

TE Bvwg Erkenntnis 2014/7/24 W138 2008591-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.07.2014

Entscheidungsdatum

24.07.2014

Norm

BVergG 2006 §108 Abs1
BVergG 2006 §108 Abs1 Z4
BVergG 2006 §12 Abs1 Z2
BVergG 2006 §125
BVergG 2006 §126
BVergG 2006 §129 Abs1 Z3
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §2 Z16 lit a
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §20 Abs5
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §312 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs2 Z2
BVergG 2006 §318 Abs1 Z1
BVergG 2006 §319 Abs1
BVergG 2006 §319 Abs2
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §321 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs2
BVergG 2006 §6
B-VG Art.133 Abs4
ORF-G §31a Abs1
VwGVG §28 Abs1

1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

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

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

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

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

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

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

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

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

6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

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

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

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

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

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

5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

1. ORF-G § 31a heute

2. ORF-G § 31a gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2023

3. ORF-G § 31a gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2001

4. ORF-G § 31a gültig von 29.09.1984 bis 31.12.2001

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W138 2008591-1/45E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Tanja NEUBAUER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Matthias WOHLGEMUTH als Mitglied der Auftragsnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Generalplanersuche für die Sanierung des Medienstandortes Küniglberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" des Auftraggebers Österreichischer Rundfunk, 1136 Wien, Würzburggasse 30, vertreten durch MMag. Dr. Claus CASATI, Rechtsanwalt, Mariahilferstraße 1b/17, 1060 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1.xxxx, 2. xxxx, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Jasomirgottstraße 6/3, vom 06.06.2014, zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag, "Das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Bereich der Honorarermittlung für Architekten und Ziviltechniker die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 27.05.2014 zu Gunsten des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für nichtig erklären", wird mangels Antragslegitimation zurückgewiesen. römisch eins. Der Antrag, "Das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Bereich der Honorarermittlung für Architekten und Ziviltechniker die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 27.05.2014 zu Gunsten des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für nichtig erklären", wird mangels Antragslegitimation zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 129 Abs. 1 Z 7 iVm. § 312 Abs. 2 Z 2 und § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2 und Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

II. Der Antrag, "Das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Bereich der Honorarermittlung für Architekten und Ziviltechniker gemäß § 319 BVergG aussprechen, dass die von der Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühr gemäß § 318 BVergG für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (§ 19a RAO) zu ersetzen ist", wird abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag, "Das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Bereich der Honorarermittlung für Architekten und Ziviltechniker gemäß Paragraph 319, BVergG aussprechen, dass die von der Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühr gemäß Paragraph 318, BVergG für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (Paragraph 19 a, RAO) zu ersetzen ist", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006. Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 06.06.2014 das im Spruch ersichtliche Begehren, verbunden mit Anträgen auf Akteneinsicht und Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen folgendes aus:

Der Auftraggeber führe ein Ausschreibungsverfahren bezüglich die "Generalplanersuche für die Sanierung des Medienstandortes Königlberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" im Wege eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich durch. Mit E-Mail vom 27.05.2014 habe der Auftraggeber der Antragstellerin bekannt gegeben, dass das für die Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommene Bestangebot die Bietergemeinschaft xxxx (im Weiteren präsumtive Zuschlagsempfängerin) mit einem gewichteten Gesamtpreis in Höhe vom € 9.855.927,01 gelegt habe. Gegenständlich werde die Zuschlagsentscheidung angefochten. Es handle sich dabei um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVerG. Der Auftraggeber sei öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVerG. Beim gegenständlichen Auftrag handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVerG. Es sei beabsichtigt für die Sanierung des Medienstandortes Königlberg Generalplanerleistungen, somit geistige Dienstleistungen zu vergeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liege somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVerG. Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers sei der Antragstellerin am 28.05.2014 per E-Mail übermittelt worden. Somit sei der Nachprüfungsantrag rechtzeitig. Das gegenständliche Vergabeverfahren sei im Supplement zum Amtsblatt der EU (2013/S 152-264950; Tag der Versendung: 02.08.2013) bekannt gemacht worden. Gemäß Angebotsformular Last and Best Offer habe die Frist zur Abgabe eines Last and Best Offer im gegenständlichen Vergabeverfahren am 12.03.2014, 12:00 Uhr geendet. Die Antragstellerin habe fristgerecht am 11.03.2014 das Last and Best Offer abgegeben, das zur Bewertung herangezogen worden sei. Zu den Gründen für die Rechtswidrigkeit führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVerG Angebote auszuschneiden seien, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden. Der Auftraggeber führe ein Ausschreibungsverfahren bezüglich die "Generalplanersuche für die Sanierung des Medienstandortes Königlberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" im Wege eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich durch. Mit E-Mail vom 27.05.2014 habe der Auftraggeber der Antragstellerin bekannt gegeben, dass das für die Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommene Bestangebot die Bietergemeinschaft xxxx (im Weiteren präsumtive Zuschlagsempfängerin) mit einem gewichteten Gesamtpreis in Höhe vom € 9.855.927,01 gelegt habe. Gegenständlich werde die Zuschlagsentscheidung angefochten. Es handle sich dabei um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVerG. Der Auftraggeber sei öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG. Beim gegenständlichen Auftrag handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVerG. Es sei beabsichtigt für die Sanierung des Medienstandortes Königlberg Generalplanerleistungen, somit geistige Dienstleistungen zu vergeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liege somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVerG. Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers sei der Antragstellerin am 28.05.2014 per E-Mail übermittelt worden. Somit sei der Nachprüfungsantrag rechtzeitig. Das gegenständliche Vergabeverfahren sei im Supplement zum Amtsblatt der EU (2013/S 152-264950; Tag der Versendung: 02.08.2013) bekannt gemacht worden. Gemäß Angebotsformular Last and Best Offer habe die Frist zur Abgabe eines Last and Best Offer im gegenständlichen Vergabeverfahren am 12.03.2014, 12:00 Uhr geendet. Die Antragstellerin habe fristgerecht am 11.03.2014 das Last and Best Offer abgegeben, das zur Bewertung herangezogen worden sei. Zu den Gründen für die Rechtswidrigkeit führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVerG Angebote auszuschneiden seien, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege um 29 % unter dem Angebot der Antragstellerin und weiche von der Kostenschätzung des Auftraggebers um zirka 50 % ab. Ein derart unter dem Angebot der Antragstellerin liegender Angebotspreis sei schlichtweg unterpreisig und keinesfalls betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar.

Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin das geforderte Leistungsbild nicht voll umfänglich zu den geforderten Qualitäten angeboten habe, spekulative Preise angeboten habe, unzulässige Kostenverlagerungen bei Teilpauschalen in den auszupreisenden Positionen vorgenommen habe, ein unvollständiges Angebot abgegeben habe, weil bestimmte Leistungen nicht angeboten worden seien und ungeeignete Subunternehmer eingesetzt habe. Die ausgeschriebenen Planungsleistungen würden zu den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preisen nicht im vertraglich geforderten Umfang und zu den geforderten Qualitäten erbracht werden können. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei überdies gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVerG auszuschneiden, weil es den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche und unvollständig sei. Ein derart niedriger Angebotspreis decke keinesfalls das gesamte Leistungsbild ab. Überdies sei ein derart niedriger

Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nur dadurch zu erklären, dass eine unzulässige Kostenverlagerung von Teilpauschalen vorgenommen worden sei und wäre das Angebot auch aus diesem Grunde auszuschneiden gewesen. Nach den Aussagen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Juryprotokoll vom 20.05.2014 bezüglich des Entfalls der Leistungen oder Reserven liege die Vermutung nahe, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu dieser Fragestellung missverständliche Aussagen getroffen habe, die geeignet seien, die Wettbewerbsstellung zu verbessern. Die Auftraggeberin wäre daher auch aus diesem Grunde verpflichtet gewesen, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden. Es liege auch die Vermutung nahe, dass die unangemessene, spekulative Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf dem Vorwissen ihrer bisherigen mehrjährigen Tätigkeit für den Auftraggeber für das Projekt Königlberg liege. Es liege daher der Schluss nahe, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus ihrer Tätigkeit Wissen und Informationen lukriert habe, die den übrigen Mitbieterinnen nicht bekannt seien. Der Auftraggeber hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch aus diesem Grund auszuschneiden gehabt. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin das geforderte Leistungsbild nicht voll umfänglich zu den geforderten Qualitäten angeboten habe, spekulative Preise angeboten habe, unzulässige Kostenverlagerungen bei Teilpauschalen in den auszupreisenden Positionen vorgenommen habe, ein unvollständiges Angebot abgegeben habe, weil bestimmte Leistungen nicht angeboten worden seien und ungeeignete Subunternehmer eingesetzt habe. Die ausgeschriebenen Planungsleistungen würden zu den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preisen nicht im vertraglich geforderten Umfang und zu den geforderten Qualitäten erbracht werden können. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei überdies gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden, weil es den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche und unvollständig sei. Ein derart niedriger Angebotspreis decke keinesfalls das gesamte Leistungsbild ab. Überdies sei ein derart niedriger Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nur dadurch zu erklären, dass eine unzulässige Kostenverlagerung von Teilpauschalen vorgenommen worden sei und wäre das Angebot auch aus diesem Grunde auszuschneiden gewesen. Nach den Aussagen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Juryprotokoll vom 20.05.2014 bezüglich des Entfalls der Leistungen oder Reserven liege die Vermutung nahe, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu dieser Fragestellung missverständliche Aussagen getroffen habe, die geeignet seien, die Wettbewerbsstellung zu verbessern. Die Auftraggeberin wäre daher auch aus diesem Grunde verpflichtet gewesen, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden. Es liege auch die Vermutung nahe, dass die unangemessene, spekulative Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf dem Vorwissen ihrer bisherigen mehrjährigen Tätigkeit für den Auftraggeber für das Projekt Königlberg liege. Es liege daher der Schluss nahe, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus ihrer Tätigkeit Wissen und Informationen lukriert habe, die den übrigen Mitbieterinnen nicht bekannt seien. Der Auftraggeber hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch aus diesem Grund auszuschneiden gehabt.

Mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 03.07.2014 erstatte diese, soweit entscheidungswesentlich nachfolgendes Vorbringen.

Richtig sei, dass die Antragstellerin für das Objekt 1. bei der Statik in Position 2.3 und Position 3.3 und auch in Position 4.3 sowie in Position 18.5 "Fachplanung gewerbliche Küchenplanung und -Ausstattung" in den jeweils ausgeschriebenen Leistungsphasen keinen Eintrag gemacht habe. Der Vorwurf der mangelnden Antragslegitimation sei nicht nachvollziehbar, als sich die Antragstellerin bei der Auspreisung ihres last and best offer nur an die Festlegungen des Auftraggebers gehalten hätte.

