

# TE Verg Bescheid 2004/7/23 04N-50/04-46

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.07.2004

## Norm

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2002 §20 Z2

BVergG 2002 §20 Z4

BVergG 2002 §20 Z9

BVergG 2002 §20 Z10

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitdd

BVergG 2002 §20 Z41

BVergG 2002 §20 Z42

BVergG 2002 §23 Abs5

BVergG 2002 §83 Abs1 Z8

BVergG 2002 §98 Z1

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §100 Abs1

BVergG 2002 §162 Abs2 Z2

BVergG 2002 §162 Abs3

BVergG 2002 §163 Abs1

BVergG 2002 §169 Abs1 Z3

BVergG 2002 §175 Abs1

AVG 1991 §13 Abs3

AVG 1991 §71 Abs1

AVG 1991 §73 Abs3

WKG §31 Abs3

WKG §32 Abs1

WKG §136 Abs1

1. WKG § 31 heute
  2. WKG § 31 gültig ab 22.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2006
  3. WKG § 31 gültig von 01.01.2002 bis 21.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 153/2001
  4. WKG § 31 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001
- 
1. WKG § 32 heute
  2. WKG § 32 gültig ab 12.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2013
  3. WKG § 32 gültig von 01.01.2002 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 153/2001

4. WKG § 32 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001

1. WKG § 136 heute

2. WKG § 136 gültig ab 01.09.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2025

3. WKG § 136 gültig von 22.06.2006 bis 31.08.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2006

4. WKG § 136 gültig von 01.01.1999 bis 21.06.2006

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Gen.Lnt.Ing.Mag.Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Dipl.Ing. Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2002, (BVergG 2002), BGBl. I Nr. 99/2002, und im Feststellungsverfahren gemäß § 175 Abs. 1 und gemäß § 162 Abs. 3 BVergG 2002, betreffend die Auftragsvergabe "Planung Expo Pavillon 2005" des Auftraggebers Wirtschaftskammer Österreich, Wiedner Hauptstraße 63, 1045 Wien, vertreten durch Y\*\*\*, über die nachfolgenden Anträge der Bietergemeinschaft, bestehend aus 1. A\*\*\*, 2. B\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, (in der Folge Antragsteller) vom 24. Mai 2004 und vom 28. Juni 2004, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Gen.Lnt.Ing.Mag.Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Dipl.Ing. Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2002, (BVergG 2002), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, und im Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 175, Absatz eins und gemäß Paragraph 162, Absatz 3, BVergG 2002, betreffend die Auftragsvergabe "Planung Expo Pavillon 2005" des Auftraggebers Wirtschaftskammer Österreich, Wiedner Hauptstraße 63, 1045 Wien, vertreten durch Y\*\*\*, über die nachfolgenden Anträge der Bietergemeinschaft, bestehend aus 1. A\*\*\*, 2. B\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, (in der Folge Antragsteller) vom 24. Mai 2004 und vom 28. Juni 2004, wie folgt entschieden:

### SPRUCH

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 11. Mai 2004, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, wird nicht stattgegeben.römisch eins. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 11. Mai 2004, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, wird nicht stattgegeben.

II. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 13. Mai 2004, "D\*\*\* zur Gestaltung des Österreich-Pavillons auf der Expo 2005" den Zuschlag erteilen zu wollen, wird zurückgewiesen.römisch zwei. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 13. Mai 2004, "D\*\*\* zur Gestaltung des Österreich-Pavillons auf der Expo 2005" den Zuschlag erteilen zu wollen, wird zurückgewiesen.

III. Der in eventu gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die "Versäumung der Frist zur rechtzeitigen Vornahme einer gesonderten Bekämpfung bzw. eines gesonderten Antrages auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen und der Ausschreibung zu bewilligen", wird abgewiesen.römisch drei. Der in eventu gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die "Versäumung der Frist zur rechtzeitigen Vornahme einer gesonderten Bekämpfung bzw. eines gesonderten Antrages auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen und der Ausschreibung zu bewilligen", wird abgewiesen.

IV. Der in eventu gestellte Antrag, "die Ausschreibung im vorliegenden Vergabeverfahren für nichtig zu erklären", wird zurückgewiesen.römisch vier. Der in eventu gestellte Antrag, "die Ausschreibung im vorliegenden Vergabeverfahren für nichtig zu erklären", wird zurückgewiesen.

V. Die in eventu gestellten Anträge auf Feststellung, dassrömisch fünf. Die in eventu gestellten Anträge auf Feststellung, dass

1. 1.Ziffer eins

"die Entscheidung der Antragsgegnerin Wirtschaftskammer Österreich vom 11.5.2004 und 13.5.2004 auf Ausscheiden der Antragstellerin bzw. Zuschlag an D\*\*\* für die Gestaltung des Österreich-Pavillons auf der EXPO 2005 bzw. die Zuschlagserteilung an D\*\*\* vom 29.5.2004 rechtswidrig sind",

2. 2.Ziffer 2

"dass die Antragsgegnerin Wirtschaftskammer Österreich wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz den Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt hat und mit den Entscheidungen vom 11.5.2004 und 13.5.2004 auf Ausscheidung der Antragstellerin bzw. Zuschlag an D\*\*\* zur Gestaltung des Österreich-Pavillons auf der EXPO 2005 und der Zuschlagserteilung vom 29.5.2004 an D\*\*\* gegen das Bundesgesetz verstoßen hat und der Zuschlag nicht an die Bestbieterin, nämlich die Antragstellerin, erteilt wurde",

werden zurückgewiesen.

#### Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung im Vergabeverfahren "Planung Expo-Pavillon 2005" wurde am 21. Februar 2004 unter 2004/S37- 032672 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft, und am 19. Februar 2004 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik Amtlicher Lieferungsanzeiger zu L156381, veröffentlicht. Aus den genannten Veröffentlichungen ergibt sich, dass der als Dienstleistungsauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand "Planung Expo-Pavillon 2005" in Form eines Verhandlungsverfahrens vergeben werden und die Dienstleistungserbringung einem besonderen Berufsstand vorbehalten sein soll, nämlich der Befugnis des Ziviltechnikers (ZTG) oder des Technischen Büros - Ingenieurbüro (§134 GewO) oder des Baumeisters (§ 99 GewO). Der Gegenstand der Ausschreibung wurde als "Erlangung eines gesamtheitlichen Planungsvorschlages ("Lösungskonzept") für den Ausbau des Österreich-Pavillons auf der Expo 2005 in Aichi/Japan und Begleitung des Auftraggebers bei der Realisierung des Lösungskonzeptes vor Ort" umschrieben. Die Ausschreibungsbekanntmachung im Vergabeverfahren "Planung Expo-Pavillon 2005" wurde am 21. Februar 2004 unter 2004/S37- 032672 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft, und am 19. Februar 2004 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik Amtlicher Lieferungsanzeiger zu L156381, veröffentlicht. Aus den genannten Veröffentlichungen ergibt sich, dass der als Dienstleistungsauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand "Planung Expo-Pavillon 2005" in Form eines Verhandlungsverfahrens vergeben werden und die Dienstleistungserbringung einem besonderen Berufsstand vorbehalten sein soll, nämlich der Befugnis des Ziviltechnikers (ZTG) oder des Technischen Büros - Ingenieurbüro (§134 GewO) oder des Baumeisters (Paragraph 99, GewO). Der Gegenstand der Ausschreibung wurde als "Erlangung eines gesamtheitlichen Planungsvorschlages ("Lösungskonzept") für den Ausbau des Österreich-Pavillons auf der Expo 2005 in Aichi/Japan und Begleitung des Auftraggebers bei der Realisierung des Lösungskonzeptes vor Ort" umschrieben.

Als Endtermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde der 25. März 2004, 12.00 Uhr, fixiert. Die Zahl der Unternehmer, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollten, wurde mit 5 festgelegt. Unterlagen waren unter der Anschrift Y\*\*\*, erhältlich.

Diese Unterlagen umfassten nach einer allgemeinen Einführung unter Punkt. 1. – 11. Ausführungen zum Auftraggeber/vergebende Stelle (Punkt 1), zum Gestaltungskonzept für den Österreichischen Pavillon/Beschaffungsziel und Leistungsbild (Punkt 2), zur Verfahrensart und zum Verfahrensablauf (Punkt 3), zu den Eignungskriterien (Punkt 4), zum Ausschluss vom Vergabeverfahren (Punkt 5), zu den Auswahlkriterien (Punkt 6), zum Termin und zur Einreichform (Punkt 7), zu den Bestimmungen zum Datenaustausch (Punkt 8), zu den Anfragen (Punkt 9), zu den Bergergemeinschaften (Punkt 10) und zum Subunternehmer (Punkt 11).

Zu Punkt 2 " Suche für ein Gestaltungskonzept für den österreichischen Pavillon/Beschaffungsziel und Leistungsbild" wurde Folgendes ausgeführt:

"Ziel der Ausschreibung ist es, einen gesamtheitlichen Planungsvorschlag ("Lösungskonzept") für den Ausbau des Österreich-Pavillons auf der Expo 2005 in Aichi/Japan zu erhalten. Dieses Lösungskonzept soll - ausgehend von einer architektonischen Gestaltungsidee der Bieter für den Pavillon-Ausbau - die (multimediale) Umsetzung der thematischen, konzeptionellen, räumlichen, betrieblichen und organisatorischen Vorgaben des Auftraggebers gewährleisten. Zum Leistungsbild des Auftragnehmers zählen auch die Begleitung des Auftraggebers bei der Realisierung des Lösungskonzeptes vor Ort."

Zu Punkt. 4 "Eignungskriterien" wurde Folgendes ausgeführt:

#### "4.1 Befugnis

Teilnahmeberechtigt und zum Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntgabe eingeladen werden in den EWR-Mitgliedstaaten ansässige Personen, die gemäß den Rechtsvorschriften ihres Heimatstaates spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt sind.

Österreichische Bewerber müssen zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe über alle für die Erbringung des gegenständlichen Projektes notwendigen gesetzlichen Befugnisse verfügen. Gleiches gilt für Subunternehmer, an die der Bewerber Leistungen vergeben will. Der Bewerber hat den Nachweis seiner Befugnis durch die Vorlage der entsprechenden Berechtigung grundsätzlich in seinem Teilnahmeantrag, spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu führen. Der Auftraggeber behält sich vor, die Befugnis von allfälligen Subunternehmen gesondert zu prüfen.

Folgende Befugnisse sind jedenfalls nachzuweisen:

- -Strichaufzählung  
Befugnis als Ziviltechniker (ZTG) oder Technisches Büro – Ingenieurbüro (§ 134 GewO) oder Baumeister (§ 99 GewO) Befugnis als Ziviltechniker (ZTG) oder Technisches Büro – Ingenieurbüro (Paragraph 134, GewO) oder Baumeister (Paragraph 99, GewO)

Ausländische Bewerber, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässig sind und die ein Anerkennungs- und Gleichhaltungsverfahren gemäß den §§ 373 c und 373 d GewO 1994 in der jeweils geltenden Fassung durchführen oder eine Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Architektenverordnung, BGBl. Nr. 694/1995, in der jeweils geltenden Fassung, oder eine Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, BGBl. Nr. 695/1995, in der jeweils geltenden Fassung, einholen müssen, haben vor Ablauf der Angebotsfrist den Nachweis zu erbringen, dass sie einen Antrag gemäß den genannten Rechtsvorschriften eingebracht haben. Der Anerkennungs- bzw. Gleichhaltungsbescheid bzw. die Bestätigung muss spätestens bis zum Ende der Zuschlagsfrist vorliegen. Darüber hinaus haben diese Bewerber eine beglaubigte Abschrift des Berufs- oder Handelsregisters ihres Herkunftslandes oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung grundsätzlich in ihrem Teilnahmeantrag, spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung der Angebotsabgabe vorzulegen."Ausländische Bewerber, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässig sind und die ein Anerkennungs- und Gleichhaltungsverfahren gemäß den Paragraphen 373, c und 373 d GewO 1994 in der jeweils geltenden Fassung durchführen oder eine Bestätigung gemäß Paragraph eins, Absatz 4, der EWR-Architektenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 694 aus 1995,, in der jeweils geltenden Fassung, oder eine Bestätigung gemäß Paragraph eins, Absatz 4, der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 695 aus 1995,, in der jeweils geltenden Fassung, einholen müssen, haben vor Ablauf der Angebotsfrist den Nachweis zu erbringen, dass sie einen Antrag gemäß den genannten Rechtsvorschriften eingebracht haben. Der Anerkennungs- bzw. Gleichhaltungsbescheid bzw. die Bestätigung muss spätestens bis zum Ende der Zuschlagsfrist vorliegen. Darüber hinaus haben diese Bewerber eine beglaubigte Abschrift des Berufs- oder Handelsregisters ihres Herkunftslandes oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung grundsätzlich in ihrem Teilnahmeantrag, spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung der Angebotsabgabe vorzulegen."

Unter Punkt 6 "Auswahlkriterien" waren die Auswahlkriterien - die Lösungskompetenz (80 %) und Referenzen (20 %) - angeführt. Die Lösungskompetenz der Bewerber wurde auf Grundlage der anzufertigenden Projektskizze beurteilt. Für diese waren bestimmte Mindestanforderungen (MUSS-Kriterien) festgelegt. Sollten diese nicht erfüllt werden, war die Projektskizze nicht zu bewerten bzw. auszuschneiden. Zu diesen Mindestanforderungen zählten sowohl die finanzielle Machbarkeit als auch die personelle Machbarkeit. Die finanzielle Machbarkeit mit einem Budgetrahmen von Euro 1,3 Millionen inkl. USt wurde u.a. auf Grund von anzugebenden Planungskosten beurteilt, die auch allfällige zusätzliche Aufwendungen durch Einschaltung sonstiger planender, gestaltender oder überwachender Beteiligter (z.B. Subunternehmer des Auftragnehmers) zu umfassen hatte. Zur Überprüfung der personellen Machbarkeit der vorgeschlagenen Idee wurde das zur Verfügung stehende Projektteam herangezogen. Dazu waren von den Bewerbern Lebensläufe jener Mitarbeiter/Teammitglieder dem Teilnahmeantrag beizulegen, die im Fall der Auftragserteilung für die Projektrealisierung zur Verfügung stehen.

Unter Punkt 10 "Bewerbergemeinschaften" war Folgendes ausgeführt:

".....

Bewerbergemeinschaften sind zulässig. Sie müssen am Deckblatt des Teilnahmeantrages einen

zustellbevollmächtigten Federführer nennen. Bewerbergemeinschaften erklären mit Abgabe ihres Teilnahmeantrages (siehe Pkt. 0.5 der Beilage ./1) nach Abgabe eines Angebotes eine Bietergemeinschaft und im Auftragsfall eine Arbeitsgemeinschaft (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) zu bilden. Die eingeladenen Bewerber haben die (allenfalls nachträgliche) Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen."

Unter Punkt 11 "Subunternehmer" war Folgendes ausgeführt:

„Subunternehmer stehen (im Gegensatz zu Mitgliedern einer Bewerbergemeinschaft) in keiner direkten Rechtsbeziehung zum Auftraggeber (keine Unterfertigung des Teilnahmeantrags durch Subunternehmer erforderlich):

.....

Die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer ist zulässig. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist – ausgenommen bei Kaufverträgen und an verbundene Unternehmer – unzulässig. Der Auftragnehmer hat wesentliche Teile seiner Arbeit, die in seine Befugnis fallen, selbst auszuführen. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit besitzt.

Der Bewerber hat in seinem Teilnahmeantrag die Person des Subunternehmers, den Einsatzbereich und den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom Gesamtauftragswert anzugeben (Beilage ./3). Darüber hinaus sind von den Subunternehmern Erklärungen gemäß Beilage ./3a beizugeben und dem Teilnahmeantrag beizulegen. Ein Wechsel des Subunternehmers ist nur mit Zustimmung des Auftraggebers zulässig. Der Auftraggeber wird einem Wechsel des Subunternehmers zustimmen, wenn die Gleichwertigkeit der Subunternehmer gewährleistet ist, wofür der Bewerber beweispflichtig ist.

.....“

Den Unterlagen waren neun Beilagen, nämlich das Formular für den Teilnahmeantrag (./1) die Referenzliste (./2), die Subunternehmerliste (./3), die Subunternehmererklärung (./3a), die Briefingunterlage Projektskizze (./4), der Grundriss Expo Pavillon (./5), das Formular Kostenschätzung (./6), das Formular Lebenslauf (./7), der Verfasserbrief (./8) und Informationsmaterial (./9), angeschlossen.

