

TE Bvwg Erkenntnis 2015/2/20 W123 2008288-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.02.2015

Entscheidungsdatum

20.02.2015

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §131 Abs1

BVergG 2006 §139 Abs2 Z3

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §2 Z26 lita

BVergG 2006 §2 Z49

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §25

BVergG 2006 §26

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §30 Abs2 Z2

BVergG 2006 §30 Abs2 Z6

BVergG 2006 §312 Abs3 Z1

BVergG 2006 §312 Abs3 Z2

BVergG 2006 §312 Abs3 Z3

BVergG 2006 §312 Abs3 Z4

BVergG 2006 §312 Abs3 Z7

BVergG 2006 §331 Abs1 Z2

BVergG 2006 §331 Abs1 Z3

BVergG 2006 §332 Abs3

BVergG 2006 §332 Abs7

BVergG 2006 §333

BVergG 2006 §334 Abs2

BVergG 2006 §334 Abs5

BVergG 2006 §334 Abs7

BVergG 2006 §49 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

1. ABGB § 914 heute

- [illegible]

1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 49 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 49 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 49 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 49 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 49 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Spruch

W123 2008288-1/28E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Michael FRUHMANN als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Planungsleistungen für die Sanierung der Gebäude des BG Eisenstadt" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über die Anträge des XXXX, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 02.03.2012, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Michael FRUHMANN als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Planungsleistungen für die Sanierung der Gebäude des BG Eisenstadt" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über die Anträge des römisch 40, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 02.03.2012, zu Recht erkannt:

A)

I. römisch eins.

1. Dem Antrag der Antragstellerin, festzustellen, "dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Vergabe von Generalplanerleistungen zur Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim am Standort Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1 (Schule), Bürgerspitalgasse 3 (Schülerheim) an die XXXX wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", wird stattgegeben. 1. Dem Antrag der Antragstellerin, festzustellen, "dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Vergabe von

Generalplanerleistungen zur Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim am Standort Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1 (Schule), Bürgerspitalgasse 3 (Schülerheim) an die römisch 40 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", wird stattgegeben.

Rechtsgrundlage: §§ 30 Abs. 2 Z 2, 49 Abs. 2, 312 Abs. 3 Z 3, 331 Abs. 1 Z 2 und 332 Abs. 7 BVergG 2006; Art. 2d Abs. 4 RM-RL 89/665/EWG idF 2007/66/EG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 30, Absatz 2, Ziffer 2, 49, Absatz 2, 312 Absatz 3, Ziffer 3, 331, Absatz eins, Ziffer 2 und 332 Absatz 7, BVergG 2006; Artikel 2 d, Absatz 4, RM-RL 89/665/EWG in der Fassung 2007/66/EG

2. Dem Antrag der Antragstellerin, festzustellen, "dass die Zuschlagserteilung an die XXXX ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", wird stattgegeben.2. Dem Antrag der Antragstellerin, festzustellen, "dass die Zuschlagserteilung an die römisch 40 ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", wird stattgegeben.

Rechtsgrundlage: §§ 30 Abs. 2 Z 2, 49 Abs. 2, 312 Abs. 3 Z 4, 331 Abs. 1 Z 3 und 332 Abs. 7 BVergG 2006; Art. 2d Abs. 4 RM-RL 89/665/EWG idF 2007/66/EG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 30, Absatz 2, Ziffer 2, 49, Absatz 2, 312, Absatz 3, Ziffer 4, 331, Absatz eins, Ziffer 3 und 332 Absatz 7, BVergG 2006; Artikel 2 d, Absatz 4, RM-RL 89/665/EWG in der Fassung 2007/66/EG

3. Der Antrag der Antragstellerin, festzustellen, "dass die Zuschlagserteilung an die XXXX wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch oder wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde", wird abgewiesen.3. Der Antrag der Antragstellerin, festzustellen, "dass die Zuschlagserteilung an die römisch 40 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch oder wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006

II.römisch zwei.

1. Der Antrag der Auftraggeberin vom 23.04.2012, festzustellen, "dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bedingungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 312 Abs. 3 Z 2 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG 2006

2. Der Antrag der Auftraggeberin vom 13.10.2014, "von der Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen, in eventuelle, den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des BVwG aufzuheben, da zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Sinne des § 334 Abs. 2 BVergG vorliegen, die es rechtfertigen, den Vertrag aufrecht zu erhalten", wird abgewiesen.2. Der Antrag der Auftraggeberin vom 13.10.2014, "von der Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen, in eventuelle, den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des BVwG aufzuheben, da zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Sinne des Paragraph 334, Absatz 2, BVergG vorliegen, die es rechtfertigen, den Vertrag aufrecht zu erhalten", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 334 Abs. 2 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 334, Absatz 2, BVergG 2006

3. Dem Eventualantrag der Auftraggeberin vom 13.10.2014, "dass das BVwG im Anschluss an seine Feststellung ausspricht, dass der Vertrag mit dem (späteren) Zeitpunkt der Erbringung der vollständigen Leistungen der ZE (Anm. "Zuschlagsempfängerin") aus dem abgeschlossenen Generalplanervertrag vom 03.10.2011 aufgehoben wird", wird insoweit stattgegeben, als der Vertrag der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. mit der XXXX vom 03.10.2011 nur so weit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.3. Dem Eventualantrag der Auftraggeberin vom 13.10.2014, "dass das BVwG im Anschluss an seine Feststellung ausspricht, dass der Vertrag mit dem (späteren) Zeitpunkt der Erbringung der vollständigen Leistungen der ZE Anmerkung "Zuschlagsempfängerin") aus dem abgeschlossenen Generalplanervertrag vom 03.10.2011

aufgehoben wird", wird insoweit stattgegeben, als der Vertrag der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. mit der römisch 40 vom 03.10.2011 nur so weit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

Rechtsgrundlage: § 334 Abs. 5 BVergG 2006Rechtsgrundlage: Paragraph 334, Absatz 5, BVergG 2006

III.römisch drei.

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. ist verpflichtet, dem Bundesverwaltungsgericht binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von € 110.000,00 zu bezahlen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs. 3 Z 7 iVm 334 Abs. 7 BVergG 2006Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 3, Ziffer 7, in Verbindung mit 334 Absatz 7, BVergG 2006

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgangrömisch eins. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 02.03.2012 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Feststellung mit den im Spruch genannten Begehren ein. Als bekämpftes Auftragsverfahren wurde auf der 1. Seite des Feststellungsantrages das Verfahren "7000 Eisenstadt, Bürgerspitalgasse 3, Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim-Generalplanerleistungen" genannt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass aus der beigelegten EU-weiten Bekanntmachung vom 07.02.2012, 2012/S 25 - 039985 hervorgehe, dass die Auftraggeberin den Zuschlag für den Dienstleistungsauftrag über die Erbringung von Generalplanerleistungen im Zusammenhang mit der Sanierung und Erweiterung des BG/BRG/BORG in Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1, und des Bundesschülerheimes in Eisenstadt, Bürgerspitalgasse 3, mit einem Gesamtauftragswert von Euro 901.705,05 (exkl. Ust) erteilt habe. Diese Bekanntmachung habe einen Hinweis auf die Bekanntmachungsnummer im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2009/S2 149-358559 vom 26.12.2009 umfasst, die sich allerdings auf ein Vergabeverfahren iSd § 26 BVergG (Realisierungswettbewerb) und nicht - wie in der genannten Bekanntmachung vom 07.02.2012 erwähnt - auf ein Vergabeverfahren gemäß § 25 BVergG (offenes Verfahren) bezogen habe. Zum Realisierungswettbewerb die Bekanntmachung vom 26.12.2009 betreffend, sei vom Bundesvergabeamt nach Anfechtung durch den Antragsteller ein Bescheid am 09.07.2010, N/0043-BVA/04/2010-35, erlassen worden, in dem die Entscheidung des Auftraggebers über die Zuweisung des Preisgeldes an den 1. Preisträger (XXXX, im Folgenden "Zuschlagsempfängerin") bis 6. Preisträger für nichtig erklärt worden sei. Darin sei auch die Nichtzulassung des Antragstellers zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren für nichtig erklärt worden. Nach der Widerrufsentscheidung vom 15.10.2010, die vom Bundesvergabeamt nach Anfechtung durch den Antragsteller mit Bescheid vom 09.07.2011 bestätigt worden sei, sei der Wettbewerb weder widerrufen, noch die Widerrufsentscheidung zurückgenommen worden. Vor diesem Hintergrund sei - unter Berücksichtigung der Bekanntmachung vom 07.02.2012 - davon auszugehen, dass die Auftraggeberin ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eingeleitet und der Zuschlagsempfängerin nach Angebotsabgabe den Zuschlag erteilt habe. Eine vorherige diesbezügliche Bekanntmachung sei nicht erfolgt, sodass die Zuschlagserteilung rechtswidrig sei. Die Auftraggeberin dürfe nicht gemäß § 30 Abs. 2 Z 6 BVergG von einer vorherigen Bekanntmachung eines Verhandlungsverfahrens absehen. Der Ausnahmetatbestand setze die vorhergehende Durchführung eines Realisierungswettbewerbes iSd § 26 BVergG voraus. Im Hinblick auf die Nichtigerklärung durch den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 09.07.2010 könne von keiner Durchführung eines solchen Wettbewerbes ausgegangen werden. Die Durchführung eines Verfahrens ohne vorige Bekanntmachung sei auch durch keinen anderen Grund gerechtfertigt.1. Mit Schriftsatz vom 02.03.2012 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Feststellung mit den im Spruch genannten Begehren ein. Als bekämpftes Auftragsverfahren wurde auf der 1. Seite des Feststellungsantrages das Verfahren "7000 Eisenstadt, Bürgerspitalgasse 3, Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim-Generalplanerleistungen" genannt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass aus der beigelegten EU-weiten Bekanntmachung vom 07.02.2012, 2012/S 25 - 039985 hervorgehe, dass die Auftraggeberin den Zuschlag für den Dienstleistungsauftrag über die Erbringung von Generalplanerleistungen im Zusammenhang mit der Sanierung und Erweiterung des BG/BRG/BORG in Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1, und des

Bundesschülerheimes in Eisenstadt, Bürgerspitalgasse 3, mit einem Gesamtauftragswert von Euro 901.705,05 (exkl. Ust) erteilt habe. Diese Bekanntmachung habe einen Hinweis auf die Bekanntmachungsnummer im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2009/S2 149-358559 vom 26.12.2009 umfasst, die sich allerdings auf ein Vergabeverfahren iSd Paragraph 26, BVergG (Realisierungswettbewerb) und nicht - wie in der genannten Bekanntmachung vom 07.02.2012 erwähnt - auf ein Vergabeverfahren gemäß Paragraph 25, BVergG (offenes Verfahren) bezogen habe. Zum Realisierungswettbewerb die Bekanntmachung vom 26.12.2009 betreffend, sei vom Bundesvergabeamt nach Anfechtung durch den Antragsteller ein Bescheid am 09.07.2010, N/0043-BVA/04/2010-35, erlassen worden, in dem die Entscheidung des Auftraggebers über die Zuweisung des Preisgeldes an den 1. Preisträger (römisch 40, im Folgenden "Zuschlagsempfängerin") bis 6. Preisträger für nichtig erklärt worden sei. Darin sei auch die Nichtzulassung des Antragstellers zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren für nichtig erklärt worden. Nach der Widerrufsentscheidung vom 15.10.2010, die vom Bundesvergabeamt nach Anfechtung durch den Antragsteller mit Bescheid vom 09.07.2011 bestätigt worden sei, sei der Wettbewerb weder widerrufen, noch die Widerrufsentscheidung zurückgenommen worden. Vor diesem Hintergrund sei - unter Berücksichtigung der Bekanntmachung vom 07.02.2012 - davon auszugehen, dass die Auftraggeberin ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eingeleitet und der Zuschlagsempfängerin nach Angebotsabgabe den Zuschlag erteilt habe. Eine vorherige diesbezügliche Bekanntmachung sei nicht erfolgt, sodass die Zuschlagserteilung rechtswidrig sei. Die Auftraggeberin dürfe nicht gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 6, BVergG von einer vorherigen Bekanntmachung eines Verhandlungsverfahrens absehen. Der Ausnahmetatbestand setze die vorhergehende Durchführung eines Realisierungswettbewerbes iSd Paragraph 26, BVergG voraus. Im Hinblick auf die Nichtigerklärung durch den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 09.07.2010 könne von keiner Durchführung eines solchen Wettbewerbes ausgegangen werden. Die Durchführung eines Verfahrens ohne vorige Bekanntmachung sei auch durch keinen anderen Grund gerechtfertigt.

2. Mit Schriftsatz vom 09.03.2012 gab die Auftraggeberin bekannt, dass der geschätzte Auftragswert der gegenständlichen Leistung Euro 2,2 Millionen betrage. Entgegen den Darstellungen des Antragstellers sei das Wettbewerbsverfahren "Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim am Standort Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1 (Schule), Bürgerspitalgasse 3 (Schülerheim) - Wettbewerb zur Erlangung von baukünstlerischen Vorentwurfskonzepten mit anschließendem Verhandlungsverfahren für die Vergabe von Generalplanerleistungen", das im Amtsblatt der EU vom 26.12.2009 (Veröffentlichung 2000/S 249 35 8559) bekannt gemacht worden sei, nach Erlassung des abweisenden Bescheides des Vergabeamtes vom 08.06.2011 (N/0038-BVA/04/2011- 19) widerrufen worden. Das Verfahren bestehe daher nicht mehr. Bei der Bekanntmachung vom 07.02.2012, 2012/S 25-39985, handle es sich um eine irrtümliche Veröffentlichung zu einem nicht mehr bestehenden Verfahren. Ein bereits widerrufenes Verfahren könne auch nicht durch Zuschlag beendet werden. Die Bekanntmachung über solche vergebene Aufträge sei daher gegenstandslos und löse keine Rechtsfolgen aus. Dies hätte auch dem Antragsteller bewusst sein müssen.

3. In einem weiteren Schriftsatz vom 20.03.2012 führte die Auftraggeberin aus, dass von der Auftraggeberin eine zusätzliche Information veröffentlicht worden sei, wonach die Bekanntmachung zum bereits widerrufenen Verfahren als irrtümliche Veröffentlichung zu beurteilen sei und das Verfahren mit der Bekanntmachungsnummer 2009/S2 149 - 35 8559 vom 26.12.2009 mit der Widerrufserklärung vom 6.9.2011 widerrufen und allen Beteiligten bekannt gemacht worden sei.

4. Mit Schriftsatz vom 26.03.2012 brachte der Antragsteller ergänzend vor, dass nicht der mit Bekanntmachung vom 26.12.2009 eingeleitete Wettbewerb Gegenstand des Feststellungsantrages sei, für den die Auftraggeberin ausschließlich Auskünfte erteilt und Unterlagen vorgelegt habe. Aufträge könnten auch nicht im Rahmen eines Wettbewerbes vergeben werden. Bestätigt werde, dass die Erklärung des Widerrufs zum genannten Wettbewerb dem Antragsteller am 06.09.2011 - wenn auch unleserlich - zugekommen sei. Der Wettbewerb sei daher gegenüber dem Antragsteller widerrufen worden. Der Antragsteller hob hervor, dass Gegenstand des Feststellungsantrages ausschließlich das Vergabeverfahren "7000 Eisenstadt, Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim - Generalplanerleistungen" sei. Die Auftraggeberin verweigere trotz Aufforderung die Vorlage der relevanten Unterlagen und streite die Existenz eines Vergabeverfahrens und einer Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfängerin ab. Die Behauptung der Auftraggeberin, eine Bekanntmachung über einen vergebenen Auftrag vom 07.02.2012 sei irrtümlich erfolgt, sei unglaubwürdig. Erläuterungen, warum es zu dem Irrtum gekommen sei, seien nicht erfolgt.