Der Auftraggeber habe in seiner Leistungsbeschreibung zu Objekt 1 in Punkt 2.3 folgende ausdrückliche Festlegungen getroffen:

"Die statische Sanierung der Konstruktion sowie die bauphysikalische Sanierung der Fassade und des Daches des Objektes 1 werden derzeit durchgeführt und sind somit nicht Gegenstand der Leistungserbringung. Alle hierfür relevanten Unterlagen werden dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellt.

Ergänzend hierzu wird im Objekt 1 für das erste bis zum sechsten Obergeschoss durch den Auftraggeber eine Vorplanung vorgearbeitet. Die Leistungen des Auftragnehmers setzten somit für das Objekt 1 in den Geschossen eins bis sechs mit dem Entwurf an."

Auch in den einzelnen Leistungsphasen würden für das Objekt 1 in der Leistungsposition "allgemeine

Generalplanleistung" immer nur die Einarbeitung der durch Dritte erarbeiteten Ergebnisse zum Objekt 1 (erstes bis sechstes Obergeschoss sowie die Maßnahmen zur statischen Sanierung der Konstruktion sowie der bauphysikalischen Sanierung der Fassade und des Daches)" gefordert. Korrespondierend zeige auch der "Rahmenterminplan Immobilien und Standort" des Auftraggebers, dass die Tätigkeit des Generalplaners auf die Planung des Innenausbau beschränkt sei. Ebenso habe der Auftraggeber die in Position 18.5 des Leistungsverzeichnisses genannte "Fachplanung gewerbliche Küchenplanung und - Ausstattung" dezidiert von der Leistungserbringung des Generalplaners ausgenommen.

Daraus ergäbe sich nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen, dass die vom Auftraggeber nunmehr ins Treffen geführten Positionen nicht auszureisen wären. Da das Leistungsverzeichnis des Auftraggebers im Erstangebot noch nicht in Objekt 1 und die Objekte 2 bis 9 aufgeteilt gewesen wäre, habe die Antragstellerin in ihrem Erstangebot die Positionen Statik, Position 1.3, 2.3, 3.3 und 4.3 entsprechend ausgepreist.

Der Auftraggeber habe danach weder im Zuge des Aufklärungsgesprächs vom 16.10.2013, noch im folgenden Hearing vom 22.10.2013 jemals von der Antragstellerin diesbezüglich Aufklärungen verlangt oder die Antragstellerin auf eine Fehlinterpretation der Ausschreibung hingewiesen. Auch im zweiten Informationsgespräch vom 28.11.2013 wären die nunmehr gegenständlichen Positionen kein Thema gewesen. Offensichtlich wäre es bislang auch für den Auftraggeber völlig klar, dass die Positionen des Leistungsverzeichnisses nicht Vertragsbestandteil und damit auch nicht anzubieten wären. Aufgrund der EUGH Entscheidung Fast Web würde die Antragslegitimation im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren auch dann nicht verloren gehen, wenn das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre. Es könne auch nicht festgestellt werden, mit welchen Verfahren und zu welchem Angebotspreis die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit der "Generalplanung für die statische Sanierung der Konstruktion und der Bauphysikalischen Sanierung der Fassade und es Daches des Objektes 1 beauftragt worden sei, weil diesbezüglich keine Veröffentlichung in den einschlägigen vergaberechtlichen Publikationsmedien gefunden worden sei. Faktum sei, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin schon durch ihre bisherige Generalplantätigkeit über einen großen Informationsvorsprung und damit auch über einen Kalkulationsvorteil zumindest in Bezug auf das Bestandgebäude Objekt 1 und in Bezug auf die Projektorganisation verfüge, der vom Auftraggeber in der gegenständlichen Ausschreibung auch nicht ausgeglichen worden sei und tatsächlich auch nicht ausgeglichen werden habe können. Jedenfalls sei sie Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für nichtig zu erklären.

In einem weiteren Schriftsatz vom 15.07.2014 führte die Antragstellerein im Wesentlichen aus, dass die Argumentation des Auftragsgebers hinsichtlich der mangelnden Antragslegitimation der Antragstellerin nicht nur dem objektiven Erklärungswert der eigenen Festlegungen und Darstellungen in den Ausschreibungsunterlagen und dem eigenen Handeln des Auftraggebers während des gesamten Vergabeverfahrens widerspreche, sondern auch gleichzeitig gegen gesetzliche Gebote der Wirtschaftlichkeit verstoße, was nicht ernsthaft angenommen werden könne.

Die Begriffe Tragwerksplanung, Statik, Standsicherheit würden nach herrschenden Definitionen synonym verwendet werden und würden zusammengefasst die Lehre von der Sicherheit und Zuverlässigkeit von Tragwerken bezeichnen.

Im Gegensatz dazu würde der Innenausbau nach allgemeiner Definition alle Baumaßnahmen der Gewerke umfassen, die nicht zum Rohbau, also nicht zur Erstellung der Gebäudehülle und der Haustechnik gehören würden. Schon nach den Begriffsdefinitionen umfasse die Standsicherheitssanierung die Sanierung der statischen Konstruktion des Tragwerkes und die Sanierung des Innenausbau aller übrigen Gebäudebestandteile. Schon aus dem objektiven Erklärungswert unterschiedlichster Dokumente der Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, dass im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung für das Objekt 1 keine statisch konstruktiven Sanierungsleistungen, sondern nur Leistungen für den Innenausbau zu erbringen seien.