Das Formular des Teilnahmeantrages (./1) enthielt unter Pkt. 0.1 folgende Ausführung:

"Ich (wir) anerkenne(n), dass meinem (unserem) Teilnahmeantrag insbesondere die nachfolgenden Bestimmungen zugrunde liegen:

- -Strichaufzählung  
Die gegenständlichen Bewerbererklärungen (Pkt. 0.1 – 0.5 des Teilnahmeantrages),
- -Strichaufzählung  
Die formellen und organisatorischen Ausschreibungsbestimmungen (Pkt. 1 – 11 der Teilnahmeantragsunterlagen),
- -Strichaufzählung

.....

0.5 (Gilt nur für den Fall des Vorliegens einer Bewerbergemeinschaft = zumindest 2 auf dem Deckblatt des Teilnahmeantrags eingetragene Unternehmen).

Wir erklären als Mitglieder der Bewerbergemeinschaft, dass die Bewerbergemeinschaft aus den auf dem Deckblatt des Teilnahmeantrags eingetragenen Mitgliedern bestehen und dass die dort eingetragene Person als bevollmächtigter Vertreter (Federführer) alle Mitglieder der Bewerbergemeinschaft gegenüber dem Auftraggeber, im gegenständlichen Vergabeverfahren und in sämtlichen Belangen der Vertragsabwicklung, rechtsverbindlich ohne jede Einschränkung vertritt. Sämtliche Zustellungen an den bevollmächtigten Vertreter sind unter der für diesen Vertreter angegebenen (rechtskräftig zustellfähigen) Adresse (Post oder Fax oder E-Mail) vorzunehmen.

Wir erklären als Mitglieder der Bewerbergemeinschaft weiter, dass wir nach Angebotsabgabe eine Bietergemeinschaft und im Falle der Beauftragung eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) bilden werden, in der alle Mitglieder der gegenständlichen Bewerbergemeinschaft zur vertragsgemäßen Erbringung der gesamten Leistung solidarisch haften werden.“

Im Zuge einer Fragebeantwortung erfolgte zu den Teilnahmeantragsunterlagen unter zu Punkt 4.1 folgende Ergänzung:

"Die gemäß 4.1 der Teilnahmeantragsunterlagen geforderte Befugnis wird wie folgt ergänzt:

Befugnis als Ziviltechniker (ZTG) oder technisches Büro - Ingenieurbüro (§ 134 GewO) oder Baumeister (§ 99 GewO) oder Werbearchitekt" Befugnis als Ziviltechniker (ZTG) oder technisches Büro - Ingenieurbüro (Paragraph 134, GewO) oder Baumeister (Paragraph 99, GewO) oder Werbearchitekt"

Bis zum Endtermin für den Eingang der Teilnahmeanträge langten neben 40 weiteren Teilnahmeanträgen auch jener des Bewerbers D\*\*\* sowie jener der Bewerbungsgemeinschaft bestehend aus 1. B\*\*\*, 2. A\*\*\*, 3. "E\*\*\*" und 4. F\*\*\* ein. Als zustellbevollmächtigter Federführer dieser Bewerbungsgemeinschaft wurde C\*\*\* genannt. Der Teilnahmeantrag wurde von allen Mitgliedern dieser Bewerbungsgemeinschaft vorbehaltlos unterschrieben. Von der zuletzt genannten Bewerbungsgemeinschaft wurden keine Subunternehmer benannt und auch keine Liste allfälliger Subunternehmer samt Subunternehmererklärungen beigelegt.

Das Formular des Teilnahmeantrages des D\*\*\* enthielt unter der Rubrik "Firma und Adresse des Bewerbers" folgende Bezeichnung:

"D\*\*\*

XXX".

Unter der Rubrik "Datum und Unterschrift" war das Angebot unter Verwendung der Stampiglie "D\*\*\* staatlich befugter und beeideter Ziviltechniker XXX" mit D\*\*\* unterschrieben.

Nach Durchführung der Bewertung der eingelangten Teilnahmeanträge wurden auf Grund der Ergebnisse der Bewertungssitzung die Teilnahmeantragsteller Bewerbungsgemeinschaften 1. G\*\*\*, 2. H\*\*\*, 3. I\*\*\*, 4. B\*\*\*, A\*\*\*, E\*\*\* und F\*\*\*, sowie 5. der Teilnahmeantragsteller D\*\*\* zur Teilnahme für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens ausgewählt. Davon wurden die ausgewählten Teilnahmeantragsteller mit Schreiben vom 29. März 2004 informiert und zu einem ersten Briefing am 1. April 2004 eingeladen, um über die weitere Vorgangsweise informiert zu werden und um ein Feedback zu den Projektskizzen zu geben.

Im Rahmen dieses 1. Briefings am 1. April 2004 kündigte der Auftraggeber die Übermittlung der Angebotsunterlagen zur Verwendung für die Angebotslegung an. Außerdem verwies der Auftraggeber darauf, dass von ihm weitere Erhebungen über die Rahmenbedingungen im Ausführungsort (Aichi/Japan) durchgeführt werden würden. Diese würden in der Folge allen Bewerbern in geeigneter Form zugänglich gemacht werden. Als Zeitrahmen für die Anbotsfrist wurde Anfang/Mitte Mai 2004 bekannt gegeben. Aus den angekündigten Angebotsunterlagen würden Details über den Verfahrensablauf zu entnehmen sein. Auch wurden den Bewerbern Projektunterlagen übergeben und erfolgte eine Erläuterung der Prüfung und Bewertung der in der ersten Verfahrensstufe abgegebenen Projektskizzen. Wesentlicher Bestandteil des vom Bewerber zu erstellenden Angebotes würde ein detaillierter Projektvorschlag (Polierplanstand) samt detaillierter Kostenschätzung sein, der unter anderem die übergebenen Projektunterlagen zu berücksichtigen hätte.

Mit Schreiben vom 2. April 2004 wurde diesen Teilnahmeantragstellern die Abgabefrist für die 2. Stufe am 10. Mai 2004 bekannt gegeben. Als Termin für die persönliche Präsentation wurde der 12. Mai 2004 fixiert. Außerdem wurde neben dem für den 26. April 2004 fixierten Briefing auch noch die Möglichkeit eingeräumt, Beratungsgespräche bei Fragen zur Sicherheit, zum Besucherfluss, zu infrastrukturellen Anforderungen und auch zur Gastronomie in Anspruch zu nehmen.

Mit Schreiben vom 23. April 2004 wurden die Angebotsunterlagen sowie die erste Fragebeantwortung übermittelt.

Im Rahmen der Einführung zu diesen Angebotsunterlagen wurde klargestellt, dass die 1. Stufe des EU-weiten Vergabeverfahrens "Planung Expo Pavillon 2005" zur Ermittlung der besten 5 Bewerber (Teams) abgeschlossen sei und sich das Vergabeverfahren nunmehr in der 2. Stufe befinde.

In Pkt. 2. der Angebotsunterlagen unter dem Titel "Ausschreibungsunterlagen" wurde Folgendes ausgeführt:

"Das Angebot ist auf Basis folgender Ausschreibungsunterlagen zu erstellen:

- -Strichaufzählung

den Ausschreibungsbestimmungen (Punkt 1-21 der Angebotsunterlage);

- -Strichaufzählung

den Beilagen (Punkt 22 der Angebotsunterlagen);

- -Strichaufzählung

den Angaben des Auftraggebers in den Teilnahmeantragsunterlagen samt 1. und 2. Fragen- und Antwortenliste sowie die vom Bieter im Zusammenhang damit gemachten Angaben und abgegebenen Erklärungen.

....."

Unter Pkt. 15.1 „Allgemeine Bestimmungen“ der Angebotsunterlagen wurde Folgendes ausgeführt:

„.....“

Der Bieter hat die grau unterlegten Felder des Angebotes (Beilage ./1) auszufüllen und die unter Punkt 0.2 der Beilage ./1 angeführten Unterlagen beizulegen. Das Angebot ist vom Bieter an der dafür vorgesehenen Stelle (Punkt 0.6 der Beilage ./1 unten) einmal (bei Bietergemeinschaften durch alle Mitglieder der Bietergemeinschaft) rechtsgültig zu unterfertigen.

Mit der rechtsgültigen Unterfertigung anerkennt der Bieter ohne Einschränkung alle Bestimmungen dieser Ausschreibung. ....“

Punkt 19 der Angebotsunterlagen mit dem Titel „Bietergemeinschaften“ sah nachfolgende Bestimmungen vor:

„Bietergemeinschaften können grundsätzlich nur in jener Zusammensetzung Angebote einreichen, in der sie zur Angebotsstellung eingeladen wurden. Davon abweichende Zusammensetzungen sind nur dann zulässig, wenn sich die Bietergemeinschaft ausschließlich aus Bewerbern zusammensetzt, die zur Angebotsabgabe eingeladen wurden.

Wird dem Angebot einer Bietergemeinschaft zugeschlagen, so haben die erfolgreichen Mitglieder der Bietergemeinschaft gemäß ihrem Angebot eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zu bilden. Es sind alle Gemeinschaftsmitglieder zur vertragsgemäßen Erbringung der Leistung und für sonstige Verpflichtungen aus dem Vertrag solidarisch verpflichtet.

.....“

Die eingeladenen Bewerber haben die (allenfalls nachträgliche) Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen (Bei eingeladenen Bewerbergemeinschaften, die in unveränderter Zusammensetzung ein Angebot als Bietergemeinschaft abgeben, ist keine gesonderte Mitteilung erforderlich).“

Punkt 22 der Angebotsunterlagen umfasste das Beilagenverzeichnis, mit dem Angebotsformular (Beilage ./1), dem Pauschalhonorar (Beilage ./2), der Projektkostenschätzung (Beilage ./3), dem Planervertrag (Beilage ./4) und die weiteren Unterlagen/Informationen (Beilage ./5).

Das Angebotsformular (Beilage ./1) umfasste unter Pkt. 0.1 folgende Ausführungen:

„Ich (Wir) anerkenne(n), dass meinem (unserem) Angebot insbesondere die nachfolgenden Bestimmungen zugrunde liegen:

- -Strichaufzählung  
die gegenständlichen Bietererklärungen (Punkt 0.1 bis 0.6 des Angebotes),
- -Strichaufzählung  
die formellen und organisatorischen Ausschreibungsbestimmungen

(Punkt 1- 22 der Angebotsunterlage),

- -Strichaufzählung  
die Vertragsbestimmungen (Beilage ./4),
- -Strichaufzählung  
die in Beilage ./5 angeführten Unterlagen,
- -Strichaufzählung  
die unter Punkt 0.2 beigeschlossenen Unterlagen,
- -Strichaufzählung  
die Angaben des Auftraggebers in den Teilnahmeantragsunterlagen

samt 1. und 2. Fragen- und Antwortenliste sowie die von mir (uns) im Zusammenhang damit gemachten Angaben und abgegebenen Erklärungen.

Für ein ausschreibungsgemäßes Angebot darf der vorgegebene Text der Ausschreibungsunterlagen weder geändert noch ergänzt werden. Vom Bieter sind nur die grau unterlegten Felder mit Eintragungen zu versehen.“

Zu dem wurde die erste Fragenbeantwortung hinsichtlich technischer Ausführungen beigelegt.

Im Rahmen des am 26. April 2004 stattgefundenen 2. Briefings wurde der Termin für das Ende der Anbotsfrist mit 10. Mai 2004, 10.00 Uhr, bestätigt. Details über den Ablauf der Präsentation am 12. Mai 2004 wurden in Form einer Einladung zu einem späteren Zeitpunkt ebenso angekündigt wie die Übermittlung von Informationen bezüglich des Baustandes in Japan und der baulichen Auflagen durch die japanischen Veranstalter. Weitere Projektunterlagen wurden den Bewerbern übergeben. Der von den Bewerbern im Rahmen des Angebotes zu erarbeitende detaillierte Projektvorschlag sollte u.a. die übergebenen Projektunterlagen berücksichtigen.

Die Bietergemeinschaft B\*\*\*, A\*\*\*, E\*\*\* und F\*\*\* wandte sich mit Schreiben am 26. April 2004 an den Auftraggeber und führte aus:

„Bei der Durchsicht der uns mit am Freitag den 23. April 2004 um

22.30 Uhr übermittelten Unterlagen, mussten wir feststellen, dass mit dem Angebotsschreiben neben diversen anderen Unterlagen, auch der Vertrag Beilage (.4) vollinhaltlich und unverhandelt anerkannt werden soll.

Da in diesem Vertrag Passagen, im besonderen

- -Strichaufzählung  
Haftung für Verstöße gegen die Bestimmungen des BVergG (rechtzeitige Ausschreibung !?)
- -Strichaufzählung  
angegebene Mindesttermine
- -Strichaufzählung  
Einbehalt Honorarteile
- -Strichaufzählung  
Pauschalierung inkl. Reisekosten, Spesen und Barauslagen
- -Strichaufzählung  
Haftungsrücklass
- -Strichaufzählung  
Werknutzungsrecht

Ausschluss von Teilen gültiger Gesetze (ABGB, HGB) durch einen öffentlichen Auftraggeber?

- -Strichaufzählung  
3 Jahre Gewährleistungsfrist für eine 6 monatige Ausstellung und weitere Textstellen enthalten sind, welche grundsätzlich nicht unbesprochen und unverhandelt akzeptiert werden können, ersuchen wir Sie um eine verbindliche Bestätigung, dass wie uns heute im 2. Briefing mitgeteilt wurde, die Unterlagen zum Angebotsschreiben im nachfolgenden Verhandlungsverfahren besprochen und verhandelt werden und somit lediglich informativen Charakter (Entwurf) besitzen.

Da von dieser Auskunft wesentliche Entscheidungen abhängig sind, ersuchen wir Sie höflichst, uns morgen, Di. den 27.04.2004, Ihre Stellungnahme zukommen zu lassen.

Mit freundlichen Grüßen

B\*\*\*

O\*\*\*“

Im diesbezüglichen Antwortschreiben des Auftraggebers vom 27. April 2004 wurde ausgeführt, es sei für eine ziel- und terminorientierte Auftragsvergabe auch in einem Verhandlungsverfahren erforderlich sei, dass die Bieter ihrem ersten Angebot die vom Auftraggeber vorgegebenen einheitlichen Ausschreibungs- und Vertragsunterlagen zugrunde legen würden. Damit würde die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet. Zwar wäre der Auftraggeber in einem Verhandlungsverfahren berechtigt, den Auftragsgegenstand in den einzelnen Verhandlungsrunden umfassend in technischer, rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zu ändern. Eine solche Änderung wäre aufgrund des bekannten engen Terminplanes kaum möglich.

Mit Schreiben vom 29. April 2004 richtete die Bewerbergemeinschaft B\*\*\*, A\*\*\*, E\*\*\* und F\*\*\* einen Fragenkatalog an den Auftraggeber. Zur ersten Frage wurde u.a. darauf hingewiesen, dass mit den Planungsleistungen gar nicht begonnen worden wäre, hätte man von dem zum Teil nicht akzeptablen Inhalt der Angebotsunterlagen (Vertrag) Kenntnis gehabt. Zum Schutz der getätigten Investitionen bestünde zur Zeit die Möglichkeit, ein Nachprüfungsverfahren bzw. Feststellungsverfahren einzuleiten, bzw. die Beeinspruchung des Verfahrens im Fall des Ausscheidens aufgrund fehlender Anerkennung des nachträglich übermittelten Angebotsschreibens. Unter Hinweis auf § 96 Abs. 2 BVergG 2002 wäre es daher im Hinblick auf die terminliche Enge für beide Seiten positiv, das Angebotsschreiben in der Form zu überarbeiten, dass die Beilage ./4 und deren Inhalt lediglich informativen Charakter bekomme und nachfolgend mit den Bietern über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden könne. Es werde daher die Anfrage gestellt, ob ein bereinigtes Angebotsschreiben, in welchem die Beilage ./4 lediglich Informationscharakter besitze, zur Angebotslegung übermittelt werden könne bzw. ob ein selbstverfasstes Angebotsschreiben mit den wesentlichen Kernaussagen eingereicht werden könne?

Mit Schreiben vom 29. April 2004 richtete die Bewerbergemeinschaft B\*\*\*, A\*\*\*, E\*\*\* und F\*\*\* einen Fragenkatalog an den Auftraggeber. Zur ersten Frage wurde u.a. darauf hingewiesen, dass mit den Planungsleistungen gar nicht begonnen worden wäre, hätte man von dem zum Teil nicht akzeptablen Inhalt der Angebotsunterlagen (Vertrag) Kenntnis gehabt. Zum Schutz der getätigten Investitionen bestünde zur Zeit die Möglichkeit, ein Nachprüfungsverfahren bzw. Feststellungsverfahren einzuleiten, bzw. die Beeinspruchung des Verfahrens im Fall des Ausscheidens aufgrund fehlender Anerkennung des nachträglich übermittelten Angebotsschreibens. Unter Hinweis auf Paragraph 96, Absatz 2, BVergG 2002 wäre es daher im Hinblick auf die terminliche Enge für beide Seiten positiv, das Angebotsschreiben in der Form zu überarbeiten, dass die Beilage ./4 und deren Inhalt lediglich informativen Charakter bekomme und nachfolgend mit den Bietern über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden könne. Es werde daher die Anfrage gestellt, ob ein bereinigtes Angebotsschreiben, in welchem die Beilage ./4 lediglich Informationscharakter besitze, zur Angebotslegung übermittelt werden könne bzw. ob ein selbstverfasstes Angebotsschreiben mit den wesentlichen Kernaussagen eingereicht werden könne?