Eine Internetrecherche des Antragstellers habe ergeben, dass die Auftraggeberin eine ex-ante-Transparenzbekanntmachung am 15.09.2011 unter 2001/S177-289971 - damit 9 Tage nach dem erfolgten Widerruf - im Amtsblatt der EU veröffentlicht habe. Danach sei beabsichtigt gewesen, der Zuschlagsempfängerin einen Auftrag über die Erbringung von Leistungen für die Sanierung der Gebäude des BG-Eisenstadt zu erteilen. Die Vergabe sollte in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG abgewickelt werden, zumal die Zuschlagsempfängerin als Gewinnerin des vorhergehenden Wettbewerbes über die Urheberrechte an ihren Planungsunterlagen verfüge und daher beauftragt werden müssen. Auf der Homepage der Auftraggeberin sei ein Projekt "BG/BRG und Schülerheim Eisenstadt (EW& S) Kurzwiesenweg 1 u. Bürgerspitalgasse 3, 7000 Eisenstadt" in Planung aufgeschienen. Eine Internetrecherche des Antragstellers habe ergeben, dass die Auftraggeberin eine ex-ante-Transparenzbekanntmachung am 15.09.2011 unter 2001/S177-289971 - damit 9 Tage nach dem erfolgten Widerruf - im Amtsblatt der EU veröffentlicht habe. Danach sei beabsichtigt gewesen, der Zuschlagsempfängerin einen Auftrag über die Erbringung von Leistungen für die Sanierung der Gebäude des BG-Eisenstadt zu erteilen. Die Vergabe sollte in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG abgewickelt werden, zumal die Zuschlagsempfängerin als Gewinnerin des vorhergehenden Wettbewerbes über die Urheberrechte an ihren Planungsunterlagen verfüge und daher beauftragt werden müssen. Auf der Homepage der Auftraggeberin sei ein Projekt "BG/BRG und Schülerheim Eisenstadt (EW& S) Kurzwiesenweg 1 u. Bürgerspitalgasse 3, 7000 Eisenstadt" in Planung aufgeschienen.

Der Ausnahmetatbestand gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG sei eng auszulegen. Voraussetzung dafür sei, dass die Auftraggeberin genau die im Wettbewerbsentwurf der Zuschlagsempfängerin entworfene Planung zwingend benötigen werde und keine andere Planung verwendet werden könne. Die Voraussetzungen dafür seien jedoch nicht gegeben. Die Zuschlagsempfängerin könne jedoch den (inzwischen widerrufenen) Wettbewerb nicht gewonnen haben, zumal die diesbezügliche Entscheidung der Auftraggeberin mit Bescheid vom 09.07.2010, N/0043-BVA/04/2010-35, für nichtig erklärt worden sei. Zudem sei dieser Wettbewerb von der Auftraggeberin widerrufen worden. Auch das Argument der Auftraggeberin, der Wettbewerb könne auf Grund der aufgehobenen Anonymität nicht mehr wiederholt werden, gehe ins Leere. Ein Verhandlungsverfahrens könne jedenfalls durchgeführt werden und im Fall eines neuen Wettbewerbes könnten neue Arbeiten eingereicht oder die bestehenden Arbeiten überarbeitet werden. Ein Auftraggeber könne sich zudem nach der Judikatur des EuGH nicht auf den Ausnahmetatbestand für die Wahl des Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung berufen, sofern er dessen Notwendigkeit selbst verschuldet habe. Der Ausnahmetatbestand gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG sei eng auszulegen. Voraussetzung dafür sei, dass die Auftraggeberin genau die im Wettbewerbsentwurf der Zuschlagsempfängerin entworfene Planung zwingend benötigen werde und keine andere Planung verwendet werden könne. Die Voraussetzungen dafür seien jedoch nicht gegeben. Die Zuschlagsempfängerin könne jedoch den (inzwischen widerrufenen) Wettbewerb nicht gewonnen haben, zumal die diesbezügliche Entscheidung der Auftraggeberin mit Bescheid vom 09.07.2010, N/0043-BVA/04/2010-35, für nichtig erklärt worden sei. Zudem sei dieser Wettbewerb von der Auftraggeberin widerrufen worden. Auch das Argument der Auftraggeberin, der Wettbewerb könne auf Grund der aufgehobenen Anonymität nicht mehr wiederholt werden, gehe ins Leere. Ein Verhandlungsverfahrens könne jedenfalls durchgeführt werden und im Fall eines neuen Wettbewerbes könnten neue Arbeiten eingereicht oder die bestehenden Arbeiten überarbeitet werden. Ein Auftraggeber könne sich zudem nach der Judikatur des EuGH nicht auf den Ausnahmetatbestand für die Wahl des Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung berufen, sofern er dessen Notwendigkeit selbst verschuldet habe.

Eine Präklusion hinsichtlich der ex-ante-Transparenzbekanntmachung könne nicht greifen, zumal es sich nicht um denselben Leistungsgegenstand handle. Die ex-ante-Transparenzbekanntmachung umfasse lediglich die Sanierung, nicht jedoch auch die Erweiterung des Schulgebäudes. Sie erstrecke sich auch nur auf das BG Eisenstadt, nicht jedoch auf das Bundesschülerheim mit der Adresse Bürgerspitalgasse 3, 7000 Eisenstadt. Die ex-ante-Transparenzbekanntmachung diene ausschließlich der Verschleierung der rechtswidrigen Beauftragung der Zuschlagsempfängerin und sei nicht als objektive Transparenzinformation über die Vergabeabsicht zu werten. Präklusionsfolgen könnten nicht ausgelöst werden, zumal dies dem gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgebot widerspreche.

5. In einem weiteren Schriftsatz vom 23.04.2012 brachte die Auftraggeberin vor, dass entgegen dem Vorbringen des Antragstellers keinesfalls die Auskunftspflicht verletzt worden sei. Zutreffend sei, dass nach dem Widerruf des Wettbewerbes mit der Zuschlagsempfängerin ein Verhandlungsverfahren gemäß § 30 Abs. 2 BVergG eingeleitet

worden sei und nach erfolgreicher Verhandlung über die beabsichtigte Vergabe am 13.09.2011 eine diesbezügliche freiwillige ex-ante-Transparenzbekanntmachung erfolgt sei, die am 15.09.2011 unter 2011/S177-28 9971 europaweit veröffentlicht worden sei. Die Zuschlagsempfängerin habe nach Ablauf von mehr als 10 Tagen nach Verfügbarkeit der genannten Bekanntmachung den Zuschlag erhalten. Die Bekanntmachung über die Auftragsvergabe vom 07.02.2012, 2012/S 25-39985 sei von der Auftraggeberin richtig gestellt worden. Eine mit Bekanntmachungen betraute Mitarbeiterin der Auftraggeberin habe diese Bekanntmachung irrtümlicherweise in die Wege geleitet. Ihr sei weder der Widerruf, noch das durchgeführte Verhandlungsverfahren, sondern nur das Wettbewerbsverfahren, das am 26.12.2009 unter 2009/S3 149- 3585559 veröffentlicht worden sei, bekannt gewesen. Die Bekanntmachung vom 20.03.2012 unter 2012/S 55-088555 sei zwingende Folge des Irrtums gewesen.⁵ In einem weiteren Schriftsatz vom 23.04.2012 brachte die Auftraggeberin vor, dass entgegen dem Vorbringen des Antragstellers keinesfalls die Auskunftspflicht verletzt worden sei. Zutreffend sei, dass nach dem Widerruf des Wettbewerbes mit der Zuschlagsempfängerin ein Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 30, Absatz 2, BVergG eingeleitet worden sei und nach erfolgreicher Verhandlung über die beabsichtigte Vergabe am 13.09.2011 eine diesbezügliche freiwillige ex-ante-Transparenzbekanntmachung erfolgt sei, die am 15.09.2011 unter 2011/S177-28 9971 europaweit veröffentlicht worden sei. Die Zuschlagsempfängerin habe nach Ablauf von mehr als 10 Tagen nach Verfügbarkeit der genannten Bekanntmachung den Zuschlag erhalten. Die Bekanntmachung über die Auftragsvergabe vom 07.02.2012, 2012/S 25-39985 sei von der Auftraggeberin richtig gestellt worden. Eine mit Bekanntmachungen betraute Mitarbeiterin der Auftraggeberin habe diese Bekanntmachung irrtümlicherweise in die Wege geleitet. Ihr sei weder der Widerruf, noch das durchgeführte Verhandlungsverfahren, sondern nur das Wettbewerbsverfahren, das am 26.12.2009 unter 2009/S3 149- 3585559 veröffentlicht worden sei, bekannt gewesen. Die Bekanntmachung vom 20.03.2012 unter 2012/S 55-088555 sei zwingende Folge des Irrtums gewesen.

Gegenstand des Feststellungsverfahrens seien bisher die Bekanntmachung betreffend die Vergabe eines Auftrages im Zusammenhang mit dem Wettbewerb, der im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 07.02.2012 unter 2012/S 25-39985 veröffentlicht worden sei, sowie die angeblich aufrechte Widerrufsentscheidung, deren Widerrufserklärung der Antragsteller erhalten habe. Die dem Antragsteller bekannte ex-ante-Transparenzbekanntmachung, die von ihm selbst nunmehr vorgelegt worden sei und bisher nicht bekämpft worden sei, hätte vom Antragsteller innerhalb der gesetzlichen Präklusionsfrist angefochten werden müssen.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei die Durchführung des Verhandlungsverfahrens mit der Zuschlagsempfängerin nicht rechtswidrig gewesen. Im Hinblick auf die Aufhebung der Anonymität der Teilnehmer und der öffentlichen Ausstellung der Wettbewerbsarbeiten bzw. der Internetveröffentlichung und auf die Bestimmungen des Urheberrechts zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin sei das Verhandlungsverfahren mit dem eingeladenen Bieter die einzige Möglichkeit gewesen, sich die erforderlichen Planungsleistungen zu beschaffen. Abgesehen davon, dass die Zuschlagsempfängerin als Wettbewerbssiegerin hervorgegangen sei, unterliege die Auftraggeberin den Grundsätzen der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit und werde durch den Rechnungshof geprüft. Nicht nachvollziehbar seien in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Antragstellers, wonach einerseits ein Verhandlungsverfahrens mit der Zuschlagsempfängerin rechtswidrig wäre, andererseits aber ein solches bei Bewertung der Wettbewerbsarbeiten des Antragstellers zulässig gewesen wäre. Die Zuschlagsentscheidung gemäß § 49 Abs. 2 BVergG sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 lit. a leg. cit. Angesichts des Ablaufs der Präklusionsfrist für deren Bekämpfung sei eine nunmehrige Anfechtung im Hinblick auf § 332 Abs. 7 leg.cit. ausgeschlossen. Mit der ex-ante-Bekanntmachung werde eine Rechtsunsicherheit vermieden, die aus einer allenfalls drohenden Nichtigkeit des Vertrages resultiere. Aufgrund der eingetretenen Präklusion sei der Feststellungsantrag des Antragstellers unzulässig. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei die Durchführung des Verhandlungsverfahrens mit der Zuschlagsempfängerin nicht rechtswidrig gewesen. Im Hinblick auf die Aufhebung der Anonymität der Teilnehmer und der öffentlichen Ausstellung der Wettbewerbsarbeiten bzw. der Internetveröffentlichung und auf die Bestimmungen des Urheberrechts zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin sei das Verhandlungsverfahren mit dem eingeladenen Bieter die einzige Möglichkeit gewesen, sich die erforderlichen Planungsleistungen zu beschaffen. Abgesehen davon, dass die Zuschlagsempfängerin als Wettbewerbssiegerin hervorgegangen sei, unterliege die Auftraggeberin den Grundsätzen der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit und werde durch den Rechnungshof geprüft. Nicht nachvollziehbar seien in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Antragstellers, wonach einerseits ein Verhandlungsverfahrens mit der Zuschlagsempfängerin rechtswidrig wäre, andererseits aber ein solches bei Bewertung der Wettbewerbsarbeiten des Antragstellers zulässig

gewesen wäre. Die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 49, Absatz 2, BVergG sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Litera a, leg. cit. Angesichts des Ablaufs der Präklusionsfrist für deren Bekämpfung sei eine nunmehrige Anfechtung im Hinblick auf Paragraph 332, Absatz 7, leg.cit. ausgeschlossen. Mit der ex-ante-Bekanntmachung werde eine Rechtsunsicherheit vermieden, die aus einer allenfalls drohenden Nichtigkeit des Vertrages resultiere. Aufgrund der eingetretenen Präklusion sei der Feststellungsantrag des Antragstellers unzulässig.

Das Argument des Antragstellers, die ex-ante-Transparenzbekanntmachung betreffe nicht denselben Leistungsgegenstand, gehe ins Leere, da der gesamte Inhalt der gegenständlichen Bekanntmachung und deren Begründung auf den Wettbewerb eindeutig Bezug nehme. Damit sei der Gegenstand des Auftrages abgegrenzt. Bei der Bezeichnung "BG Eisenstadt" handle es sich um eine Kurzbezeichnung des Verfahrens, ohne dass dies eine - wie vom Antragsteller behauptet - Einschränkung des Gegenstandes darstelle. Der Leistungsgegenstand entspreche exakt jenem des Wettbewerbes. Die Begründung der ex-ante-Transparenzbekanntmachung sei einfach nachvollziehbar. Die Bezeichnung "Sanierung der Gebäude des BG-Eisenstadt" sei im Zusammenhalt mit den textlich höchstmöglichen 500 Zeichen zu sehen. Die Liegenschaft des BG Eisenstadt ergebe sich aus dem Plan. Die Grundgrenzen der Liegenschaft samt Gebäuden seien auch Gegenstand des Wettbewerbes und damit gleichartiger Leistungsgegenstand gewesen. Die gegenständliche Liegenschaft werde durch drei Straßen begrenzt, sodass auch nicht von einer anderen Liegenschaft samt Gebäuden ausgegangen werden könne. Die Gegebenheiten müssten dem Antragsteller als Wettbewerbsteilnehmer bekannt gewesen sein. Dieses Wissen versuche der Antragsteller nunmehr "auszublenden" und sich "unwissend" zu stellen.

Unsachlich sei der Verweis des Antragstellers auf die Judikatur des VwGH (02.02.2012, 2001/04/0017), dessen zu Grunde liegende Sachverhaltskonstellation nicht mit jener im gegenständlichen Fall vergleichbar wäre, zumal der Verwaltungsgerichtshof mit der Behauptung konfrontiert gewesen sei, ein Mitarbeiter der Auftraggeberin habe zur Rückziehung des Nachprüfungsantrags genötigt bzw. habe erpresserische Handlungen gesetzt. Die Auftraggeberin habe keinesfalls ein strafrechtswidriges Verhalten gesetzt, das dem Antragsteller nicht ermöglicht hätte, die Zuschlagsentscheidung nach § 49 BVergG zu bekämpfen. Die ex-ante-Transparenzbekanntmachung sei im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft veröffentlicht worden, sodass die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung offen gestanden wäre. Nicht nachvollziehbar sei daher die Aussage des Antragstellers, dass dieser erst im Zuge einer "intensiven Internetrecherche" die ex-ante-Transparenzbekanntmachung ausheben habe können. Unsachlich sei der Verweis des Antragstellers auf die Judikatur des VwGH (02.02.2012, 2001/04/0017), dessen zu Grunde liegende Sachverhaltskonstellation nicht mit jener im gegenständlichen Fall vergleichbar wäre, zumal der Verwaltungsgerichtshof mit der Behauptung konfrontiert gewesen sei, ein Mitarbeiter der Auftraggeberin habe zur Rückziehung des Nachprüfungsantrags genötigt bzw. habe erpresserische Handlungen gesetzt. Die Auftraggeberin habe keinesfalls ein strafrechtswidriges Verhalten gesetzt, das dem Antragsteller nicht ermöglicht hätte, die Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 49, BVergG zu bekämpfen. Die ex-ante-Transparenzbekanntmachung sei im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft veröffentlicht worden, sodass die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung offen gestanden wäre. Nicht nachvollziehbar sei daher die Aussage des Antragstellers, dass dieser erst im Zuge einer "intensiven Internetrecherche" die ex-ante-Transparenzbekanntmachung ausheben habe können.

6. In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 30.04.2012 führte der Antragsteller aus, dass mit der ex-ante-Transparenzbekanntmachung Planungsleistungen für die "Sanierung der Gebäude des BG Eisenstadt" bekanntgemacht worden seien, die sich weder mit dem abgeschlossenen Generalplanervertrag, noch mit allen anderen Bekanntmachungen zu diesem Vorhaben decken würden. Der Leistungsgegenstand entspreche nicht dem Realisierungswettbewerb. Die ex-ante-Transparenzbekanntmachung sei unvollständig, da der vergebene Auftragswert fehle. Der Begriff "Planungsleistungen" unterscheide sich erheblich vom Begriff "Generalplanerleistungen". Das Bundesgymnasium Eisenstadt (BG Eisenstadt), auf das sich die ex-ante-Transparenzbekanntmachung beziehe, umfasse nicht das Bundesschülerheim. Es handle sich dabei um baulich getrennte Baukörper mit unterschiedlichen Adressen, wobei das Bundesschülerheim ausschließlich von Schülern der HTBLA Eisenstadt genützt werde. Auch im Juryprotokoll des Architektenwettbewerbs sei auf die Möglichkeit der getrennten Vergabe des Umbaus des Schülerheims verwiesen worden. Die Formulierung "Gebäude des BG Eisenstadt" beziehe sich auf Teile des Hauptgebäudes und nicht auf das Schülerheim. Die Projektbezeichnung "Sanierung des BG Eisenstadt" könne nicht die Sanierung und Erweiterung des BG und des Schülerheims umfassen.