Auch in den nachgereichten Teilen der Machbarkeitsstudie von Prof. xxxx, die den Bietern am 24.09.2013 übermittelt worden seien, sei im Zusammenhang von Objekt 1 nur vom Innenausbau die Rede. Auch nach dem objektiven Erklärungswert der Leistungsbeschreibung sei davon auszugehen, dass aufgrund der getroffenen Festlegungen in der Leistungsbeschreibung Punkt 2.3 zu Objekt 1 keine statisch konstruktiven Leistungen zu erbringen seien. Würde man die jeweils unter Statik genannten Teilleistungen der Leistungsbeschreibung lesen, so würden diese Leistungen auch objektiv überhaupt keinen Sinn machen, wenn die Standsicherheitssanierung für das Objekt 1 soeben durchgeführt worden sei.

Der Auftraggeber habe sich bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung offensichtlich an der deutschen HOAI

orientiert. Dies zeige sich nicht nur in der Anlehnung an die Systematik, sondern auch in der Beschreibung der einzelnen zu erbringenden Teilleistungen. Allfällige vom Auftragnehmer zu erbringende Leistungen seien von den allgemeinen Generalplanerleistungen umfasst.

Hinsichtlich der Küchenplanung werde ausgeführt, dass der Auftraggeber diese Leistungen in Position 18.5 des Leistungsverzeichnisses dezidiert von der Leistungserbringung des Generalplaners ausgenommen habe und diese Festlegungen in der ergänzenden Festlegung vom 24.09.2013 nochmals ausdrücklich wiederholte. Die vom Auftraggeber ins Treffen geführten integrativen und koordinativen Leistungen seien geradezu klassische allgemeine Generalplanerleistungen bzw. Architekturleistungen, die auch von der Antragstellerein in ihren Angeboten eingepreist seien. Daraus ergebe sich bereits nach dem objektiven Erklärungswert der gesamten Ausschreibungsunterlagen, dass die vom Auftraggeber nunmehr ins Treffen geführten Positionen nicht auszupreisen gewesen wären. Die Antragstellerin sei niemals zu diesen Punkten um Aufklärung gebeten worden, sondern vom Auftraggeber zur Legung weiterer Angebote und zur Ausarbeitung von Fragestellungen aufgefordert worden, sowie zu Aufklärungsgesprächen und Hearings insbesondere im Zusammenhang mit dem abgegebenen Ablaufkonzept eingeladen worden.

Der Auftraggeber versuche das prekäre Thema der erbrachten Vorarbeiten von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit dem Argument der bestandfesten Formulierung einer Vergaberechtswidrigkeit in der Ausschreibung der Nachprüfung zu entziehen. Entgegen der nunmehrigen Behauptung des Auftraggebers könne dieser Festlegung im procedure letter vom 06.08.2003, Seite 3, nicht der vergaberechtswidrige Inhalt unterstellt werden, dass die in die Sanierung bereits involvierten Partner keinesfalls ausgeschieden würden. Den Bietern sei im procedure letter nur die Information erteilt worden, dass sich auch bereits an der Sanierung involvierte Planer am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligen dürften. Die Bieter dürften aber selbstverständlich davon ausgehen, dass der Auftraggeber seine damit in Zusammenhang stehenden vergaberechtlichen Verpflichtungen nachkomme und alles tun würde, um einen vorhandenen Wettbewerbsvorsprung auszugleichen. Der Auftraggeber versuche die bereits durchgeführte Standsicherheitssanierung des Objektes 1 als eigenes, unabhängiges Projekt A darzustellen, um so den Wissensvorsprung und den in notwendiger Weise damit einhergehenden Wettbewerbsvorteil der präsumtiven Bestbieterin abzustreiten. Die bisher gewonnen Erkenntnisse aus der Standsicherheitssanierung würden der präsumtiven Bestbieterin gerade die verpönte Sonderstellung verschaffen, weil sie im Gegensatz zu den übrigen Bietern über nicht zugängliche, für den Auftragserhalt jedoch hilfreiche Informationen verfügen würde. Der Auftraggeber hätte den Bietern im gegenständlichen Vergabeverfahren bis heute nicht alle für eine dem fairen und lautereren Wettbewerb entsprechende Angebotslegung erforderlichen Informationen unaufgefordert zukommen lassen.