Mit Schreiben vom 4. Mai 2004 wurde den ausgewählten Teilnahmeantragstellern die zweite Fragenbeantwortung übermittelt. Darin hielt der Auftraggeber zu der von der Bietergemeinschaft B\*\*\*, A\*\*\*, E\*\*\* und F\*\*\* gestellten Frage Nr. 1 fest, dass die Bieter ihrem ersten Angebot die vom Auftraggeber vorgegebenen einheitlichen Ausschreibungs- und Vertragsunterlagen (also auch die Beilage ./4 der Angebotsunterlagen) zugrunde zu legen hätten. Für die Angebotsunterlagen seien die vorgegebenen Unterlagen (insbesondere Beilage ./1 der Angebotsunterlagen) zu verwenden. Außerdem wurde in dem an die genannte Bietergemeinschaft gerichteten Antwortschreiben nochmals ausdrücklich hervorgehoben, dass es dem Auftraggeber insbesondere durch die Vorgabe einheitlicher Rahmenbedingungen darum gehe, ein für alle Beteiligten faires Vergabeverfahren sicherzustellen. Zu dem ergäbe sich die Beantwortung der ersten Frage unmittelbar aus den Angebotsunterlagen selbst und wäre lediglich vollständigkeithalber in die Fragebeantwortung aufgenommen worden.

Am 10. Mai 2004 langten beim Auftraggeber die Angebote der Bietergemeinschaften 1. I\*\*\*, 2. H\*\*\*, 3. G\*\*\*, 4. B\*\*\* und A\*\*\* (in der Folge der Antragsteller) sowie ein weiteres Angebot ein. Dieses Angebot enthielt im Kopf des Angebotsformulars unter der Rubrik "Bezeichnung der Firma und Adresse des Bieters" folgende Bezeichnung:

"XD\*\*\*

D\*\*\* GmbH

XXX"

Diese Angebot war im zu verwendenden Angebotsformular unter der Rubrik "Datum und Unterschrift" unter Verwendung der Stampiglie "XD\*\*\*, D\*\*\* GmbH" mit der Adresse XXX von D\*\*\* unterzeichnet. Dieses Angebot war im zu verwendenden Angebotsformular unter der Rubrik "Datum und Unterschrift" unter Verwendung der Stampiglie "XD\*\*\*, D\*\*\* GmbH" mit der Adresse römisch 30 von D\*\*\* unterzeichnet.

Das Angebot des Antragstellers umfasste ein Begleitschreiben, worin ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass dieses mit dem Angebotsschreiben zur Planung des Expo Pavillons 2005 ein Ganzes bilde. Auch im Angebotsformular wurde darauf verwiesen, dass dieses nur mit dem beiliegenden Schreiben gültig sei. In diesem Begleitschreiben des Antragstellers wurde festgehalten, dass in einem Verhandlungsverfahren der gesamte Auftragsumfang, also auch die vertraglichen Rechte und Pflichten verhandelt und diese danach gemeinsam und einvernehmlich festgeschrieben

werden würden. So wurde beispielsweise zu Punkt 6 der Angebotsunterlagen ausgeführt, dass aus unternehmerischer Sicht zur Deckung des Unternehmensrisikos eine sichere bzw. risikominimierende Annahme nur zum Nachteil des Projektes bzw. des Auftraggebers wäre. Hinsichtlich Punkt 12 der Angebotsunterlagen (Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen) wurde unter Hinweis auf Bestimmungen des BVergG 2002 darauf hingewiesen, dass im Verhandlungsverfahren über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werde. Zu Punkt 15.1 (Allgemeine Bestimmungen) wurde unterstrichen, dass unter Berücksichtigung des zuvor Angeführten das Angebotsschreiben nur mit Vorbehalten unterfertigt werden könne. Ebenso könne Punkt 0.1 und 06 des Angebotsschreibens nicht akzeptiert werden. Insbesondere zum Planervertrag (Beilage .4) wurden zahlreiche Vorbehalte vorgebracht. So wurde beispielsweise die unter Punkt

4.3 angeführte Sachverständigenhaftung gemäß § 1299 ABGB mit dem Argument ausgeschlossen, da keinerlei Erfahrung mit dem Errichten von Bauwerken und Ausstellungen in Japan vorliege. Zu Punkt 13.2 wurde eine Zustimmung zur Abtretung der Rechte und Pflichten dieses Vertrages an einen Dritten vorbehalten. Darüber hinaus gebe es nach Ansicht des Antragstellers weitere Themen, welche in der Folge gemeinsam besprochen werden müssten. Außerdem wurden für den Auftragsfall als „Subplaner“ mit folgenden Leistungen benannt: 4.3 angeführte Sachverständigenhaftung gemäß Paragraph 1299, ABGB mit dem Argument ausgeschlossen, da keinerlei Erfahrung mit dem Errichten von Bauwerken und Ausstellungen in Japan vorliege. Zu Punkt 13.2 wurde eine Zustimmung zur Abtretung der Rechte und Pflichten dieses Vertrages an einen Dritten vorbehalten. Darüber hinaus gebe es nach Ansicht des Antragstellers weitere Themen, welche in der Folge gemeinsam besprochen werden müssten. Außerdem wurden für den Auftragsfall als „Subplaner“ mit folgenden Leistungen benannt:

" Statik Büro J\*\*\*

.....

Elektrotechnik Büro K\*\*\*

.....

Haustechnik Büro L\*\*\*

....."

Am 11. Mai 2004 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass sein Angebot im Rahmen der rechtlichen Vorprüfung ausgeschieden hätte werden müssen, sodass keine Möglichkeit der Präsentation bzw. Verhandlungseinladung bestehe. Begründend wurde ausgeführt, dass dem vorgelegten Angebot umfangreiche Vorbehalte bzw. Abweichungen zu den Ausschreibungsbestimmungen zu Grunde liegen würden. Außerdem habe sich in der 1. Verfahrensstufe die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. B\*\*\*, 2. A\*\*\*, 3. E\*\*\* und

1. 4.Ziffer 4

F\*\*\* qualifiziert und sei für die 2. Verfahrensstufe ausgewählt worden. Das von der Bietergemeinschaft B\*\*\* und A\*\*\* in der Folge eingereichte Angebot stamme damit von einer Bietergemeinschaft, die nicht zur Angebotslegung eingeladen worden wäre.

Nach Durchführung von Verhandlungen am 12. Mai 2004 und erfolgter Bewertung erging an 1. den Antragsteller, 2. D\*\*\* und P\*\*\* sowie an die Bietergemeinschaften 3. G\*\*\*, 4. Bietergemeinschaft H\*\*\* und 5. I\*\*\* am 13. Mai 2004 per Telefax die Mitteilung, dass für die Zuschlagserteilung das Angebot des "D\*\*\* (XD\*\*\*)" vorgesehen sei.

Mit Schriftsatz vom 24. Mai 2004 stellte der Antragsteller die Anträge auf Nichtigerklärung der Entscheidungen des Auftraggebers vom 11. Mai 2004 und 13. Mai 2004 auf Ausscheiden des Antragstellers bzw. Zuschlag an "D\*\*\* (XD\*\*\*)" zur Gestaltung des österreichischen Pavillons auf der Expo 2005. In eventu wurde der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit dem Begehren eine solche "gegen die Versäumung der Frist zur rechtzeitigen Vornahme einer Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen zu bewilligen" sowie ausdrücklich die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung ausdrücklich beantragt. In einem weiteren Schriftsatz vom 24. Mai 2004 wurde der in eventu eingebrachte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand modifiziert und beantragt, "den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur rechtzeitigen Vornahme einer gesonderten Bekämpfung bzw. eines gesonderten Antrages auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen und die Ausschreibung zu bewilligen und die Ausschreibung im vorliegenden Vergabeverfahren für nichtig zu erklären".

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Angebotsunterlagen den Antragsteller erst am 23. April 2004 erreicht hätten. Aufgrund des bereits am 26. April 2004 stattfindenden 2. Briefings hätte keine inhaltliche Erörterung dieser Unterlagen stattfinden können. Über Nachfrage wäre jedoch vom Auftraggeber ausgeführt worden, dass einzelne Punkte in den Angebotsunterlagen jedenfalls besprochen und verhandelt werden müssten bzw. könnten, zumal sich das Vergabeverfahren im Stadium des Verhandlungsverfahrens befände und die Unterlagen zum Angebotsschreiben, insbesondere der beigelegte Planervertrag lediglich informativen Charakter aufweise. Eine inhaltliche Besprechung und Verhandlung wäre im Verhandlungsverfahren möglich. Dies sei auch in weiterer Folge schriftlich nicht in Abrede gestellt worden. In der Fragebeantwortung vom 4. Mai 2004 seien die Fragen des Antragstellers lediglich verkürzt und ohne den erforderlichen Zusammenhang aufgenommen worden, sodass der Aufklärungsgehalt nicht vorhanden gewesen sei. Vom Auftraggeber sei auf den bekannt engen Terminplan des gesamten Projektes, auf die fehlende Notwendigkeit für einen Nachprüfungsantrag und den Umstand, dass ein Nachprüfungsverfahren das gesamte Projekt mutwillig gefährden würde und deshalb ein hoher Schaden entstehen würde, verwiesen worden. Außerdem würde sich der Antragsteller durch die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens um die Chance einer Auftragserstellung bringen, zumal das Vergabeverfahren im Falle einer längeren Verzögerung widerrufen werden müsste. Der Antragsteller sei deshalb davon ausgegangen, dass im Verhandlungsverfahren nachfolgend Zeit und Raum für Erörterungen wäre.

Aus diesem Grunde habe der Antragsteller das Angebot fristgerecht überreicht und in einem Begleitschreiben auf Textstellen und Bedingungen hingewiesen, die einer Besprechung und Verhandlung im Sinne eines Verhandlungsverfahrens zugeführt werden sollten. Es sei daher ersucht worden, die Ausführungen abzuwägen und im Fall einer Beauftragung zu besprechen, zu verhandeln und gemeinsam festzulegen.

Mit Schreiben vom 11. Mai 2004 sei der Antragsteller völlig überraschend darüber informiert worden, dass sein Angebot ausgeschieden werden müsste und ihm keine Möglichkeit eingeräumt werde, an der Präsentation und an Verhandlungen teil zu nehmen. Als Grund sei angeführt worden, dass dem Angebot umfangreiche Vorbehalte bzw. Abweichungen zu den Ausschreibungsbestimmungen zugrunde liegen würden, die für sich genommen einen Ausscheidungstatbestand begründen würden. Außerdem sei das eingereichte Angebot von einer Bietergemeinschaft, die nicht zur Angebotslegung eingeladen worden wäre.

Nach Ansicht des Antragstellers wäre zwar der Teilnahmeantrag von der Bietergemeinschaft bestehend aus "E\*\*\*, F\*\*\*, dem A\*\*\* und B\*\*\*" eingereicht worden. Die Sinnhaftigkeit der Teilnahme des für den audiovisuellen Teil zuständigen "E\*\*\*" und des für den gastronomischen Bereich zuständigen "F\*\*\*" sei jedoch in weiterer Folge nicht mehr gegeben gewesen. Zum einen wäre der Bereich audiovisuelle Medien aus budgetären Gründen überdacht worden und hätte für die gewählte Alternativüberlegung ein durchschnittliches Fachwissen eines Architekten bzw. des Unternehmens B\*\*\* jedenfalls ausgereicht. Andererseits habe man aufgrund kurzfristiger Aussagen des Auftraggebers, den Gastronomiebereich aus eigenem bzw. über gesonderte Veranlassung für die Dauer des Betriebs des Pavillons vergeben zu wollen, keine Veranlassung mehr gesehen, den Gastronomen F\*\*\* weiter heranzuziehen.

Damit sei die Entwicklung im Bereich audiovisuelle Medien und Gastronomie auf die äußerst kurzfristige Terminplanung und auf dem Auftraggeber zuzuschreibende Umstände zurückzuführen, die dem Antragsteller vorher nicht zur Kenntnis gebracht worden seien. Mit der Reduktion der audiovisuellen Medien und der Vereinheitlichung der Gastronomieausstattung sei das primäre Ziel der Einhaltung des Budgetrahmens erreicht worden.

Außerdem sei in Punkt 9.1 der Ausschreibung ausdrücklich festgehalten, dass abweichende Zusammensetzungen der Bietergemeinschaft zulässig seien, wenn sich die Bietergemeinschaft ausschließlich aus Bewerbern zusammensetze, die zur Angebotsabgabe eingeladen worden seien. Dies treffe auf die verbleibenden Mitglieder der Bietergemeinschaft des Antragstellers jedenfalls zu.

In der Kürze der verbleibenden Zeit zwischen 24. April 2004 und dem Abgabetermin am 10. Mai 2004 wäre lediglich eine cursorische Betrachtung der Ausschreibungsunterlagen möglich gewesen und sei versucht worden, diese in einem Dialog mit dem Auftraggeber zu erörtern.

Der Begleitbrief zum Angebot vom 10. Mai 2004 mit den erörterungs- und verhandlungsbedürftigen Punkten sei im Übrigen nach Erörterung und Empfehlung von M\*\*\*, Vertreter des Auftraggebers, erfolgt. Der Antragsteller konnte daher bei der Abgabe des Angebotes zurecht davon ausgehen, dass damit den Vorstellungen des Auftraggebers,

insbesondere jedoch aber den Vorstellungen des BVergG 2002 im Hinblick auf das 2-stufigen Verhandlungsverfahrens entsprochen worden sei.

Im Hinblick auf die Abläufe und die Fristen sei es objektivierbar, dass einerseits für eine gesonderte Überprüfung der Ausschreibungsunterlagen keine dringende Notwendigkeit bestanden habe, andererseits aber objektiv die ordnungsgemäße Einbringung eines Nachprüfungsantrages hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen überhaupt nicht möglich gewesen sei. Die Frist für die Anfechtung des Ausschreibungstextes sei zu kurz, um den durch das europäische und österreichische Recht geforderten effektiven Rechtsschutz angemessen zu gewährleisten. Die doppelt bedingte Angemessenheit für die Überprüfung und mögliche Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen einerseits und die Einräumung einer ordnungsgemäßen Anfechtungsfrist andererseits seien durch die gewählten chronologischen Abläufe und Fristen im gegenständlichen Verfahren nicht mehr gewährleistet. Der Auftraggeber habe eine Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung dem Antragsteller eingeräumten Rechte unmöglich gemacht bzw. im unzulässigen Ausmaß erschwert. Das Ausscheiden des Antragstellers sei damit jedenfalls unzulässig und sei ein umfangreiches, ordnungsgemäßes Angebot abgegeben worden. Der Antragsteller sei damit im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter in der 2. Verhandlungsstufe und im Recht auf Auftragsvergabe entsprechend dem Grundsatz des fairen und lauten Wettbewerbs durch die Ausscheidensentscheidung vom 11. Mai 2004, sowie Versagung der Teilnahme an der Präsentation und Verhandlung am 12. Mai 2004 und durch die Zuschlagsentscheidung vom 13. Mai 2004 verletzt.

Ebenso liege eine Verletzung des fristgerechten Erhaltes der Ausschreibungsunterlagen vor dem Termin zur Abgabe des Angebotes, des Rechtes auf ordnungsgemäße Auseinandersetzung und Beantwortung der Anfragen und Bemerkungen zu den Ausschreibungsunterlagen, des Rechtes auf eine ordentliche und umfassende Prüfung des Angebotes des Antragstellers und des Rechtes auf angemessene Erstreckung der Angebotsfrist vor. Durch den ungerechtfertigten Ausschluss vom Verfahren seien Kosten für die Angebotslegung von EURO 48.000,-- exkl. USt. sowie ein Schaden aus dem entgangenen Gewinn in Höhe von 15 % der Honoraranbotssumme und der Verlust eines Prestigeobjektes entstanden.

Darüber hinaus wurde in eventu ein Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur rechtzeitigen Vornahme einer Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen gestellt. Im Hinblick auf die Chronologie des Verfahrens und der vorgegebenen Fristen habe der Antragsteller keine Veranlassung zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen gesehen. Auch sei ihm vom Auftraggeber die Möglichkeit zugesagt worden, im Verhandlungsverfahren erörterungs- und verhandlungsrelevante Umstände in einem Sideletter zum Angebot darzustellen.

