

TE Verg Bescheid 2003/10/2 17N-80/03-37

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.10.2003

Norm

BVergG 2002 §163 Abs1

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §165 Abs2

BVergG 2002 §177

AVG §37

AVG §52

1. AVG § 37 heute
2. AVG § 37 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
3. AVG § 37 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. AVG § 52 heute
2. AVG § 52 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2025
3. AVG § 52 gültig von 01.01.2002 bis 27.11.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
4. AVG § 52 gültig von 01.07.1998 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
5. AVG § 52 gültig von 01.07.1998 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
6. AVG § 52 gültig von 01.07.1995 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
7. AVG § 52 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

Text

BESCHEID

Der Senat 17 des Bundesvergabeamtes hat am 29. September 2003 durch Mag. Hubert Reisner als Vorsitzenden und Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der Bietergemeinschaft 1. A***, 2. B***, alle pA: A*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in dem Vergabeverfahren "Generalunternehmerleistungen Teil 1 für den teilweisen Abbruch und Neubau sowie die Sanierung des Kleinen Festspielhauses in der Stadt Salzburg" der Auftraggeberin "Haus für Mozart"-Kleines Festspielhaus Umbau- und Verwaltungs-GmbH vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Antragsgegnerin, den Zuschlag der Firma C*** zu erteilen, für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 163 Abs. 1, 98 Z 8 Bundesvergabegesetz 2002 Rechtsgrundlage: Paragraphen 163, Absatz eins, 98, Ziffer 8, Bundesvergabegesetz 2002 -

BVergG, BGBl. I Nr. 99/2002 BVergG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,

II.römisch zwei.

Dem Antrag der C*** vertreten durch Z*** auf Teilnahme an dem Nachprüfungsverfahren wird stattgegeben.

Rechtsgrundlage: § 165 Abs. 2 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 165, Absatz 2, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag der Bietergemeinschaft 1. A*** 2. B***, alle pA: A*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, auf Bestellung eines Sachverständigen zur Beantwortung der Frage, ob die Baustellengemeinkosten bei einem derartigen Projekt mit mehr als 8 % oder weniger als 8 % einzuschätzen waren, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 37, 52 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz Rechtsgrundlage: Paragraphen 37, 52, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz

1991 - AVG, BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 117/2002 1991 - AVG, Bundesgesetzblatt Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 117 aus 2002,

IV.römisch vier.

Der Antrag der C*** vertreten durch Z***, der Bietergemeinschaft

1. 1.Ziffer eins

A***, 2. B***, alle pA: A*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, den Ersatz der Gebühren aufzuerlegen, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs. 5 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVergG

Begründung

A. Vorbringen der Parteien

Mit Schriftsatz vom 12. August 2003 beantragte die Bietergemeinschaft

1. 1.Ziffer eins

A*** 2. B***, alle pA: A*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerinnen genannt, wie im Spruch I. wiedergegeben sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Diese wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 19. August 2003, 17N-80/03-13, erlassen und der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens längstens jedoch bis zum Ablauf des 12. Oktober 2003 untersagt, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen. Die Antragstellerinnen begründeten den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen damit, dass sie beim Kriterium Preis zweitgereiht seien. Der von ihr vorgelegte "attraktive" Bauzeitplan hätte mehr Punkte ergeben müssen als jener der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Ebenso hätten die Referenzen besser bewertet werden müssen. Daher hätte ihr Angebot für den Zuschlag ermittelt werden müssen. Der drohende Schaden betrage an Entgang von Gewinn und Deckungsbeitrag ca. Euro 350.000,--, Projektkosten von Euro 35.000,-- sowie der Verlust eines Referenzprojektes für weitere Ausschreibungen. A*** 2. B***, alle pA: A*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerinnen genannt, wie im Spruch römisch eins. wiedergegeben sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Diese wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 19. August 2003, 17N-80/03-13, erlassen und der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens längstens jedoch bis zum Ablauf des 12. Oktober 2003 untersagt, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen. Die Antragstellerinnen begründeten den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen damit, dass sie beim Kriterium Preis zweitgereiht seien. Der von ihr vorgelegte "attraktive" Bauzeitplan hätte mehr Punkte ergeben müssen als jener der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Ebenso hätten die Referenzen besser bewertet werden müssen. Daher hätte ihr Angebot für den Zuschlag ermittelt werden müssen. Der drohende Schaden betrage an Entgang von Gewinn und Deckungsbeitrag ca. Euro 350.000,--, Projektkosten von Euro 35.000,-- sowie der Verlust eines Referenzprojektes für weitere Ausschreibungen.

Die Auftraggeberin "Haus für Mozart"-Kleines Festspielhaus Umbau- und Verwaltungs-GmbH vertreten durch Y***

Rechtsanwälte GmbH übermittelte die Unterlagen des Vergabeverfahrens und gab bekannt, dass der geschätzte Auftragswert Euro 6.200.000,-- netto betrage. Der Auftrag sei noch nicht vergeben. Die Zuschlagsentscheidung sei am 29. Juli 2003 per Telefax allen Bietern mitgeteilt worden. Der Mangel an Nachvollziehbarkeit der Bewertung der Angebote reiche zur Begründung einer Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung nicht aus. Die Einhaltung von Terminen sei für den reibungslosen Ablauf des Bauvorhabens erforderlich, um insbesondere die Arbeiten der anderen Generalunternehmer (GU 2, 3, 4 und 5) koordinieren zu können. Die Verkürzung der Bauzeit solle sich ausschließlich auf den Auftrag GU 1 beziehen, da auch nur dieser Gegenstand der Ausschreibung gewesen sei. Die Antragstellerinnen haben jedoch Kürzungen der Bauzeit bei den anderen Ausbaugewerken GU 2, 3 und 4 vorgenommen. In dem Aufklärungsgespräch vom 15. Juli 2003 sei dargelegt worden, dass diese Vorgangsweise seitens der Auftraggeberin nicht akzeptiert werden könne. Die Antragstellerinnen haben in diesem Aufklärungsgespräch zugesichert, die in der Ausschreibung pönlisierten Fertigstellungstermine einzuhalten. Das Angebot der Antragstellerinnen wäre auf Grundlage dieses ausschreibungswidrigen Angebotes auszuschneiden gewesen. Der Nachprüfungsantrag sei ohne weiteres Verfahren abzuweisen. Hinsichtlich des Kriteriums Referenzen sei bei der Formulierung der Zuschlagskriterien übersehen worden, dass Referenzen, soweit sie sich auf die technische Leistungsfähigkeit beziehen, als Eignungskriterien im Sinne des § 20 Z 19 lit. c BVergG zu beurteilen seien. Dieser Fehler sei von keinem Bieter innerhalb der Frist des § 169 BVergG aufgegriffen worden. Zur Vermeidung einer Doppelverwertung und um den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter im Sinne des § 21 Abs. 1 BVergG genüge zu tun, bewertete die Auftraggeberin jedes Angebot eines geeigneten Bieters mit dem in den Zuschlagskriterien vorgesehenen Punktemaximum.

Die Auftraggeberin "Haus für Mozart"-Kleines Festspielhaus Umbau- und Verwaltungs-GmbH vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH übermittelte die Unterlagen des Vergabeverfahrens und gab bekannt, dass der geschätzte Auftragswert Euro 6.200.000,-- netto betrage. Der Auftrag sei noch nicht vergeben. Die Zuschlagsentscheidung sei am 29. Juli 2003 per Telefax allen Bietern mitgeteilt worden. Der Mangel an Nachvollziehbarkeit der Bewertung der Angebote reiche zur Begründung einer Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung nicht aus. Die Einhaltung von Terminen sei für den reibungslosen Ablauf des Bauvorhabens erforderlich, um insbesondere die Arbeiten der anderen Generalunternehmer (GU 2, 3, 4 und 5) koordinieren zu können. Die Verkürzung der Bauzeit solle sich ausschließlich auf den Auftrag GU 1 beziehen, da auch nur dieser Gegenstand der Ausschreibung gewesen sei. Die Antragstellerinnen haben jedoch Kürzungen der Bauzeit bei den anderen Ausbaugewerken GU 2, 3 und 4 vorgenommen. In dem Aufklärungsgespräch vom 15. Juli 2003 sei dargelegt worden, dass diese Vorgangsweise seitens der Auftraggeberin nicht akzeptiert werden könne. Die Antragstellerinnen haben in diesem Aufklärungsgespräch zugesichert, die in der Ausschreibung pönlisierten Fertigstellungstermine einzuhalten. Das Angebot der Antragstellerinnen wäre auf Grundlage dieses ausschreibungswidrigen Angebotes auszuschneiden gewesen. Der Nachprüfungsantrag sei ohne weiteres Verfahren abzuweisen. Hinsichtlich des Kriteriums Referenzen sei bei der Formulierung der Zuschlagskriterien übersehen worden, dass Referenzen, soweit sie sich auf die technische Leistungsfähigkeit beziehen, als Eignungskriterien im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 19, Litera c, BVergG zu beurteilen seien. Dieser Fehler sei von keinem Bieter innerhalb der Frist des Paragraph 169, BVergG aufgegriffen worden. Zur Vermeidung einer Doppelverwertung und um den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter im Sinne des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG genüge zu tun, bewertete die Auftraggeberin jedes Angebot eines geeigneten Bieters mit dem in den Zuschlagskriterien vorgesehenen Punktemaximum.