Der Antragsteller betonte, dass die Widerrufserklärung dem Antragsteller - entgegen den Darstellungen der

Auftraggeberin - nicht zugegangen sei. Diese sei vielmehr in unleserlicher Form beim Antragsteller eingelangt. Die Judikatur des VfGH gehe davon aus, dass aus einem Übertragungsprotokoll für eine Telefax-Sendung mit dem Vermerk "OK" für sich allein nicht der Schluss gezogen werden könne, die Zustellung sei erfolgreich gewesen. Ein Fehler beim Empfangsgerät des Antragstellers sei ausgeschlossen. Es werde die Beiziehung eines Sachverständigen zum Beweis dafür beantragt, dass die Widerrufserklärung in unlesbarer Form in den Verfügungsbereich des Antragstellers gelangt und daher ihm gegenüber nicht wirksam erklärt hätte werden können.

Die Auftraggeberin stellte klar, dass es sich bei der Bezeichnung "BG Eisenstadt" um eine Kurzbezeichnung handle. Bei der ex-ante-Transparenzbekanntmachung seien alle Pflichtfelder ausgefüllt worden. Es stünden insgesamt nur 500 Zeichen (inkl Leerzeichen) zur Verfügung.

Die Zuschlagsempfängerin betonte, dass die ex-ante-Transparenzbekanntmachung, die nicht sämtliche Elemente der Zuschlagsentscheidung iSv § 131 BVergG enthalten müsse, nicht fristgerecht bekämpft worden sei. Die Zuschlagsempfängerin betonte, dass die ex-ante-Transparenzbekanntmachung, die nicht sämtliche Elemente der Zuschlagsentscheidung iSv Paragraph 131, BVergG enthalten müsse, nicht fristgerecht bekämpft worden sei.

Nach Ansicht des Antragstellers könnte die ex-ante-Transparenzbekanntmachung auch als Überbrückungsauftrag interpretiert werden. Nach dem abweisenden Bescheid des Bundesvergabeamtes zur Widerrufsentscheidung sei davon ausgegangen worden, dass ein endgültiger Widerruf des Realisierungswettbewerbs erfolge bzw möglicher Weise die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zum Nachprüfungsverfahren abgewartet werde. Der Antragsteller habe ein unleserliches Fax von einem unbekannten Absender erhalten. Die Fax-Nummer des Absenders hätte zwar entziffert werden können, es seien jedoch keine Nachforschungen getätigt worden.

Die Auftraggeberin bestätigte, den Widerruf des Realisierungswettbewerbs vom 26.12.2009 allen Wettbewerbsteilnehmern bekannt gemacht zu haben. Aus terminlichen Gründen und infolge Nachfrage der Schulbehörden habe sich die Auftraggeberin auch im Hinblick auf urheberrechtliche Frage und aus Gründen der Rechtssicherheit, die besonders dem Bundesministerium wesentlich gewesen sei, zur ex-ante-Transparenzbekanntmachung bzw zu einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Bieter entschlossen. Die Auftraggeberin gab ferner an, nach gesetzlichem Fristablauf den Auftrag der Zuschlagsempfängerin erteilt zu haben, der sodann in Form eines Generalplanervertrages am 03.10.2011 abgeschlossen worden sei.

7. Der Antragsteller erstattete am 25.07.2014 eine Stellungnahme und wies einleitend darauf hin, dass es sich bei der ex-ante-Transparenzbekanntmachung vom 15.09.2011 um einen anderen Leistungsgegenstand gehandelt habe, weshalb die Präklusionswirkung nicht eintreten habe können. Die ex-ante-Transparenzbekanntmachung sei überdies unter Umgehungsabsicht zweckentfremdet worden. Laut eindeutigen Beweisergebnis hätten nachträglich noch Verhandlungen stattgefunden. Der Antragsteller wies auf die Schlussanträge des Generalanwaltes in der Rechtssache C-19/13 hin und brachte vor, dass die ex-ante Transparenzbekanntmachung rechtsmissbräuchlich verwendet worden sei und die Voraussetzungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht vorliegen würden. Der Generalanwalt sei in der Rechtssache C-19/13 zum Ergebnis gekommen, dass ein Vertrag eines bewussten Verstoßes gegen die Bekanntmachungs- und Ausschreibungsregeln trotz vorheriger ex-ante-Transparenzbekanntmachung für nichtig zu erklären sei. Der vom Generalanwalt zu behandelnde Fall liege gegenständlich vor. Es sei kein Grund gemäß dem eng auszulegenden Katalog der Ausnahmetatbestände des Bundesvergabegesetzes ersichtlich, der ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit der Zuschlagsempfängerin gerechtfertigt hätte. Schließlich wiederholte der Antragsteller sein Vorbringen, dass die Widerrufserklärung ihm nicht zugegangen sei.

8. Die Auftraggeberin erstattete am 25.09.2014 eine Stellungnahme und wies einleitend darauf hin, dass entgegen der Behauptung der Antragsteller der Leistungsgegenstand in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung ausreichend und unmissverständlich beschrieben worden sei und sich mit dem abgeschlossenen Vertrag decke. Nach der ex-ante-Transparenzbekanntmachung hätten keine Verhandlungen stattgefunden, die das Ergebnis der vor dem 13.09.2011 stattgefundenen Verhandlungen verändert hätten. Alle wesentlichen Vertragsinhalte seien zum Zeitpunkt der Absendung der ex-ante-Transparenzbekanntmachung festgelegt worden.

Die Judikatur des EuGH gehe davon aus, dass angemessene Präklusionsfristen gemeinschaftsrechtlich - ohne Bedingung - zulässig seien. Zur Rechtssache C-19/13 führte die Auftraggeberin aus, dass zwischenzeitig das Urteil des

Gerichtshofes vorliege und habe der Gerichtshof die Schlussanträge des Generalanwaltes in sein Urteil nicht übernommen. Vielmehr habe der Gerichtshof in seinem Urteil ausgesprochen, dass ein Vertrag nicht für nichtig erklärt werden dürfe, wenn die Voraussetzungen, die in den Rechtsmittelvorschriften festgelegt wurden, erfüllt seien.

Gegenständlich seien sämtliche Voraussetzungen vorgelegen: Die Auftraggeberin habe eine ex-ante-Transparenzbekanntmachung gemäß § 49 Abs. 2 BVergG bekannt gemacht und der Zuschlag sei erst nach Ablauf nach einer Frist von mehr als 10 Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden. Zudem sei die Auftraggeberin immer davon überzeugt gewesen, dass die Wahl des Verhandlungsverfahrens gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG zulässig sei. Die Auftraggeberin habe das Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter insbesondere deswegen gewählt, da nach dem Widerruf des Wettbewerbs die Anonymität der Teilnehmer aufgehoben gewesen sei. Der erkennende Senat habe in seiner Entscheidung vom 08.06.2011, N/0037-BVA/11/2011-19, betreffend die Widerrufsentscheidung im vorangegangenen Wettbewerb ausgeführt, dass "der Auftraggeber jedenfalls gemäß § 139 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 zum Widerruf berechtigt war. Der erkennende Senat kann angesichts der Unmöglichkeit, die Wettbewerbsarbeiten unbeeinflusst unter Wahrung des Anonymitätsgrundsatzes zu beurteilen und auszuwählen, nicht erkennen, dass der Auftraggeber sein Ermessen unsachlich ausübt. Es ist gerade in dieser konkreten Konstellation davon auszugehen, "dass ein besonnener Auftraggeber versucht wäre, von der Fortführung des Vergabeverfahrens abzusehen." Eben diese Unmöglichkeit, die Wettbewerbsarbeiten unbeeinflusst unter Wahrung des Anonymitätsgrundsatzes zu beurteilen, sei in der Folge auch der Grund gewesen, warum die Auftraggeberin keinen neuerlichen Wettbewerb auf Basis derselben Grundlagen durchführen habe können. Die Auftraggeberin habe sich daher entschieden, mit dem Sieger des vorangegangenen Wettbewerbs (= Zuschlagsempfängerin) ein Verhandlungsverfahren gemäß § 30 BVergG durchzuführen, nachdem diese über das Urheberrecht an ihrer Wettbewerbsarbeit verfüge und damit das Verhandlungsverfahren mit dem eingeladenen Bieter die einzige Möglichkeit gewesen sei, sich die erforderlichen Planungsleistungen zu beschaffen. Mit der Beauftragung sei auch der Juryentscheidung Rechnung getragen worden. Zudem sei die Auftraggeberin ein vom Rechnungshof geprüftes Unternehmen und widerspreche es den grundlegenden Vorgaben der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit, einen neuen Wettbewerb über die gleichen Grundlagen durchzuführen. Im Übrigen sei der Sachverhalt in der Rechtssache zu C-19/13 ein völlig anderer. Gegenständlich seien sämtliche Voraussetzungen vorgelegen: Die Auftraggeberin habe eine ex-ante-Transparenzbekanntmachung gemäß Paragraph 49, Absatz 2, BVergG bekannt gemacht und der Zuschlag sei erst nach Ablauf nach einer Frist von mehr als 10 Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden. Zudem sei die Auftraggeberin immer davon überzeugt gewesen, dass die Wahl des Verhandlungsverfahrens gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zulässig sei. Die Auftraggeberin habe das Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter insbesondere deswegen gewählt, da nach dem Widerruf des Wettbewerbs die Anonymität der Teilnehmer aufgehoben gewesen sei. Der erkennende Senat habe in seiner Entscheidung vom 08.06.2011, N/0037-BVA/11/2011-19, betreffend die Widerrufsentscheidung im vorangegangenen Wettbewerb ausgeführt, dass "der Auftraggeber jedenfalls gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 zum Widerruf berechtigt war. Der erkennende Senat kann angesichts der Unmöglichkeit, die Wettbewerbsarbeiten unbeeinflusst unter Wahrung des Anonymitätsgrundsatzes zu beurteilen und auszuwählen, nicht erkennen, dass der Auftraggeber sein Ermessen unsachlich ausübt. Es ist gerade in dieser konkreten Konstellation davon auszugehen, "dass ein besonnener Auftraggeber versucht wäre, von der Fortführung des Vergabeverfahrens abzusehen." Eben diese Unmöglichkeit, die Wettbewerbsarbeiten unbeeinflusst unter Wahrung des Anonymitätsgrundsatzes zu beurteilen, sei in der Folge auch der Grund gewesen, warum die Auftraggeberin keinen neuerlichen Wettbewerb auf Basis derselben Grundlagen durchführen habe können. Die Auftraggeberin habe sich daher entschieden, mit dem Sieger des vorangegangenen Wettbewerbs (= Zuschlagsempfängerin) ein Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 30, BVergG durchzuführen, nachdem diese über das Urheberrecht an ihrer Wettbewerbsarbeit verfüge und damit das Verhandlungsverfahren mit dem eingeladenen Bieter die einzige Möglichkeit gewesen sei, sich die erforderlichen Planungsleistungen zu beschaffen. Mit der Beauftragung sei auch der Juryentscheidung Rechnung getragen worden. Zudem sei die Auftraggeberin ein vom Rechnungshof geprüftes Unternehmen und widerspreche es den grundlegenden Vorgaben der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit, einen neuen Wettbewerb über die gleichen Grundlagen durchzuführen. Im Übrigen sei der Sachverhalt in der Rechtssache zu C-19/13 ein völlig anderer.

9. Mit Schriftsatz vom 07.10.2014 brachte die Zuschlagsempfängerin vor, dass ein unabhängiges Preisgericht den Wettbewerbsbeitrag der Zuschlagsempfängerin unter Wahrung der Anonymität unter Berücksichtigung der

vorgegebenen Beurteilungskriterien als erstgereiht ermittelt habe. Das zuständige Ministerium, die Nutzer (Schulgemeinde) und die Auftraggeberin hätten sich eine möglichst rasche Umsetzung des Gewinnerprojektes gewünscht. Es seien daher im Frühsommer 2011 erste lose Besprechungen zwischen der Auftraggeberin und der Zuschlagsempfängerin erfolgt. Dabei habe letztere klargestellt, dass ohne Beauftragung auf das Werknutzungsrecht nicht verzichtet werde. In weiterer Folge sei die Auftraggeberin offenkundig zu dem Schluss gelangt, dass weder ein neuerlicher Wettbewerb noch die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens angesichts der unveränderten Ausgangslage sowie der vorliegenden und veröffentlichten Wunschlösung unter Wahrung der vergaberechtlichen Grundsätze sowie der wirtschaftlichen Gegebenheiten möglich sei. Beispielsweise stelle sich bei gleichbleibender Aufgabenstellung die Frage einer zulässigen Teilnahme der Zuschlagsempfängerin, zumal ein unabhängiges Preisgericht dessen Lösung bereits als die beste beurteilt habe. Wie wäre mit dem wenig überraschendem Faktum umzugehen, dass zahlreiche Teilnehmer in einem neuen Verfahren "Anleihen" am Siegerprojekt nehmen würden? Die Auftraggeberin habe sich daher dazu entschlossen, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG durchzuführen. Am 06.09.2011 seien die wesentlichen Vertragsinhalte festgelegt worden.⁹ Mit Schriftsatz vom 07.10.2014 brachte die Zuschlagsempfängerin vor, dass ein unabhängiges Preisgericht den Wettbewerbsbeitrag der Zuschlagsempfängerin unter Wahrung der Anonymität unter Berücksichtigung der vorgegebenen Beurteilungskriterien als erstgereiht ermittelt habe. Das zuständige Ministerium, die Nutzer (Schulgemeinde) und die Auftraggeberin hätten sich eine möglichst rasche Umsetzung des Gewinnerprojektes gewünscht. Es seien daher im Frühsommer 2011 erste lose Besprechungen zwischen der Auftraggeberin und der Zuschlagsempfängerin erfolgt. Dabei habe letztere klargestellt, dass ohne Beauftragung auf das Werknutzungsrecht nicht verzichtet werde. In weiterer Folge sei die Auftraggeberin offenkundig zu dem Schluss gelangt, dass weder ein neuerlicher Wettbewerb noch die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens angesichts der unveränderten Ausgangslage sowie der vorliegenden und veröffentlichten Wunschlösung unter Wahrung der vergaberechtlichen Grundsätze sowie der wirtschaftlichen Gegebenheiten möglich sei. Beispielsweise stelle sich bei gleichbleibender Aufgabenstellung die Frage einer zulässigen Teilnahme der Zuschlagsempfängerin, zumal ein unabhängiges Preisgericht dessen Lösung bereits als die beste beurteilt habe. Wie wäre mit dem wenig überraschendem Faktum umzugehen, dass zahlreiche Teilnehmer in einem neuen Verfahren "Anleihen" am Siegerprojekt nehmen würden? Die Auftraggeberin habe sich daher dazu entschlossen, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG durchzuführen. Am 06.09.2011 seien die wesentlichen Vertragsinhalte festgelegt worden.

Zum Umfang der ex-ante-Transparenzbekanntmachung brachte die Zuschlagsempfängerin vor, dass sowohl in der Wettbewerbsbekanntmachung als auch in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung sich die Auftraggeberin des CPV-Codes 71240000 bedient habe. Es könne nicht ernsthaft bestritten werden, dass sämtliche Leistungen des Vertrages über die Generalplanerleistungen vom 03.10.2011 unter dieser Bezeichnung zu subsumieren seien. Der Antragsteller übersehe, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung gerade noch kein Auftrag vergeben worden sei, weshalb auch kein betreffender Wert angegeben werden könne. Andererseits sei die ex-ante-Transparenzbekanntmachung nicht mit der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG (vollumfänglich) gleichzusetzen. Zum Umfang der ex-ante-Transparenzbekanntmachung brachte die Zuschlagsempfängerin vor, dass sowohl in der Wettbewerbsbekanntmachung als auch in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung sich die Auftraggeberin des CPV-Codes 71240000 bedient habe. Es könne nicht ernsthaft bestritten werden, dass sämtliche Leistungen des Vertrages über die Generalplanerleistungen vom 03.10.2011 unter dieser Bezeichnung zu subsumieren seien. Der Antragsteller übersehe, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung gerade noch kein Auftrag vergeben worden sei, weshalb auch kein betreffender Wert angegeben werden könne. Andererseits sei die ex-ante-Transparenzbekanntmachung nicht mit der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG (vollumfänglich) gleichzusetzen.