Erstmals habe der Auftraggeber im Schreiben vom 11.5.2004 erkennen lassen, dass dies von ihm nicht akzeptiert werde. Der Umstand, dass der Auftraggeber plötzlich in diesem Schreiben einen derartigen Standpunkt eingenommen habe, sei als unvorhergesehenes und unvorhersehbares Ereignis zu werten, an dem den Antragsteller kein Verschulden treffe. Das Verhalten des Auftraggebers habe dazu geführt, dass bis zum Eingang dieses Schreibens der Antragsteller davon ausgegangen worden sei, eine Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen nicht in einem eigenen Antrag vornehmen zu müssen, sondern dass dies im Rahmen des Verhandlungsverfahrens erörtert und verhandelt werden würde. Aus diesem Grund sei auch das Begleitschreiben dem Angebot beigefügt worden. Dieses werde "zum integrierten Bestandteil" dieses Antrages erhoben und würden zur Grundlage für die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen. Durch die Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen werde der Antragsteller im Recht auf Einhaltung der Grundsätze einer neutralen und eindeutigen Leistungsbeschreibung, auf Schutz vor dem vergaberechtlichen Diskriminierungsverbot, auf Teilnahme an einer ordnungsgemäßen konkretisierten Ausschreibung unter Berücksichtigung angemessener Fristen für die Überprüfung des Ausschreibungstextes, der Ausschreibungsunterlagen und auf Abgabe eines gewissenhaft erstellten Angebotes, der ordnungsgemäßen Bearbeitung desselben und auf Zuschlagserteilung verletzt.

Im ergänzenden Vorbringen zum in eventu eingebrachten Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vom 24. Mai 2004 wird insbesondere ausgeführt, dass sich bereits aus dem dortigen Vorbringen ergebe, dass eventualiter nach Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen begehrt und die Nichtigserklärung der Ausschreibung beantragt werde. Zur diesbezüglichen Klarstellung werde aus advokatorischer Vorsicht der Antrag modifiziert, sodass dieser wie folgt zu lauten habe:

"Es wird beantragt, den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur rechtzeitigen Vornahme einer gesonderten Bekämpfung bzw eines gesonderten Antrages auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen und der Ausschreibung zu bewilligen und die Ausschreibung im vorliegenden Vergabeverfahren für nichtig zu erklären."

Am 29. Mai teilte der Auftraggeber D\*\*\* mit, dass ihm "der Zuschlag" im Vergabeverfahren "Planung Expo Pavillon 2005" erteilt worden sei und daher sein Angebot angenommen werde.

Diesem Vorbringen trat der Auftraggeber mit den Schriftsätzen vom

1. 3.Ziffer 3

und 17. Juni 2004 entgegen und begehrte die Zurück- in eventu Abweisung sämtlicher Anträge des Antragstellers vom 24. Mai 2004. Der geschätzte Auftragswert wurde mit EURO 287.750,-- ohne USt. beziffert. Das gegenständliche Vergabeverfahren sei nicht widerrufen worden. Jedoch sei nach der gemäß § 100 BVergG 2002 am "13. Mai 2003" (gemeint wohl 13. Mai 2004) per Fax an alle Bieter erfolgten Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung bereits am 29. Mai 2004 der Zuschlag an D\*\*\* erteilt worden. Aufgrund dieser Zuschlagserteilung sei das Bundesvergabeamt nicht mehr zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag zuständig. Ebenso fehle es an der Zuständigkeit zur Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der sich auf die Versäumung der Frist zur Bekämpfung der Ausschreibung beziehe. Auch könnte eine hypothetische Wiedereinsetzung hinsichtlich der Versäumung dieser Frist zu keiner Nichtigerklärung der Ausschreibung führen. Der Antrag auf Wiedereinsetzung sei darüber hinaus unzulässig, da die versäumte Verfahrenshandlung (Beantragung der Nichtigerklärung der Ausschreibung) entgegen § 71 Abs. 3 AVG nicht gleichzeitig mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung nachgeholt worden sei. Außerdem sei der Wiedereinsetzungsantrag auch inhaltlich unbegründet. Die doppelt bedingte Angemessenheit der Angebotsfrist gehe ins Leere, da die Anfechtungsfristen im Verhandlungsverfahren nicht auf den Ablauf der Angebotsfrist abstellen würden. Eine Verkürzung durch den Auftraggeber - etwa durch eine entsprechend knappe Angebotsfrist - sei im Verhandlungsverfahren ausgeschlossen.und 17. Juni 2004 entgegen und begehrte die Zurück- in eventu Abweisung sämtlicher Anträge des Antragstellers vom 24. Mai 2004. Der geschätzte Auftragswert wurde mit EURO 287.750,-- ohne USt. beziffert. Das gegenständliche Vergabeverfahren sei nicht widerrufen worden. Jedoch sei nach der gemäß Paragraph 100, BVergG 2002 am "13. Mai 2003" (gemeint wohl 13. Mai 2004) per Fax an alle Bieter erfolgten Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung bereits am 29. Mai 2004 der Zuschlag an D\*\*\* erteilt worden. Aufgrund dieser Zuschlagserteilung sei das Bundesvergabeamt nicht mehr zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag zuständig. Ebenso fehle es an der Zuständigkeit zur Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der sich auf die Versäumung der Frist zur Bekämpfung der Ausschreibung beziehe. Auch könnte eine hypothetische Wiedereinsetzung hinsichtlich der Versäumung dieser Frist zu keiner Nichtigerklärung der Ausschreibung führen. Der Antrag auf Wiedereinsetzung sei darüber hinaus unzulässig, da die versäumte Verfahrenshandlung (Beantragung der Nichtigerklärung der Ausschreibung) entgegen Paragraph 71, Absatz 3, AVG nicht gleichzeitig mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung nachgeholt worden sei. Außerdem sei der Wiedereinsetzungsantrag auch inhaltlich unbegründet. Die doppelt bedingte Angemessenheit der Angebotsfrist gehe ins Leere, da die Anfechtungsfristen im Verhandlungsverfahren nicht auf den Ablauf der Angebotsfrist abstellen würden. Eine Verkürzung durch den Auftraggeber - etwa durch eine entsprechend knappe Angebotsfrist - sei im Verhandlungsverfahren ausgeschlossen.

Unverständlich sei, wie der Antragsteller davon ausgehen habe können, dass noch Zeit und Raum für eine Erörterung der Angebotsunterlagen bestanden habe, wenn ihm doch bereits im Schreiben vom 27. April 2004 mitgeteilt worden sei, dass umfassende rechtliche und wirtschaftliche Änderungen des Auftraggegenstandes aufgrund des bekannt engen Terminplanes kaum möglich sein werden würden.

M\*\*\* habe den Antragsteller lediglich darauf verwiesen, dass Fragen bzw. Beanstandungen zu den Angebotsunterlagen im Rahmen einer schriftlichen Anfrage innerhalb der in den Angebotsunterlagen festgelegten Anfragefrist zu artikulieren seien. Nicht nachvollziehbar sei auch, dass der Antragsteller davon ausgegangen sei, dass ein Nachprüfungsantrag zu den Ausschreibungsunterlagen nicht in einem eigenen Antrag zu relevieren sei, sondern im Rahmen des Verhandlungsverfahrens erörtert und verhandelt werden könnte.

Der mit Schreiben vom 29. April 2004 angedrohte Nachprüfungsantrag des Antragstellers habe sich auf den behaupteten bloßen Informationscharakter der Angebotsunterlagen gestützt. Bemerkenswert sei auch, dass der

Antragsteller kein einziges Mal um Erstreckung der Angebotsfrist oder Anfragefrist ersucht habe, zumal ihm die wesentlichen Grundlagen für den zeitaufwendigsten Teil der Angebotsunterlagen ohnehin bereits in der 1. Verfahrensstufe sowie im Briefing vom 1. April 2004 bekannt gegeben worden seien.

Zur angeblich nicht ordnungsgemäßen Auseinandersetzung und Beantwortung der Anfragen und Bemerkungen des Antragstellers wird ausgeführt, dass die vergaberechtlichen Bestimmungen es nicht gebieten würden, einen Meinungsaustausch der Bewerber bzw. Bieter über vermeintliche Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens im Wege von Anfragebeantwortungen durch den Auftraggeber zu gewährleisten. Der Auftraggeber habe in den Angebotsunterlagen klargestellt, dass diese der Angebotslegung zugrunde zu legen seien. In Punkt 01 der Beilage 1 (Angebotsschreiben) seien außerdem jene Unterlagen eindeutig festgelegt, die einen integrierenden Bestandteil des Angebots darstellen müssten. Dazu gehöre insbesondere auch die Beilage 4 (Planervertrag). Außerdem sei dem Antragsteller am 27. April 2004 sowie allen anderen Bietern gegenüber in der Anfragebeantwortung am 4. Mai 2004 ausdrücklich klargestellt worden, dass die Bieter ihrem ersten Angebot die vom Auftraggeber vorgegebenen einheitlichen Ausschreibungs- und Vertragsunterlagen (also auch die Beilage 4 der Angebotsunterlagen) zugrunde zu legen hätten. Weder die Angebotsunterlagen, noch diese zusätzlichen (aufgrund des Wortlautes der Angebotsunterlagen in Wahrheit überflüssigen) Klarstellungen seien vom Antragsteller fristgerecht angefochten worden. Dieser habe auch bei der Unterfertigung seines Angebotes ausdrücklich vermerkt, dass dieses nur mit dem beigelegten Schreiben vom 10. Mai 2004 gültig sei.

Der Antragsteller gehe schon im ersten Absatz des Schreibens vom 10. Mai 2004 davon aus, dass der gesamte Auftragsumfang, also auch die vertraglichen Rechte und Pflichten verhandelt und diese danach gemeinsam und einvernehmlich festgeschrieben werden würden. Dadurch würde die Unverbindlichkeit des Angebotes zum Ausdruck gebracht werden. Bemerkenswert sei beispielsweise die Streichung der in den Angebotsunterlagen vorgesehenen Sachverständigenhaftung mit dem Hinweis darauf, dass der Antragsteller keinerlei Erfahrung mit der Errichtung von Bauwerken und Ausstellungen in Japan habe. Das Schreiben vom 10. Mai enthalte umfangreiche Vorbehalte, Streichungen und Bedingungen und bilde für sich allein genommen einen zwingenden Ausscheidungsgrund, da das Angebot des Antragstellers den (nicht rechtzeitig bekämpften) Ausschreibungsbestimmungen widerspreche. Punkt 19 der Angebotsunterlage hätte es der ursprünglich eingeladenen Bewerbungsgemeinschaft (mit allen ihren Mitgliedern) ermöglicht, sich nachträglich mit anderen eingeladenen Bewerbern bzw. Bietergemeinschaften zu einer Bietergemeinschaft zusammen zu schließen. Hätte der Antragsteller der Vorgabe gemäß Punkt 19 der Angebotsunterlage zur Mitteilung der nachträglichen Bildung einer Bietergemeinschaft innerhalb der halben Angebotsfrist entsprochen, so hätte ihnen diese rechtliche Bedeutung auch eingehender erklärt werden können. Die im Teilnahmeantrag angebotenen Ressourcen, die für die Auswahlentscheidung relevant gewesen seien, würden auch nunmehr nicht mehr zur Verfügung stehen. Die "E\*\*\*", welche aus ihrem Tätigkeitsbereich die technischen Bereiche Ausstellungsplanung sowie Videotechnik und Museumstechnik abdecke, sei wesentlich und würde für das konkrete Projekt entgegen den Darstellungen des Antragstellers notwendige Kompetenzen abdecken. Auch der Verzicht auf die Kompetenz von F\*\*\* sei nicht nachvollziehbar. Bereits in der 1. Verfahrensstufe sei unmissverständlich klargestellt worden, dass auch im Gastronomiebereich entsprechende Planungsleistungen des Auftragnehmers notwendig seien.

Auch die auf den Ausfall dieser Mitglieder zurückzuführende Reduktion des Haftungsfonds könnte daher vom Auftraggeber nicht akzeptiert werden. Außerdem habe der Antragsteller in einer ersten telefonischen Reaktion auf die Entscheidung vom 11. Mai 2004 mitgeteilt, auf die Nennung dieser Mitglieder im Angebot bloß vergessen zu haben.

Im Amtshilfeweg übermittelte das Landesgericht Klagenfurt am 15. Juni 2004 den Firmenbuchauszug (FN XXX) der D\*\*\* GmbH mit der Gründungserklärung. Aus diesem ging hervor, dass die genannte GmbH mit der Geschäftsadresse XXX, am 19.5.2004 eingetragen wurde. Der Antrag auf Eintragung war am 31.3.2004 eingelangt. Als Geschäftsführer wurde D\*\*\* angeführt. Unter Punkt V der Gründungserklärung war angeführt, dass die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit errichte wird und mit Eintragung ins Firmenbuch entsteht. Im Amtshilfeweg übermittelte das Landesgericht Klagenfurt am 15. Juni 2004 den Firmenbuchauszug (FN römisch 30 ) der D\*\*\* GmbH mit der Gründungserklärung. Aus diesem ging hervor, dass die genannte GmbH mit der Geschäftsadresse römisch 30 , am 19.5.2004 eingetragen wurde. Der Antrag auf Eintragung war am 31.3.2004 eingelangt. Als Geschäftsführer wurde D\*\*\* angeführt. Unter Punkt römisch fünf der Gründungserklärung war angeführt, dass die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit errichte wird und mit Eintragung ins Firmenbuch entsteht.

Im Schriftsatz vom 28. Juni 2004 brachte der Antragsteller ergänzend vor, dass es dem Auftraggeber faktisch nicht

möglich gewesen sei, zwischen 10. Mai 2004 und 11. Mai 2004 eine entsprechende, angemessene Prüfung der abgegebenen Angebote, insbesondere hinsichtlich einer vertieften Anbotsprüfung durchzuführen. Dies würde sich auch aus den Unterlagen ergeben, die der Auftraggeber aus der Akteneinsicht herausnehmen möchte. Diesbezüglich würde jedoch das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers gegenüber den angeführten Interessen des Auftraggebers überwiegen.

Da zum Zeitpunkt der Übermittlung der Schriftsätze des Antragstellers am 24. Mai 2004 und 25. Mai 2004 noch keine Zuschlagserteilung vorgelegen wäre, würde sich nichts an der Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes für den ordnungsgemäß eingebrachten Nachprüfungsantrag durch eine nachfolgende Auftragserteilung ändern und wäre der Nachprüfungsantrag gemäß § 175 BVergG 2002 zu bearbeiten. Da zum Zeitpunkt der Übermittlung der Schriftsätze des Antragstellers am 24. Mai 2004 und 25. Mai 2004 noch keine Zuschlagserteilung vorgelegen wäre, würde sich nichts an der Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes für den ordnungsgemäß eingebrachten Nachprüfungsantrag durch eine nachfolgende Auftragserteilung ändern und wäre der Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 175, BVergG 2002 zu bearbeiten.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei umfangreich begründet und die Rechtzeitigkeit dargestellt, sowie unter Beweis gestellt und bescheinigt. Der Fristenlauf betreffend die Angebotsunterlagen beginne jedoch jedenfalls nicht vor dem 11. Mai 2004.

Im Rahmen des 2. Hearings am 23. April 2004 habe N\*\*\* mitgeteilt, dass die noch zu übermittelnden detaillierten Angebotsunterlagen lediglich informativen Charakter (Entwurf) hätten und nachfolgend verhandelt werden würden. In der Fragenbeantwortung vom 27. April 2004 seien weitergehende Erörterungen ebenfalls nicht kategorisch ausgeschlossen worden (".....kaum möglich sein werden"). Nach

den zitierten Fragebeantwortungen vom 27. April 2004 und 4. Mai 2004 sei es zu einem weiteren Telefonat zwischen C\*\*\* und dem Geschäftsführer des Auftragsgebers, M\*\*\*, gekommen. Darin sei darauf verwiesen worden, dass das Projekt nicht nach juristischen Spitzfindigkeiten entschieden werde, sondern nach Qualität und nach Erfolg der Fragenbeantwortung noch offener Punkte. Diesbezüglich bestehe auch nach Anbotslegung im Zuge der Präsentation und Verhandlung noch die Möglichkeit der Erörterung, Verhandlung und Klärung.

Der Antragsteller habe erst mit Zugang der Angebotsunterlagen am 23. April 2004 wesentliche Informationen erhalten. In weiterer Folge seien Erörterungen, Verhandlungen und Klärungen dieser Unterlagen bzw. deren Inhalt in Aussicht gestellt worden. Erst mit Schreiben vom 11. Mai 2004 habe der Antragsteller davon Kenntnis erlangt, dass der Auftraggeber von dieser Zusage offensichtlich abweichen wolle.