Der Auftraggeber erteilte am 11.06.2014 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und führte im Wesentlichen aus, dass nach erfolgter EU-weiter Bekanntmachung die Präqualifikation mit den Bietern durchgeführt worden sei und diese zur Angebotsabgabe eingeladen worden seien. Ein erstes Angebot sei von allen eingeladenen Bietern am 11.10.2013 abgegeben worden. Nach Prüfung aller eingereichten Angebote seien zunächst alle Bieter zu weiteren Verhandlungen eingeladen und ein Bieter mit Schreiben vom 27.11.2013 ausgeschieden worden. Das Verhandlungsverfahren sei mit den verbliebenen Bietern bis zur Zuschlagsentscheidung fortgesetzt worden. Es sei die Abgabe von Zwischenangeboten am 17.02.2014 durch alle Bieter erfolgt. Mit Schreiben vom 21.02.2014 seien die Bieter zu einem Hearing/Verhandlungsgespräch eingeladen worden. Diese Hearings/Verhandlungsgespräche hätten am 04.03.2014 stattgefunden. In deren Folge seien Festlegungen getroffen worden, die am 07.03.2014 an die Bieter versandt worden seien. Die Abgabe des Last and Best Offers sei für den 12.03.2014, 12:00 Uhr vorgesehen worden. Fristgerecht seien alle Last and Best Offers bei den Kontaktpersonen eingelangt. Nach Öffnung und Prüfung der Last and Best Offers erfolgte im Sinne des § 125 BVergG eine vertiefte Angebotsprüfung in Bezug auf das billigste Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Die vertiefte Angebotsprüfung habe ergeben, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Stundesätze und der Personalaufwand plausibel seien und sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei der Bestbieterermittlung zu berücksichtigen gewesen. Am 20.05.2014 habe die Jurybewertung stattgefunden. Auf Grund der Angebotspreise und der erreichten Punktzahl sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Zuschlagsempfängerin ermittelt worden. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei am 27.05.2014 erfolgt. Der Auftraggeber erteilte am 11.06.2014 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und führte im Wesentlichen aus, dass nach erfolgter EU-weiter Bekanntmachung die Präqualifikation mit den Bietern durchgeführt worden sei und diese zur Angebotsabgabe eingeladen worden seien. Ein erstes Angebot sei von allen eingeladenen Bietern am 11.10.2013 abgegeben worden. Nach Prüfung aller

eingereichten Angeboten seien zunächst alle Bieter zu weiteren Verhandlungen eingeladen und ein Bieter mit Schreiben vom 27.11.2013 ausgeschieden worden. Das Verhandlungsverfahren sei mit den verbliebenen Bietern bis zur Zuschlagsentscheidung fortgesetzt worden. Es sei die Abgabe von Zwischenangeboten am 17.02.2014 durch alle Bieter erfolgt. Mit Schreiben vom 21.02.2014 seien die Bieter zu einem Hearing/Verhandlungsgespräch eingeladen worden. Diese Hearings/Verhandlungsgespräche hätten am 04.03.2014 stattgefunden. In deren Folge seien Festlegungen getroffen worden, die am 07.03.2014 an die Bieter versandt worden seien. Die Abgabe des Last and Best Offers sei für den 12.03.2014, 12:00 Uhr vorgesehen worden. Fristgerecht seien alle Last and Best Offers bei den Kontaktpersonen eingelangt. Nach Öffnung und Prüfung der Last and Best Offers erfolgte im Sinne des Paragraph 125, BVergG eine vertiefte Angebotsprüfung in Bezug auf das billigste Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Die vertiefte Angebotsprüfung habe ergeben, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Stundesätze und der Personalaufwand plausibel seien und sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei der Bestbieterermittlung zu berücksichtigen gewesen. Am 20.05.2014 habe die Jurybewertung stattgefunden. Auf Grund der Angebotspreise und der erreichten Punkteanzahl sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Zuschlagsempfängerin ermittelt worden. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei am 27.05.2014 erfolgt.

Zur Auftragsgebereigenschaft des Auftraggebers wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Auftraggeber kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne der BVergG sei. Der Auftraggeber hätte die rechtskräftige Entscheidung des BVA vom 27.09.2012 (F/0005-BVA/02/2012-28 und F/0006-BVA/02/2012-28) zur Kenntnis genommen und würde die Vorgaben des BVergG uneingeschränkt beachten. Unstrittig sei der Auftraggeber zum besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, über eine Rechtsfähigkeit verfüge und seine Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestünden, die von Bund und Ländern bestellt würden. In diesem Sinne würden unstrittig die Tatbestandselemente einer Einrichtung öffentlichen Rechts gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 lit a erster Halbsatz, lit b und lit c BVergG vorliegen. Voraussetzung für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber sei auch, dass die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art seien. Zur Auftragsgebereigenschaft des Auftraggebers wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Auftraggeber kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne der BVergG sei. Der Auftraggeber hätte die rechtskräftige Entscheidung des BVA vom 27.09.2012 (F/0005-BVA/02/2012-28 und F/0006-BVA/02/2012-28) zur Kenntnis genommen und würde die Vorgaben des BVergG uneingeschränkt beachten. Unstrittig sei der Auftraggeber zum besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, über eine Rechtsfähigkeit verfüge und seine Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestünden, die von Bund und Ländern bestellt würden. In diesem Sinne würden unstrittig die Tatbestandselemente einer Einrichtung öffentlichen Rechts gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, erster Halbsatz, Litera b und Litera c, BVergG vorliegen. Voraussetzung für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber sei auch, dass die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art seien.