Der Auftraggeberin habe sich an sämtliche einschlägige Vorgaben des BVergG gehalten. Die erste, rein subjektive Voraussetzung der Rechtsmittelrichtlinie des Vorliegens einer Ansicht, dass ein Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung durchgeführt werden könne, sei gegeben. Tatsächlich habe sich die Auftraggeberin unter anderem durch eine behördliche Entscheidung, die das Wesen eines Wettbewerbs nicht vollumfänglich berücksichtigt habe, in einer tatsächlich und rechtlich kaum zu lösenden, absoluten "Zwickmühle" befunden. Die Auftraggeberin und die Zuschlagsempfängerin hätten darauf vertraut, dass nach Einhaltung der Vorgaben der §§ 49 Abs. 2 und 332 Abs. 7 BVergG rechtssicher ein Vertragsabschluss erfolgen könne. In diesem Vertrauen würden sie durch jüngste Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Fastweb II bestätigt. Ausdrücklich halte der Gerichtshof fest, dass eine

Auftragserteilung in Folge eines nicht zulässigen Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung dann nicht nichtig zu erklären sei, wenn den Voraussetzungen des Art 2d Abs. 4 Rechtsmittelrichtlinie tatsächlich entsprochen werde. Der Auftraggeberin habe sich an sämtliche einschlägige Vorgaben des BVergG gehalten. Die erste, rein subjektive Voraussetzung der Rechtsmittelrichtlinie des Vorliegens einer Ansicht, dass ein Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung durchgeführt werden könne, sei gegeben. Tatsächlich habe sich die Auftraggeberin unter anderem durch eine behördliche Entscheidung, die das Wesen eines Wettbewerbs nicht vollumfänglich berücksichtigt habe, in einer tatsächlich und rechtlich kaum zu lösenden, absoluten "Zwickmühle" befunden. Die Auftraggeberin und die Zuschlagsempfängerin hätten darauf vertraut, dass nach Einhaltung der Vorgaben der Paragraphen 49, Absatz 2 und 332 Absatz 7, BVergG rechtssicher ein Vertragsabschluss erfolgen könne. In diesem Vertrauen würden sie durch jüngste Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Fastweb römisch zwei bestätigt. Ausdrücklich halte der Gerichtshof fest, dass eine Auftragserteilung in Folge eines nicht zulässigen Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung dann nicht nichtig zu erklären sei, wenn den Voraussetzungen des Artikel 2 d, Absatz 4, Rechtsmittelrichtlinie tatsächlich entsprochen werde.

10. Am 13.10.2014 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt.

Der Antragsteller verwies nochmals auf die unvollständige und verzerrte Darstellung des Auftragsgegenstandes in der ex-ante Transparenzbekanntmachung, sowie insbesondere auf die auffällige Unterschiedlichkeit dieser Darstellung, in der ex-ante Transparenzbekanntmachung einerseits und den anderen Bekanntmachungen dieses Auftragsgegenstandes andererseits hin. Auch dies deute auf eine bewusst missbräuchliche Verwendung oder zumindest auf eine sorgfaltswidrige Verwendung der ex-ante Transparenzbekanntmachung hin.

Befragt nach den Gründen für den Ausnahmetatbestand gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG gab die Auftraggeberin an: Befragt nach den Gründen für den Ausnahmetatbestand gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG gab die Auftraggeberin an:

Der Wettbewerb sei ein einstufiger, anonymer Wettbewerb gewesen. Insgesamt seien 35 Arbeiten veröffentlicht worden (Homepage der BIG, Homepage der Kammer, öffentliche Ausstellung). Eine unabhängige Jury habe über diese anonymen Wettbewerbsarbeiten beraten und eine Entscheidung getroffen. Diese Entscheidung der Jury sei von der Auftraggeberin laut der Wettbewerbsunterlagen umzusetzen. Der Widerruf sei deshalb erfolgt, weil nunmehr jedem bekannt gewesen sei, was gemacht worden sei. Die Aufgabenstellung habe sich für die Auftraggeberin nicht geändert. Daher sei auch nicht noch einmal ein Wettbewerbsverfahren eingeleitet worden. Die Auftraggeberin sei nicht untätig geblieben, da sie sich mit dem zuständigen Ministerium (damals BMUKK) absprechen habe müssen. Das Exklusivrecht ergebe sich aus dem Urheberrecht, das die Zuschlagsempfängerin gehabt habe bzw. aus zwingenden, dringlichen Gründen. Verwiesen wurde auf den Bescheid des BVA vom 09.07.2010. Darin habe sich das BVA nur mit dem Verfasserbrief beschäftigt. Mit inhaltlichen Fehlern der Jurysitzung bzw. Fehlern bei der Ermittlung des Wettbewerbssiegers habe sich das BVA nicht befasst.

Zum momentanen Stand des Vergabeverfahrens gab die Auftraggeberin an:

Der derzeitige Stand des Verfahrens sei so, dass aus dem abgeschlossenen Generalplanervertrag ca. 80% erfüllt seien. Das Bauvorhaben, also der Bau selbst, durch Leistungen der Gewerkeunternehmen habe im Sommer 2014 begonnen. Dh. von den Generalplanerleistungen seien insbesondere noch die technisch-geschäftlich Oberleitung (TGO), die künstlerische Oberleitung, zwei Ausschreibungspakete im Umfang von 15-20% der Gesamtauftragssumme aller Gewerkeunternehmen und die üblichen Polier- bzw. Detailpläne abzuwickeln.

Die Zuschlagsempfängerin hielt fest, dass die Auftraggeberin sämtliche Voraussetzungen, die im Hinblick auf den Eintritt der Präklusionswirkung einer ex-ante Transparenzbekanntmachung im BVergG vorgegeben werden, vollumfänglich eingehalten habe. Insbesondere kenne das BVergG die dritte Tatbestandsvoraussetzung der RMRL nicht. Im Übrigen habe die Auftraggeberin - aufgrund der spezifischen Konstellation - subjektiv tatsächlich vom Vorliegen eines Ausschließlichkeitsrechts ausgehen können. Im Sinne der Ausführungen des EuGH sei kein sorgfaltswidriges bzw. vorwerfbares Verhalten der Auftraggeberin auszumachen. Es ist alleine dem Antragsteller vorzuwerfen, dass eine rechtzeitige Bekämpfung der ex-ante-Transparenzbekanntmachung unterblieben sei. Der betreffende Antrag des Antragstellers sei daher verfristet.

Die Auftraggeberin verwies auf den Bescheid des BVA vom 08.06.2011, N/0037-BVA/11/2011-19a, und die dortigen Begründungen und Erwägungen der bescheiderlassenden Behörde und der Begründung (Seite 11), indem das BVA

festhalte, dass aufgrund des Anonymitätsgrundsatzes und der Kenntnis des gesamten Marktes über den Inhalt der Wettbewerbsarbeiten, insbesondere jener des Gewinners, lediglich ein Widerruf in Frage komme. Dies weitergedacht ergebe eindeutig, dass über diese Planungsgrundlagen kein den Grundsätzen des Vergaberechts zuordenbares Verfahren außer das Verfahren mit jenem Teilnehmer des Wettbewerbs, der vom Preisgericht als Gewinner ermittelt worden sei und der durch Widerruf über das Recht an seinem Projekt verfüge, möglich sei.

Die Auftraggeberin stellte abschließend die unter Spruchpunkt II, 2 und 3, ersichtlichen Anträge. Die rechtzeitige Fertigstellung der vertragsgegenständlichen Leistungen liege im Kernbereich des öffentlichen Interesses der Bildung. Die Ausführung der gegenständlichen Leistungen sei für die Sicherstellung dieses gewichtigen öffentlichen Interesses ein unbedingt notwendiges Mittel. Eine Nichtigerklärung des Vertrages hätte für die Schüler und die gesamte Unterrichtsverwaltung monatelange Verzögerungen und daher die Unmöglichkeit der Nutzung der Schule im Sinne des öffentlichen Auftrages zur Folge. Somit hätte eine Nichtigerklärung unverhältnismäßige Folgen, insbesondere würde diese zu nicht mehr aufholbaren Terminverzögerungen führen und die Wahrung des betroffenen öffentlichen Interesses überproportional beeinträchtigen. Aufgrund der mit dem Schulbau verbundenen Dringlichkeit stehe einer Nichtigerklärung ein wesentliches öffentliches Interesse entgegen. Die Auftraggeberin stellte abschließend die unter Spruchpunkt römisch zwei, 2 und 3, ersichtlichen Anträge. Die rechtzeitige Fertigstellung der vertragsgegenständlichen Leistungen liege im Kernbereich des öffentlichen Interesses der Bildung. Die Ausführung der gegenständlichen Leistungen sei für die Sicherstellung dieses gewichtigen öffentlichen Interesses ein unbedingt notwendiges Mittel. Eine Nichtigerklärung des Vertrages hätte für die Schüler und die gesamte Unterrichtsverwaltung monatelange Verzögerungen und daher die Unmöglichkeit der Nutzung der Schule im Sinne des öffentlichen Auftrages zur Folge. Somit hätte eine Nichtigerklärung unverhältnismäßige Folgen, insbesondere würde diese zu nicht mehr aufholbaren Terminverzögerungen führen und die Wahrung des betroffenen öffentlichen Interesses überproportional beeinträchtigen. Aufgrund der mit dem Schulbau verbundenen Dringlichkeit stehe einer Nichtigerklärung ein wesentliches öffentliches Interesse entgegen.

Der Antragsteller gab zu diesen Anträgen keine Stellungnahme ab.

Die Zuschlagsempfängerin bringt zu den Anträgen der Auftraggeberin vor, dass eine vorzeitige Beendigung der in Punkt 3 des Generalplanervertrages festgeschriebenen Leistungen mit erheblichen zeitlichen Verzögerungen für das Gesamtprojekt, sowie mit erheblichen Mehraufwendungen auf Seiten aller Projektbeteiligten verbunden wäre. Aufgrund der Größenordnung müsste eine Neuausschreibung der betreffenden Restleistungen erfolgen. Neben der Dauer des betreffenden Vergabeverfahrens sei zumindest eine sechsmonatige Einarbeitungsphase in die vorhandenen Planungen einzurechnen. Der vorgesehene Fertigstellungstermin könnte somit jedenfalls nicht eingehalten werden.

11. Am 22.12.2014 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Auftraggeberin bis längstens 12.01.2015, 15.00 Uhr, um vollständige Bekanntgabe der noch ausständigen Leistungsteile (genaue Bezeichnung) aus dem Generalplanervertrag.

12. Die Auftraggeberin ersuchte am 12.01.2015, am 21.01.2015 und schließlich am 30.01.2015 um Erstreckung dieser Frist; im letztgenannten Schreiben bis zumindest 09.02.2015.

13. Die Auftraggeberin ist dem Ersuchen des Bundesverwaltungsgerichtes vom 22.12.2014 bis zum heutigen Tag nicht nachgekommen.

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

1. Feststellungen:

1. Am 26. 12.2009 wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft (= auf Unionsebene) eine Wettbewerbsbekanntmachung veröffentlicht. Auftraggeberin war die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Gegenstand des Wettbewerbsprojekts waren planungsbezogene Leistungen betreffend die Sanierung und Erweiterung einer näher bezeichneten Schule (BG/BRG/BORG) und eines Bundesschülerheims in Eisenstadt. Gemäß der Bekanntmachung sollte der Dienstleistungsauftrag im Anschluss an den Wettbewerb an den bzw. an einen der Gewinner des Wettbewerbs vergeben werden. Der Antragsteller gab ebenso wie die Zuschlagsempfängerin ein Wettbewerbsprojekt ab.

2. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 09.07.2010, N/0043-BVA/04/2010-35, wurden - auf Antrag des Antragstellers - die im Zuge dieses Wettbewerbs ergangenen Entscheidungen der Auftraggeberin zum einen über die Zuweisung des Preisgeldes bzw. der Zahlungen an die Zuschlagsempfängerin und an fünf weitere

Wettbewerbsteilnehmer sowie zum anderen über die Nichtzulassung des Antragstellers zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren jeweils für nichtig erklärt. Dagegen erhob die Auftraggeberin Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, der deren Behandlung mit Beschluss vom 26.09.2012, Zl. 2010/04/0098, abgelehnt hat.

3. Mit Telefax vom 15.10.2010 teilte die Auftraggeberin mit, dass beabsichtigt sei, den Realisierungswettbewerb zu widerrufen. Der dagegen eingebrachte Nachprüfungsantrag des Antragstellers wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 08.06.2011, N/0038-BVA/04/2011- 19 rechtskräftig abgewiesen. Am 06.09.2011 erklärte die Auftraggeberin den Widerruf des Wettbewerbs. Der Widerruf des Wettbewerbs ist jedenfalls dem Antragsteller gegenüber erklärt worden und bei diesem auch am 06.09.2011 eingelangt (vgl. Ausführungen im Schriftsatz des Antragstellers vom 26.03.2012, Rn 4). 3. Mit Telefax vom 15.10.2010 teilte die Auftraggeberin mit, dass beabsichtigt sei, den Realisierungswettbewerb zu widerrufen. Der dagegen eingebrachte Nachprüfungsantrag des Antragstellers wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 08.06.2011, N/0038-BVA/04/2011- 19 rechtskräftig abgewiesen. Am 06.09.2011 erklärte die Auftraggeberin den Widerruf des Wettbewerbs. Der Widerruf des Wettbewerbs ist jedenfalls dem Antragsteller gegenüber erklärt worden und bei diesem auch am 06.09.2011 eingelangt vergleiche Ausführungen im Schriftsatz des Antragstellers vom 26.03.2012, Rn 4).

4. Am 15.09.2011 erfolgte auf Unionsebene eine freiwillige ex-ante-Transparenzbekanntmachung. Die Kurzbeschreibung des Auftrags lautete: "Planungsleistungen für die Sanierung der Gebäude des BG Eisenstadt".

Das Standard-Formular der freiwilligen ex-ante-Transparenzbekanntmachung enthält einen Anhang D, "Bekanntmachung für Zwecke der freiwilligen ex-ante-Transparenz". In der Begründung für die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung wurde im Punkt c) das Kästchen "aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten" schwarz markiert. In der folgenden (obligatorisch auszufüllenden) Begründung ("höchstens 500 Wörter") wurde angegeben:

XXXX wurde von der Jury des Wettbewerbs Sanierung der Gebäude des BG Eisenstadt als Gewinner ermittelt, die Anonymität der Teilnehmer wurde aufgehoben, die Wettbewerbsarbeiten wurden öffentlich ausgestellt und im Internet veröffentlicht. XXXX verfügt über das Urheberrecht an ihrer Wettbewerbsarbeit. Einen neuen Wettbewerb über die gleichen Grundlagen durchzuführen, widerspricht den grundlegenden Vorgaben der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit, insbesondere da die Anforderungen gleich sind und die Grundlagen derart umfangreich und konkret vorbereitet waren, dass nur lauter gleiche Projekte vorgelegt würden. römisch 40 wurde von der Jury des Wettbewerbs Sanierung der Gebäude des BG Eisenstadt als Gewinner ermittelt, die Anonymität der Teilnehmer wurde aufgehoben, die Wettbewerbsarbeiten wurden öffentlich ausgestellt und im Internet veröffentlicht. römisch 40 verfügt über das Urheberrecht an ihrer Wettbewerbsarbeit. Einen neuen Wettbewerb über die gleichen Grundlagen durchzuführen, widerspricht den grundlegenden Vorgaben der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit, insbesondere da die Anforderungen gleich sind und die Grundlagen derart umfangreich und konkret vorbereitet waren, dass nur lauter gleiche Projekte vorgelegt würden.

Die freiwillige ex-ante-Transparenzbekanntmachung vom 15.09.2011 blieb seitens des Antragstellers unangefochten.

5. Am 07.02.2012 wurde auf Unionsebene eine Bekanntmachung vergebener Aufträge betreffend den Auftragsgegenstand "Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundeschülerheim - Generalplanerleistungen" an einem näher bezeichneten Standort in Eisenstadt veröffentlicht. Unter der Rubrik "frühere Bekanntmachung(en) desselben Auftrags" wurde auf die Wettbewerbsbekanntmachung vom 26.12.2009 verwiesen.