Die Formulierung im Begleitschreiben zum Angebot vom 10. Mai 2004 sei auf die Erörterung von M\*\*\* zurückzuführen. Seine Zusage habe beim Antragsteller keinen Zweifel aufgeworfen. Auch hätte der Antragsteller keine Formulierungsänderungen zwingend eingefordert, sondern auf Einvernehmlichkeit Wert gelegt. Wahrheitsgemäß habe der Antragsteller darauf verwiesen, dass keine Erfahrung hinsichtlich der Errichtung von Bauwerken und Ausstellungen in Japan bestehe. F\*\*\* sei nur als betreibender Gastwirt beigezogen worden. Ebenso hätte auf die Mitarbeit "E\*\*\*\*" verzichtet werden können und von den verbleibenden Mitgliedern bzw Subplanern erledigt werden können. Es wäre dadurch nicht von einer Reduktion des Haftungsfonds auszugehen.

Auch aus der Bekanntgabe des geschätzten Auftragswertes von EURO 287.750,-. ergebe sich, dass die Zuschlagserteilung offensichtlich nicht ausschreibungskonform dem Angebot mit dem niedrigsten Preis bzw. dem technischen und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei.

Aufgrund der vom Auftraggeber behaupteten Zuschlagserteilung würden aus advokatischer Vorsicht eventualiter Feststellungsanträge mit den im Spruch ersichtlichen Begehren gestellt werden. Außerdem werde eine mündliche Verhandlung ausdrücklich beantragt.

Mit Schriftsatz vom 6. Juli 2004 brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass eine ordnungsgemäße Prüfung der Angebote erfolgt sei. Dies ergebe sich aus dem im Vergabeakt enthaltenen Prüfprotokoll und den darin ausgewiesenen sachverständigen Prüfern. Der Antragsteller verkenne, dass die Ausnahme von der Akteneinsicht im Hinblick auf schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen beantragt werde. Außerdem würde sich der Antragsteller im Fall eines wieder aufzunehmenden Vergabeverfahrens einen nicht ausgleichbaren Wettbewerbsvorteil verschaffen.

Das Bundesvergabeamt habe gemäß § 175 BVergG 2002 nicht von Amtswegen zu entscheiden, sondern es bedürfe

dazu eines entsprechenden Antrages des Antragstellers. Der Antragsteller komme unverständlicher Weise zum Schluss, wonach die Anfechtungsfrist hinsichtlich der Angebotsunterlagen bzw. sonstiger Festlegungen während der Anbotsfrist erst am 11. Mai 2004 zu laufen beginne. Hervorgehoben werde, dass kein Hearing am 23. April 2004 mit N\*\*\* stattgefunden habe. Es wäre auch nicht plausibel, dass N\*\*\* noch vor der Übermittlung der Angebotsunterlagen deren Unverbindlichkeit zugesagt haben sollte. M\*\*\* habe keinesfalls angeregt, im Angebot festzulegen, dass bestimmte Ausschreibungsbestimmungen nicht akzeptiert werden könnten. Vielmehr sei von ihm betont worden, dass von allen Bietern ein verbindliches Angebot aufgrund der vorgegebenen Unterlagen abzugeben sei. Das Bundesvergabeamt habe gemäß Paragraph 175, BVergG 2002 nicht von Amtswegen zu entscheiden, sondern es bedürfe dazu eines entsprechenden Antrages des Antragstellers. Der Antragsteller komme unverständlicher Weise zum Schluss, wonach die Anfechtungsfrist hinsichtlich der Angebotsunterlagen bzw. sonstiger Festlegungen während der Anbotsfrist erst am 11. Mai 2004 zu laufen beginne. Hervorgehoben werde, dass kein Hearing am 23. April 2004 mit N\*\*\* stattgefunden habe. Es wäre auch nicht plausibel, dass N\*\*\* noch vor der Übermittlung der Angebotsunterlagen deren Unverbindlichkeit zugesagt haben sollte. M\*\*\* habe keinesfalls angeregt, im Angebot festzulegen, dass bestimmte Ausschreibungsbestimmungen nicht akzeptiert werden könnten. Vielmehr sei von ihm betont worden, dass von allen Bietern ein verbindliches Angebot aufgrund der vorgegebenen Unterlagen abzugeben sei.

Spätestens am 4. Mai 2004 (Übermittlung der 2. Fragebeantwortung) hätte dem Antragsteller klar sein müssen, dass das Erstanbot aufgrund der vorgegebenen Ausschreibungs- und Vertragsunterlagen zu erstellen sei. Hinzu komme, dass der Antragsteller selbst in seinem Schreiben vom 29. April 2004 nur die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bzw. Feststellungsverfahrens gesehen habe. Auch habe der Antragsteller entgegen den Aufforderungen der Angebotsunterlage kein Pauschalhonorar angeboten, sondern lediglich einen Honorarvorschlag ausgewiesen.

Unverständlich sei auch die vom Antragsteller unter Bezugnahme auf das Projektbudget geäußerte Notwendigkeit der "Anpassung der Bietergemeinschaft". Das Budget sei auch dem Antragsteller bereits in der ersten Verfahrensstufe bekannt gewesen. Das Ausscheiden von Mitgliedern der ehemaligen Bewerbergemeinschaft habe sehr wohl haftungsrechtliche Konsequenzen. Wie sich aus dem Schreiben vom 11. Mai 2004 des Antragstellers ergebe, sei zu diesem Zeitpunkt noch davon ausgegangen worden, dass die Kompetenz und die Ressourcen der ehemaligen Mitglieder der Bewerbergemeinschaft für die Realisierung des Projektvorschlages notwendig seien, zumal diese nach wie vor in beratender Funktion tätig seien und im Auftragsfall bei Bedarf mitwirken würden. Mit dem Hinweis des Antragstellers, dass angeblich auch die verbleibenden Mitglieder bzw. Subplaner die vorgesehenen Leistungsbereiche erledigen könnten, werde verschwiegen, dass in der ersten Verfahrensstufe kein Subunternehmen namhaft gemacht worden sei.

Bei dem Betrag von EURO 287.750,-- handle es sich um den geschätzten Auftragswert. Der im Angebot des Antragstellers ausgewiesene Betrag sei entgegen den Vorgaben der Ausschreibung kein verbindlicher Pauschalpreis sondern ein unverbindlicher Honorarvorschlag. Einziges Zuschlagskriterium im gegenständlichen Vergabeverfahren sei außerdem nicht der Preis.

Die Eventualanträge des Antragstellers seien nicht ordnungsgemäß vergebührt und würden unzulässige Feststellungsbegehren enthalten, für die keine Zuständigkeit des BVA bestehen würde. Auch hätte der Antragsteller offenbar kein Interesse am Vertragsabschluss gehabt, da er ungeachtet der Dringlichkeit der Beschaffung es unterlassen habe, einen Antrag auf einstweilige Verfügung zu stellen, um den endgültigen Auftragsverlust zu verhindern. Nach dem Willen des Gesetzgebers wäre der Nachprüfungsantrag ein subsidiärer Rechtsbehelf. Mit dem Absehen von der Beantragung einer einstweiligen Verfügung könnte der Grundsatz dieser Subsidiarität umgangen werden.

Es werde daher die Zurück- in eventu Abweisung der gestellten

Anträge beantragt. Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt nicht sämtliche Eventualanträge des Antragstellers zurück- oder abweise, werde gemäß § 162 Abs. 3 BVergG 2002 der Antrag gestellt, festzustellen, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Anträge beantragt. Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt nicht sämtliche Eventualanträge des Antragstellers zurück- oder abweise, werde gemäß Paragraph 162, Absatz 3,

BVergG 2002 der Antrag gestellt, festzustellen, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

Mit Schriftsatz vom 9.7.2004 gab der Antragsteller bekannt, dass das Mitglied der Bewerbergemeinschaft A\*\*\* die Befugnis des Ziviltechniklers aufweise. C\*\*\* sei Inhaber des nicht protokollierten Einzelunternehmens "B\*\*\*". Letzterer verfüge über keine gesonderte Gewerbeberechtigung. Mit Schriftsatz vom 16.7.2004 verwies der Antragsteller unter anderem darauf, dass die Anträge gemäß § 175 Abs. 1 iVm § 174 BVergG 2002 den Formalerfordernissen entsprechen würden. Der Antragsteller hätte ein erhebliches Interesse am Vertragsabschluss. Eine entsprechende Vergebührung würde bei einem behördlichen Auftrag erfolgen. Mit Schriftsatz vom 9.7.2004 gab der Antragsteller bekannt, dass das Mitglied der Bewerbergemeinschaft A\*\*\* die Befugnis des Ziviltechniklers aufweise. C\*\*\* sei Inhaber des nicht protokollierten Einzelunternehmens "B\*\*\*". Letzterer verfüge über keine gesonderte Gewerbeberechtigung. Mit Schriftsatz vom 16.7.2004 verwies der Antragsteller unter anderem darauf, dass die Anträge gemäß Paragraph 175, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG 2002 den Formalerfordernissen entsprechen würden. Der Antragsteller hätte ein erhebliches Interesse am Vertragsabschluss. Eine entsprechende Vergebührung würde bei einem behördlichen Auftrag erfolgen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 20.7.2004 überreichte der Auftraggeber ein Schreiben von D\*\*\*, datiert mit 8.7.2004, in welchem dieser unter Bezugnahme auf die Zuschlagserteilung vom 29.5.2004 bestätigte, den Auftrag des Auftraggebers anzunehmen.

Der Antragsteller bestritt zwar nicht die Echtheit dieses Schreibens, stellte jedoch im Hinblick auf die Daten zum Faxeingang, zur Eingangsstampiglie und zur Datierung des Schreibens, dessen Richtigkeit in Frage und beantragte deshalb die Vorlage des Zuschlagsschreibens, um nachvollziehen zu können, welchen Vertrag D\*\*\* annehme. Der Auftraggeber weist dazu auf das dem Bundesvergabeamt vorliegende Zuschlagsschreiben.

Der Auftraggeber bestätigte, dass mit Schreiben vom 29.5.2004 der Zuschlag D\*\*\* erteilt worden und die Zuschlagsentscheidung vom 13.5.2004 ebenfalls zu Gunsten von D\*\*\* ergangen sei. Bei der Bezeichnung "XD\*\*\*" handle es sich um einen Künstlernamen. Zwar weise das Angebot eine Ziviltechniker GmbH aus, diese habe sich aber zum Zeitpunkt der Angebotslegung in Gründung befunden. Eine GmbH mit diesem Wortlaut sei jedoch nie gegründet worden. Als Handelnder für diese GmbH sei D\*\*\* aufgetreten, der auch das Angebot unterschrieben habe und außerdem für diese GmbH hafte. Im Rahmen der Verhandlungen sei auch von D\*\*\* bestätigt worden, dass er Bieter sei. Die Identität der Person, die im Rahmen der Zuschlagsentscheidung genannt worden sei, stimme mit der Person überein, die den Zuschlag empfangen habe, weshalb der Zuschlag jedenfalls wirksam sei.

Zum Hinweis des Senates auf § 83 Abs. 1 Z 8 BVergG 2002 und der diesbezügliche Judikatur des OGH meinte der Auftraggeber, dass es sich jedenfalls um eine rechtsgültige Fertigung handle. Zum Hinweis des Senates auf Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2002 und der diesbezügliche Judikatur des OGH meinte der Auftraggeber, dass es sich jedenfalls um eine rechtsgültige Fertigung handle.

Der Antragsteller hob hervor, dass das Prüfprotokoll der Anbotsprüfung vom 11.5.2004 ausdrücklich als Bieter D\*\*\* ausweise und der Künstlernamen "XD\*\*\*" nicht aufscheine. Da das Prüfprotokoll vom nunmehrigen Auftraggebervertreter unterzeichnet worden sei, hätte bereits am 13.5.2004 die Zuschlagsentscheidung entsprechend lauten können und lauten müssen. Der Bieter im Sinne der Vergabebekanntmachung sei offensichtlich nicht mit dem benannten Zuschlagsempfänger ident.

Nach Angabe des Antragstellers sei die Einladung zur Angebotslegung an die Bewerbergemeinschaft in der ursprünglichen Mitgliederformation gerichtet gewesen und eine Bewerbergemeinschaft in der Mitgliederformation des A\*\*\* und der B\*\*\* nicht eingeladen worden. Die Einladung sei an C\*\*\* als Bevollmächtigten gerichtet gewesen. Die Beiziehung eines Statikers als Subunternehmer sei notwendig gewesen, da diese Fachleistung nicht vom A\*\*\* oder von B\*\*\* erbracht hätte werden können. Dies habe sich jedoch erst im Zuge der Übermittlung der Angebotsunterlagen ergeben. B\*\*\* habe im Rahmen des Angebotes den künstlerischen Teil und das A\*\*\* die Planung und den technischen Teil übernommen.

Zur Reduktion der Mitglieder der Bietergemeinschaft wurde vom Antragsteller über die bereits im Schriftsatz vom 24.5.2004 angeführten Gründe hinaus vorgebracht, dass diese auch auf Vorgänge und geäußerte Wünsche des Auftraggebers erfolgt sei, da mit großen elektronischen Unternehmen vor Ort nicht in Konkurrenz getreten werden

sollte. Die Fachkompetenz von "E\*\*\*" sei daher nicht erforderlich gewesen.

Der Auftraggeber bestritt eine Vorgabe, die auf eine Herausnahme einer Multimedialplanung abgezielt habe. Es sei allerdings bereits in der ersten wie auch in der zweiten Verfahrensstufe darauf verwiesen worden, dass japanische Unternehmen eine große Konkurrenz darstellen würden.

Mit Schreiben vom 22. Juli 2004 iVm dem Schreiben vom 14. Juni 2004 bestätigte die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Steiermark und Kärnten, dass die D\*\*\* GmbH, die Phantasiebezeichnung "XD\*\*\*" verwende. Dieser GmbH sei mit Bescheid des BMWA vom 28.4.2004, Zl. XXX die Befugnis für Architektur verliehen worden. Mit Schreiben vom 22. Juli 2004 in Verbindung mit dem Schreiben vom 14. Juni 2004 bestätigte die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Steiermark und Kärnten, dass die D\*\*\* GmbH, die Phantasiebezeichnung "XD\*\*\*" verwende. Dieser GmbH sei mit Bescheid des BMWA vom 28.4.2004, Zl. römisch 30 die Befugnis für Architektur verliehen worden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:römisch eins Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

1. 1.Ziffer eins

Auftraggebereigenschaft der Wirtschaftskammer Österreich

Auftraggeber gemäß § 20 Z 4 BVergG 2002 ist im gegenständlichen Vergabeverfahren die Wirtschaftskammer Österreich (in der Folge WKÖ). Diese ist aus nachfolgend angeführten Gründen als Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 leg. cit. zu werten. Gemäß § 1 Wirtschaftskammergesetz 1998 (in der Folge WKG), BGBl I Nr. 103/1998, idF BGBl I Nr. 153/1998, wurde die WKÖ zur Vertretung der gemeinsamen Interessen ihrer Mitglieder und zur Förderung der gewerblichen Wirtschaft und ihrer einzelnen Mitglieder durch entsprechende Einrichtungen und Maßnahmen gegründet. Es ist daher davon auszugehen, dass die WKÖ zu einem besonderen Zweck gegründet wurde und im Allgemeininteresse liegende Aufgaben iSd § 7 Abs. 1 Z 2 lit. a BVergG 2002 zu erfüllen hat, die nicht gewerblicher Art sind [vgl. Potacs, persönlicher Geltungsbereich des BVergG 2002, 52ff in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004)]. Auftraggeber gemäß Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG 2002 ist im gegenständlichen Vergabeverfahren die Wirtschaftskammer Österreich (in der Folge WKÖ). Diese ist aus nachfolgend angeführten Gründen als Auftraggeber gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, leg. cit. zu werten. Gemäß Paragraph eins, Wirtschaftskammergesetz 1998 (in der Folge WKG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 103 aus 1998,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 153 aus 1998,, wurde die WKÖ zur Vertretung der gemeinsamen Interessen ihrer Mitglieder und zur Förderung der gewerblichen Wirtschaft und ihrer einzelnen Mitglieder durch entsprechende Einrichtungen und Maßnahmen gegründet. Es ist daher davon auszugehen, dass die WKÖ zu einem besonderen Zweck gegründet wurde und im Allgemeininteresse liegende Aufgaben iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG 2002 zu erfüllen hat, die nicht gewerblicher Art sind [vgl. Potacs, persönlicher Geltungsbereich des BVergG 2002, 52ff in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004)].

