 2, BVerG und ist damit eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Nachprüfung des gegenständlichen Beschaffungsvorganges nicht gegeben.

Wie erwähnt, ist auch das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals "Bauftrag iSd Anhangs II" zweifelhaft.

Das Bundesvergabeamt ist somit zur Nachprüfung der gegenständlichen Auftragsvergabe nicht zuständig, sodass der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen war.

Das Bundesvergabeamt ist zur Nachprüfung der gegenständlichen Auftragsvergabe nicht zuständig. Ein vergabespezifischer Rechtsschutz besteht bei der gegenständlichen Beschaffung nicht (siehe oben).

Mangels Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Vergabenachprüfung im konkreten Fall, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen.

Zu Spruchpunkt II:

Mangels Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Vergabenachprüfung im konkreten Fall, waren auch die eventualiter gestellten Feststellungsanträge zurückzuweisen (Begründung siehe im Übrigen unter Spruchpunkt I). Mangels Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Vergabenachprüfung im konkreten Fall, waren auch die eventualiter gestellten Feststellungsanträge zurückzuweisen (Begründung siehe im Übrigen unter Spruchpunkt römisch eins).

Zu Spruchpunkt III:

Gemäß § 319 Abs 1 BVerG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVerG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Da der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (mit Spruchpunkt I) zurückgewiesen wurde und sohin kein Obsiegen des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, waren die Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren abzuweisen. Da der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (mit Spruchpunkt römisch eins) zurückgewiesen wurde und sohin kein Obsiegen des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, waren die Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren abzuweisen.

Dies gilt auch für den Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 30.6.2009, GZ N/0066-BVA/09/2009-EV14, teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch unter Spruchpunkt I zurückgewiesen. Dies gilt auch für den Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 30.6.2009, GZ N/0066-BVA/09/2009-EV14, teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch unter Spruchpunkt römisch eins zurückgewiesen.

Ein Ersatz der Gebühren für die Feststellungsanträge wurde von der Antragstellerin nicht begehrt. Davon abgesehen wäre ein solcher Antrag abzuweisen gewesen, da die Feststellungsanträge mit Spruchpunkt II zurückgewiesen wurden. Ein Ersatz der Gebühren für die Feststellungsanträge wurde von der Antragstellerin nicht begehrt. Davon abgesehen wäre ein solcher Antrag abzuweisen gewesen, da die Feststellungsanträge mit Spruchpunkt römisch zwei zurückgewiesen wurden.

Zuletzt aktualisiert am

06.10.2010

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