6. Am 02.03.2012 brachte der Antragsteller die unter Spruchpunkt I. ersichtlichen Feststellungsanträge beim Bundesvergabeamt ein. 6. Am 02.03.2012 brachte der Antragsteller die unter Spruchpunkt römisch eins. ersichtlichen Feststellungsanträge beim Bundesvergabeamt ein.

7. Mit Bescheid vom 02.05.2012, F/0002-BVA/04/2012-24, wies das Bundesvergabeamt diese drei Feststellungsanträge zurück.

8. Mit Erkenntnis vom 29.04.2014, Zl.2012/04/0073, hob der Verwaltungsgerichtshof den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 02.05.2012, Zl. F/0002-BVA/04/2012-24, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens

keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Gemäß Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG werden mit 1. Jänner 2014 die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern, das Bundesvergabeamt und der unabhängige Finanzsenat aufgelöst. Gemäß Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, B-VG werden mit 1. Jänner 2014 die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern, das Bundesvergabeamt und der unabhängige Finanzsenat aufgelöst.

Gemäß Art. 151 Abs. 51 Z 9 B-VG treten in den beim Verwaltungsgerichtshof und beim Verfassungsgerichtshof mit Ablauf des 31. Dezember 2013 anhängigen Verfahren die Verwaltungsgerichte an die Stelle der unabhängigen Verwaltungsbehörden, sonstigen unabhängigen Verwaltungsbehörden und, soweit es sich um Beschwerdeverfahren handelt, aller sonstigen Verwaltungsbehörden mit Ausnahme jener Verwaltungsbehörden, die in erster und letzter Instanz entschieden haben oder zur Entscheidung verpflichtet waren, sowie mit Ausnahme von Organen der Gemeinde. Nach Beendigung des Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof betreffend den Bescheid oder die Säumnis einer unabhängigen Verwaltungsbehörde oder vor dem Verfassungsgerichtshof betreffend den Bescheid einer solchen ist das Verfahren gegebenenfalls vom Verwaltungsgericht fortzusetzen. Gemäß Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 9, B-VG treten in den beim Verwaltungsgerichtshof und beim Verfassungsgerichtshof mit Ablauf des 31. Dezember 2013 anhängigen Verfahren die Verwaltungsgerichte an die Stelle der unabhängigen Verwaltungsbehörden, sonstigen unabhängigen Verwaltungsbehörden und, soweit es sich um Beschwerdeverfahren handelt, aller sonstigen Verwaltungsbehörden mit Ausnahme jener Verwaltungsbehörden, die in erster und letzter Instanz entschieden haben oder zur Entscheidung verpflichtet waren, sowie mit Ausnahme von Organen der Gemeinde. Nach Beendigung des Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof betreffend den Bescheid oder die Säumnis einer unabhängigen Verwaltungsbehörde oder vor dem Verfassungsgerichtshof betreffend den Bescheid einer solchen ist das Verfahren gegebenenfalls vom Verwaltungsgericht fortzusetzen.

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag der Kategorie 12 des Anhang III BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag der Kategorie 12 des Anhang römisch drei BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Feststellungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 3 BVergG iVm Artikel 14b Abs. 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Feststellungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 3, BVergG in Verbindung mit Artikel 14b Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG ist sohin gegeben.

Der XXXX kommt als Zuschlagsempfängerin gemäß § 333 Abs. 1 BVergG Parteistellung zu. Der römisch 40 kommt als Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 333, Absatz eins, BVergG Parteistellung zu.

Inhaltliche Beurteilung der Anträge

Zu A.)

Zu Spruchpunkt I.1.:Zu Spruchpunkt römisch eins.1.:

Gemäß § 312 Abs. 3 BVergG ist das Bundesverwaltungsgericht nachGemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG ist das Bundesverwaltungsgericht nach

Zuschlagserteilung zuständig:

im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde (Z 1);im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde (Ziffer eins.);

in einem Verfahren gemäß Z 1, 4 und 5 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte (Z 2);in einem Verfahren gemäß Ziffer eins, 4 und 5 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte (Ziffer 2.);

zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde (Z 3);zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde (Ziffer 3.);

zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 erteilt wurde (Z 4);zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den Paragraphen 131, bzw. 272 erteilt wurde (Ziffer 4.);

in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages (Z 6)in einem Verfahren gemäß den Ziffer 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages (Ziffer 6.);

in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs. 7 (Z 7)in einem Verfahren gemäß den Ziffer 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7, (Ziffer 7.).

Gemäß § 331 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dassGemäß Paragraph 331, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder

die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder

die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den Paragraphen 131, bzw. 272 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

§ 332 Abs. 7 BVergG lautet: Ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 ist ferner unzulässig, wenn der Auftraggeber die Entscheidung gemäß den §§ 49 Abs. 2, 55 Abs. 5, 210 Abs. 2 oder 219 Abs. 5 bekannt gegeben oder bekannt gemacht hat und der Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist. Paragraph 332, Absatz 7, BVergG lautet: Ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, ist ferner unzulässig, wenn der Auftraggeber die Entscheidung gemäß den Paragraphen 49, Absatz 2, 55, Absatz 5, 210, Absatz 2, oder 219 Absatz 5, bekannt gegeben oder bekannt gemacht hat und der Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist.

Gemäß § 49 Abs. 2 BVergG kann der Auftraggeber der Kommission unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars für Bekanntmachungen die Entscheidung bekannt geben, welchen Bieter der Zuschlag erteilt werden soll, wenn ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt wurde (ex-ante-Transparenzbekanntmachung). Gemäß Paragraph 49, Absatz 2, BVergG kann der Auftraggeber der Kommission unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars für Bekanntmachungen die Entscheidung bekannt geben, welchen Bieter der Zuschlag erteilt werden soll, wenn ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt wurde (ex-ante-Transparenzbekanntmachung).

Die §§ 49 Abs. 2 und 332 Abs. 7 dienen ausweislich der Erläuterungen (vgl. dazu 327 BlgNR 24. GP 15/16 und 36) der Umsetzung von Art. 2d Abs. 4 der RMRL 89/665/EWG idF der RL 2007/66/EG. Nach dieser Bestimmung kann der Auftraggeber bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Entscheidung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll, freiwillig veröffentlichen. Hierbei handelt es sich um keine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an bestimmte Unternehmer, sondern um eine allgemein zugängliche Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung. Damit wird dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt, seine "Zuschlagsentscheidung" iSv § 2 Z 49 BVergG in einem Verfahren, das ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, (freiwillig) bekanntzumachen. Diese Bekanntmachung ist als gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a leg. cit. zu werten. Die Bekanntmachung an die Kommission hat unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars zu erfolgen. Weder das Gesetz noch die Richtlinien sehen einen bestimmten Zeitpunkt vor, zum dem die freiwillige Bekanntmachung der "Zuschlagsentscheidung" iSv § 49 Abs. 2 BVergG zu erfolgen hat. Für den Oberschwellenbereich wird die Bekanntmachung der erforderlichen Informationen durch die Standardformulare der Kommission sichergestellt. Der Informationsinhalt ist nicht mit jenem gesetzlich vorgegebenen Informationsumfang deckungsgleich, der für die Zuschlagsentscheidung iSv § 131 Abs. 1 leg. cit. für die im Vergabeverfahren verbleibenden Bieter vorgegeben ist (vgl. RV 327 BlgNR 24. GP 15 f.). Die Paragraphen 49, Absatz 2 und 332 Absatz 7, dienen ausweislich der Erläuterungen vergleiche dazu 327 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 15/16 und 36) der Umsetzung von Artikel 2 d, Absatz 4, der RMRL 89/665/EWG in der Fassung der RL 2007/66/EG. Nach dieser Bestimmung kann der Auftraggeber bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Entscheidung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll, freiwillig veröffentlichen. Hierbei handelt es sich um keine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an bestimmte Unternehmer, sondern um eine allgemein zugängliche Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung. Damit wird dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt, seine "Zuschlagsentscheidung" iSv Paragraph 2, Ziffer 49, BVergG in einem Verfahren, das ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, (freiwillig) bekanntzumachen. Diese Bekanntmachung ist als gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, leg. cit. zu werten. Die Bekanntmachung an die Kommission hat unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars zu erfolgen. Weder das Gesetz noch die Richtlinien sehen einen bestimmten Zeitpunkt vor, zum dem die freiwillige Bekanntmachung der "Zuschlagsentscheidung" iSv Paragraph 49, Absatz 2, BVergG zu erfolgen hat. Für den Oberschwellenbereich wird die Bekanntmachung der erforderlichen Informationen durch die Standardformulare der Kommission sichergestellt. Der Informationsinhalt ist nicht mit jenem gesetzlich vorgegebenen Informationsumfang deckungsgleich, der für die Zuschlagsentscheidung iSv Paragraph 131, Absatz eins, leg. cit. für die im Vergabeverfahren verbleibenden Bieter vorgegeben ist vergleiche Regierungsvorlage 327 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 15 f.).

§ 49 Abs. 2 leg. cit. ist im Zusammenhang mit § 332 Abs. 7 leg. cit. zu sehen. Nach der zuletzt genannten Bestimmung ist ein Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung unzulässig, wenn der Auftraggeber seine "Zuschlagsentscheidung" bekannt gemacht und vor der Zuschlagserteilung eine Frist (gerechnet ab der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung) abgewartet hat. Mit der Einhaltung dieser Bestimmung wird die Rechtsunsicherheit vermieden, die aus einer allenfalls drohenden Nichtigkeit des Vertrages resultiert. Der Auftraggeber ist jedoch nicht

von der Verpflichtung befreit, allfälligen Parteien des Vergabeverfahrens die Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 leg.cit. mitzuteilen. Die Unzulässigkeit der genannten Feststellung tritt damit gegenüber den nicht am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen ein (siehe RV 327 BlgNR 24.GP 16). Paragraph 49, Absatz 2, leg.cit. ist im Zusammenhang mit Paragraph 332, Absatz 7, leg.cit. zu sehen. Nach der zuletzt genannten Bestimmung ist ein Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung unzulässig, wenn der Auftraggeber seine "Zuschlagsentscheidung" bekannt gemacht und vor der Zuschlagserteilung eine Frist (gerechnet ab der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung) abgewartet hat. Mit der Einhaltung dieser Bestimmung wird die Rechtsunsicherheit vermieden, die aus einer allenfalls drohenden Nichtigkeit des Vertrages resultiert. Der Auftraggeber ist jedoch nicht von der Verpflichtung befreit, allfälligen Parteien des Vergabeverfahrens die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, leg.cit. mitzuteilen. Die Unzulässigkeit der genannten Feststellung tritt damit gegenüber den nicht am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen ein (siehe Regierungsvorlage 327 BlgNR 24.Gesetzgebungsperiode 16).

Zunächst ist auf den - bereits im Feststellungsverfahren F/0002-BVA/04/2012 erhobenen Einwand - der Auftraggeberin einzugehen, wonach der Antrag schon deshalb unzulässig wäre, da der Zuschlag gemäß § 332 Abs. 7 BVergG nach Ablauf der Frist von 10 Tagen der ex-ante-Transparenzbekanntmachung erteilt wurde und folglich Präklusion vorliege. Zunächst ist auf den - bereits im Feststellungsverfahren F/0002-BVA/04/2012 erhobenen Einwand - der Auftraggeberin einzugehen, wonach der Antrag schon deshalb unzulässig wäre, da der Zuschlag gemäß Paragraph 332, Absatz 7, BVergG nach Ablauf der Frist von 10 Tagen der ex-ante-Transparenzbekanntmachung erteilt wurde und folglich Präklusion vorliege.

Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 idF 2007/66 lautet: "Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass Absatz 1 Buchstabe a nicht zur Anwendung kommt, wenn Artikel 2 d, Absatz 4, der Richtlinie 89/665 in der Fassung 2007/66 lautet: "Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass Absatz 1 Buchstabe a nicht zur Anwendung kommt, wenn

der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union gemäß der Richtlinie 2004/18/EG zulässig ist,

der öffentliche Auftraggeber im Amtsblatt der Europäischen Union eine Bekanntmachung veröffentlicht hat, wie sie in Artikel 3a der vorliegenden Richtlinie beschrieben ist und mit der er seine Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und

der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen wurde."

Der EuGH hielt in seinem Erkenntnis vom 11.09.2014 in der Rs C-19/13, Fastweb II, unter anderem fest, dass Art. 2d Abs. 4 der RMRL als Ausnahmeregelung zwar restriktiv auszulegen sei (vgl. per analogiam Rs C-275/08, Kommission gegen Deutschland, Rz 55 mwN der Rspr), dies aber nicht dazu führen dürfe, dass das beabsichtigte Regelungsziel konterkariert werde (somit der Regelung kein Anwendungsbereich zukommt; vgl. per analogiam Rs C-86/09, Future Health Technologies, Rz 30 mwN der Rspr). Der Gerichtshof lehnte auch das Vorbringen ab, Art. 2d Abs. 4 der RMRL habe lediglich "optionalen Charakter". Er betonte, dass die Konsequenzen hinsichtlich des Vertrages ausschließlich nach der zitierten Bestimmung und nicht nach nationalem Recht zu beurteilen sind (siehe Art. 2 Abs. 7 der RMRL, der sich nicht auf die Fallkonstellationen gemäß Art. 2d bis 2f leg. cit. bezieht); die Mitgliedstaaten können daher für diese Fälle keine Regelungen hinsichtlich der Rechtsfolgen treffen. Im Hinblick auf den Wortlaut und den Zweck der Regelung in Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 idF 2007/66 kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass den nationalen Nachprüfungsstellen die Unwirksamklärung eines Vertrages jedenfalls dann nicht erlaubt ist, wenn die darin festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Zur Beurteilung des Vorliegens dieser Voraussetzungen müssen die nationalen Nachprüfungsbehörden prüfen, ob der öffentliche Auftraggeber bei der Entscheidung, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchzuführen, sorgfältig gehandelt hat und demzufolge zu Recht davon ausgehen durfte, dass die Voraussetzungen für die zulässige Anwendung des Verhandlungsverfahrens vorlagen. Im Rahmen dieser Beurteilung ist insbesondere die Begründung des Auftraggebers für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens in der zu veröffentlichenden Bekanntmachung heranzuziehen (vgl. dazu Rz 47/48 des Erkenntnisses). Diese Begründung hat in klarer und eindeutiger Weise darzulegen, warum der Auftraggeber rechtmäßiger Weise davon ausgehen konnte, dass die restriktiv auszulegenden Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung der Bekanntmachung erfüllt gewesen seien. Die

Nachprüfungsbehörden haben folglich insbesondere an Hand der veröffentlichten Begründung zu beurteilen, ob der öffentliche Auftraggeber diese Entscheidung in sorgfältiger Weise getroffen hat und demzufolge zu Recht davon ausgehen durfte, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung tatsächlich vorlagen. Die Begründung muss - so der Gerichtshof - zweierlei ermöglichen: Der EuGH hielt in seinem Erkenntnis vom 11.09.2014 in der Rs C-19/13, Fastweb römisch zwei, unter anderem fest, dass Artikel 2 d, Absatz 4, der RMRL als Ausnahmeregelung zwar restriktiv auszulegen sei (vergleiche per analogiam Rs C-275/08, Kommission gegen Deutschland, Rz 55 mwN der Rspr), dies aber nicht dazu führen dürfe, dass das beabsichtigte Regelungsziel konterkariert werde (somit der Regelung kein Anwendungsbereich zukommt; vergleiche per analogiam Rs C-86/09, Future Health Technologies, Rz 30 mwN der Rspr). Der Gerichtshof lehnte auch das Vorbringen ab, Artikel 2 d, Absatz 4, der RMRL habe lediglich "optionalen Charakter". Er betonte, dass die Konsequenzen hinsichtlich des Vertrages ausschließlich nach der zitierten Bestimmung und nicht nach nationalem Recht zu beurteilen sind (siehe Artikel 2, Absatz 7, der RMRL, der sich nicht auf die Fallkonstellationen gemäß Artikel 2 d bis 2 f leg. cit. bezieht); die Mitgliedstaaten können daher für diese Fälle keine Regelungen hinsichtlich der Rechtsfolgen treffen. Im Hinblick auf den Wortlaut und den Zweck der Regelung in Artikel 2 d, Absatz 4, der Richtlinie 89/665 in der Fassung 2007/66 kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass den nationalen Nachprüfungsstellen die Unwirksamklärung eines Vertrages jedenfalls dann nicht erlaubt ist, wenn die darin festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Zur Beurteilung des Vorliegens dieser Voraussetzungen müssen die nationalen Nachprüfungsbehörden prüfen, ob der öffentliche Auftraggeber bei der Entscheidung, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchzuführen, sorgfältig gehandelt hat und demzufolge zu Recht davon ausgehen durfte, dass die Voraussetzungen für die zulässige Anwendung des Verhandlungsverfahrens vorlagen. Im Rahmen dieser Beurteilung ist insbesondere die Begründung des Auftraggebers für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens in der zu veröffentlichenden Bekanntmachung heranzuziehen (vergleiche dazu Rz 47/48 des Erkenntnisses). Diese Begründung hat in klarer und eindeutiger Weise darzulegen, warum der Auftraggeber rechtmäßiger Weise davon ausgehen konnte, dass die restriktiv auszulegenden Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung der Bekanntmachung erfüllt gewesen seien. Die Nachprüfungsbehörden haben folglich insbesondere an Hand der veröffentlichten Begründung zu beurteilen, ob der öffentliche Auftraggeber diese Entscheidung in sorgfältiger Weise getroffen hat und demzufolge zu Recht davon ausgehen durfte, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung tatsächlich vorlagen. Die Begründung muss - so der Gerichtshof - zweierlei ermöglichen:

einerseits allfälligen interessierten Unternehmen die Überlegungen des Auftraggebers nachvollziehen und die Rechtskonformität der Vorgangsweise beurteilen zu können und andererseits eine effektive Überprüfung durch die Nachprüfungsbehörde.