In § 31 Abs. 3 WKG werden dazu beispielsweise zu erfüllende Aufgaben wie die Vertretung der Interessen ihrer Mitglieder in und gegenüber der Europäischen Union, internationalen Organisationen und Vereinigungen (Z 2), die Pflege der Beziehungen zu ausländischen Interessensvertretungen (Z 3) oder die Errichtung eines Ständigen Internationalen Schiedsgerichts (Z 4) angeführt. Gemäß § 32 Abs. 1 WKG obliegt der WKÖ im übertragenen Wirkungsbereich, an der staatlichen Verwaltung in den durch besondere Rechtsvorschriften vorgesehenen Fällen mitzuwirken und im Auftrag internationaler Organisationen tätig zu werden. Als Interessensvertretung und Selbstverwaltungskörper erfüllt die WKÖ jedenfalls die in § 7 Abs. 1 Z 2 lit. b BVergG 2002 geforderte Voraussetzung einer zumindest vorliegenden Teilrechtsfähigkeit. Zudem wird die WKÖ gemäß § 136 Abs. 1 WKG vom Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten beaufsichtigt, wobei diese Aufsicht gemäß § 136 Abs. 2 WKG sowohl die Sorge für die gesetzmäßige Führung der Geschäfte und Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Ganges der Verwaltung als auch insbesondere die Berechtigung zur Aufhebung rechtswidriger Beschlüsse umfasst. Damit ist auch die dritte kumulative Voraussetzung gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 lit. c BVergG 2002 erfüllt, nämlich dass die WKÖ hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch einen Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 1 BVergG 2002 (Bund) unterliegt. In Paragraph 31, Absatz 3, WKG werden dazu beispielsweise zu erfüllende Aufgaben wie die Vertretung der Interessen ihrer Mitglieder in und gegenüber der Europäischen Union, internationalen Organisationen und Vereinigungen (Ziffer 2,), die Pflege der Beziehungen zu ausländischen Interessensvertretungen (Ziffer 3,) oder die Errichtung eines Ständigen Internationalen

Schiedsgerichts (Ziffer 4.) angeführt. Gemäß Paragraph 32, Absatz eins, WKG obliegt der WKÖ im übertragenen Wirkungsbereich, an der staatlichen Verwaltung in den durch besondere Rechtsvorschriften vorgesehenen Fällen mitzuwirken und im Auftrag internationaler Organisationen tätig zu werden. Als Interessensvertretung und Selbstverwaltungskörper erfüllt die WKÖ jedenfalls die in Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, BVergG 2002 geforderte Voraussetzung einer zumindest vorliegenden Teilrechtsfähigkeit. Zudem wird die WKÖ gemäß Paragraph 136, Absatz eins, WKG vom Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten beaufsichtigt, wobei diese Aufsicht gemäß Paragraph 136, Absatz 2, WKG sowohl die Sorge für die gesetzmäßige Führung der Geschäfte und Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Ganges der Verwaltung als auch insbesondere die Berechtigung zur Aufhebung rechtswidriger Beschlüsse umfasst. Damit ist auch die dritte kumulative Voraussetzung gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG 2002 erfüllt, nämlich dass die WKÖ hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch einen Auftraggeber gemäß Paragraph 7, Absatz eins, BVergG 2002 (Bund) unterliegt.

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 4 Abs. 1 BVergG 2002 zu qualifizieren. Vergeben wird ein Auftrag über die prioritäre Dienstleistung gemäß Anhang III Kategorie 12 BVergG 2002 in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt € 287.750,-- (ohne USt), womit der einschlägige Schwellenwert von § 9 Abs.1 Z 5 leg.cit. jedenfalls als überschritten anzusehen ist. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag im Sinne des Paragraph 4, Absatz eins, BVergG 2002 zu qualifizieren. Vergeben wird ein Auftrag über die prioritäre Dienstleistung gemäß Anhang römisch drei Kategorie 12 BVergG 2002 in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt € 287.750,-- (ohne USt), womit der einschlägige Schwellenwert von Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 5, leg.cit. jedenfalls als überschritten anzusehen ist.

#### 1. 2.Ziffer 2

##### Zuschlagserteilung

Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nichtigerklärung von rechtswidrigen Auftraggeberentscheidungen im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zwecks Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetzes und die hierzu ergangenen Verordnungen ist gemäß § 162 Abs. 2 leg. cit. an den noch nicht erteilten Zuschlag geknüpft. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nichtigerklärung von rechtswidrigen Auftraggeberentscheidungen im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zwecks Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetzes und die hierzu ergangenen Verordnungen ist gemäß Paragraph 162, Absatz 2, leg. cit. an den noch nicht erteilten Zuschlag geknüpft.

Im gegenständlichen Verfahren ist davon auszugehen, dass der aus den Teilnahmeantragstellern ausgewählte Bewerber D\*\*\* neben den weiteren Teilnahmeantragstellern, - das sind die in Form einer Bietergemeinschaft auftretenden Bewerber 1. G\*\*\*, 2. H\*\*\*, 3. I\*\*\*, sowie 4. B\*\*\*, A\*\*\*, E\*\*\* und F\*\*\* - für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zur Legung von Anboten am 10. Mai 2004 eingeladen wurde.

Das Angebot, das im Kopf des Angebotsformulars die Bezeichnung "XD\*\*\*, D\*\*\* GmbH" trug, war von einem D\*\*\* unter Verwendung der Stampiglie "XD\*\*\*, D\*\*\* GmbH" mit der Adresse XXX, unterzeichnet. Es liegt daher ein firmenmäßig von D\*\*\* unterzeichnetes Angebot einer D\*\*\* GmbH und nicht ein Angebot der physischen Person des D\*\*\* vor. Die Phantasiebezeichnung "XD\*\*\*" wird laut Bestätigung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Steiermark und Kärnten von der genannten GmbH verwendet. Das Angebot, das im Kopf des Angebotsformulars die Bezeichnung "XD\*\*\*, D\*\*\* GmbH" trug, war von einem D\*\*\* unter Verwendung der Stampiglie "XD\*\*\*, D\*\*\* GmbH" mit der Adresse römisch 30, unterzeichnet. Es liegt daher ein firmenmäßig von D\*\*\* unterzeichnetes Angebot einer D\*\*\* GmbH und nicht ein Angebot der physischen Person des D\*\*\* vor. Die Phantasiebezeichnung "XD\*\*\*" wird laut Bestätigung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Steiermark und Kärnten von der genannten GmbH verwendet.

Auch der Auftraggeber bestätigte in der mündlichen Verhandlung vom 20.7.2004, dass im gegenständlichen Angebot eine D\*\*\* aufscheint und als Handelnder für diese GmbH D\*\*\* aufgetreten ist, der das Angebot unterzeichnet hat und außerdem für diese GmbH haftet.

Allerdings nahm der Auftraggeber vor dem Hintergrund, dass eine solche GmbH nie entstanden sei, nach Befragung von D\*\*\* im Rahmen der Verhandlungen an, dass D\*\*\* als physische Person und somit selbst dieses Angebot gelegt habe. Daher teilte der Auftraggeber auch - wie der Auftraggeber neuerlich in der mündlichen Verhandlung vom

20.7.2004 bekräftigte – eine Zuschlagsentscheidung am 13.5.2004 zu Gunsten der physischen Person D\*\*\* mit und erteilte dieser auch am 29.5.2004 den Zuschlag.

Entgegen der Aussage des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung vom 20.7.2004 hatte diese GmbH allerdings laut Firmenbuchauszug vom 15.6.2004 am 19.5.2004 ihre Rechtsfähigkeit erlangt. Der Antrag auf Neueintragung in das Firmenbuch war bei diesem am 31.3.2004 eingelangt. Als alleiniger Geschäftsführer ist im Firmenbuch D\*\*\* ausgewiesen. Laut Punkt V des Gesellschaftsvertrages ist diese GmbH auf unbestimmte Zeit errichtet und entsteht mit der Eintragung ins Firmenbuch. Entgegen der Aussage des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung vom 20.7.2004 hatte diese GmbH allerdings laut Firmenbuchauszug vom 15.6.2004 am 19.5.2004 ihre Rechtsfähigkeit erlangt. Der Antrag auf Neueintragung in das Firmenbuch war bei diesem am 31.3.2004 eingelangt. Als alleiniger Geschäftsführer ist im Firmenbuch D\*\*\* ausgewiesen. Laut Punkt römisch fünf des Gesellschaftsvertrages ist diese GmbH auf unbestimmte Zeit errichtet und entsteht mit der Eintragung ins Firmenbuch.

Gemäß § 83 Abs. 1 Z 8 BVergG 2002 muss jedes Angebot insbesondere eine rechtsgültige Unterfertigung des Bieters, bei elektronisch übermittelten Angeboten eine sichere elektronische Signatur iSd § 2 Z 3 SigG enthalten (vgl. Schwartz, Bundesvergabegesetz (2003), § 83 Abs. 1 Z 8 RZ 4 und die darin angeführte Judikatur des OGH). Enthält das Angebot keine rechtsgültige Unterfertigung, handelt es sich um einen unbehebbarer Mangel, sodass das Angebot schon auf Grund dessen gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 auszuschneiden gewesen wäre. Gemäß Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2002 muss jedes Angebot insbesondere eine rechtsgültige Unterfertigung des Bieters, bei elektronisch übermittelten Angeboten eine sichere elektronische Signatur iSd Paragraph 2, Ziffer 3, SigG enthalten (vgl. Schwartz, Bundesvergabegesetz (2003), Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 8, RZ 4 und die darin angeführte Judikatur des OGH). Enthält das Angebot keine rechtsgültige Unterfertigung, handelt es sich um einen unbehebbarer Mangel, sodass das Angebot schon auf Grund dessen gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 auszuschneiden gewesen wäre.

Unter Zugrundelegung der im BVergG 2002 festgelegten Legaldefinitionen ging der im gegenständlichen Vergabeverfahren erteilte Zuschlag ins Leere. Gemäß § 20 Z 41 leg. cit. wird die Zuschlagserteilung als die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen, definiert. Bieter ist gemäß § 20 Z 10 BVergG 2002 seinerseits wiederum ein Unternehmer oder eine Bietergemeinschaft, der bzw. die ein Angebot eingereicht hat. Gemäß § 20 Z 2 ist ein Angebot die Erklärung eines Bieters, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen. Unter Zugrundelegung der im BVergG 2002 festgelegten Legaldefinitionen ging der im gegenständlichen Vergabeverfahren erteilte Zuschlag ins Leere. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 41, leg. cit. wird die Zuschlagserteilung als die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen, definiert. Bieter ist gemäß Paragraph 20, Ziffer 10, BVergG 2002 seinerseits wiederum ein Unternehmer oder eine Bietergemeinschaft, der bzw. die ein Angebot eingereicht hat. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 2, ist ein Angebot die Erklärung eines Bieters, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen.

Die Mitteilung des Auftraggebers vom 29.5.2004 an die physische Person D\*\*\* – im Glauben, die D\*\*\* GmbH sei nie entstanden –, sein Angebot anzunehmen, entspricht damit nicht der in § 20 Z 41 leg. cit. festgelegten Definition der Zuschlagserteilung. Bei der erfolgten Mitteilung handelt es sich nicht um eine an einen Bieter iSd § 20 Z 10 leg. cit. im gegenständlichen Verfahren abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot iSd Definition des § 20 Z 2 leg. cit. anzunehmen. Die Mitteilung des Auftraggebers vom 29.5.2004 an die physische Person D\*\*\* – im Glauben, die D\*\*\* GmbH sei nie entstanden –, sein Angebot anzunehmen, entspricht damit nicht der in Paragraph 20, Ziffer 41, leg. cit. festgelegten Definition der Zuschlagserteilung. Bei der erfolgten Mitteilung handelt es sich nicht um eine an einen Bieter iSd Paragraph 20, Ziffer 10, leg. cit. im gegenständlichen Verfahren abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot iSd Definition des Paragraph 20, Ziffer 2, leg. cit. anzunehmen.

Als Bieter trat – wie oben dargestellt – auf Grund der Bezeichnung im Kopf des Angebotsformulars und der firmenmäßigen Zeichnung die D\*\*\* GmbH auf. Wie sich auch in der mündlichen Verhandlung bestätigte, ging auch der Auftraggeber ursprünglich davon aus, dass dieses Angebot einer GmbH zuzuordnen sei und als haftender Handelnder D\*\*\* aufgetreten sei. Diese GmbH erlangte auch – entgegen der Annahme des Auftraggebers – am 19.5.2004 durch Eintragung in das Firmenbuch Rechtsfähigkeit. Entgegen der Ansicht des Auftraggebers konnte aber ein solches, einer juristischen Person zuzuordnendes Angebot nicht durch Verhandlungen mit D\*\*\* zu einem Angebot der physischen Person D\*\*\* mutieren. Abgesehen davon ist – wie bereits ausgeführt – diese entgegen der Aussage des Auftraggebers

sehr wohl am 19.5.2004 in das Firmenbuch eingetragen worden und führt die Phantasiebezeichnung "XD\*\*\*".

Die Mitteilung des Auftraggebers vom 29.5.2004 über die Zuschlagserteilung, nämlich das Angebot des D\*\*\* anzunehmen, ging bereits aus dem Grund, dass in diesem kein Bieter im Sinne des BVergG 2002 genannt wurde, ins Leere. Aus demselben Grunde liegt auch keine Zuschlagsentscheidung vor. Sowohl die Definition der Zuschlagsentscheidung in § 20 Z 42 leg. cit. als auch die Bestimmung des § 100 Abs. 1 1. Satz leg. cit. erfassen als wesentlichen Bestandteil der Zuschlagsentscheidung die Erklärung „welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll“. Sowohl in der Mitteilung vom 13.5.2004 (Zuschlagsentscheidung) als auch in der Mitteilung vom 29.5.2004 (Zuschlagserteilung) fehlt es jedoch an einem Bieter im Sinne des § 20 Z 10 BVergG 2002. Die Mitteilung des Auftraggebers vom 29.5.2004 über die Zuschlagserteilung, nämlich das Angebot des D\*\*\* anzunehmen, ging bereits aus dem Grund, dass in diesem kein Bieter im Sinne des BVergG 2002 genannt wurde, ins Leere. Aus demselben Grunde liegt auch keine Zuschlagsentscheidung vor. Sowohl die Definition der Zuschlagsentscheidung in Paragraph 20, Ziffer 42, leg. cit. als auch die Bestimmung des Paragraph 100, Absatz eins, 1. Satz leg. cit. erfassen als wesentlichen Bestandteil der Zuschlagsentscheidung die Erklärung „welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll“. Sowohl in der Mitteilung vom 13.5.2004 (Zuschlagsentscheidung) als auch in der Mitteilung vom 29.5.2004 (Zuschlagserteilung) fehlt es jedoch an einem Bieter im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 10, BVergG 2002.

Am Fehlen einer Zuschlagserteilung vermag auch nichts die vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vorgelegte allfällige Bestätigung des D\*\*\* vom 8.7.2004 über die Annahme des Auftrages des Auftraggebers, der dessen ungeachtet, dass auch ihm die Legung des Angebotes durch die D\*\*\* GmbH erkennbar war, die physischen Person D\*\*\* als Bieter angegeben hatte.

Im gegenständlichen Verfahren ist - wie oben dargelegt - deshalb davon auszugehen, dass keine Zuschlagserteilung im Sinne des BVergG 2002 vorliegt. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Entscheidung über die vom Antragsteller gestellten Nachprüfungsanträge gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 leg. cit. zuständig. Im gegenständlichen Verfahren ist - wie oben dargelegt - deshalb davon auszugehen, dass keine Zuschlagserteilung im Sinne des BVergG 2002 vorliegt. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Entscheidung über die vom Antragsteller gestellten Nachprüfungsanträge gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, leg. cit. zuständig.

II. Zu Spruchpunkt I und II römisch zwei. Zu Spruchpunkt römisch eins und römisch zwei

1. 1. Ziffer eins

Allgemeines

Mit dem Begehren des Antragsstellers, die Entscheidung des Auftraggebers vom 11. Mai 2004, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, für nichtig zu erklären, wird eine unter dem Begriff sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase zu subsumierende gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers im Sinne von § 20 Z 13 lit. a. sublit. dd. leg. cit. im Vergabeverfahren beantragt. Mit dem Begehren des Antragsstellers, die Entscheidung des Auftraggebers vom 11. Mai 2004, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, für nichtig zu erklären, wird eine unter dem Begriff sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase zu subsumierende gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers im Sinne von Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, leg. cit. im Vergabeverfahren beantragt.

Ebenso ist der auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 13. Mai 2004 gerichtete Antrag eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne der zitierten Bestimmung.