Die übrigen schriftlichen Stellungnahmen beschränkten sich auf die einstweilige Verfügung und die Akteneinsicht. Sie enthalten kein für die Beurteilung der Hauptsache relevantes Vorbringen und werden daher an dieser Stelle nicht wiedergegeben.

In der mündlichen Verhandlung stellte die C*** vertreten durch Z***, in der Folge in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt, einen Teilnahmeantrag und begründete ihn im Wesentlichen damit, dass sie aus dem Vergabeverfahren als Bestbieterin hervorgegangen sei und daher ein Interesse am Vertragsabschluss habe. Der zu befürchtende Schaden ergebe sich daraus, dass die Zuschlagserteilung durch die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung verzögert werde. Das Angebot der Antragstellerinnen hätte vor Wahl des besten Angebotes gemäß § 98 BVergG ausgeschieden werden müssen, da die Baustellengemeinkosten in diesem Angebot die Grenze von 8 % des Gesamtpreises laut Punkt 2H.00.11.23A der Ausschreibung mit 9,11 % übersteige. Dieser Mangel sei nicht behebbar. Der Antrag der Antragstellerinnen möge daher vom Bundesvergabeamt zurückgewiesen in eventu abgewiesen werden. In jedem Fall möge den Antragstellerinnen der Ersatz der Gebühren auferlegt werden.

In der mündlichen Verhandlung stellte die C*** vertreten durch Z***, in der Folge in Aussicht genommene

Zuschlagsempfängerin genannt, einen Teilnahmeantrag und begründete ihn im Wesentlichen damit, dass sie aus dem Vergabeverfahren als Bestbieterin hervorgegangen sei und daher ein Interesse am Vertragsabschluss habe. Der zu befürchtende Schaden ergebe sich daraus, dass die Zuschlagserteilung durch die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung verzögert werde. Das Angebot der Antragstellerinnen hätte vor Wahl des besten Angebotes gemäß Paragraph 98, BVergG ausgeschieden werden müssen, da die Baustellengemeinkosten in diesem Angebot die Grenze von 8 % des Gesamtpreises laut Punkt 2H.00.11.23A der Ausschreibung mit 9,11 % übersteige. Dieser Mangel sei nicht behebbar. Der Antrag der Antragstellerinnen möge daher vom Bundesvergabeamt zurückgewiesen in eventu abgewiesen werden. In jedem Fall möge den Antragstellerinnen der Ersatz der Gebühren auferlegt werden.

Die Antragstellerinnen beantragten, den Teilnahmeantrag zurückzuweisen, da das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen die KO-Kriterien laut Ausschreibung nicht vollständig erfüllt habe, da sie keinen Terminplan vorgelegt habe, und daher auszuschneiden sei.

Die Auftraggeberin beantragte die Zulassung des Teilnahmeantrages und begründeten dies damit, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin das Minimalerfordernis für einen Zeitplan angeboten habe.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung beantragte die Antragstellerin die Beiziehung eines Sachverständigen zur Beantwortung der Frage, ob die Baustellengemeinkosten bei einem derartigen Projekt mit der als 8 % oder weniger als 8 % einzuschätzen waren. Die Auftraggeberin beantragte die Zurückweisung dieses Antrags wegen Irrelevanz bzw. die Abweisung.

B. Das Bundesvergabeamt geht von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

Ausschreibungsgegenstand sind Generalunternehmerleistungen Teil 1 (GU 1) für den teilweisen Abbruch und Neubau sowie die Sanierung des Kleinen Festspielhauses in der Stadt Salzburg. Es handelt sich um Abbruchs- und Rohbauarbeiten sowie Teilausbauarbeiten.

Die Vorinformation wurde im Amtsblatt der EU 2003/S 25-020327 vom 5. Februar 2003, im Lieferanzeiger L115514 vom 12. Februar 2003 und im Salzburger Landesamtsblatt CN117065 bekannt gemacht.

Die Ausschreibung selbst wurde im Amtsblatt der EU, 2003/S 105-093859 vom 3. Juni 2003, im Lieferanzeiger L125057 vom 2. Juni 2003 und im Salzburger Landesamtsblatt bekannt gemacht.

Eine Berichtigung der Ausschreibung erfolgte mit Bekanntmachung im Amtsblatt der EU, 2003/S 108-096281 vom 6. Juni 2003, im Lieferanzeiger, L127245 vom 6. Juni 2003 und im Salzburger Landesamtsblatt am 17. Juni 2003. Dabei wurden die Frist zur Abholung der Unterlagen des Vergabeverfahrens, die Frist zur Abgabe der Angebote, der Termin der Angebotsöffnung und die Zuschlagsfrist berichtigt.

Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 6.200.000,--. Die Angebotsfrist endete am 1. Juli 2003, 11.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand am 1. Juli 2003, 11.15 Uhr statt. Die Zuschlagsfrist wurde mit 1. Dezember 2003 festgesetzt.

In der Bekanntmachung der Ausschreibung wurde verlautbart, dass der Zuschlag den wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden solle und die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Priorität zusammen mit der Gewichtung mit 1: Preis (80 %), 2: Fristen und Termine (16 %) und 3: Leistungsfähigkeit (4 %) angegeben. Die Ausschreibungsunterlagen legten in Position 2H.00.11.23 die das Bestbieterprinzip fest. In Position 2H.00.11.23A Zuschlagskriterien Preis + Qualität waren neben den Zuschlagskriterien und ihren Unterkriterien auch KO-Kriterien genannt. Das Zuschlagskriterium 01 Preis (Gewichtung 0,80) enthielt die Unterkriterien 01.01 Angebotspreis (0,98) und 01.02 Baustellengemeinkosten (0,02). Das Zuschlagskriterium 02 Fristen/Termine (0,16) enthielt die Unterkriterien 02.01 Bauphase 1 (0,40), 02.02 Bauphase 2 (0,55) und 02.03 Arbeitsbeginn (0,05). Das Zuschlagskriterium 03 Referenzen / Leistungsfähigkeit (0,04) enthielt die Unterkriterien 03.01 Referenzen ohne Subunternehmer (0,65), 03.02 Referenzen mit Subunternehmern (0,25) und 03.03 Versicherungsschutz (Mehrleistung) (0,10). Weiters war zu Zuschlagskriterium 01.02 angemerkt: "zu 01.02 Baustellengemeinkosten: dürfen max. 8 % des Gesamtpreises betragen."

Zu 02 war angemerkt, dass die pönalisierte Gesamtzeit für die einzelnen Bauphasen September 2003 bis März 2006 betrage. Dem Zeitrahmen entsprechend könne vom Bieter eine Bauzeitverkürzung der einzelnen Bauphasen angeboten werden. Verwiesen war auf eine drohende Vertragsstrafe im Fall der Nichteinhaltung der Termine. Zu 02.01 Bauphase 1 war ein Zeitraum von 8. September 2003 bis 21. mai 2004, zu 02.02 Bauphase 2 ein Zeitraum von 1.

September 2004 bis 31. März 2006 mit einer Arbeitsunterbrechung für die Beispielbarkeit der Felsenreitschule von 24. Juni 2005 bis 31. August 2006 genannt. Für den Leistungsbeginn sollte eine Dispositionszeit von drei Wochen gelten. Zu 03 Referenzen / Leistungsfähigkeit sollten durchgeführte Arbeiten ähnlich den Schwierigkeit und Umfang der notwendigen Abbruch- und Umbauarbeiten bewertet werden. In dieser Position fanden sich weiters Bestimmungen über Alternativangebote. Schließlich enthielt diese Position KO-Kriterien, eine Liste beizubringender Unterlagen, der Fehlen einen unbehebbarer Mangel darstelle und zum sofortigen Ausscheiden des Angebotes führe. Unter anderem war ein Terminplan zu den einzelnen Bauphasen mit der Anmerkung "siehe dazu Pos. 00.16.250" gefordert.

Unter Position 2H.00.16.250 Z enthielten die Ausschreibungsunterlagen pönalisierte Fertigstellungstermine, deren Nichteinhaltung eine Vertragsstrafe nach sich ziehen sollte, und damit in Zusammenhang stehende Ausführungstermine gegliedert nach Bauphasen. Bei jenen Arbeiten, die nicht vom Bieter durchzuführen jedoch bei der Planung der Arbeitsabläufe zu berücksichtigen sein würden, war entweder in Klammer der Ausführende angemerkt oder sie waren entsprechend bezeichnet.