Folglich kam der EuGH zum Schluss, dass ein Vertrag nur dann nicht für unwirksam erklärt werden kann, wenn die in dieser Bestimmung dargelegten Voraussetzungen erfüllt werden, was durch das bezogene Gericht bestimmt werden muss. Wurden hingegen die erforderlichen Voraussetzungen nicht beachtet, so kommt die Grundregel des Art. 2d Abs. 1 der RMRL, somit die Unwirksamkeit des Vertrages, zur Anwendung. Folglich kam der EuGH zum Schluss, dass ein Vertrag nur dann nicht für unwirksam erklärt werden kann, wenn die in dieser Bestimmung dargelegten Voraussetzungen erfüllt werden, was durch das bezogene Gericht bestimmt werden muss. Wurden hingegen die erforderlichen Voraussetzungen nicht beachtet, so kommt die Grundregel des Artikel 2 d, Absatz eins, der RMRL, somit die Unwirksamkeit des Vertrages, zur Anwendung.

Dazu ist eingangs festzuhalten, dass das BVergG einerseits einer unionsrechtskonformen Auslegung im Sinne des og. Erkenntnisses zugänglich ist und andererseits gemäß der ständigen Rechtsprechung des EuGH (vgl. dazu etwa das Erkenntnis vom 17.09.2014, Rs C-562/12, Liivimaa Lihaveis MTÜ, Rz 80 mwN der Rspr) durch die Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts, die der Gerichtshof in Ausübung seiner Befugnisse aus Art. 267 AEUV vornimmt, erläutert und verdeutlicht wird, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre. Dazu ist eingangs festzuhalten, dass das BVergG einerseits einer unionsrechtskonformen Auslegung im Sinne des og. Erkenntnisses zugänglich ist und andererseits gemäß der ständigen Rechtsprechung des EuGH (vergleiche dazu etwa das Erkenntnis vom 17.09.2014, Rs C-562/12, Liivimaa

Lihaveis MTÜ, Rz 80 mwN der Rspr) durch die Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts, die der Gerichtshof in Ausübung seiner Befugnisse aus Artikel 267, AEUV vornimmt, erläutert und verdeutlicht wird, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre.

Im Folgenden ist daher durch das Bundesverwaltungsgericht zu klären, ob im Sinne der ersten (der kumulativen) Voraussetzung der oz. Bestimmung der RMRL der Auftraggeber zu Recht der "Ansicht" sein konnte, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu wählen. Der Auftraggeber stützte sich bei seiner Vorgangsweise laut den Angaben in der Bekanntmachung vom 15.09.2011 auf den Ausnahmetatbestand "Schutz eines Ausschließlichkeitsrechtes". Gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG können Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann. Das Verhandlungsverfahren stellt - wie auch die Erläuterungen unter Hinweis auf die stRspr des EuGH zu den §§ 28 bis 30 ausführen (vgl. 1171 BlgNR 22. GP 45) - ein Ausnahmeverfahren dar. Die Rechtfertigungsgründe sind deshalb restriktiv und unionsrechtskonform auszulegen (vgl. zum selben Tatbestand wie jenem des streitgegenständlichen Verfahrens Rs C-19/13, Fastweb II, Rz 49). Die Anwendung der oben genannten Bestimmung kommt daher nur dann in Betracht, wenn das Ausschließlichkeitsrecht es unbedingt erforderlich macht, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen und nur an dieses zu vergeben (vgl. dazu auch VfSlg. 18.642/2008). Die bloße Berufung auf einen Ausnahmetatbestand durch den Auftraggeber reicht nicht aus. Der Auftraggeber hat vielmehr das Vorliegen von Ausnahmetatbeständen zu beweisen, d.h. ihn trifft die Beweislast, dass die außergewöhnlichen Umstände, die den angezogenen Ausnahmetatbestand rechtfertigen, auch tatsächlich vorliegen. Der Auftraggeber darf überdies keine Bedingungen schaffen, die die Anwendung eines Ausnahmetatbestandes für ein Verhandlungsverfahren unvermeidbar machen. Wenn daher feststeht, dass die gewünschte Leistung von zwei Unternehmen oder von einer sonstigen bestimmten Zahl von Unternehmen erbracht werden kann, kommt dieser Tatbestand nicht zur Anwendung. Die fehlende Erkennbarkeit eines anderen potentiellen Auftragnehmers ist nicht ausreichend, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich bei ordnungsgemäßer Bekanntmachung andere potentielle Auftragnehmer gefunden hätten. GA Jacobs stellte in seinen Schlussanträgen in der Rs C-337/98, Kommission gegen Frankreich, Rz 68, darauf ab, ob "zumindest ein weiterer Bieter hätte mitbieten können und wollen" (vgl. dazu auch Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel [Hrsg], §§ 28-30 Rz 4 und 40 mwN). Im Folgenden ist daher durch das Bundesverwaltungsgericht zu klären, ob im Sinne der ersten (der kumulativen) Voraussetzung der oz. Bestimmung der RMRL der Auftraggeber zu Recht der "Ansicht" sein konnte, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu wählen. Der Auftraggeber stützte sich bei seiner Vorgangsweise laut den Angaben in der Bekanntmachung vom 15.09.2011 auf den Ausnahmetatbestand "Schutz eines Ausschließlichkeitsrechtes". Gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG können Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann. Das Verhandlungsverfahren stellt - wie auch die Erläuterungen unter Hinweis auf die stRspr des EuGH zu den Paragraphen 28 bis 30 ausführen vergleiche 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 45) - ein Ausnahmeverfahren dar. Die Rechtfertigungsgründe sind deshalb restriktiv und unionsrechtskonform auszulegen vergleiche zum selben Tatbestand wie jenem des streitgegenständlichen Verfahrens Rs C-19/13, Fastweb römisch zwei, Rz 49). Die Anwendung der oben genannten Bestimmung kommt daher nur dann in Betracht, wenn das Ausschließlichkeitsrecht es unbedingt erforderlich macht, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen und nur an dieses zu vergeben vergleiche dazu auch VfSlg. 18.642 aus 2008,). Die bloße Berufung auf einen Ausnahmetatbestand durch den Auftraggeber reicht nicht aus. Der Auftraggeber hat vielmehr das Vorliegen von Ausnahmetatbeständen zu beweisen, d.h. ihn trifft die Beweislast, dass die außergewöhnlichen Umstände, die den angezogenen Ausnahmetatbestand rechtfertigen, auch tatsächlich vorliegen. Der Auftraggeber darf überdies keine Bedingungen schaffen, die die Anwendung eines Ausnahmetatbestandes für ein Verhandlungsverfahren unvermeidbar machen. Wenn daher feststeht, dass die gewünschte Leistung von zwei Unternehmen oder von einer sonstigen bestimmten Zahl von Unternehmen erbracht werden kann, kommt dieser Tatbestand nicht zur Anwendung. Die fehlende Erkennbarkeit eines anderen potentiellen Auftragnehmers ist nicht ausreichend, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich bei ordnungsgemäßer Bekanntmachung andere potentielle Auftragnehmer gefunden hätten.

GA Jacobs stellte in seinen Schlussanträgen in der Rs C-337/98, Kommission gegen Frankreich, Rz 68, darauf ab, ob "zumindest ein weiterer Bieter hätte mitbieten können und wollen" vergleiche dazu auch Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel [Hrsg], Paragraphen 28 -, 30, Rz 4 und 40 mwN).

Unter dem Begriff des "Ausschließlichkeitsrechts" sind nach herrschender Auffassung "ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrechte" zu verstehen (zB Patente, Lizenzrechte, Urheberrechte). Die Voraussetzungen für diesen Ausnahmetatbestand sind daher nach der Rechtsprechung: Die gegenständliche Leistung muss durch Ausschließlichkeitsrechte geschützt sein, (2) die gegenständliche Leistung darf nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden können, was nur vorliegt, wenn es für sie auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt, (3) Dritte dürfen über keine Lizenzen zur Nutzung dieses ausschließlichen Rechts verfügen oder in angemessener Weise erlangen können, (4) ohne Rückgriff auf die durch Ausschließlichkeitsrechte geschützte Leistung ergeben sich unüberwindliche Schwierigkeiten. (vgl. dazu wiederum Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §§ 28-30 Rz 43 mwN). Unter dem Begriff des "Ausschließlichkeitsrechts" sind nach herrschender Auffassung "ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrechte" zu verstehen (zB Patente, Lizenzrechte, Urheberrechte). Die Voraussetzungen für diesen Ausnahmetatbestand sind daher nach der Rechtsprechung: Die gegenständliche Leistung muss durch Ausschließlichkeitsrechte geschützt sein, (2) die gegenständliche Leistung darf nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden können, was nur vorliegt, wenn es für sie auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt, (3) Dritte dürfen über keine Lizenzen zur Nutzung dieses ausschließlichen Rechts verfügen oder in angemessener Weise erlangen können, (4) ohne Rückgriff auf die durch Ausschließlichkeitsrechte geschützte Leistung ergeben sich unüberwindliche Schwierigkeiten. vergleiche dazu wiederum Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraphen 28 -, 30, Rz 43 mwN).

Kennzeichnend ist, dass in Bezug auf den Leistungsgegenstand ein "Alleinstellungsmerkmal" hinsichtlich des gesamten EU-Raums vorliegen muss. Im Vorfeld der Verfahrenswahl hat daher der Auftraggeber, jeweils "ernsthafte Nachforschungen auf europäischer Ebene" anzustellen, ob ein anderer Unternehmer zu einer entsprechenden Leistungserbringung in der Lage ist (vgl. dazu Rs C-275/08, Kommission gegen Deutschland, Rz 61f, und Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 772). Kennzeichnend ist, dass in Bezug auf den Leistungsgegenstand ein "Alleinstellungsmerkmal" hinsichtlich des gesamten EU-Raums vorliegen muss. Im Vorfeld der Verfahrenswahl hat daher der Auftraggeber, jeweils "ernsthafte Nachforschungen auf europäischer Ebene" anzustellen, ob ein anderer Unternehmer zu einer entsprechenden Leistungserbringung in der Lage ist vergleiche dazu Rs C-275/08, Kommission gegen Deutschland, Rz 61f, und Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 772).

Aus der Begründung in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung sowie aus den Aussagen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung geht hervor, dass ein Vergabeverfahren deshalb ohne Veröffentlichung eine Auftragsbekanntmachung durchgeführt worden ist (vgl. § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG), weil die Anonymität der Teilnehmer aufgehoben wurde, die Zuschlagsempfängerin über das Urheberrecht an ihrer Wettbewerbsarbeit verfüge und die erneute Durchführung eines Wettbewerbes über die gleichen (Planungs-)Grundlagen nach Auffassung des Auftraggebers jedenfalls "lauter gleiche Projekte" hervorgebracht hätte und dies den grundlegenden Vorgaben der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit widersprochen hätte. Dazu ist eingangs festzuhalten, dass wirtschaftliche Gründe die Nichtanwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen nicht zu rechtfertigen vermögen (vgl. für viele Rs C-260/04, Kommission gegen Italien, Rz 35 und Rs C-221/12, Belgacom, Rz 41 beide mwN der Judikatur). Darüber hinaus geht aus der Begründung in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung nicht hervor, worin konkret das Ausschließlichkeitsrecht für die Zuschlagsempfängerin bestehen soll. Die Auftraggeberin konnte zudem auch in der mündlichen Verhandlung diese Frage nicht plausibel aufklären. Soweit die Auftraggeberin darauf hinweist, dass die Zuschlagsempfängerin als Gewinnerin des Wettbewerbes ermittelt worden sei, verkennt sie, dass die Zuschlagsempfängerin schon deshalb nicht als "Gewinnerin" zu qualifizieren ist, da der Realisierungswettbewerb von der Auftraggeberin selbst widerrufen worden ist. Die (offenkundige) vorschnelle (irrtümliche?) Veröffentlichung der Wettbewerbsarbeiten ist von der Auftraggeberin alleine zu verantworten und kann schon aus diesem Grunde niemals den Tatbestand des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG rechtfertigen. Aus der Begründung in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung sowie aus den Aussagen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung geht hervor, dass ein Vergabeverfahren deshalb ohne Veröffentlichung eine Auftragsbekanntmachung durchgeführt worden ist vergleiche Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG), weil die Anonymität der Teilnehmer aufgehoben wurde, die

Zuschlagsempfängerin über das Urheberrecht an ihrer Wettbewerbsarbeit verfüge und die erneute Durchführung eines Wettbewerbes über die gleichen (Planungs-)Grundlagen nach Auffassung des Auftraggebers jedenfalls "lauter gleiche Projekte" hervorgebracht hätte und dies den grundlegenden Vorgaben der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit widersprochen hätte. Dazu ist eingangs festzuhalten, dass wirtschaftliche Gründe die Nichtanwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen nicht zu rechtfertigen vermögen (vergleiche für viele Rs C-260/04, Kommission gegen Italien, Rz 35 und Rs C-221/12, Belgacom, Rz 41 beide mwN der Judikatur). Darüber hinaus geht aus der Begründung in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung nicht hervor, worin konkret das Ausschließlichkeitsrecht für die Zuschlagsempfängerin bestehen soll. Die Auftraggeberin konnte zudem auch in der mündlichen Verhandlung diese Frage nicht plausibel aufklären. Soweit die Auftraggeberin darauf hinweist, dass die Zuschlagsempfängerin als Gewinnerin des Wettbewerbes ermittelt worden sei, verkennt sie, dass die Zuschlagsempfängerin schon deshalb nicht als "Gewinnerin" zu qualifizieren ist, da der Realisierungswettbewerb von der Auftraggeberin selbst widerrufen worden ist. Die (offenkundige) vorschnelle (irrtümliche?) Veröffentlichung der Wettbewerbsarbeiten ist von der Auftraggeberin alleine zu verantworten und kann schon aus diesem Grunde niemals den Tatbestand des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG rechtfertigen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist die Voraussetzung für die Annahme des Rechtfertigungstatbestandes gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG, dass die gegenständlichen Lieferungen oder Leistungen nur von einem (einzigen) bestimmten Unternehmer hergestellt geliefert oder erbracht werden können, was nur vorliegt, wenn es für sie auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt (EuGH 03.05.1994, Rs C-328/92, Arzneimittel). Dass aber grundsätzlich für die gegenständliche Leistung auf dem Markt ein Wettbewerb besteht, verdeutlicht schon der Umstand, dass die Teilnehmerliste des (widerrufenen) Realisierungswettbewerbes insgesamt 36 Bewerber umfasste. Ein "Alleinstellungsanspruch" zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin besteht also offenkundig nicht. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist die Voraussetzung für die Annahme des Rechtfertigungstatbestandes gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, dass die gegenständlichen Lieferungen oder Leistungen nur von einem (einzigen) bestimmten Unternehmer hergestellt geliefert oder erbracht werden können, was nur vorliegt, wenn es für sie auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt (EuGH 03.05.1994, Rs C-328/92, Arzneimittel). Dass aber grundsätzlich für die gegenständliche Leistung auf dem Markt ein Wettbewerb besteht, verdeutlicht schon der Umstand, dass die Teilnehmerliste des (widerrufenen) Realisierungswettbewerbes insgesamt 36 Bewerber umfasste. Ein "Alleinstellungsanspruch" zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin besteht also offenkundig nicht.