Der Antragsteller hat den Auftraggeber rechtzeitig von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 163 Abs. 2 BVergG 2002 verständigt. Der Antragsteller hat den Auftraggeber rechtzeitig von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG 2002 verständigt.

Die Anträge erfüllen auch die sonstigen Formal- und Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Nachprüfungsantrag gemäß § 166 Abs. 1 BVergG 2002. Die Anträge erfüllen auch die sonstigen Formal- und Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 166, Absatz eins, BVergG 2002.

1. 2. Ziffer 2

Bekämpfung des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers

2.1. Reduzierte Mitgliederzahl der angebotslegenden Bietergemeinschaft

Der Auftraggeber gab im Schreiben vom 11. Mai 2004 als einen Grund für das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers an, dass das Angebot des Antragstellers von einer Bietergemeinschaft stamme, die nicht zur Angebotslegung eingeladen worden ist. Der Antragsteller rechtfertigt die Reduktion der Mitglieder der angebotslegenden Bietergemeinschaft damit, dass die Sinnhaftigkeit der Teilnahme des für den audiovisuellen Teil zuständigen Mitglieds der eingeladenen Bewerbergemeinschaft „E\*\*\*“ und des für den gastronomischen Bereichs zuständigen „F\*\*\*“ in weiterer Folge nicht mehr gegeben gewesen ist und damit das primäre Ziel der Einhaltung des Budgetrahmes erreicht worden ist. Außerdem ist in Punkt 9.1. der Ausschreibung (gemeint wohl Punkt 19 1. Absatz der Angebotsunterlagen) ausdrücklich festgehalten, dass abweichende Zusammensetzungen der Bietergemeinschaft zulässig sind, wenn sich die Bietergemeinschaft ausschließlich aus Bewerbern zusammensetzt, die zur Angebotsabgabe eingeladen worden sind. Dies trifft auf die verbleibenden Mitglieder der Bietergemeinschaft des Antragstellers zu. Weiters ist die Reduktion der Mitglieder der Bietergemeinschaft auch auf Grund von Wünschen des Auftraggebers, mit großen elektronischen Unternehmen vor Ort nicht in Konkurrenz treten zu wollen, erfolgt.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Interpretation der Angebotsunterlagen ebenso wie die der Ausschreibungsunterlagen nach den für die Auslegung von Willenserklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Auslegungsgrundsätzen der §§ 914f ABGB zu erfolgen hat (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1; siehe dazu BVA 2.10.2003, 17N-80/03- 37; 7.11.2003, 14N-89/03-42; 25.6.2004, 14F-11/03-39). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Interpretation der Angebotsunterlagen ebenso wie die der Ausschreibungsunterlagen nach den für die Auslegung von Willenserklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Auslegungsgrundsätzen der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen hat vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1; siehe dazu BVA 2.10.2003, 17N-80/03- 37; 7.11.2003, 14N-89/03-42; 25.6.2004, 14F-11/03-39).

Danach ist zunächst vom Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung auszugehen. Der Ausleger darf es jedoch nicht dabei bewenden lassen, sondern hat den Willen der Parteien, das ist die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden, zu erforschen.

Im Text der genannten Bestimmung des Punktes 19, 1. Absatz der Angebotsunterlagen wird einleitend darauf hingewiesen, dass Bietergemeinschaften grundsätzlich nur in jener Zusammensetzung Angebote einreichen können, in der sie zur Angebotsstellung eingeladen wurden. Abweichende Zusammensetzungen sind nur dann zulässig, wenn sich die Bietergemeinschaft ausschließlich aus Bewerbern zusammensetzt, die zur Angebotsstellung eingeladen wurden.

Diese zitierte Bestimmung des Punktes 19, 1. Absatz der Angebotsunterlagen lässt erkennen, dass eine abweichende Zusammensetzung der angebotslegenden Bietergemeinschaft nur in Form einer Zusammensetzung aus zur Angebotsstellung eingeladenen Bewerbern zulässig ist. Zur Angebotsabgabe wurden neben den vier anderen Bewerbern die Bewerbergemeinschaft, bestehend aus den Mitgliedern 1. B\*\*\*, 2. A\*\*\*, 3. E\*\*\* und 4. F\*\*\*, die auch in dieser Mitgliederkonstellation den Teilnahmeantrag gelegt hatte und in dieser Formation für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens ausgewählt worden war, eingeladen. Nicht zur Angebotslegung eingeladen wurde hingegen eine Bewerbergemeinschaft bestehend aus den Mitgliedern 1. B\*\*\* und 2. A\*\*\*, die auch keinen Teilnahmeantrag gelegt hatte und auch nicht der Bewertung an Hand der Auswahlkriterien in der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens unterzogen worden war.

Der objektive Erklärungswert steht auch im Einklang mit dem oben zitierten Schreiben des Auftraggebers vom 11. Mai 2004, wonach das Angebot des Antragstellers von einer Bietergemeinschaft stamme, die nicht zur Angebotslegung eingeladen worden war.

Dieser ermittelte objektive Erklärungswert stimmt auch mit den übrigen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens überein, die im übrigen unter anderem von den Antragstellern - als Mitglieder der Bewerbergemeinschaft in Form der ursprünglichen Mitgliederkonstellation - vorbehaltlos akzeptiert und unterschrieben worden und auch nicht rechtzeitig bekämpft worden war (siehe dazu auch Ausführungen zu Spruchpunkt III und IV). Dieser ermittelte objektive Erklärungswert stimmt auch mit den übrigen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens überein, die im übrigen unter anderem von den Antragstellern - als Mitglieder der Bewerbergemeinschaft in Form der ursprünglichen Mitgliederkonstellation - vorbehaltlos akzeptiert und unterschrieben worden und auch nicht rechtzeitig bekämpft worden war (siehe dazu auch Ausführungen zu Spruchpunkt römisch drei und römisch vier).

Im Teilnahmeantragsformular (.1) der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens wurde von allen Mitgliedern der Bewerbergemeinschaft in ihrer ursprünglichen Konstellation vorbehaltlos akzeptiert und unterschrieben, nach Angebotsabgabe eine Bietergemeinschaft und im Fall der Beauftragung, eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zu bilden, in der alle Mitglieder der gegenständlichen Bewerbergemeinschaft zur vertragsgemäßen Erbringung der gesamten Leistung solidarisch haften werden (Punkt 0.5).

Mit der Unterzeichnung des Teilnahmeantragsformulars (.1) ihres Teilnahmeantrages anerkannten unter anderem auch die Antragsteller die formellen und organisatorischen Ausschreibungsunterlagen (Punkt 1-11 der Teilnahmeantragsunterlage). In Punkt 10 dieser Unterlagen ist nochmals ausgeführt, dass die Bewerbergemeinschaft mit Abgabe ihres Teilnahmeantrages (siehe Punkt 0.5 der Beilage .1) nach Abgabe eines Angebotes eine Bietergemeinschaft und im Auftragsfall, eine Arbeitsgemeinschaft (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) bildet. Im Teilnahmeantragsformular wurde auch darauf hingewiesen, dass die eingeladenen Bewerber die (allenfalls nachträgliche) Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen haben.

Unter dem Begriff "eingeladener Bewerber" kann ebenfalls nur der Teilnahmeantragsteller in jener Konstellation verstanden werden, in welcher von diesem ein Teilnahmeantrag gelegt wurde. In der Konstellation wurde auch der Teilnahmeantrag dieses Bewerbers in der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens unter Zugrundelegung der Auswahlkriterien Lösungskompetenz und Referenzen bewertet. Im Rahmen des erstgenannten Auswahlkriteriums wurde auch zur Überprüfung der personellen Machbarkeit der vorgeschlagenen Idee das zur Verfügung stehende Projektteam herangezogen.

Würde es dem Teilnahmeantragsteller, der in Form einer Bewerbergemeinschaft mit einer bestimmten Mitgliederkonstellation in der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens auftreten ist, überlassen sein, nach der Einladung zur Angebotslegung mit einem Rest der ursprünglichen Mitgliederkonstellation ein Angebot zu legen, würde im übrigen auch der umfangreiche Bewertung der Teilnahmeanträge in der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens auf Grundlage der Auswahlkriterien Lösungskompetenz und Referenzen kein Sinn zukommen.

Diese Interpretation steht auch im Einklang mit der Definition des Begriffes "Bewerber" in § 20 Z 9 BVergG 2002. Danach ist "Bewerber" ein Unternehmer oder eine Gemeinschaft von Unternehmern, der bzw. die sich an einem Vergabeverfahren, einer elektronischen Auktion oder einer Rahmenvereinbarung beteiligen will und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Aufforderung bzw. das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet hat. Diese Interpretation steht auch im Einklang mit der Definition des Begriffes "Bewerber" in Paragraph 20, Ziffer 9, BVergG 2002. Danach ist "Bewerber" ein Unternehmer oder eine Gemeinschaft von Unternehmern, der bzw. die sich an einem Vergabeverfahren, einer elektronischen Auktion oder einer Rahmenvereinbarung beteiligen will und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Aufforderung bzw. das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet hat.

Im Übrigen ging auch der Antragsteller laut Aussage in der mündlichen Verhandlung vom 20.7.2004 davon aus, dass die Bewerbergemeinschaft in der Mitgliederformation 1. A\*\*\* und 2. B\*\*\* nicht zur Angebotslegung eingeladen worden war.

Unter Punkt 19 letzter Absatz der Angebotsunterlagen wird weiters ausgeführt, dass die eingeladenen Bewerber die (allenfalls nachträgliche) Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen haben und dabei - auch noch in Klammer gesetzt - darauf hingewiesen, dass bei eingeladenen Bewerbergemeinschaften, die in unveränderter Zusammensetzung ein Angebot als Bietergemeinschaft abgeben, keine gesonderte Mitteilung erforderlich ist. Dadurch wird den eingeladenen Bewerbern - bei Bewerbergemeinschaften in der Mitgliederkonstellation in der der Teilnahmeantrag gelegt wurde - die Möglichkeit eröffnet, ebenfalls mit anderen eingeladenen Bewerbern eine Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft zu bilden, die allerdings innerhalb der halben Angebotsfrist bekannt zu geben ist.

Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass der Antragsteller als Bietergemeinschaft entgegen den oben zitierten Bestimmungen der Angebotsunterlagen nicht in jener Mitgliederkonstellation ein Angebot legte, in der er als Bewerbergemeinschaft einen Teilnahmeantrag gestellt hatte und in der er auch in der Folge zur Angebotslegung eingeladen worden war. Daher wurde er vom Auftraggeber zu recht gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 ausgeschieden. Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass der Antragsteller als Bietergemeinschaft entgegen den oben zitierten Bestimmungen der Angebotsunterlagen nicht in jener Mitgliederkonstellation ein Angebot

legte, in der er als Bewerbergemeinschaft einen Teilnahmeantrag gestellt hatte und in der er auch in der Folge zur Angebotslegung eingeladen worden war. Daher wurde er vom Auftraggeber zu recht gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 ausgeschieden.

Dabei handelt es sich auch um keinen verbesserungsfähigen Mängel, zumal sich durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Antragstellers gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessern würde (vgl VwGH 25.3.2004, Zl. 2003/04/0186). Dadurch würde ihm die Möglichkeit eingeräumt, ein neuerliches Angebot mit anderen Kalkulationen zu legen, das in der Folge Grundlage für eventuell zu führende Verhandlungen wäre. Abgesehen davon ist der Antragsteller ohnedies der Meinung, auf die übrigen Mitglieder auf Grund des vorgegebenen Budget zu verzichten. Dabei handelt es sich auch um keinen verbesserungsfähigen Mängel, zumal sich durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Antragstellers gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessern würde vergleiche VwGH 25.3.2004, Zl. 2003/04/0186). Dadurch würde ihm die Möglichkeit eingeräumt, ein neuerliches Angebot mit anderen Kalkulationen zu legen, das in der Folge Grundlage für eventuell zu führende Verhandlungen wäre. Abgesehen davon ist der Antragsteller ohnedies der Meinung, auf die übrigen Mitglieder auf Grund des vorgegebenen Budget zu verzichten.

Der Antragsteller führt als Grund für die Reduktion der Mitglieder der Bietergemeinschaft den geäußerten Wünsche des Auftraggebers an, mit großen elektronischen Unternehmen vor Ort nicht in Konkurrenz treten zu wollen. Diesfalls hätte der Antragsteller eine solche Festlegung des Auftraggebers rechtzeitig innerhalb der Frist, die für die Festlegungen während der Angebotsfrist bzw der Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß § 169 Abs. 1 Z 3 lit d bzw lit c BVergG 2002 vorgesehen ist, zu bekämpfen gehabt, sollte dieser Wunsch während der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens erfolgt sein. Sollte diese Festlegung bereits während der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens erfolgt sein, wäre dies ebenfalls innerhalb der für eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 169 Abs. 1 Z 3 leg. cit. vorgesehenen Frist zu bekämpfen gewesen. Der Antragsteller führt als Grund für die Reduktion der Mitglieder der Bietergemeinschaft den geäußerten Wünsche des Auftraggebers an, mit großen elektronischen Unternehmen vor Ort nicht in Konkurrenz treten zu wollen. Diesfalls hätte der Antragsteller eine solche Festlegung des Auftraggebers rechtzeitig innerhalb der Frist, die für die Festlegungen während der Angebotsfrist bzw der Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 3, Litera d, bzw Litera c, BVergG 2002 vorgesehen ist, zu bekämpfen gehabt, sollte dieser Wunsch während der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens erfolgt sein. Sollte diese Festlegung bereits während der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens erfolgt sein, wäre dies ebenfalls innerhalb der für eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 3, leg. cit. vorgesehenen Frist zu bekämpfen gewesen.

Dass es sich bei der Reduktion der Mitgliederzahl einer Bietergemeinschaft um keine verhandelbare Position handelt, ergibt sich sowohl aus der Definition des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung in § 23 Abs. 5 leg. cit., wonach über den Auftragsinhalt verhandelt werden kann, als auch aus der Ausschreibung, die nicht rechtzeitig bekämpft wurde (siehe dazu Ausführungen zu Spruchpunkt III und IV). Dass es sich bei der Reduktion der Mitgliederzahl einer Bietergemeinschaft um keine verhandelbare Position handelt, ergibt sich sowohl aus der Definition des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung in Paragraph 23, Absatz 5, leg. cit., wonach über den Auftragsinhalt verhandelt werden kann, als auch aus der Ausschreibung, die nicht rechtzeitig bekämpft wurde (siehe dazu Ausführungen zu Spruchpunkt römisch drei und römisch vier).

Wäre der Antragsteller bezüglich der Reduktion der Mitgliederzahl einer Bietergemeinschaft von einer verhandelbaren Position ausgegangen, würde es sich um einen Irrtum handeln, der allerdings keinen Wiedereinsetzungsgrund gemäß § 71 Abs. 1 AVG darstellt (vgl BVA 8.8.2003, 13N-58/03-9). Dass der Auftraggeber diesbezüglich die Möglichkeit zu Verhandlungen eingeräumt hätte, wurde vom Antragsteller auch nicht behauptet. Wäre der Antragsteller bezüglich der Reduktion der Mitgliederzahl einer Bietergemeinschaft von einer verhandelbaren Position ausgegangen, würde es sich um einen Irrtum handeln, der allerdings keinen Wiedereinsetzungsgrund gemäß Paragraph 71, Absatz eins, AVG darstellt vergleiche BVA 8.8.2003, 13N-58/03-9). Dass der Auftraggeber diesbezüglich die Möglichkeit zu Verhandlungen eingeräumt hätte, wurde vom Antragsteller auch nicht behauptet.

## 2.2. Befugnis der Bietergemeinschaft

Auch unter Zugrundelegung der Annahme, dass der Antragsteller in der von ihm gewählten Mitgliederkonstellation ein Angebot legen zu könnte, wäre das Angebot jedoch auszuschneiden gewesen. Er hat es nämlich verabsäumt, entsprechend den Ausschreibungsunterlagen der

#### 1. 1.Ziffer eins

Stufe des Vergabeverfahrens, die unbekämpft geblieben sind (siehe dazu Ausführungen zu Spruchpunkt III und IV), bereits in dieser Phase des Verhandlungsverfahrens die von ihm im Angebot nunmehr angeführten Subunternehmer zu benennen. Vielmehr wurde in der 1. Stufe des Vergabeverfahrens überhaupt kein Subunternehmer benannt. Stufe des Vergabeverfahrens, die unbekämpft geblieben sind (siehe dazu Ausführungen zu Spruchpunkt römisch drei und römisch vier), bereits in dieser Phase des Verhandlungsverfahrens die von ihm im Angebot nunmehr angeführten Subunternehmer zu benennen. Vielmehr wurde in der 1. Stufe des Vergabeverfahrens überhaupt kein Subunternehmer benannt.