Mit Schreiben vom 24. Juni 2003 teilte die Auftraggeberin allen Bietern mit, dass der Punkt 05 der KO-Kriterien Haftung / Versicherung nicht zu erfüllen sei.

Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin hat einen Angebotspreis von Euro 6.107.448,10 netto. Die Baustellengemeinkosten betragen Euro 315.541,14, das sind 5,17 % der Angebotssumme. Der vorgelegte Bauzeitplan umfasst lediglich die in der Ausschreibung dargelegten Termine. Die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin legte hinreichende Referenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit vor. Der Angebotspreis wurde mit 78,40 Punkten bewertet, die Baustellengemeinkosten mit 1,60 Punkten.

Das Angebot der Antragstellerinnen weist eine Angebotssumme von Euro 6.439.855,86 auf. Die Baustellengemeinkosten betragen Euro 586.683,23. Sie machen 9,11 % der Angebotssumme aus. Der Angebotspreis wurde mit 74,36 Punkten bewertet, die Baustellengemeinkosten mit 1,41 Punkten.

Auch andere Bieter legten eigene Bauzeitpläne vor. Hinsichtlich der Referenzen unterschieden sich die Bieter. Bei den Zuschlagskriterien 02 Fristen und Termine sowie 03 Referenzen und Leistungsfähigkeit wurden alle Bieter mit dem für das jeweilige Zuschlagskriterium vorgesehenen Punktemaximum bewertet. Daraus ergab sich für die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine Gesamtpunktzahl von 100 Punkten, für die Antragstellerin eine Punktzahl von 95,77 Punkten.

Mit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin fand am 15. Juli 2003 von 13.00 bis 14.20 Uhr in der Landesbaudirektion Salzburg ein Aufklärungsgespräch statt. In der Niederschrift darüber findet sich unter Punkt 2.0, dass der Terminplan laut Vorgabe Leistungsverzeichnis eingehalten werde.

Mit den Antragstellerinnen fand am 15. Juli 2003 von 15.30 bis 16.15 Uhr ein Aufklärungsgespräch in der Landesbaudirektion Salzburg statt. Unter Punkt 3 des Protokolls wurde festgehalten, dass die vorgegebenen Termine laut Leistungsverzeichnis Seiten 35 und 36 eingehalten werden und die termingerechte Fertigstellung zugesichert werde. Die seitens der Antragstellerinnen angegebene Bauzeitverkürzung werde für die Bewertung (Termine/Fristen) nicht herangezogen.

Beide Protokolle sind handschriftlich abgefasst und von allen Anwesenden auf jeder Seite unterschrieben. Mit den übrigen Bietern fanden keine Aufklärungsgespräche statt. Es wurde kein Bieter ausgeschieden.

Die Auftraggeberin beabsichtigte, eine Bauzeitverkürzung zu erzielen. Da nach Angaben von Landesbaudirektor D*** in der mündlichen Verhandlung eine Bauzeitverkürzung auf Grundlage der vorgelegten Angebote nicht zu erzielen gewesen sei, sei das Kriterium der Bauzeitverkürzung zur weiteren Bewertung nicht mehr herangezogen worden und es seien alle Bieter mit der gleichen Punktzahl bewertet worden. Es wurden nach Angaben von Landesbaudirektor D*** in der mündlichen Verhandlung alle Zuschlagskriterien auf die vorgelegten Angebote angewandt. Es habe jedoch nur bei dem Kriterium Preis ein Unterschied erkannt werden können.

Der Prüfbericht der Planungsgemeinschaft "Haus für Mozart" E*** und F*** vom 16. Juli 2003, betitelt mit "GU 1 Rohbau - Baumeisterarbeiten und Teilausbau Angebotsprüfbericht" enthielt alle Angaben aus der Niederschrift über die Angebotsöffnung, eine Prüfung auf Vollständigkeit und Formrichtigkeit, einen Angebotsvergleich, der sich auf eine Reihung der Angebote nach dem Angebotspreis beschränkte, eine rechnerische Prüfung, eine Reihung der Angebote nach Prüfung, die sich wiederum auf eine Reihung der Angebote ausschließlich nach dem Kriterium Preis beschränkte,

den Verweis auf eine durchgeführte technische Überprüfung aller vorgelegten Angebote in den als wesentlich gekennzeichneten Positionen, eine fachtechnische Überprüfung sowie Anmerkungen über die Durchführung der Aufklärungsgespräche mit der in Aussicht genommenen Bestbieterin und

den Antragstellerinnen vom 15. Juli 2003. Die Protokolle dieser Gespräche sind dem Prüfbericht als Anlage 1 angeschlossen. Abschließend wird die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gemäß der in Anlage 2 dieses Prüfberichts beiliegende "Bestbieterfindung" zur Beauftragung vorgeschlagen. In dieser Tabelle ist die Bewertung der Angebote nach Punkten und nach den einzelnen Zuschlagskriterien - wie bereits in den wesentlichen Teilen wiedergegeben - aufgeschlüsselt.

Die Zuschlagsentscheidung wurde am 29. Juli 2003 allen Bietern per Telefax bekannt gegeben. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

Am 12. August 2003 überbrachten die Antragstellerinnen den Nachprüfungsantrag. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet.

Ebenso wurde seitens der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die Pauschalgebühr für den Teilnahmeantrag entrichtet.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Vorbringen der Parteien, den Unterlagen des Vergabeverfahrens und aus der mündlichen Verhandlung am 17. September 2003.

C. In rechtlicher Hinsicht ergibt sich daraus:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Die "Haus für Mozart" - Kleines Festspielhaus Umbau- und Verwaltungs-GmbH hat laut Firmenbuch, FN 215930w des LG Salzburg, den Geschäftszweig "Mozart-Festspielhaus/Umbau und Betrieb". 40 % der Stammeinlage stehen im Eigentum der Republik Österreich, je 20 % im Eigentum des Landes Salzburg, der Landeshauptstadt Salzburg und des Salzburger Festspielfonds. Der Aufsichtsrat besteht aus fünf

Mitgliedern, die in dem Verhältnis des Eigentums der Stammeinlage bestellt sind.

Der Salzburger Festspielfonds ist mit Bundesgesetz vom 12. Juli 1950, BGBl 147/1950, errichtet und genießt nach § 1 leg.cit. Rechtspersönlichkeit. Der Fondszweck ist nach § 2 Abs. 1 leg.cit. die Vorbereitung und Durchführung der Salzburger Festspiele sowie die Durchführung von Veranstaltungen anderer Art, soweit diese den Zielen und der Würde der Festspiele entsprechen. Nach § 2 Abs. 2 leg.cit. ist seine Tätigkeit nicht auf Gewinn gerichtet. Nach § 3 lit. a leg.cit. tragen der Bund, das Land Salzburg und die Landeshauptstadt Salzburg zur Aufbringung der finanziellen Mittel des Fonds bei. Nach § 4 Abs. 1 leg.cit. decken der Bund zu 40 %, das Land Salzburg, die Landeshauptstadt Salzburg und der Salzburger Fremdenverkehrsförderungsfonds jeweils zu 20 % allfällige Betriebsabgänge. Der Salzburger Festspielfonds ist daher öffentlicher Auftraggeber nach § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG und wegen des maßgeblichen Einflusses des Bundes auf die Geschäftsführung dem Vollziehungsbereich des Bundes zuzurechnen. Bereits in den Bescheiden vom 25.1.2002, N-127/02-45, vom 27.2.2003, N-128/01-72, vom 30.9.2002, 11N-47/02-7, vom 2.10.2002, 11N-47/02-10, vom 4.11.2002, 11N-60/02-8, und vom 20.5.2003, 11N-56/02-15, hat das Bundesvergabeamt nach der Rechtslage des BVergG 1997 seine Zuständigkeit zur Nachprüfung von Auftragsvergaben durch den Salzburger Festspielfonds angenommen. Der Verfassungsgerichtshof hat weder in seinem Beschluss vom 21.2.2002, Der Salzburger Festspielfonds ist mit Bundesgesetz vom 12. Juli 1950, Bundesgesetzblatt 147 aus 1950,, errichtet und genießt nach Paragraph eins, leg.cit. Rechtspersönlichkeit. Der Fondszweck ist nach Paragraph 2, Absatz eins, leg.cit. die Vorbereitung und Durchführung der Salzburger Festspiele sowie die Durchführung von Veranstaltungen anderer Art, soweit diese den Zielen und der Würde der Festspiele entsprechen. Nach Paragraph 2, Absatz 2, leg.cit. ist seine Tätigkeit nicht auf Gewinn gerichtet. Nach Paragraph 3, Litera a, leg.cit. tragen der Bund, das Land Salzburg und die Landeshauptstadt Salzburg zur Aufbringung der finanziellen Mittel des Fonds bei. Nach Paragraph 4, Absatz eins, leg.cit. decken der Bund zu 40 %, das Land Salzburg, die Landeshauptstadt Salzburg und der Salzburger Fremdenverkehrsförderungsfonds jeweils zu 20 % allfällige Betriebsabgänge. Der Salzburger Festspielfonds ist daher öffentlicher Auftraggeber nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG und wegen des maßgeblichen Einflusses des Bundes auf die Geschäftsführung dem Vollziehungsbereich des Bundes zuzurechnen. Bereits in den Bescheiden vom 25.1.2002, N-127/02-45, vom 27.2.2003, N-128/01-72, vom 30.9.2002, 11N-47/02-7, vom 2.10.2002, 11N-47/02-10, vom