Soweit die Auftraggeberin und die Zuschlagsempfängerin auf die Entscheidung des BVA vom 08.06.2011, N/0037-BVA/11/2011-19, hinweisen und offenbar aus Teilen der Begründung des Bescheides eine Rechtfertigung für den Tatbestand des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG ableiten, verkennen sie, dass sich das BVA in seiner Entscheidung lediglich mit den sachlichen Gründen iSd § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG, die den Auftraggeber zum Widerruf berechtigen, auseinander gesetzt hat. Der Entscheidung (insbesondere der zitierten Passage) kann jedoch keinesfalls entnommen werden, dass der Auftraggeberin nunmehr (gleichsam unter Berufung auf das BVA) die Möglichkeit eingeräumt wurde, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung iSd § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG einzuleiten. Soweit die Auftraggeberin und die Zuschlagsempfängerin auf die Entscheidung des BVA vom 08.06.2011, N/0037-BVA/11/2011-19, hinweisen und offenbar aus Teilen der Begründung des Bescheides eine Rechtfertigung für den Tatbestand des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ableiten, verkennen sie, dass sich das BVA in seiner Entscheidung lediglich mit den sachlichen Gründen iSd Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG, die den Auftraggeber zum Widerruf berechtigen, auseinander gesetzt hat. Der Entscheidung (insbesondere der zitierten Passage) kann jedoch keinesfalls entnommen werden, dass der Auftraggeberin nunmehr (gleichsam unter Berufung auf das BVA) die Möglichkeit eingeräumt wurde, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung iSd Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG einzuleiten.

Schließlich ist die (offenbare) Annahme der Auftraggeberin, wonach bei gleichen Planungsgrundlagen und Anforderungen jedenfalls und ausschließlich gleiche Projekte vorgelegt würden, eine bloße Behauptung, weil die Auftraggeberin letztlich nicht dargelegt hat, warum sich in einem neuen Verfahren nicht auch neue Teilnehmer (etwa "Newcomer" oder sonstige aus dem EU-Raum kommende potentielle Bewerber), die beim vorangegangenen Realisierungswettbewerb keine Wettbewerbsarbeiten bzw. Angebote abgegeben haben, in einem neuen Verfahren bewerben hätten können. Selbst unter der Annahme, dass sich in einem neuerlich ausgeschriebenem Wettbewerbsverfahren tatsächlich dieselben Teilnehmer wie im vorangegangenen (widerrufenen) beworben hätten, wäre

mit Sicherheit davon auszugehen gewesen, dass diese Teilnehmer überarbeitete (verbesserte) Konzepte für den Realisierungswettbewerb abgegeben hätten. Das Argument, wonach in einem neuen Verfahren Konkurrenten "Anleihen" am Siegerprojekt nehmen würden, rechtfertigt ebenfalls nicht den Rückgriff auf das Sonderverfahren. Der Zuschlagsempfängerin bliebe es nämlich unbenommen, derartige Verletzungen des Rechts an ihrem geistigen Eigentum (gerichtlich) zu bekämpfen und damit zu unterbinden. Im Übrigen ist zur Vorgangsweise des Auftraggebers noch folgendes anzumerken: Selbst bei der Annahme, dass der Realisierungswettbewerb erfolgreich beendet worden wäre, wäre es der Auftraggeberin verwehrt gewesen, das nachfolgende Vergabeverfahren ausschließlich mit dem erstgereihten Gewinner des Wettbewerbes durchzuführen; vielmehr hätte die Auftraggeberin alle sechs Gewinnern des Wettbewerbes zur Teilnahme an Verhandlungen auffordern müssen (vgl. § 30 Abs. 2 Z 6 BVergG und Art. 31 Abs. 3 RL 2004/18/EG). Schließlich ist die (offenbare) Annahme der Auftraggeberin, wonach bei gleichen Planungsgrundlagen und Anforderungen jedenfalls und ausschließlich gleiche Projekte vorgelegt würden, eine bloße Behauptung, weil die Auftraggeberin letztlich nicht dargelegt hat, warum sich in einem neuen Verfahren nicht auch neue Teilnehmer (etwa "Newcomer" oder sonstige aus dem EU-Raum kommende potentielle Bewerber), die beim vorangegangenen Realisierungswettbewerb keine Wettbewerbsarbeiten bzw. Angebote abgegeben haben, in einem neuen Verfahren bewerben hätten können. Selbst unter der Annahme, dass sich in einem neuerlich ausgeschriebenen Wettbewerbsverfahren tatsächlich dieselben Teilnehmer wie im vorangegangenen (widerrufenen) beworben hätten, wäre mit Sicherheit davon auszugehen gewesen, dass diese Teilnehmer überarbeitete (verbesserte) Konzepte für den Realisierungswettbewerb abgegeben hätten. Das Argument, wonach in einem neuen Verfahren Konkurrenten "Anleihen" am Siegerprojekt nehmen würden, rechtfertigt ebenfalls nicht den Rückgriff auf das Sonderverfahren. Der Zuschlagsempfängerin bliebe es nämlich unbenommen, derartige Verletzungen des Rechts an ihrem geistigen Eigentum (gerichtlich) zu bekämpfen und damit zu unterbinden. Im Übrigen ist zur Vorgangsweise des Auftraggebers noch folgendes anzumerken: Selbst bei der Annahme, dass der Realisierungswettbewerb erfolgreich beendet worden wäre, wäre es der Auftraggeberin verwehrt gewesen, das nachfolgende Vergabeverfahren ausschließlich mit dem erstgereihten Gewinner des Wettbewerbes durchzuführen; vielmehr hätte die Auftraggeberin alle sechs Gewinnern des Wettbewerbes zur Teilnahme an Verhandlungen auffordern müssen vergleiche Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 6, BVergG und Artikel 31, Absatz 3, RL 2004/18/EG).

Zusammenfassend folgt daraus, dass die Auftraggeberin weder den Nachweis erbringen konnte, dass die Leistung einzig von der Zuschlagsempfängerin erbracht werden konnte bzw. nur diese Leistung den Beschaffungsbedarf der Auftraggeberin decken konnte, da an dieser Leistung ein Ausschließlichkeitsrecht zugunsten der Zuschlagsempfängerin bestand. Auch belegt weder die Begründung der ex-ante-Transparenzbekanntmachung, noch das sonstige Vorbringen der Auftraggeberin, dass diese Nachforschungen (in welcher Art auch immer) anstellte, ob diese Leistung tatsächlich ausschließlich von der Zuschlagsempfängerin erbracht werden könne. Aus dem Vorbringen der Auftraggeberin geht vielmehr hervor, dass sie aufgrund wirtschaftlicher und terminlicher Überlegungen eine Neudurchführung eines Verfahrens (entweder eines Wettbewerbes oder eines Vergabeverfahrens) für nicht zielführend erachtete und sie weitere Verzögerungen bei der Projektabwicklung tunlichst vermeiden wollte.

Diese oben wiedergegebene Vorgangsweise der Auftraggeberin und ihre (nicht weiter belegte) Annahme, allein das Siegerprojekt des widerrufenen Wettbewerbes könne seinen Beschaffungsbedarf erfüllen und aufgrund des Urheberrechtes an diesem Projekt sei sie gezwungen, mit einem bestimmten Dienstleister den Vertrag abzuschließen, entspricht jedoch nicht jenem - aufgrund des Ausnahmecharakters der Regelung - hohen Sorgfaltsmaßstab, den die Auftraggeberin bei der Beurteilung der Frage anzulegen gehabt hätte, ob sie zu Recht von der Zulässigkeit eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ausgehen konnte. Dass die Auftraggeberin bei der (rechtlichen) Beurteilung der Zulässigkeit ihrer Vorgangsweise einem entschuldbaren Rechtsirrtum unterlag, wurde weder vorgebracht, noch ergaben sich im Laufe des Verfahrens entsprechende Anhaltspunkte, die dem Bundesverwaltungsgericht einen derartigen Schluss nahegelegt hätten. Des Weiteren entspricht auch die in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung offen gelegte Begründung der Auftraggeberin nicht jenem Standard, den der Gerichtshof im o.g. Erkenntnis in der Rs C-19/13 als zwingend erforderlich erachtet (vgl. Rz 48 des bislang nicht in deutscher Sprache verfügbaren Erkenntnisses: "the 'justification' must disclose clearly and unequivocally the reasons that moved the contracting authority to consider it legitimate to award the contract without prior publication of a contract notice"). Hat der Auftraggeber jedoch bei seiner Vorgangsweise nicht diesen Sorgfaltsmaßstab beachtet, so liegen weder die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 2d Abs. 4 der RMRL noch jene des - unionsrechtskonform ausgelegten - § 332 Abs. 7 BVergG 2006 vor, sodass der von der Auftraggeberin vorgebrachte Einwand der Verfristung

nicht zutreffend ist. Aufgrund der dargestellten Rechtslage ist vielmehr die lange Antragsfrist des § 332 Abs. 3 (sechs Monate) einschlägig. Der Antrag war somit fristgerecht. Diese oben wiedergegebene Vorgangsweise der Auftraggeberin und ihre (nicht weiter belegte) Annahme, allein das Siegerprojekt des widerrufenen Wettbewerbes könne seinen Beschaffungsbedarf erfüllen und aufgrund des Urheberrechtes an diesem Projekt sei sie gezwungen, mit einem bestimmten Dienstleister den Vertrag abzuschließen, entspricht jedoch nicht jenem - aufgrund des Ausnahmecharakters der Regelung - hohen Sorgfaltsmaßstab, den die Auftraggeberin bei der Beurteilung der Frage anzulegen gehabt hätte, ob sie zu Recht von der Zulässigkeit eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ausgehen konnte. Dass die Auftraggeberin bei der (rechtlichen) Beurteilung der Zulässigkeit ihrer Vorgangsweise einem entschuldbaren Rechtsirrtum unterlag, wurde weder vorgebracht, noch ergaben sich im Laufe des Verfahrens entsprechende Anhaltspunkte, die dem Bundesverwaltungsgericht einen derartigen Schluss nahegelegt hätten. Des Weiteren entspricht auch die in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung offen gelegte Begründung der Auftraggeberin nicht jenem Standard, den der Gerichtshof im o.g. Erkenntnis in der Rs C-19/13 als zwingend erforderlich erachtet vergleiche Rz 48 des bislang nicht in deutscher Sprache verfügbaren Erkenntnisses: "the 'justification' must disclose clearly and unequivocally the reasons that moved the contracting authority to consider it legitimate to award the contract without prior publication of a contract notice"). Hat der Auftraggeber jedoch bei seiner Vorgangsweise nicht diesen Sorgfaltsmaßstab beachtet, so liegen weder die Anwendungsvoraussetzungen des Artikel 2 d, Absatz 4, der RMRL noch jene des - unionsrechtskonform ausgelegten - Paragraph 332, Absatz 7, BVergG 2006 vor, sodass der von der Auftraggeberin vorgebrachte Einwand der Verfristung nicht zutreffend ist. Aufgrund der dargestellten Rechtslage ist vielmehr die lange Antragsfrist des Paragraph 332, Absatz 3, (sechs Monate) einschlägig. Der Antrag war somit fristgerecht.

Der Antragsteller ist darüber hinaus mit seinem Antrag auf Feststellung im Recht, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Vergabe von Generalplanerleistungen zur Sanierung der im Antrag näher bezeichneten Vorhaben wegen Verstoß gegen das BVergG oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das dem Feststellungsantrag der Antragstellerin zugrunde liegende Vergabeverfahren mit dem vom Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahren ident ist:

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen hat (VwGH vom 21.11.2011, 2006/04/0024; VwGH vom 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA vom 14.06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua; BVA vom 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN). Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen hat (VwGH vom 21.11.2011, 2006/04/0024; VwGH vom 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA vom 14.06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua; BVA vom 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck

der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN).

Für den vorliegenden Fall folgt daraus, dass trotz der Kurzbeschreibung des Leistungsgegenstandes in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung vom 15.09.2011 einem redlichen Erklärungsempfänger klar sein musste, dass damit derselbe Leistungsgegenstand gemeint ist, wie jener des zuvor öffentlich ausgeschriebenen (und später widerrufenen) Realisierungswettbewerbes. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Auftraggeberin sowohl im (widerrufenen) Realisierungswettbewerb zur Zahl 2009/S249-358559, als auch in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung vom 15.09.2011 zur Zahl 289971-2011 denselben CPV-Code "71240000 Dienstleistungen von Architektur- und Ingenieurbüros sowie planungsbezogene Leistungen" verwendet hat. Das Bundesverwaltungsgericht folgt insbesondere den Ausführungen der Auftraggeberin im jüngsten Schriftsatz vom 25.09.2014, wonach mit der Verwendung des Plurals ("Gebäude") auch das Bundesschülerheim von der Bekanntmachung mitumfasst gewesen war. Ferner ist nachvollziehbar, dass die Kurzbezeichnung "Sanierung" nicht von vornherein auch eine Erweiterung des Bestandes ausschließt. Schließlich wird in der Begründung der ex-ante-Transparenzbekanntmachung auf den Sachverhalt des vorangegangenen widerrufenen Wettbewerbes hingewiesen, womit aber auch für einen redlichen Erklärungsempfänger klar sein musste, dass die nunmehr veröffentlichte ex-ante-Transparenzbekanntmachung (bzw. das dieser zugrunde legende Vergabeverfahren) denselben Leistungsgegenstand betrifft. Hinweise dafür, dass die Auftraggeberin durch die Kurzbeschreibung des Leistungsgegenstandes in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung potentielle Teilnehmer bewusst in die Irre führen habe wollen, wie vom Antragsteller im Schriftsatz vom 26.03.2012 (Rz 16) angedeutet, können dem Vergabeakt jedenfalls nicht entnommen werden.

Zum Vorbringen des Antragstellers, wonach ihm die Widerrufserklärung nicht zugegangen sei und der Antragsteller daher auch nicht mit einer ex-ante-Transparenzbekanntmachung "betreffend dieses Verfahrens" rechnen habe müssen, genügt der Hinweis auf den Schriftsatz des Antragstellers vom 26.03.2012, in welchem der Antragsteller folgendes festhält: "Richtig am Vorbringen der Auftraggeberin ist, dass der Widerruf des Wettbewerbs - zumindest gegenüber der Antragstellerin - erklärt wurde. Die Erklärung des Widerrufs ist am 6.9.2011 (wenn auch unleserlich) bei der Antragstellerin eingelangt." Die nunmehrigen Behauptungen des Antragstellers stehen somit im diametralen Widerspruch zu den Ausführungen vom 26.03.2012. Für das Bundesverwaltungsgericht ist kein Grund ersichtlich, warum der Antragsteller von seinen eigenen Ausführungen nachträglich abgerückt ist. Daraus folgt: Die Widerrufsentscheidung des Auftraggebers war Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt (GZ N/0037-BVA/11/2011). Der Antrag des Antragstellers auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung wurde seitens des Bundesvergabeamtes rechtskräftig abgewiesen. Der Widerruf wurde schließlich gegenüber den Teilnehmern des Wettbewerbes (einschließlich des Antragstellers) am 06.09.2011 rechtswirksam erklärt.

Zu Spruchpunkt I.2.:Zu Spruchpunkt römisch eins.2.:

Zur Unzulässigkeit der Durchführung des von der Auftraggeberin gewählten Verfahrens (Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit einem bestimmten Unternehmer gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006) wird auf die vorhergehenden Ausführungen verwiesen. Vor diesem Hintergrund war dem unter Punkt A I 1. erwähnten Antrag stattzugeben. Da eine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung deswegen unterblieb, war folglich auch dem unter Punkt A I. 2. erwähnten Antrag stattzugeben. Zur Unzulässigkeit der Durchführung des von der Auftraggeberin gewählten Verfahrens (Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit einem bestimmten Unternehmer gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006) wird auf die vorhergehenden Ausführungen verwiesen. Vor diesem Hintergrund war dem unter Punkt A römisch eins 1. erwähnten Antrag stattzugeben. Da eine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung deswegen unterblieb, war folglich auch dem unter Punkt A römisch eins. 2. erwähnten Antrag stattzugeben.