Entgegen den Feststellungen des Bundesvergabeamtes vom 27.09.2012 übe der Auftraggeber die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben gewerblich aus. Zu der Frage, ob der Auftraggeber die Aufgaben gewerblich ausübe, habe der EUGH in der Rechtssache C-337/06 "Bayrischer Rundfunk" keine Aussagen getroffen, weil dies in Deutschland wegen der unterschiedlichen rechtlichen Gestaltung der Gebührenerhebung unstrittig gewesen wäre. In Österreich würden die Rundfunkgebühren weder von dem Auftraggeber selbst, noch in dessen Namen erhoben. Dies erfolge über die eigene Rechtsperson GIS Gebühren Info Service GmbH. Rückschlüsse aus Deutschland beziehungsweise dem EUGH Judikat RS C-337/06 "Bayrischer Rundfunk" würden sich für den Auftraggeber sohin nicht ziehen lassen. Der Auftraggeber sei in allen Bereichen einem liberalisierten Markt ausgesetzt. Er trete mit allen seinen Leistungen täglich in Konkurrenz mit zahlreichen Wettbewerbern. Die von dem Auftraggeber zur erfüllenden Aufgaben der Kommunikationsdienste seien technisch ähnlich den mittlerweile seit 10 Jahren ausdrücklich ausgenommen Telekommunikationsdiensten. Der Auftraggeber hätte sohin nicht nur auf Grund des ORF-Gesetzes als Unternehmer zu agieren, sondern sei auf Grund dieses Wettbewerbes zu einer ausschließlich an marktwirtschaftlichen Überlegungen orientierten Beschaffung verpflichtet, die keinen Spielraum für binnenmarktschädliche Vorgangsweisen gewähren würde. Dem Auftraggeber als zu 100 % dem Wettbewerb ausgesetztes Unternehmen müsse eine Beschaffung möglich sein, wie sie auch den Mitbewerbern ermöglicht werde. Staatsgarantien/Haftungen des Staates für den Auftraggeber bestünden, anders als in Deutschland, nicht. Das wirtschaftliche Risiko trage ausschließlich der Auftraggeber. Die Programmentgelte würden lediglich einen Teil der Betriebskosten decken. Es gäbe keine Ausfallsgarantie des Staates. Gerade das gegenständliche Vorhaben der Sanierung des Medienstandortes Königlborg

belege, dass ausschließlich der Auftraggeber das diesbezügliche Risiko tragen würde. Auch für dieses Großvorhaben hätte ausschließlich der Auftraggeber die Finanzierung zu übernehmen. Die Programmentgelte seien zwar öffentlich rechtlich geregelt, seien jedoch Entgelt für die Leistung des Auftraggebers. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und den Rundfunkteilnehmern würde sich im Rahmen eines privatwirtschaftlichen Vertrages bewegen. Sofern jemand die Programme des Auftraggebers nicht konsumieren wollen, stünde es ihm frei, durch Verzicht auf den Betrieb einer Empfangseinrichtung, mit welcher auch die Programme des Auftraggebers empfangen werden könnten, die Entgeltspflicht zu vermeiden.

Selbst eine überwiegende Finanzierung durch öffentliche Auftraggeber begründe nicht, dass eine Aufgabe nicht gewerblicher Art erfüllt werde. Im Ergebnis würde der Auftraggeber die Rundfunkveranstaltungen unter vergleichbaren Rahmenbedingungen wie private Wettbewerber erbringen. Der Auftraggeber sei einem intensiven Wettbewerb sowohl im Hörfunk- als auch im Fernsehmarkt ausgesetzt. Der Auftraggeber würde alle seine Leistungen ausschließlich gewerblich erbringen und sei daher keine Einrichtung gemäß § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG. Selbst eine überwiegende Finanzierung durch öffentliche Auftraggeber begründe nicht, dass eine Aufgabe nicht gewerblicher Art erfüllt werde. Im Ergebnis würde der Auftraggeber die Rundfunkveranstaltungen unter vergleichbaren Rahmenbedingungen wie private Wettbewerber erbringen. Der Auftraggeber sei einem intensiven Wettbewerb sowohl im Hörfunk- als auch im Fernsehmarkt ausgesetzt. Der Auftraggeber würde alle seine Leistungen ausschließlich gewerblich erbringen und sei daher keine Einrichtung gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 13.06.2014 wurden Urkunden des gegenständlichen Vergabeverfahrens vorgelegt. Es wurde mitgeteilt, dass der Auftraggeber nicht über den ersten Teil des Vergabeaktes verfügen würde. Dieser befinde sich beim Bundesverwaltungsgericht. Der Auftraggeber verfüge über die Dokumente lediglich in eingescannter, beziehungsweise elektronischer Form. Der Auftraggeber habe die Dokumente ausgedruckt und diese sowohl in physischer als auch elektronischer Form übermittelt.

Der Auftraggeber erstattete am 16.06.2014 eine Stellungnahme zum gesamten Antragsvorbringen und brachte im Wesentliche vor, dass in Folge der am 02.08.2013 an das EU-Amtsblatt und dem Lieferanzeiger abgesandten Bekanntmachung allen Interessenten, so auch der Antragstellerin der Procedure letter vom 06.08.2013 versandt worden sei. Bereits in diesem Procedure letter sei unter anderem ein Auszug aus der Machbarkeitsstudie von Prof. Dipl. Ing. Dr. xxxx angeschlossen gewesen, aus der die Antragstellerin in Grundzügen das Aufgabengebiet des zukünftigen Generalplaners erkennen habe können. Auf Seite drei des Procedure letter vom 06.08.2013 würde sich folgende Festlegung finden: "Hingewiesen wird darauf, dass Universitätsprofessor Dipl. Ing. Dr. xxxx und die bisher in Sanierungsverfahren involvierten Partner ebenfalls am gegenständlichen Beschaffungsprozess teilnehmen und gegebenenfalls ein Angebot legen dürfen. Deren ORF-spezifische Vorkenntnisse sind offengelegt."