4.11.2002, 11N-60/02-8, und vom 20.5.2003, 11N-56/02-15, hat das Bundesvergabeamt nach der Rechtslage des BVergG 1997 seine Zuständigkeit zur Nachprüfung von Auftragsvergaben durch den Salzburger Festspielfonds angenommen. Der Verfassungsgerichtshof hat weder in seinem Beschluss vom 21.2.2002,

B 150/02 noch in seinem Erkenntnis vom 25.11.2002, B 792/02 Grund zu Zweifel an der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Führung der Nachprüfungsverfahren gefunden. Der Salzburger Festspielfonds fällt daher unter Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. b B-VG und ist ein in den Vollziehungsbereich des Bundes fallender Auftraggeber des Bundes im Sinne von § 135 Abs. 2 BVergG. B 150/02 noch in seinem Erkenntnis vom 25.11.2002, B 792/02 Grund zu Zweifel an der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Führung der Nachprüfungsverfahren gefunden. Der Salzburger Festspielfonds fällt daher unter Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, B-VG und ist ein in den Vollziehungsbereich des Bundes fallender Auftraggeber des Bundes im Sinne von Paragraph 135, Absatz 2, BVergG.

Die "Haus für Mozart" - Kleines Festspielhaus Umbau- und Verwaltungs-GmbH ist eine Gesellschaft, die zu dem Zweck errichtet wurde, im

Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Die Tätigkeit des Umbaus und des Betriebs des Kleinen Festspielhauses ist eine Tätigkeit u.a. im Rahmen der Salzburger Festspiele. Als Gesellschaft mit beschränkter Haftung besitzt sie Vollrechtsfähigkeit. Eigentümer sind ausschließlich öffentliche Auftraggeber. Es handelt sich daher um einen öffentlichen Auftraggeber nach § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG. Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Die Tätigkeit des Umbaus und des Betriebs des Kleinen Festspielhauses ist eine Tätigkeit u.a. im Rahmen der Salzburger Festspiele. Als Gesellschaft mit beschränkter Haftung besitzt sie Vollrechtsfähigkeit. Eigentümer sind ausschließlich öffentliche Auftraggeber. Es handelt sich daher um einen öffentlichen Auftraggeber nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Da der Salzburger Festspielfonds dem Bund zuzurechnen ist, überwiegt die finanzielle Beteiligung des Bundes an der "Haus für Mozart" - Kleines Festspielhaus Umbau- und Verwaltungs-GmbH mit 60 % der Stammeinlage jene anderer öffentlicher Auftraggeber iSv Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. c B-VG. Die "Haus für Mozart" - Kleines Festspielhaus Umbau- und Verwaltungs-GmbH ist daher in den Vollziehungsbereich des Bundes fallender Auftraggeber des Bundes im Sinne von § 135 Abs. 2 BVergG. Das Bundesvergabeamt ist zur Nachprüfung von Auftragsvergaben durch sie zuständig. Da der Salzburger Festspielfonds dem Bund zuzurechnen ist, überwiegt die finanzielle Beteiligung des Bundes an der "Haus für Mozart" - Kleines Festspielhaus Umbau- und Verwaltungs-GmbH mit 60 % der Stammeinlage jene anderer öffentlicher Auftraggeber iSv Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG. Die "Haus für Mozart" - Kleines Festspielhaus Umbau- und Verwaltungs-GmbH ist daher in den Vollziehungsbereich des Bundes fallender Auftraggeber des Bundes im Sinne von Paragraph 135, Absatz 2, BVergG. Das Bundesvergabeamt ist zur Nachprüfung von Auftragsvergaben durch sie zuständig.

Der Auftrag umfasst Tätigkeiten nach Untergruppe und Position 500.2 Abbruch und 501.1 allgemeiner Bau von Wohn- und Nichtwohngebäuden / Baumeister, Maurermeister und Bauunternehmer nach Anh. I zum BVergG und ist ein Bauauftrag nach § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Der geschätzte Auftragswert allein des Teiles des Gesamtvorhabens GU 1 übersteigt mit Euro 6.200.000,- den Schwellenwert von § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG. Die Ausschreibung ist daher im Oberschwellenbereich und nach den gemäß § 16 Abs. 1 BVergG anzuwendenden Bestimmungen zu beurteilen. Das Bundesvergabeamt entscheidet gemäß § 142 BVergG in seiner Besetzung als Senat. Der Auftrag umfasst Tätigkeiten nach Untergruppe und Position 500.2 Abbruch und 501.1 allgemeiner Bau von Wohn- und Nichtwohngebäuden / Baumeister, Maurermeister und Bauunternehmer nach Anh. römisch eins zum BVergG und ist ein Bauauftrag nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Der geschätzte Auftragswert allein des Teiles des Gesamtvorhabens GU 1 übersteigt mit Euro 6.200.000,- den Schwellenwert von Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG. Die Ausschreibung ist daher im Oberschwellenbereich und nach den gemäß Paragraph 16, Absatz eins, BVergG anzuwendenden Bestimmungen zu beurteilen. Das Bundesvergabeamt entscheidet gemäß Paragraph 142, BVergG in seiner Besetzung als Senat.

1. 2. Ziffer 2

Zulässigkeit des Antrages:

Die Zuschlagsentscheidung wurde am 29. Juli 2003 allen Bietern per Telefax bekannt gegeben. Der Antrag wurde am 12. August 2003, somit innerhalb der Frist des § 169 Abs. 1 Z 1 lit. c BVergG eingebracht und ist rechtzeitig. Er erfüllt die Anforderungen des § 166 Abs. 1 BVergG. Es liegt kein Grund für eine Unzulässigkeit iSd § 166 Abs. 2 BVergG vor. Da

zumindest die Möglichkeit besteht, dass die behauptete Rechtswidrigkeit oder der behauptete Schaden vorliegen und diese im Fall des Vorliegens auch von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens sein können, war nach § 170 Abs. 2 BVergG das Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Die Zuschlagsentscheidung wurde am 29. Juli 2003 allen Bietern per Telefax bekannt gegeben. Der Antrag wurde am 12. August 2003, somit innerhalb der Frist des Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, BVergG eingebracht und ist rechtzeitig. Er erfüllt die Anforderungen des Paragraph 166, Absatz eins, BVergG. Es liegt kein Grund für eine Unzulässigkeit iSd Paragraph 166, Absatz 2, BVergG vor. Da zumindest die Möglichkeit besteht, dass die behauptete Rechtswidrigkeit oder der behauptete Schaden vorliegen und diese im Fall des Vorliegens auch von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens sein können, war nach Paragraph 170, Absatz 2, BVergG das Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

1. 3. Ziffer 3

Zu Spruchpunkt I - Beurteilung des Nachprüfungsantrages
Zu Spruchpunkt römisch eins - Beurteilung des Nachprüfungsantrages:

Nach der Ausschreibung soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Den Zuschlagskriterien ist zwar zu entnehmen, wie viele Punkte bei der Bewertung jedes einzelnen Kriteriums zur Verteilung gelangen, nicht jedoch nach welchem Schlüssel oder welcher Methode sie verteilt werden. Die Bieter können im Detail nicht feststellen, wie letztlich die angebotenen Leistungen im Zuge der Angebotsprüfung bewertet und der Bestbieter ermittelt wird. Dem Auftraggeber ist ein Spielraum eingeräumt, der - je nach gewählter Methode der Beurteilung und Punktebewertung für die Angebote - zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann (Gölles/Leißer, Praxisleitfaden zum Bundesvergabegesetz 2002 [2003], 102 ff).

Die Zuschlagskriterien 01 Preis und 02 Fristen und Termine sind grundsätzlich sachlich zur Ermittlung des wirtschaftlich und technisch günstigsten Angebotes geeignet, zumal Baumeisterarbeiten im allgemeinen gut vergleichbar sind, die Auftraggeber auf Einhaltung des verfügbaren Budgets achten müssen und zweifellos durch die Salzburger Festspiele die Bauzeit nicht beliebig disponierbar ist, sodass für die Durchführung der Bauarbeiten nur ein sehr eng gesteckter zeitlicher Rahmen zur Verfügung steht. Diese Zuschlagskriterien beziehen sich auf die ausgeschriebene Leistung.