Zu Spruchpunkt I.3.:Zu Spruchpunkt römisch eins.3.:

Der unter Punkt A I. 3. gestellte Antrag war schon deshalb abzuweisen, da laut der am 15.09.2011 erfolgten ex-ante-Transparenzbekanntmachung keine Zuschlagskriterien festgelegt waren. Folglich kann aber das Bundesverwaltungsgericht auch keine Feststellung dahingehend treffen, dass die Zuschlagserteilung "nicht gemäß den

Angaben in der Ausschreibung dem technisch oder wirtschaftlich günstigsten Angebot" erteilt wurde. Der unter Punkt A römisch eins. 3. gestellte Antrag war schon deshalb abzuweisen, da laut der am 15.09.2011 erfolgten ex-ante-Transparenzbekanntmachung keine Zuschlagskriterien festgelegt waren. Folglich kann aber das Bundesverwaltungsgericht auch keine Feststellung dahingehend treffen, dass die Zuschlagserteilung "nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch oder wirtschaftlich günstigsten Angebot" erteilt wurde.

Zu Spruchpunkt II.1.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.1.:

Der unter Punkt A II. 1. gestellte Antrag der Auftraggeberin vom 23.04.2012 war schon deshalb abzuweisen, da nicht ausgeschlossen werden hätte können, dass der Antragsteller bei rechtmäßiger Vorgehensweise der Auftraggeberin (in concreto einer ordnungsgemäßen Durchführung des Vergabeverfahrens) eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Der unter Punkt A römisch zwei. 1. gestellte Antrag der Auftraggeberin vom 23.04.2012 war schon deshalb abzuweisen, da nicht ausgeschlossen werden hätte können, dass der Antragsteller bei rechtmäßiger Vorgehensweise der Auftraggeberin (in concreto einer ordnungsgemäßen Durchführung des Vergabeverfahrens) eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

Zu Spruchpunkt II.2.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.2.:

Zum Antrag der Auftraggeberin vom 13.10.2014, "von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages abzusehen, in eventuelle, den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des BVwG aufzuheben, da zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Sinne des § 334 Abs. 2 BVergG vorliegen, die es rechtfertigen, den Vertrag aufrecht zu erhalten", ist festzuhalten, dass die von der Auftraggeberin vorgebrachten Gründe (im Wesentlichen das Interesse an der rechtzeitigen Fertigstellung und die Verhinderung der verzögerten Nutzungsmöglichkeit) keine "zwingende Gründe eines Allgemeininteresses" im Sinne des BVergG bzw. des diesem zugrunde liegenden Art. 2d Abs. 3 1. uA der RMRL 89/665/EWG idF der RL 2007/66/EG darstellen. Als derartige Gründe wären insbesondere die Gefahr für Leib, Leben oder Gesundheit von Personen zu qualifizieren, die als höchste Schutzgüter zu qualifizieren sind (vgl. dazu EuGH 11.12.2014 Rs C-113/13, ASL no 5 "Spezzino", Rz 56). Die geltend gemachten Interessen sind vielmehr primär wirtschaftlicher Natur, die jedenfalls nicht als "zwingende Gründe eines Allgemeininteresses" qualifiziert werden können (vgl. zum Argument der Verzögerung explizit Art. 2d Abs. 3 3. UA und Erwägungsgrund 24 der zit. RMRL). Dass die allfällige Nichtigkeit des Vertrages unverhältnismäßige Folgen hätte, wurde von der Auftraggeberin weder behauptet noch entsprechend belegt. Folglich war der unter Punkt A II. 2. gestellte Antrag abzuweisen. Zum Antrag der Auftraggeberin vom 13.10.2014, "von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages abzusehen, in eventuelle, den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des BVwG aufzuheben, da zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Sinne des Paragraph 334, Absatz 2, BVergG vorliegen, die es rechtfertigen, den Vertrag aufrecht zu erhalten", ist festzuhalten, dass die von der Auftraggeberin vorgebrachten Gründe (im Wesentlichen das Interesse an der rechtzeitigen Fertigstellung und die Verhinderung der verzögerten Nutzungsmöglichkeit) keine "zwingende Gründe eines Allgemeininteresses" im Sinne des BVergG bzw. des diesem zugrunde liegenden Artikel 2 d, Absatz 3, 1. uA der RMRL 89/665/EWG in der Fassung der RL 2007/66/EG darstellen. Als derartige Gründe wären insbesondere die Gefahr für Leib, Leben oder Gesundheit von Personen zu qualifizieren, die als höchste Schutzgüter zu qualifizieren sind vergleiche dazu EuGH 11.12.2014 Rs C-113/13, ASL no 5 "Spezzino", Rz 56). Die geltend gemachten Interessen sind vielmehr primär wirtschaftlicher Natur, die jedenfalls nicht als "zwingende Gründe eines Allgemeininteresses" qualifiziert werden können vergleiche zum Argument der Verzögerung explizit Artikel 2 d, Absatz 3, 3. UA und Erwägungsgrund 24 der zit. RMRL). Dass die allfällige Nichtigkeit des Vertrages unverhältnismäßige Folgen hätte, wurde von der Auftraggeberin weder behauptet noch entsprechend belegt. Folglich war der unter Punkt A römisch zwei. 2. gestellte Antrag abzuweisen.

Zu Spruchpunkt II.3.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.3.:

Zum Eventualantrag der Auftraggeberin vom 13.10.2014, "dass das BVwG im Anschluss an seine Feststellung ausspricht, dass "der Vertrag mit dem (späteren) Zeitpunkt der Erbringung der vollständigen Leistungen der ZE (Anm. Zuschlagsempfängerin) aus dem abgeschlossenen Generalplanervertrag vom 03.10.2011 aufgehoben wird" ist auszuführen, dass die von der Auftraggeberin vorgebrachten Gründe als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen sind, denn eine weitere Verzögerung der Projektabwicklung hätte nicht unwesentliche Auswirkungen auf den Schulbetrieb zur Folge. Gemäß § 334 Abs. 5 kann das Bundesverwaltungsgericht im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des

Bundesverwaltungsgerichts oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Dabei hat das Bundesverwaltungsgericht eine Interessenabwägung vorzunehmen: das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten ist dem Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfälligen betroffenen öffentlichen Interessen gegenüberzustellen. Da der Antragsteller sich nicht gegen die Aufrechterhaltung des Vertrages in dem beantragten Ausmaß aussprach, ist das (auch öffentliche) Interesse an der zeitgerechten Eröffnung der Schul- und Heimgebäude zur Sicherung des Schulbetriebes sowie das Interesse der Auftraggeberin an der möglichst zeitgerechten Abwicklung der vertragsgegenständlichen Leistungen höher zu bewerten, als das (allfällige) Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages. Zum Eventualantrag der Auftraggeberin vom 13.10.2014, "dass das BVwG im Anschluss an seine Feststellung ausspricht, dass "der Vertrag mit dem (späteren) Zeitpunkt der Erbringung der vollständigen Leistungen der ZE Anmerkung Zuschlagsempfängerin) aus dem abgeschlossenen Generalplanervertrag vom 03.10.2011 aufgehoben wird" ist auszuführen, dass die von der Auftraggeberin vorgebrachten Gründe als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen sind, denn eine weitere Verzögerung der Projektabwicklung hätte nicht unwesentliche Auswirkungen auf den Schulbetrieb zur Folge. Gemäß Paragraph 334, Absatz 5, kann das Bundesverwaltungsgericht im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Dabei hat das Bundesverwaltungsgericht eine Interessenabwägung vorzunehmen: das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten ist dem Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfälligen betroffenen öffentlichen Interessen gegenüberzustellen. Da der Antragsteller sich nicht gegen die Aufrechterhaltung des Vertrages in dem beantragten Ausmaß aussprach, ist das (auch öffentliche) Interesse an der zeitgerechten Eröffnung der Schul- und Heimgebäude zur Sicherung des Schulbetriebes sowie das Interesse der Auftraggeberin an der möglichst zeitgerechten Abwicklung der vertragsgegenständlichen Leistungen höher zu bewerten, als das (allfällige) Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages.

Die Auftraggeberin beantragte, die Aufhebung des Vertrages "mit dem (späteren) Zeitpunkt der Erbringung der vollständigen Leistungen der Zuschlagsempfängerin aus dem abgeschlossenen Generalplanervertrag". Dazu ist festzuhalten, dass es dem Bundesverwaltungsgericht aufgrund eines Antrages gemäß § 334 Abs. 5 verwehrt ist, den gegenständlichen Vertrag gänzlich unangetastet zu lassen (vgl. dazu den Wortlaut der Bestimmung "einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird"). Daraus folgt, dass das Bundesverwaltungsgericht entweder datumsmäßig bestimmt oder in einer sonstigen (konkreten) Art und Weise festzulegen hat, in welchem Ausmaß der streitgegenständliche Vertrag aufgehoben wird. Aufgrund des nicht bestrittenen Vorbringens der Auftraggeberin und mit der Leistungserfüllung in Verbindung stehenden (öffentlichen) Interessen, geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Vertrag in einem möglichst umfassenden Ausmaß aufrecht erhalten werden sollte. Die Auftraggeberin beantragte, die Aufhebung des Vertrages "mit dem (späteren) Zeitpunkt der Erbringung der vollständigen Leistungen der Zuschlagsempfängerin aus dem abgeschlossenen Generalplanervertrag". Dazu ist festzuhalten, dass es dem Bundesverwaltungsgericht aufgrund eines Antrages gemäß Paragraph 334, Absatz 5, verwehrt ist, den gegenständlichen Vertrag gänzlich unangetastet zu lassen vergleiche dazu den Wortlaut der Bestimmung "einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird"). Daraus folgt, dass das Bundesverwaltungsgericht entweder datumsmäßig bestimmt oder in einer sonstigen (konkreten) Art und Weise festzulegen hat, in welchem Ausmaß der streitgegenständliche Vertrag aufgehoben wird. Aufgrund des nicht bestrittenen Vorbringens der Auftraggeberin und mit der Leistungserfüllung in Verbindung stehenden (öffentlichen) Interessen, geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Vertrag in einem möglichst umfassenden Ausmaß aufrecht erhalten werden sollte.

Zu Spruchpunkt III.: Zu Spruchpunkt römisch drei.:

Aufgrund der nicht bestrittenen Angaben der Auftraggeberin ist davon auszugehen, dass Anfang Oktober bereits 80% der Leistungen des Generalplanervertrages abgewickelt worden waren. Das - hier nicht streitgegenständliche - Bauvorhaben selbst hat nach den ebenfalls unbestritten gebliebenen Angaben der Auftraggeberin im Sommer 2014 begonnen. Aufgrund der bereits sehr weit fortgeschrittenen Abwicklung des Vertrages und zur Sicherstellung der vertraglichen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag, war davon auszugehen, dass eine möglichst umfängliche Aufrechterhaltung des Vertrages der Vorzug zu geben ist. Eine vollständige Aufrechterhaltung des Vertrages ist

aufgrund der gesetzlichen Grundlagen nicht vorgesehen, sodass spruchgemäß der Vertrag der Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H. mit der Zuschlagsempfängerin vom 03.10.2011 gemäß § 334 BVergG 2006 nur so weit aufzuheben war, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. Aufgrund der nicht bestrittenen Angaben der Auftraggeberin ist davon auszugehen, dass Anfang Oktober bereits 80% der Leistungen des Generalplanervertrages abgewickelt worden waren. Das - hier nicht streitgegenständliche - Bauvorhaben selbst hat nach den ebenfalls unbestritten gebliebenen Angaben der Auftraggeberin im Sommer 2014 begonnen. Aufgrund der bereits sehr weit fortgeschrittenen Abwicklung des Vertrages und zur Sicherstellung der vertraglichen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag, war davon auszugehen, dass eine möglichst umfängliche Aufrechterhaltung des Vertrages der Vorzug zu geben ist. Eine vollständige Aufrechterhaltung des Vertrages ist aufgrund der gesetzlichen Grundlagen nicht vorgesehen, sodass spruchgemäß der Vertrag der Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H. mit der Zuschlagsempfängerin vom 03.10.2011 gemäß Paragraph 334, BVergG 2006 nur so weit aufzuheben war, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

Da die Wirkungen des streitgegenständlichen Vertrages zumindest teilweise aufrechterhalten werden, ist zwingend eine Geldbuße gemäß § 334 Abs. 7 BVergG zu verhängen. Da die Wirkungen des streitgegenständlichen Vertrages zumindest teilweise aufrechterhalten werden, ist zwingend eine Geldbuße gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG zu verhängen.

Gemäß § 334 Abs. 7 zweiter Satz leg. cit. beträgt die Höchstgrenze für eine Geldbuße maximal 20 %, im Unterschwellenbereich 10 % der Auftragssumme. Als Auftragssumme kann nur die Auftragssumme des betreffenden (bereits vergebenen) Vertrages bzw. der erbrachten Leistung verstanden werden (so VwGH 23.5.2014, 2013/04/0025). Die Auftragssumme ist die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer (vgl. § 2 Z 26 lit. a BVergG 2006). Nach den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichtes beträgt die Auftragssumme der vergebenen Planungsdienstleistung EUR 2.186.850,-- (exkl. USt). Gemäß Paragraph 334, Absatz 7, zweiter Satz leg. cit. beträgt die Höchstgrenze für eine Geldbuße maximal 20 %, im Unterschwellenbereich 10 % der Auftragssumme. Als Auftragssumme kann nur die Auftragssumme des betreffenden (bereits vergebenen) Vertrages bzw. der erbrachten Leistung verstanden werden (so VwGH 23.5.2014, 2013/04/0025). Die Auftragssumme ist die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer vergleiche Paragraph 2, Ziffer 26, Litera a, BVergG 2006). Nach den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichtes beträgt die Auftragssumme der vergebenen Planungsdienstleistung EUR 2.186.850,-- (exkl. USt).

Bei der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorige Bekanntmachung handelt es sich grundsätzlich um einen schweren Verstoß gegen das BVergG 2006. Die Auftraggeberin hat durch die gewählte Vorgangsweise drohende wirtschaftliche Nachteile und zeitlich Verzögerungen vermeiden und sich auf diese Weise wirtschaftliche Vorteile verschaffen wollen. Ihr Vorgehen stellt damit im Ergebnis eine Umgehung der vergaberechtlich gebotenen Vorgangsweise dar. Erschwerend tritt hinzu, dass es sich um einen wertmäßig großen Auftrag handelt, dass die Wirkungen des Vertrages (zugunsten der Auftraggeberin) fast vollständig aufrechterhalten werden und schließlich, dass die Mitwirkung der Auftraggeberin bei der Feststellung des Erfüllungsvertrages betreffend des streitgegenständlichen Auftrages unterblieben ist. Als mildernder Umstand ist zu berücksichtigen, dass dem Bundesverwaltungsgericht bisher keine derartigen Vorgangsweisen seitens der Auftraggeberin bekannt sind.

Zu B) Zulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Zur freiwilligen Bekanntmachung auf Unionsebene ("ex-ante-Transparenzbekanntmachung") gemäß § 49 iVm Art. 2d Abs. 4 der RMRL 89/665/EWG idF der RL 2007/66/EG fehlt es bisher an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Zur freiwilligen Bekanntmachung auf Unionsebene ("ex-ante-Transparenzbekanntmachung") gemäß Paragraph 49, in Verbindung mit Artikel 2 d, Absatz 4, der RMRL 89/665/EWG in der Fassung der RL 2007/66/EG fehlt es bisher an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Schlagworte

Aufhebungsantrag, Ausnahmebestimmung, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, Beweislast, Chance auf Zuschlagserteilung, Dienstleistungsauftrag, Feststellungsantrag, Feststellungsverfahren, Geldbuße, Identität, Interessensabwägung, Irreführung, Irrtum, Mitteilung, Nichtigerklärung, objektiver Erklärungswert, öffentliches Interesse, Präklusion, Rechtsirrtum, Rechtswidrigkeit, Revision zulässig, Sorgfaltspflicht, Transparenz, Umgehungsverbot, Unwirksamkeit des Vertrags, Vergabeverfahren, vorherige Bekanntmachung, Wahl des Vergabeverfahrens, Wettbewerb, Widerruf, Widerrufsentscheidung, wirtschaftliche Gründe, zumutbare Sorgfalt

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W123.2008288.1.00

Zuletzt aktualisiert am

27.04.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at