Die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin seien nach eingehender Prüfung der Eignung und nach Bekanntgabe der Auswahlentscheidung mit Procedure letter von 13.09.2013 zur Angebotsabgabe eingeladen worden. Der Leistungsbeschreibung (Beilage ./H zum Procedure letter) sei unter Punkt 2. 3 auf Seite 13 zu entnehmen, dass die statische Sanierung der Konstruktion sowie die bauysikalische Sanierung der Fassade und des Daches des Objektes 1 derzeit durchgeführt würden und somit nicht Gegenstand der Leistung sei. Alle hierfür relevanten Unterlagen seien beigelegt worden. Darüber hinaus sei nicht Leistungsgegenstand die Vorplanung des Objektes 1 für das erste- bis sechste Obergeschoss. Zu diesem Procedure letter vom 13.09.2013 seien am 18.09.2013 Informationsgespräche mit den Bietern gefolgt.

In den auf das Verhandlungsgespräch vom 18.09.2013 folgenden ergänzenden Festlegungen an alle Bieter vom 24.09.2013 seien die Erkenntnisse des geführten Informationsgespräches für alle Bieter zusammengefasst worden. Darüber hinaus seien ergänzende Unterlagen zu der von Professor xxxx erstellten Machbarkeitsstudie vorgelegt worden. Nochmals sei klargestellt worden, dass zu Objekt 1 bereits Planungsleistungen erbracht worden seien und ausschreibungsgegenständlich erst Leistungen ab Entwurf mit allen weiteren Leistungsphasen seien.

Die Antragstellerin habe von ihrer Möglichkeit der Ortsbesichtigung Gebrauch gemacht und den Medienstandort Königlberg intensiv besichtigt und begutachtet. (Besichtigung vom 19.09.2013) Alle Bieter hätten fristgerecht Erstangebote abgegeben. Das Ergebnis der Eröffnung der Erstangebote hätte eine erhebliche Spreizung zwischen den eingereichten fünf Angeboten ergeben.

Am 28.11.2013 seien nochmals Informationsgespräche mit allen Bietern geführt worden. Mit Schreiben vom

07.02.2014 seien die Bieter zu Abgabe des Zwischenangebotes aufgefordert worden. Alle Bieter hätten fristgerecht Letztangebote abgegeben. Die Diskrepanz zwischen den Angebotspreisen der Bieter hätte der Auftraggeber zum Anlass genommen, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen und die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgefordert ihre Preise aufzuklären. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei dieser Aufforderung nachgekommen. Darüber hinaus sei ein Aufklärungsgespräch geführt worden.

Mit Schreiben vom 27.05.2014 sei die Zuschlagsentscheidung auf Basis der gelegten Last and Best Offer nach erfolgter vertiefter Angebotsprüfung bekannt gegeben worden. Der gesamte Beschaffungsprozess sei neben den dargelegten Verhandlungsschritten von der Möglichkeit zur Stellung schriftlicher Fragen an die Kontaktpersonen begleitet gewesen. Die Beantwortung aller Fragen sei in anonymisierter Form allen Bietern mitgeteilt worden. Am Ende des Verhandlungsprozesses sei allen Bietern so auch der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, der Leistungsinhalt, die Grenzen, wann Nachträge gelegt werden könnten, die Vorgaben zur Kalkulation, beziehungsweise auch die Gestaltungsspielräume zur Kalkulation und vor allem alle dem Auftraggeber vorliegende Unterlagen zur gegenständlichen Generalplanerleistungen bekannt gewesen.

Im letzten Verhandlungsgespräch am 04.03.2014 sei allen Bietern die Möglichkeit gegeben worden, alle noch offenen Fragen zu stellen. Spätestens am Ende des Verhandlungsprozesses seien alle Bieter am selben Informationsstand gewesen.

Hinsichtlich der allenfalls fehlenden Antragslegitimation der Antragstellerin wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass einem Bieter das Rechtsschutzinteresse fehlen würde, wenn dieser ein Angebot abgegeben habe, das bei Einsicht in den Vergabeakt offensichtlich richtigerweise auszuschneiden gewesen wäre. Dies gelte auch für den Fall, dass eine formale Ausscheidungsentscheidung nicht getroffen worden sei. Im Rahmen der Angebotsprüfung seien Auffälligkeiten im Last and Best Offer der Antragstellerin vom 10.03.2014 aufgefallen. Da das Angebot der Antragstellerin aufgrund des erheblichen Preisabstandes zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin offenkundig nicht für die Zuschlagsentscheidung in Frage käme, hätte der Auftraggeber jedoch von einer Ausscheidungsentscheidung aufgrund nicht ausgepreister Position abgesehen.