Das Zuschlagskriterium 03 Referenzen, Leistungsfähigkeit impliziert insbesondere unter Heranziehung der Erläuterungen, die die technische Leistungsfähigkeit als Gegenstand der Bewertung bezeichnen, eine zweifache Verwertung der Referenzen als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit und als Zuschlagskriterium, ohne weitere eigenständige Wertungen vorzunehmen. Die bloße Nennung von Referenzen ist als Zuschlagskriterium unzulässig (Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002, § 67 E.11. und 13). Auch der EUGH bezeichnete ein derartiges Zuschlagskriterium als unzulässig (EuGH 19.6.2003, Rs C-315/01, GAT, Rn 67 abgedruckt in Sturm/Fink, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht [2003], 458). Das Zuschlagskriterium 03 Referenzen, Leistungsfähigkeit impliziert insbesondere unter Heranziehung der Erläuterungen, die die technische Leistungsfähigkeit als Gegenstand der Bewertung bezeichnen, eine zweifache Verwertung der Referenzen als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit und als Zuschlagskriterium, ohne weitere eigenständige Wertungen vorzunehmen. Die bloße Nennung von Referenzen ist als Zuschlagskriterium unzulässig (Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002, Paragraph 67, E.11. und 13). Auch der EUGH bezeichnete ein derartiges Zuschlagskriterium als unzulässig (EuGH 19.6.2003, Rs C-315/01, GAT, Rn 67 abgedruckt in Sturm/Fink, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht [2003], 458).

Bereits aus diesen Gründen ist die Ausschreibung mit Rechtswidrigkeit belastet. Es ist jedoch festzuhalten, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren bisher keine einzige Entscheidung des Auftraggebers innerhalb der Angebotsfrist angefochten wurde. Eine Nichtigerklärung der Ausschreibung oder einzelner Bestimmungen derselben kommt nach ständiger Judikatur des Bundesvergabeamtes nicht in Frage, da mangels rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibung Präklusion hinsichtlich der Anfechtung dieser Entscheidungen des Auftraggebers eingetreten ist. Die Ausschreibung erlangt Bestandskraft und wird unveränderliche Grundlage der Bewertung der Angebote (z.B. BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11, in RPA 2003, 53 [Mecenovic]).

Im Sinne der nach § 21 Abs. 1 BVergG gebotenen Gleichbehandlung aller Bieter hat die Bewertung aller Angebote gemäß § 99 Abs. 1 BVergG nach den Kriterien der Ausschreibung zu erfolgen. Insbesondere darf die Auftraggeberin nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen, "da alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält" (BVA 30.9.2002, N-41/02-27, RPA

2002, 293; BVA 5.6.2003, 12N-32/03-17. In diesem Sinne auch EUGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Brücke über den Storebaelt, Rn 37 und 39, wo festgehalten wird, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der der Richtlinie zu Grunde liegt, verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen müssen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet ist. Nach dem OGH kann das Vergabeverfahren nur dann als fair beurteilt werden, wenn die Bietinteressenten darauf vertrauen dürfen, dass die Ausschreibung nicht bloß ernst gemeint ist, sondern dass die eingelangten Angebote auch sorgfältig und unvoreingenommen geprüft und die Bieter fair, vor allem als untereinander gleich behandelt werden [OGH 28.3.2000, 1 Ob 201/99m]). Im Sinne der nach Paragraph 21, Absatz eins, BVergG gebotenen Gleichbehandlung aller Bieter hat die Bewertung aller Angebote gemäß Paragraph 99, Absatz eins, BVergG nach den Kriterien der Ausschreibung zu erfolgen. Insbesondere darf die Auftraggeberin nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen, "da alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält" (BVA 30.9.2002, N-41/02-27, RPA 2002, 293; BVA 5.6.2003, 12N-32/03-17. In diesem Sinne auch EUGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Brücke über den Storebaelt, Rn 37 und 39, wo festgehalten wird, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der der Richtlinie zu Grunde liegt, verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen müssen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet ist. Nach dem OGH kann das Vergabeverfahren nur dann als fair beurteilt werden, wenn die Bietinteressenten darauf vertrauen dürfen, dass die Ausschreibung nicht bloß ernst gemeint ist, sondern dass die eingelangten Angebote auch sorgfältig und unvoreingenommen geprüft und die Bieter fair, vor allem als untereinander gleich behandelt werden [OGH 28.3.2000, 1 Ob 201/99m]).

Eine differenzierte Prüfung und Bewertung der Bauzeitpläne lässt sich ebenso wenig wie eine differenzierte Bewertung der Referenzen den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens, insbesondere dem Prüfbericht entnehmen. Die Bewertung aller Angebote mit dem Punktemaximum in den Zuschlagskriterien 02 und 03 egalisiert diese und stellt einen Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Objektivität des Nachprüfungsverfahrens dar.

Wie bereits in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 14. August 2003 und in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, ist auch die Frage des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerinnen wegen Überschreitung des zulässigen Anteils der Baustellengemeinkosten an der gesamten Angebotssumme sowie wegen Vorliegens eines unzulässigen Zeitplanes zu prüfen.

Das Vorbringen der Antragstellerinnen, dass jene Angebotsbestandteile, die unter den Begriff der Baustellengemeinkosten fallen, kleiner als 8 % der Angebotssumme sind, sowie, dass Baustellengemeinkosten in der Höhe von 8 % dem Bauvorhaben nicht angemessen sind, gehen ins Leere. Unter Position 2H.01.13 Baustellengemeinkosten auf Seite 43 ff der Ausschreibungsunterlagen ist im Einzelnen festgelegt, welche Kosten als Baustellengemeinkosten im Sinne der Ausschreibung anzusehen sind. In dieser Position hat der Bieter die angebotenen Preise für die Leistungen einzusetzen. Eine weitere Erörterung der Frage, was unter Baustellengemeinkosten zu verstehen ist, ist daher nicht erforderlich.

Aus dem vorliegenden Angebot der Antragstellerinnen ergibt sich, dass die unter den in der Ausschreibung definierten Baustellengemeinkosten angebotenen Summen im Angebot der Antragstellerinnen 9,11 % der Gesamtangebotssumme ausmachen. Fraglich ist allenfalls, welche Bedeutung dem Satz "zu 01.02 Baustellengemeinkosten: dürfen max. 8 % des Gesamtpreises betragen." in Position 2H.00.11.23A der gegenständlichen Ausschreibung zukommt.

Der Wortlaut dieser Festlegung legt eine absolute Schwelle für die Baustellengemeinkosten fest, die die abgegebenen Angebote nicht überschreiten dürfen. Bei der Bewertung der Angebote durch die Auftraggeberin erfolgte zwar eine differenzierte Bewertung nach der Höhe dieses Anteils, ein Ausscheiden nach diesen Kriterien erfolgte jedoch nicht. Daraus kann jedoch nicht zwingend der Schluss gezogen werden, dass dieses Ausscheiden auch nicht hätte erfolgen dürfen, da es sich ausschließlich um eine Regelung für die Bewertung der Angebote handle.

"Ist ein Angebot nach § 52 Abs. 1 BVergG 1997 auszuschneiden, hat der Auftraggeber die durch andere Bieter durchsetzbare Verpflichtung, dieses Angebot auch tatsächlich auszuschneiden. Der Auftraggeber kann nicht zwischen einer Ausscheidensentscheidung und einer bloßen "Nichtberücksichtigung" für die Zuschlagserteilung wählen (BVA 25.5.1998, N-8/98-16 = Connex 1998/10)" (Hahnl, BVergG 2002 [2002] § 98 E.2.). "Ist ein Angebot nach Paragraph 52,

Absatz eins, BVergG 1997 auszuscheiden, hat der Auftraggeber die durch andere Bieter durchsetzbare Verpflichtung, dieses Angebot auch tatsächlich auszuscheiden. Der Auftraggeber kann nicht zwischen einer Ausscheidensentscheidung und einer bloßen "Nichtberücksichtigung" für die Zuschlagserteilung wählen (BVA 25.5.1998, N-8/98-16 = Connex 1998/10)" (Hahnl, BVergG 2002 [2002] Paragraph 98, E.2.).

"Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers von den Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050)." (Hahnl, BVergG 2002 [2002], § 98 E.3.)."Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers von den Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050)." (Hahnl, BVergG 2002 [2002], Paragraph 98, E.3.).

Daraus ergibt sich, dass das tatsächliche Verhalten der Auftraggeberin bei der Prüfung der Angebote zwar ein Indiz, jedoch keine alleinige Aussage über die Bedeutung von Bestimmungen der Ausschreibung darstellt. Wäre dies so, so wäre jegliches Fehlverhalten der Auftraggeberin durch eine nachträgliche, der tatsächlich gewählten Vorgangsweise entsprechende Interpretation der Festlegungen der Ausschreibungen sanierbar und würde dies den vergaberechtlichen Rechtsschutz der Bieter verhindern.