Selbst wenn es der Auftraggeber dem Antragsteller im Verbesserungsweg in der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens ermöglichen würde, von der Nennung der Subunternehmer abzusehen, würde es dem Antragsteller an den entsprechenden Befähigungen fehlen. Das A\*\*\*, das laut Aussage des Antragstellers im Angebot für den technischen und planerischen Teil zuständig ist, legte die Befähigung des Architekten vor. Das nichtprotokollierte Einzelunternehmen "B\*\*\*", dessen Inhaber C\*\*\* ist und nach Angabe des Antragstellers für den künstlerischen und planerischen Teil verantwortlich ist, verfügt jedoch über keine Befugnis eines Ziviltechnikers und keine sonstige erforderliche gewerberechtliche Befugnis. Im Hinblick auf die Erstellung der Statik ist auf Grund der Aussage des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung vom 20.7.2004 jedoch die Beiziehung eines Statikers als Subunternehmer erforderlich gewesen, da dieser Bereich nicht von den beiden Mitgliedern der Bietergemeinschaft abgedeckt werden kann.

Aus der Ausschreibung der 1. Stufe dieses Verhandlungsverfahrens in Punkt 4.1 (Eignungskriterien) ergibt sich, dass österreichische Bewerber zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe über alle für die Erbringung des gegenständlichen Projektes notwendigen gesetzlichen Befugnisse verfügen müssen. Gleiches gilt für Subunternehmer, an die der Bewerber Leistungen vergeben will. Der Bewerber hat den Nachweis seiner Befugnis durch die Vorlage der entsprechenden Berechtigung grundsätzlich in seinem Teilnahmeantrag, spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu führen.

Beim Wegfall der Subunternehmer würde es daher dem Antragsteller an der erforderlichen Statikbefugnis im Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe fehlen, sodass das Angebot des Antragstellers auch aus diesem Grunde gemäß § 98 Z 1 BVergG 2002 auszuschneiden gewesen wäre. Beim Wegfall der Subunternehmer würde es daher dem Antragsteller an der erforderlichen Statikbefugnis im Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe fehlen, sodass das Angebot des Antragstellers auch aus diesem Grunde gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG 2002 auszuschneiden gewesen wäre.

Auf Grund der obigen Erwägungen war auf das weitere Vorbringen zur Ausscheidensentscheidung nicht mehr einzugehen.

#### 1. 3.Ziffer 3

Bekämpfte Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers

Gemäß § 163 Abs. 1 BVergG 2002 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG 2002 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Wie der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen hat, ist "Sache" des Nachprüfungsverfahrens immer die Prüfung der Frage, ob der Antragsteller durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers in Rechten verletzt worden ist. Eine Rechtsverletzung durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers liegt nur dann vor, wenn der betreffende Bieter bei rechtskonformer Entscheidung eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte (VwGH 9. April 2002,

2002/04/181; 23. Jänner 2002, 2001/04/0041).

Die "Sache" des Nachprüfungsverfahrens wird durch den Nachprüfungsantrag bestimmt. Das Begehren setzt den Umfang des Nachprüfungsantrages fest, innerhalb dessen das Bundesvergabeamt zur Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers zuständig ist. Die Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers kann nur bei Vorliegen eines entsprechenden Antrages erfolgen. Die Prüfung der Antragsvoraussetzungen ist amtswegig durch das Bundesvergabeamt vorzunehmen. Der Prüfung der angefochtenen Entscheidung hat die Prüfung der Antragsvoraussetzungen voranzugehen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seiner Erkenntnis vom 27. September 2000, 2000/04/0050 zu vergleichbaren Bestimmungen des Steiermärkischen Vergabegesetzes ausgeführt hat, ergibt sich die Antragslegitimation eines Bieters erst dann, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder drohen könne. Wenn somit selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit dem Antragsteller kein Schaden entstanden sein konnte bzw. entstehen kann, so ist nicht weiter zu prüfen, ob eine Rechtswidrigkeit bei Auftragsvergabe vorliegen kann. Für die Prüfung, ob eine solche Rechtsverletzungsmöglichkeit für den Antragsteller besteht, ist von einem unter Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen durchgeführten Vergabeverfahren auszugehen. Demnach setzt die Möglichkeit eines eingetretenen oder drohenden Schadens durch eine mit einer Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens belastete Zuschlagserteilung für einen anderen, nicht den Zuschlag erhaltenden Bieter, zumindest voraus, dass sein Angebot für die Wahl zum Zuschlag geeignet gewesen wäre, für dieses somit aufgrund seiner Form und des Inhaltes zumindest die Möglichkeit, für eine Zuschlagserteilung in Betracht gezogen zu werden, gegeben war. Mangelt es dem Angebot der Antragsteller in einem Nachprüfungsverfahren schon an der grundsätzlichen Eignung, auch bei Einhaltung der verletzten Vorschriften gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag überhaupt in Betracht gezogen zu werden, so ist die Antragslegitimation zu verneinen (vgl. BVA 18. Juni 1998, F-3/98-12). Dieser Rechtssprechung folgt auch die ständige Judikatur des Bundesvergabeamtes (siehe BVA 2. Oktober 2003, 17N-80/03-37 u.a.). Wie der Verwaltungsgerichtshof in seiner Erkenntnis vom 27. September 2000, 2000/04/0050 zu vergleichbaren Bestimmungen des Steiermärkischen Vergabegesetzes ausgeführt hat, ergibt sich die Antragslegitimation eines Bieters erst dann, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder drohen könne. Wenn somit selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit dem Antragsteller kein Schaden entstanden sein konnte bzw. entstehen kann, so ist nicht weiter zu prüfen, ob eine Rechtswidrigkeit bei Auftragsvergabe vorliegen kann. Für die Prüfung, ob eine solche Rechtsverletzungsmöglichkeit für den Antragsteller besteht, ist von einem unter Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen durchgeführten Vergabeverfahren auszugehen. Demnach setzt die Möglichkeit eines eingetretenen oder drohenden Schadens durch eine mit einer Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens belastete Zuschlagserteilung für einen anderen, nicht den Zuschlag erhaltenden Bieter, zumindest voraus, dass sein Angebot für die Wahl zum Zuschlag geeignet gewesen wäre, für dieses somit aufgrund seiner Form und des Inhaltes zumindest die Möglichkeit, für eine Zuschlagserteilung in Betracht gezogen zu werden, gegeben war. Mangelt es dem Angebot der Antragsteller in einem Nachprüfungsverfahren schon an der grundsätzlichen Eignung, auch bei Einhaltung der verletzten Vorschriften gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag überhaupt in Betracht gezogen zu werden, so ist die Antragslegitimation zu verneinen (vgl. BVA 18. Juni 1998, F-3/98-12). Dieser Rechtssprechung folgt auch die ständige Judikatur des Bundesvergabeamtes (siehe BVA 2. Oktober 2003, 17N-80/03-37 u.a.).

Da, wie oben dargelegt, die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, zu Recht erfolgte, würde sich durch eine Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung an der Position des Antragstellers nichts ändern. Der Antragsteller käme mit dem von ihm gelegten Angebot für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht. Somit kann bzw. konnte ihm im gegenständlichen Vergabeverfahren auch kein Schaden entstehen. Da somit eine notwendige Voraussetzung für die Antragstellung gemäß § 163 Abs. 1 BVergG 2002 nicht vorliegt, war der Nachprüfungsantrag unter Spruchpunkt II zurückzuweisen. Da, wie oben dargelegt, die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, zu Recht erfolgte, würde sich durch eine Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung an der Position des Antragstellers nichts ändern. Der Antragsteller käme mit dem von ihm gelegten Angebot für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht. Somit kann bzw. konnte ihm im

gegenständlichen Vergabeverfahren auch kein Schaden entstehen. Da somit eine notwendige Voraussetzung für die Antragstellung gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG 2002 nicht vorliegt, war der Nachprüfungsantrag unter Spruchpunkt römisch zwei zurückzuweisen.

### III. Zu Spruchpunkt III und IV römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch drei und römisch vier

Gemäß § 71 Abs. 1 AVG ist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn: Gemäß Paragraph 71, Absatz eins, AVG ist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn:

1. 1. Ziffer eins

die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft, oder

2. 2. Ziffer 2

die Partei die Rechtsmittelfrist versäumt hat, weil der Bescheid keine Rechtsmittelbelehrung, keine Rechtsmittelfrist oder fälschlich die Angabe enthält, dass kein Rechtsmittel zulässig sei.

Gemäß § 71 Abs. 3 AVG hat die Partei im Fall der Versäumung einer Frist die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen. Gemäß Paragraph 71, Absatz 3, AVG hat die Partei im Fall der Versäumung einer Frist die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen.

Der Wiedereinsetzungsantrag des Antragstellers richtet sich gegen die Versäumung der Frist für die Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen und der Ausschreibung. Als unvorhergesehenes und unvorhersehbares Ereignis macht der Antragsteller geltend, dass ihm plötzlich und erstmals mit Schreiben vom 11. Mai 2004 bzw. mit Beilage vom selben Tag erkennbar war, dass im gegenständlichen Verhandlungsverfahren die Angabe erörterungs- bzw. verhandlungsrelevanter Umstände in einem Sideletter zum Angebot - entgegen der ausdrücklichen Zusage des Auftraggebers - nicht mehr möglich gewesen wäre.

Hiermit macht der Antragsteller offenbar ein unvorhergesehenes und unvorhersehbares Ereignis geltend, das dem Vorgehen des Auftraggebers in der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zugerechnet werden kann. Dieses fällt unter Berücksichtigung der in § 20 Z 13 lit.a. sub.lit.dd. BVergG 2002 festgelegten, gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung in den Zeitraum der Aufforderung zur Angebotslegung und der sonstigen Festlegungen während der Angebotsphase. Dieser Abschnitt ist getrennt von den vorhergehenden Abschnitten der Bewerberauswahl und der Ausschreibungsphase zu sehen. Hiermit macht der Antragsteller offenbar ein unvorhergesehenes und unvorhersehbares Ereignis geltend, das dem Vorgehen des Auftraggebers in der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zugerechnet werden kann. Dieses fällt unter Berücksichtigung der in Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, sub.lit.dd. BVergG 2002 festgelegten, gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung in den Zeitraum der Aufforderung zur Angebotslegung und der sonstigen Festlegungen während der Angebotsphase. Dieser Abschnitt ist getrennt von den vorhergehenden Abschnitten der Bewerberauswahl und der Ausschreibungsphase zu sehen.

Mit den vom Antragsteller geltend gemachten Argumenten zur Bewilligung der Wiedereinsetzung gegen „Versäumung der Frist zur rechtzeitigen Vornahme einer gesonderten Bekämpfung bzw. gesonderten Antrages auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen und der Ausschreibung“ hätte er aber allenfalls die Bewilligung der Wiedereinsetzung für die Versäumung der Frist zur Bekämpfung zur Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Bekämpfung einer sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist begehren können.

Die Ausschreibung wird im Verhandlungsverfahren gemäß § 20 Z 13 lit.a. sub.lit.dd. BVergG 2002 nämlich als Bekanntmachung, mit der Unternehmer aufgefordert werden, sich um die Teilnahme an einem Verhandlungsverfahren zu bewerben, definiert. Die Ausschreibungsunterlagen beziehen sich daher auch auf jene Unterlagen, die der Auftraggeber den Antragstellern zur Legung des Teilnahmeantrages zur Verfügung gestellt hat. Die Ausschreibung wird im Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, sub.lit.dd. BVergG 2002 nämlich als Bekanntmachung, mit der Unternehmer aufgefordert werden, sich um die Teilnahme an einem Verhandlungsverfahren zu bewerben, definiert. Die Ausschreibungsunterlagen beziehen sich daher auch auf jene

Unterlagen, die der Auftraggeber den Antragstellern zur Legung des Teilnahmeantrages zur Verfügung gestellt hat.

Die Tatsache des Abschlusses der 1. Phase des Verhandlungsverfahrens hätte dem Antragsteller auch bewusst sein müssen, da in der Einführung zu den Angebotsunterlagen ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass die 1. Stufe des EUweiten Vergabeverfahrens "Planung Expo Pavillon 2005" zur Ermittlung der besten 5 Bewerber (Teams) abgeschlossen sei und sich das Vergabeverfahren nunmehr in der 2. Stufe befinde.

Selbst wenn man davon ausginge, dass der Antragsteller unter dem Begriff "Ausschreibungsunterlagen" die Bewilligung der Wiedereinsetzung für die Versäumung der Frist für die Bekämpfung der "Angebotsunterlagen" begehren würde, würde dies nicht zur Bewilligung der Wiedereinsetzung führen, zumal er mit der versäumten Prozesshandlung eindeutig den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung nachholt.

Eine rechtliche Grundlage für eine amtswegige Umdeutung eines von vornherein verfehlten Begehrens lässt sich jedoch aus keiner Bestimmung des Bundesvergabegesetzes ableiten. Bei einem verfehlten Begehren handelt es sich auch nicht um einen Mangel des Anbringens, der gemäß § 13 Abs. 3 AVG einer Verbesserung zugänglich wäre, zumal kein Form- oder Inhaltsmangel vorliegt. Eine Verpflichtung, eine anwaltlich vertretene Partei anzuleiten, wie sie ihr Anbringen zu gestalten hat, lässt sich weder aus der Bestimmung des § 13 Abs. 3 AVG noch aus § 13a leg.cit. ableiten (vgl. BVA 11. Dezember 2003, Zl. 11F-1/02-5). Eine rechtliche Grundlage für eine amtswegige Umdeutung eines von vornherein verfehlten Begehrens lässt sich jedoch aus keiner Bestimmung des Bundesvergabegesetzes ableiten. Bei einem verfehlten Begehren handelt es sich auch nicht um einen Mangel des Anbringens, der gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG einer Verbesserung zugänglich wäre, zumal kein Form- oder Inhaltsmangel vorliegt. Eine Verpflichtung, eine anwaltlich vertretene Partei anzuleiten, wie sie ihr Anbringen zu gestalten hat, lässt sich weder aus der Bestimmung des Paragraph 13, Absatz 3, AVG noch aus Paragraph 13 a, leg.cit. ableiten vergleiche BVA 11. Dezember 2003, Zl. 11F-1/02-5).

Die vom Antragsteller ins Treffen geführten Argumente für die Versäumung der Frist für die Stellung des Antrages auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen und der Ausschreibung können daher nicht zu einer Bewilligung der begehrten Wiedereinsetzung führen.

Da der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung damit auch nicht innerhalb der in § 169 Abs. 1 Z 3 lit. a BVergG 2002 vorgesehen Frist gestellt wurde, Da der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung damit auch nicht innerhalb der in Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 3, Litera a, BVergG 2002 vorgesehen Frist gestellt wurde,

ist dieser als verspätet zurückzuweisen.

#### IV. Zu Spruchpunkt V römisch vier. Zu Spruchpunkt römisch fünf

Gemäß § 175 Abs. 1 BVergG 2002 hat das Bundesvergabeamt nach erfolgtem Zuschlag oder nach erfolgtem Widerruf einer Ausschreibung unter den Voraussetzungen des § 174 Abs. 1 auf Antrag bloß festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht. Gemäß Paragraph 175, Absatz eins, BVergG 2002 hat das Bundesvergabeamt nach erfolgtem Zuschlag oder nach erfolgtem Widerruf einer Ausschreibung unter den Voraussetzungen des Paragraph 174, Absatz eins, auf Antrag bloß festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht.

Gemäß § 162 Abs. 3 1. Satz BVergG 2002 ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig, festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Gemäß Paragraph 162, Absatz 3, 1. Satz BVergG 2002 ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig, festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Wie sich aus den Ausführungen unter Punkt I "Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes" ergibt, liegt im gegenständlichen Verfahren keine Zuschlagserteilung im Sinne des BVergG 2002 vor. Das Bundesvergabeamt ist daher auch nicht zum Abspruch über die vom Antragsteller gestellten Feststellungsanträge gemäß § 162 Abs. 3 und gemäß § 175 Abs. 1 BVergG 2002 zuständig. Wie sich aus den Ausführungen unter Punkt römisch eins "Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes" ergibt, liegt im gegenständlichen Verfahren keine Zuschlagserteilung im Sinne des BVergG 2002 vor. Das Bundesvergabeamt ist daher auch nicht zum Abspruch über die vom Antragsteller gestellten Feststellungsanträge gemäß Paragraph 162, Absatz 3 und gemäß Paragraph 175, Absatz eins, BVergG 2002 zuständig.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

**Schlagworte**

Ausscheiden, Ausschreibung, Wiedereinsetzung, Zuschlagserteilung;

**Zuletzt aktualisiert am**

06.09.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)