"Da die Ausschreibung auf den Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags gerichtet ist, ist sie nach den Vorschriften des ABGB auszulegen" (BVA 25.1.2000, F-17/98-32).

Bei den Regelungen über das Vergaberecht handelt es sich um Sonderzivilrecht für die Vergabe öffentlicher Aufträge (dazu 1118 dB NR XXI GP 9). Vorgaben in Ausschreibungsunterlagen sind gemäß den § 914 f ABGB auszulegen (BVA 7.4.2000, N-45/99-74, N-46/99-59, N-5/00-44).Bei den Regelungen über das Vergaberecht handelt es sich um Sonderzivilrecht für die Vergabe öffentlicher Aufträge (dazu 1118 dB NR römisch 21 Gesetzgebungsperiode 9). Vorgaben in Ausschreibungsunterlagen sind gemäß den Paragraph 914, f ABGB auszulegen (BVA 7.4.2000, N-45/99-74, N-46/99-59, N-5/00-44).

Nach § 914 ABGB ist bei Auslegung von Verträgen nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.Nach Paragraph 914, ABGB ist bei Auslegung von Verträgen nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

"Die aus einer Erklärung abzuleitende Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war" (OGH 26.4.1961, 5 Ob 135/61).

"Bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen kommt es darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicher Weise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenslage Bedeutung zukommt" (OGH 20.1.2000, 6 Ob 69/99m).

Die Verwendung des Wortes "dürfen" zusammen mit dem abgekürzten Wort "maximal" erwecken den Eindruck, dass es sich dabei um eine anteilmäßige Grenze für den Anteil der Baustellengemeinkosten an dem Gesamtpreis handelt. Für eine Interpretation als Richtlinie der Punkteverteilung im Zuge der Bewertung der Angebote bleibt kein Raum, da kein Beisatz in diese Richtung deutet. Dass Baustellengemeinkosten im Allgemeinen einen nicht unwesentlichen Faktor bei der Kalkulation von Bauaufträgen darstellen, ist eine in der Baubranche evidente Tatsache. Auch wenn diese Bestimmung im Zusammenhang mit der Bewertung der Angebote genannt ist, so enthält diese Position der Ausschreibung unter dem Titel der KO-Kriterien auch Bestimmungen über das Ausscheiden von Angeboten. Der objektive Erklärungswert dieser Bestimmung ist daher darin zu sehen, dass die Auftraggeberin Angebote, bei denen der Anteil der Baustellengemeinkosten 8 % des Angebotspreises übersteigt, nicht annehmen will. Da das Angebot der Antragstellerinnen Baustellengemeinkosten in der Höhe von 9,11 % des Gesamtpreises vorsah, steht es im Widerspruch zu den Festlegungen der Ausschreibung und wäre gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 auszuscheiden gewesen. Der Umstand, dass bei dieser Auslegung der Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen der Großteil der eingereichten Angebote auszuscheiden gewesen wäre, steht dieser Auslegung in keiner Weise entgegen. Die Auftraggeberin wäre daher verpflichtet gewesen, diese Angebote auszuscheiden und verletzte durch die gewählte Vorgangsweise den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter.Die Verwendung des Wortes "dürfen" zusammen mit dem abgekürzten Wort "maximal" erwecken den Eindruck, dass es sich dabei um eine anteilmäßige Grenze für den Anteil der Baustellengemeinkosten an dem Gesamtpreis handelt. Für eine Interpretation als Richtlinie der

Punkteverteilung im Zuge der Bewertung der Angebote bleibt kein Raum, da kein Beisatz in diese Richtung deutet. Dass Baustellengemeinkosten im Allgemeinen einen nicht unwesentlichen Faktor bei der Kalkulation von Bauaufträgen darstellen, ist eine in der Baubranche evidente Tatsache. Auch wenn diese Bestimmung im Zusammenhang mit der Bewertung der Angebote genannt ist, so enthält diese Position der Ausschreibung unter dem Titel der KO-Kriterien auch Bestimmungen über das Ausscheiden von Angeboten. Der objektive Erklärungswert dieser Bestimmung ist daher darin zu sehen, dass die Auftraggeberin Angebote, bei denen der Anteil der Baustellengemeinkosten 8 % des Angebotspreises übersteigt, nicht annehmen will. Da das Angebot der Antragstellerinnen Baustellengemeinkosten in der Höhe von 9,11 % des Gesamtpreises vorsah, steht es im Widerspruch zu den Festlegungen der Ausschreibung und wäre gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 auszuschneiden gewesen. Der Umstand, dass bei dieser Auslegung der Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen der Großteil der eingereichten Angebote auszuschneiden gewesen wäre, steht dieser Auslegung in keiner Weise entgegen. Die Auftraggeberin wäre daher verpflichtet gewesen, diese Angebote auszuschneiden und verletzte durch die gewählte Vorgangsweise den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter.

Hinsichtlich des Zeitplanes ist anzuführen, dass der von den Antragstellerinnen vorgelegte Zeitplan insgesamt eine Verkürzung der Bauzeit im Bauabschnitt 1 um eine Woche, im Bauabschnitt 2 um drei Wochen vorsah. Diese Verkürzung bezog sich auf die Fertigstellungstermine. Jedoch sah der von den Antragstellerinnen vorgelegte Terminplan einige Veränderungen der Fristen gegenüber den unter Position "2H.00.16.250Z pönalisierte Fertigstellungstermine" genannten Zwischenterminen vor. Pönalisiert waren zwar lediglich die Fertigstellungstermine, jedoch war bei einigen der in Bauphase 1 und 2 genannten Teilen der Arbeit erkennbar, dass diese nicht durch die Antragstellerinnen durchzuführen sein werden, sondern durch Dritte. Trotzdem nahmen die Antragstellerinnen in dem vorgelegten Bauzeitplan Veränderungen an diesen Terminen vor. Dies betrifft die Räumung der Dekoration in Bauphasen 1 und 2, die durch den jeweiligen Nutzer erfolgen sollte, die Demontage der Bühnentechnik, die durch einen anderen Generalunternehmer erfolgen soll, den Ausbau des Orchesterpodiums, der durch einen anderen Generalunternehmer erfolgen soll, die Asbestentsorgung, die bauseits erfolgen soll. Die früheren Fertigstellungstermine in den jeweiligen Bauphasen waren auch für die restlichen Aufbaugewerke GU 2, 3 und 4 vorgesehen. Die Arbeitszeit für diese Generalunternehmer wurde in Bauphase 1 um 3 und in Bauphase 2 um 56 Tage gekürzt.

Unter den im Zuge der Zuschlagskriterien Preis plus Qualität Pos. 2H.00.11.23A genannte KO-Kriterien findet sich unter 04. "Terminplan zu den einzelnen Bauphasen (siehe dazu Pos. 00.16.250)." Dieser Verweis impliziert, dass die Bestimmungen über die pönalisierten Fertigstellungstermine und die Ausführungstermine bei der Erstellung eines Terminplanes beachtlich waren. Das Zuschlagskriterium 02. Fristen/Termine führt aus, dass vom Bieter eine Bauzeitverkürzung der einzelnen Bauphasen entsprechend dem Zeitrahmen angeboten werden kann. In dieser Bestimmung ist als pönalisierte Gesamtzeit für die einzelnen Bauphasen September 2003 bis einschließlich März 2006 genannt. Dies kann jedoch nur so verstanden werden, dass der unter Verweis auf die oben genannten Bestimmungen über die Zwischentermine erstellte Bauzeitplan der Bewertung unterzogen wird. Naturgemäß können nur Bauzeitverkürzungen angeboten werden, die dem Bieter zur Disposition stehen. Von anderer Seite auszuführende Arbeiten sind jedoch vom Bieter als gegeben anzunehmen und bei seiner Zeitberechnung als unverrückbare Vorgaben zu betrachten. Die im Übrigen angebotene

Terminplanung nach den Bestimmungen der Ausschreibung ist insofern unbeachtlich, als im offenen Verfahren nach § 96 Abs. 1 BVergG die Verhandlung über den Inhalt des Angebotes nach Angebotsöffnung verboten ist. Der Bewertung ist immer das bei der Angebotsöffnung vorliegende Angebot zugrunde zu legen. Die im Zuge des Aufklärungsgesprächs vom 15. Juli 2003 vorgenommene Änderung des Angebotes hinsichtlich des Zeitplanes ist daher unbeachtlich und bei der Prüfung und Bewertung des Angebotes der Antragstellerin nicht zu berücksichtigen. Der Zeitplan der Antragstellerin widerspricht daher den Bestimmungen der Ausschreibung. Terminplanung nach den Bestimmungen der Ausschreibung ist insofern unbeachtlich, als im offenen Verfahren nach Paragraph 96, Absatz eins, BVergG die Verhandlung über den Inhalt des Angebotes nach Angebotsöffnung verboten ist. Der Bewertung ist immer das bei der Angebotsöffnung vorliegende Angebot zugrunde zu legen. Die im Zuge des Aufklärungsgesprächs vom 15. Juli 2003 vorgenommene Änderung des Angebotes hinsichtlich des Zeitplanes ist daher unbeachtlich und bei der Prüfung und Bewertung des Angebotes der Antragstellerin nicht zu berücksichtigen. Der Zeitplan der Antragstellerin widerspricht daher den Bestimmungen der Ausschreibung.

Wegen des oben dargestellten Widerspruches des Angebotes der Antragstellerinnen zur Ausschreibung hinsichtlich

der angebotenen Baustellengemeinkosten und des Bauzeitplanes wäre ihr Angebot gemäß § 98 Z 8 BVergG auszuschneiden gewesen. Wegen des oben dargestellten Widerspruches des Angebotes der Antragstellerinnen zur Ausschreibung hinsichtlich der angebotenen Baustellengemeinkosten und des Bauzeitplanes wäre ihr Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG auszuschneiden gewesen.

Wenn die Antragstellerinnen anführen, dass auch das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen wäre, da diese keinen der KO-Kriterien entsprechenden Zeitplan vorgelegt habe, ist dem entgegen zu halten, dass die Ausschreibung zwar zwingend die Vorlage eines Terminplanes vorsah, aber keinerlei Bestimmungen über die erforderliche Form enthielt. Insbesondere kann daraus nicht abgeleitet werden, dass ein Terminplan zwingend eine graphische Darstellung der Termine beinhalten muss. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin bot in dem Bieterschreiben jene Fristen und Zwischentermine laut Ausschreibung an. Eine Verkürzung der Bauzeit war laut Ausschreibung nicht zwingend gefordert, lediglich deren Einhaltung. Eine angebotene Verkürzung der Bauzeit sollte besonders bei der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes berücksichtigt werden. Dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin davon nicht Gebrauch gemacht hat, sondern eine allenfalls schlechtere Bewertung ihres Angebotes in Kauf genommen hat, kann ihr nur insofern zum Nachteil gereichen, als ihr Angebot mit einer geringeren Punktezahl bewertet wird.

Nach § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Nach Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Der VfGH sprach aus, dass ein Nachprüfungsverfahren der Durchsetzung subjektiver Interessen und daraus resultierender Teilnahmerechte eines Bieters - und eben auch eines Bewerbers - dienen soll, nicht aber der Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit von Vergabeverfahren (VfGH B 405/99, VfSlg 16.391).

Der VwGH sieht in einem Erkenntnis zum insofern vergleichbaren OÖ LVergG 1994 unter Berufung auf VwGH 23.1.2002, 2001/04/0041 als "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 daher nur dann vor, wenn der betreffende Bieter bei rechtskonformer Entscheidung eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte (VwGH 9.4.2002, 2000/04/0181).

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

Die "Sache" des Nachprüfungsverfahrens wird daher durch den Nachprüfungsantrag bestimmt. Das Begehren legt den Umfang der Nachprüfung fest, innerhalb dessen das Bundesvergabeamt zur Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers zuständig ist. Das Bundesvergabeamt entscheidet mit Bescheid. Die Nichtigerklärung einer Entscheidung des Auftraggebers ist daher ein antragsbedürftiger Verwaltungsakt. Für eine Entscheidung ohne entsprechenden Antrag ist das Bundesvergabeamt nicht zuständig (zu dem insofern vergleichbaren Stmk VergG 1995 VwGH 27.9.2000, 2000/04/0051) und würde auch das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzen (z.B. VfGH B 280/97, VfSlg 11.502). Die Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers kann daher nur bei Vorliegen eines Antrages in Entsprechung dieses Antrages erfolgen. Innerhalb dieser Grenzen geht das Bundesvergabeamt von Amts wegen vor. Die Prüfung der Antragsvoraussetzungen ist amtswegig vorzunehmen. Unter Berücksichtigung, dass Nachprüfungsverfahren dem subjektiven Rechtsschutz dienen, ergibt sich, dass es dem Bundesvergabeamt Verwehrt ist, losgelöst von der Stattgabe des Antrages von Amts wegen Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu

erklären. Der Prüfung der angefochtenen Entscheidung hat daher die Prüfung der Antragsvoraussetzungen voranzugehen. Eine inhaltliche Entscheidung trotz Fehlens der Antragsvoraussetzungen würde die Entscheidung mit Rechtswidrigkeit belasten.

Wie bereits dargelegt wäre das Angebot der Antragstellerinnen auszuschneiden gewesen. Für den Standpunkt der Antragstellerinnen wäre daher durch eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nichts zu gewinnen. Da der von den Antragstellerinnen geltend gemachte Schaden aus diesem Grund nicht eintreten kann. Unter Anwendung der Kriterien der Ausschreibung auf die abgegebenen Angebote wäre aus dem Blickpunkt der Antragstellerinnen kein günstigerer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten.

Gegenstand des Antrages war die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Die im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Gründe betrafen im Wesentlichen eine fehlerhafte Bewertung der Angebote. Im Zuge des Verfahrens ergab sich auf Grund der Stellungnahmen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei, dass das Angebot der Antragstellerinnen auszuschneiden gewesen wäre und daher der geltend gemachte Schaden gar nicht vorliegen kann. In der mündlichen Verhandlung wurden die Gründe dafür eingehend erörtert und den Antragstellerinnen ausreichend Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen.

Der VwGH sah in einem Erkenntnis zum insofern vergleichbaren Stmk. VergG 1995 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 Anbot für die Wahl zum Zuschlag geeignet gewesen wäre, für dieses somit auf Grund seiner Form und des Inhaltes zumindest die Möglichkeit, für eine Zuschlagserteilung in Betracht gezogen zu werden, gegeben war. Daraus zog er unter Verweis auf BVA 18.6.1998, F-3/98-12, den Schluss, dass die Antragslegitimation zu verneinen sei, wenn das Angebot auszuschneiden und aus diesem Grund nicht für den Zuschlag in Betracht gezogen werden könne (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050).

Der VfGH äußerte unter dem Aspekt der Rechtsmittelrichtlinie Bedenken gegen diese Ansicht (VfGH 707/00, VfSlg 16.118). In seinem Urteil vom 19. Juni 2003 (Rs C-249/01, Hackermüller) sah der EuGH - in Bestätigung der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes - keinen Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht, wenn das Bundesvergabeamt von Amts wegen für den Antragsteller nachteilige Gründe aufgreift und aus diesem Grund die Behandlung des Nachprüfungsantrages ablehnt, sofern der Antragsteller Gelegenheit hatte, sich zu diesen Gründen zu äußern. Wenn nun die Gründe nicht einmal von Amts wegen aufgegriffen werden, sondern von Verfahrensparteien im Zuge des Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht werden, ist das Bundesvergabeamt sogar verpflichtet, auf diese einzugehen und nach Erörterung mit den Parteien seiner Entscheidung zu Grunde zu legen.

Der durch den Nachprüfungsantrag der Antragstellerinnen festgelegte Gegenstand des Verfahrens ist die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wegen mangelhafter Angebotsprüfung. Das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers ist - anders als bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung wegen einer Ausscheidensentscheidung durch den Auftraggeber - a priori nicht Verfahrensgegenstand. Voraussetzung für die Stellung eines Nachprüfungsantrages durch die Antragstellerinnen ist u.a. ein behaupteter oder eingetretener Schaden durch die angefochtene Entscheidung der Antragstellerinnen. Erfolg kann diesem Antrag jedoch nur beschieden sein, wenn ihr Angebot für die Zuschlagserteilung in Frage kommt. Wie ausgeführt wäre dieses jedoch auszuschneiden gewesen, sodass es für den Zuschlag nicht in Betracht kommt und der geltend gemachte Schaden nicht eintreten kann. Die Erfüllung der Antragsvoraussetzungen stellt eine Voraussetzung für eine Entscheidung in der Sache dar. Erfüllt der Antragsteller diese Voraussetzung nicht, kann über den Nachprüfungsantrag selbst gar nicht mehr entschieden werden und der Antrag ist zurückzuweisen. Wie bereits dargestellt kann der geltend gemachte Schaden für die Antragstellerinnen nicht eintreten, da ihr Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Somit liegt eine notwendige Voraussetzung der Antragstellung nach § 163 Abs. 1 BVergG nicht vor und der Nachprüfungsantrag ist zurückzuweisen. Der durch den Nachprüfungsantrag der Antragstellerinnen festgelegte Gegenstand des Verfahrens ist die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wegen mangelhafter Angebotsprüfung. Das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers ist - anders als bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung wegen einer Ausscheidensentscheidung durch den Auftraggeber - a priori nicht Verfahrensgegenstand. Voraussetzung für die Stellung eines Nachprüfungsantrages durch die Antragstellerinnen ist u.a. ein behaupteter oder eingetretener Schaden durch die angefochtene Entscheidung der Antragstellerinnen. Erfolg kann diesem Antrag jedoch nur beschieden sein, wenn ihr Angebot für die Zuschlagserteilung in Frage kommt. Wie ausgeführt wäre dieses jedoch auszuschneiden gewesen, sodass es für den Zuschlag nicht in Betracht kommt und der geltend gemachte Schaden nicht eintreten

kann. Die Erfüllung der Antragsvoraussetzungen stellt eine Voraussetzung für eine Entscheidung in der Sache dar. Erfüllt der Antragsteller diese Voraussetzung nicht, kann über den Nachprüfungsantrag selbst gar nicht mehr entschieden werden und der Antrag ist zurückzuweisen. Wie bereits dargestellt kann der geltend gemachte Schaden für die Antragstellerinnen nicht eintreten, da ihr Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Somit liegt eine notwendige Voraussetzung der Antragstellung nach Paragraph 163, Absatz eins, BVergG nicht vor und der Nachprüfungsantrag ist zurückzuweisen.

1. 4.Ziffer 4

Spruchpunkt II: Teilnahmeantrag

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin stellte in der mündlichen Verhandlung einen Teilnahmeantrag. Dem dagegen gerichtete Antrag der Antragstellerinnen, diesen Teilnahmeantrag als unzulässig zurückzuweisen, da das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen wäre, ist wie bereits oben ausgeführt, nicht zu folgen, da das Mindesterfordernis für einen Bauzeitplan erfüllt ist und das Angebot daher die KO-Kriterien erfüllt. Da auch im Übrigen die Voraussetzungen des § 167 BVergG erfüllt sind, behält die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ihre Parteistellung und ist dem Teilnahmeantrag gemäß § 165 iVm § 167 BVergG stattzugeben. Da der Partei ein subjektive öffentliches Recht auf Klärung ihrer Parteistellung zukommt (z.B. VwGH 3.7.2001, 2000/05/0115), war gesondert darüber abzusprechen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin stellte in der mündlichen Verhandlung einen Teilnahmeantrag. Dem dagegen gerichtete Antrag der Antragstellerinnen, diesen Teilnahmeantrag als unzulässig zurückzuweisen, da das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen wäre, ist wie bereits oben ausgeführt, nicht zu folgen, da das Mindesterfordernis für einen Bauzeitplan erfüllt ist und das Angebot daher die KO-Kriterien erfüllt. Da auch im Übrigen die Voraussetzungen des Paragraph 167, BVergG erfüllt sind, behält die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ihre Parteistellung und ist dem Teilnahmeantrag gemäß Paragraph 165, in Verbindung mit Paragraph 167, BVergG stattzugeben. Da der Partei ein subjektive öffentliches Recht auf Klärung ihrer Parteistellung zukommt (z.B. VwGH 3.7.2001, 2000/05/0115), war gesondert darüber abzusprechen.

1. 5.Ziffer 5

Spruchpunkt III: Bestellung eines Sachverständigen

Die Bestellung eines Sachverständigen zur Beantwortung der Frage, ob die Baustellengemeinkosten bei einem derartigen Projekt mit mehr als 8 % oder weniger als 8 % einzuschätzen waren, ist zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes nicht erforderlich, da in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt ist, was unter Baustellengemeinkosten zu verstehen ist. Es mag zwar zutreffen, dass sich im Zuge der Erstellung des Angebotes diese Frage stellt und es wäre den Antragstellerinnen offen gestanden, nach Durchsicht des Angebotes den Auftraggeber auf diesen Umstand hinzuweisen oder bereits diese Bestimmung der Ausschreibung innerhalb der dafür zur Verfügung stehenden Frist zu bekämpfen. Da dies nicht erfolgte, ist wie oben ausgeführt dem gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die vorliegende Ausschreibung zugrunde zu legen und es sind seine einzelnen Bestimmungen unangreifbar geworden. Nach § 37 AVG ist es Zweck des Ermittlungsverfahrens, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgeblichen Sachverhalt festzustellen. Nach § 52 Abs. 1 AVG kann die Behörde Sachverständige heranziehen. Obwohl die aufgeworfene Frage grundsätzlich von einem Sachverständigen beantwortet werden kann, stellt sie sich im vorliegenden Verwaltungsverfahren nicht, da sie eindeutig durch die Ausschreibungsunterlagen vorgegeben ist und keines gesonderten Beweises bedarf. Die Bestellung eines Sachverständigen zur Beantwortung der Frage, ob die Baustellengemeinkosten bei einem derartigen Projekt mit mehr als 8 % oder weniger als 8 % einzuschätzen waren, ist zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes nicht erforderlich, da in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt ist, was unter Baustellengemeinkosten zu verstehen ist. Es mag zwar zutreffen, dass sich im Zuge der Erstellung des Angebotes diese Frage stellt und es wäre den Antragstellerinnen offen gestanden, nach Durchsicht des Angebotes den Auftraggeber auf diesen Umstand hinzuweisen oder bereits diese Bestimmung der Ausschreibung innerhalb der dafür zur Verfügung stehenden Frist zu bekämpfen. Da dies nicht erfolgte, ist wie oben ausgeführt dem gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die vorliegende Ausschreibung zugrunde zu legen und es sind seine einzelnen Bestimmungen unangreifbar geworden. Nach Paragraph 37, AVG ist es Zweck des Ermittlungsverfahrens, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgeblichen Sachverhalt festzustellen. Nach Paragraph 52, Absatz eins, AVG kann die Behörde Sachverständige heranziehen. Obwohl die aufgeworfene Frage

grundsätzlich von einem Sachverständigen beantwortet werden kann, stellt sie sich im vorliegenden Verwaltungsverfahren nicht, da sie eindeutig durch die Ausschreibungsunterlagen vorgegeben ist und keines gesonderten Beweises bedarf.

1. 6.Ziffer 6

Spruchpunkt IV. KostenersatzSpruchpunkt römisch vier. Kostenersatz

§ 177 Abs. 5 BVergG bestimmt, dass der vor dem Bundesvergabeamt wennParagraph 177, Absatz 5, BVergG bestimmt, dass der vor dem Bundesvergabeamt wenn

auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 177 Abs. 1 oder 3 BVergG entrichtenden Gebühren durch den Antragsgegner hat.auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 177, Absatz eins, oder 3 BVergG entrichtenden Gebühren durch den Antragsgegner hat.

§ 162 Abs. 1 BVergG legt fest, dass das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes zuständig ist. § 162 Abs. 2 bis 5 legen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen fest. Die Bestimmungen der §§ 164, 171, 174 und 175 BVergG legen die Entscheidungsbefugnisse des Bundesvergabeamtes fest. Darin findet sich kein Hinweis auf eine Befugnis zur Entscheidung über Kostenersatzansprüche. Auch der Bericht des Verfassungsausschusses führt dazu aus, dass der in Abs. 5 vorgesehene Gebührenersatz ein zivilrechtlicher Ersatzanspruch ist und mit Mahnklage bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann. Wer Antragsgegner ist, ergibt sich aus dem Antrag bzw. aus dem Teilnahmeantrag (1118 dB NR XXI GP 65). Auch wurde die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Kostenersatzansprüche in ständiger Rechtsprechung abgelehnt (BVA 28.4.2003, 17N-26/03-15; BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17). Daraus ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt zur Entscheidung über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr nicht zuständig ist.Paragraph 162, Absatz eins, BVergG legt fest, dass das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes zuständig ist. Paragraph 162, Absatz 2 bis 5 legen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen fest. Die Bestimmungen der Paragraphen 164, 171, 174 und 175 BVergG legen die Entscheidungsbefugnisse des Bundesvergabeamtes fest. Darin findet sich kein Hinweis auf eine Befugnis zur Entscheidung über Kostenersatzansprüche. Auch der Bericht des Verfassungsausschusses führt dazu aus, dass der in Absatz 5, vorgesehene Gebührenersatz ein zivilrechtlicher Ersatzanspruch ist und mit Mahnklage bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann. Wer Antragsgegner ist, ergibt sich aus dem Antrag bzw. aus dem Teilnahmeantrag (1118 dB NR römisch 21 Gesetzgebungsperiode 65). Auch wurde die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Kostenersatzansprüche in ständiger Rechtsprechung abgelehnt (BVA 28.4.2003, 17N-26/03-15; BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17). Daraus ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt zur Entscheidung über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr nicht zuständig ist.

Schlagworte

Auszuschendendes Angebot, Teilnahmeantrag in der mündlichen Verhandlung;

Dokumentnummer

VERGT_20031002_17N_80_03_37_00

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