Konkret weise das Angebote der Antragstellerin in den Leistungspositionen 2.3, 3.3 und 18.5 kein Pauschalentgelt aus. In Ermangelung jeglicher diesbezüglicher Angaben sei davon auszugehen, dass diese Leistungen nicht angeboten worden seien. Das Angebot sei daher unvollständig und demgemäß nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. Selbst wenn die Antragstellerin diese Leistungen mit angeboten hätte, hätte sie die Leistungen unter anderen Preispositionen kalkuliert. Auch dies widerspreche den Festlegungen im Procedure letter vom 13.09.2013, wonach eine bewusste, beziehungsweise spekulative Kostenverlagerung von Teilpauschalen in andere Teilpauschalen unzulässig sei und das Ausscheiden des Angebotes zur Folge hätte. Auch in diesem Falle müsse das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden. In jeden Fall liege ein offenkundiger unbehebbarer Mangel vor, der aufgrund der Aktenlage des Verfahrens klar ersichtlich und sohin vom Bundesverwaltungsgericht entsprechend zu berücksichtigen sei. Der Antragstellerin fehle schon deshalb die Antragslegitimation. Konkret weise das Angebote der Antragstellerin in den Leistungspositionen 2.3, 3.3 und 18.5 kein Pauschalentgelt aus. In Ermangelung jeglicher diesbezüglicher Angaben sei davon auszugehen, dass diese Leistungen nicht angeboten worden seien. Das Angebot sei daher unvollständig und demgemäß nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden. Selbst wenn die Antragstellerin diese Leistungen mit angeboten hätte, hätte sie die Leistungen unter anderen Preispositionen kalkuliert. Auch dies widerspreche den Festlegungen im Procedure letter vom 13.09.2013, wonach eine bewusste, beziehungsweise spekulative Kostenverlagerung von Teilpauschalen in andere Teilpauschalen unzulässig sei und das Ausscheiden des Angebotes zur Folge hätte. Auch in diesem Falle müsse das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden. In jeden Fall liege ein offenkundiger unbehebbarer Mangel vor, der aufgrund der Aktenlage des Verfahrens klar ersichtlich und sohin vom Bundesverwaltungsgericht entsprechend zu berücksichtigen sei. Der Antragstellerin fehle schon deshalb die Antragslegitimation.

Hinsichtlich des Vorwurfes der unplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führte die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung zur Aufklärung der Kalkulation aufgefordert worden sei und zu einem diesbezüglichen Aufklärungsgespräch eingeladen worden sei. Im Zuge dieser Aufklärung habe die bereits zum Last and Best Offer angeschlossene Teilkalkulation aufgeklärt werden können, sodass die Angebotskalkulation und die Zusammensetzung des Gesamtpreises auch als plausible, angemessen und betriebswirtschaftlich erklär - und nachvollziehbar einzustufen gewesen wäre. Ein

Ausscheiden der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen vermeintlich nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises sei sohin nicht geboten gewesen.

Zum vermeintlichen Vorwissen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin kein Vorwissen zur gegenständlich ausgeschriebenen Leistung "Generalplanerleistung für Sanierung des Medienstandortes Königlberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" habe. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei auch nicht an der Erstellung irgendwelcher, das gegenständliche Verfahren betreffenden Unterlagen beteiligt gewesen. Der bloße Umstand, dass ein Bieter bereits einmal Auftragnehmer eines Auftraggebers gewesen sei, begründe keinen Ausscheidenstatbestand. Alle Interessenten seien bereits im Procedure letter vom 06.08.2013 auf die Zulässigkeit der Angebotsabgabe durch die Planer im Sanierungsprozess hingewiesen worden. Weder die Antragstellerin noch sonstige Bieter hätten Einwände gegen diese Festlegung erhoben. Auch deshalb sei ein Ausscheiden der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht geboten. In weiterer Folge sprach sich der Auftraggeber gegen die Bestellung eines Sachverständigen aus.

Mit Schriftsatz vom 04.07.2014 wurde vom Auftraggeber eine weitere Beilage vorgelegt.

In einem weiteren Schriftsatz vom 07.07.2014 brachte der Auftraggeber im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber im gegenständlichen Beschaffungsprozess den Bietern weitere Dokumente zugesandt habe. Im Procedure Letter vom 06.08.2013, berichtigt am 22.08.2013, sei unter Punkt 1. (Seite 2) festgelegt worden, dass Sanierungsarbeiten betreffend die Bausubstanz des Objektes 1 beauftragt worden seien und in Ausführung stehen würden und eine Machbarkeitsstudie zur Sanierung des Medienstandortes Königlberg erstellt worden sei. Ausdrücklich sei festgehalten worden, dass der Ersteller der Machbarkeitsstudie als auch die im Sanierungsverfahren involvierten Planer am Beschaffungsprozess teilnehmen könnten und deren spezifischen Vorkenntnisse seien offen gelegt worden.

Unter Punkt 2. (Seiten 3f) sei festgelegt worden, dass Gegenstand der ausgeschriebenen Leistung die Generalplanungsleistungen für die Bestandsanierung des Medienstandortes Königlberg seien, wozu unter anderem auch die Tragwerksplanung bzw. Statik zählen würden. Als Option sei unter anderem die Küchenplanung genannt. Mit der Einladung zur Angebotsabgabe vom 13.09.2013 sei eine umfangreiche Leistungsbeschreibung vorgelegt worden sowie ein umfangreicher Prozessesstandard. Der Leistungsbeschreibung sei unter anderem zu entnehmen, dass alle für das Projekt Sanierung des Medienstandortes Königlberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes erforderlichen Generalplanerleistungen Leistungsgegenstand seien. Dazu würden insbesondere auch die Tragwerksplanung (Statik) zählen, zu der umfangreiche Festlegungen zu den Leitungsphasen Vorentwurf, Entwurf und Einreichplanung/ Behördenverfahren getroffen worden seien, die sich auch auf das Objekt 1 erstrecken würden.

Schon der Einladung vom 13.09.2013 sei unter anderem zu entnehmen, dass geänderte Bauwerkskosten bei gleichbleibender Flächenanzahl zu keiner Entgeltanpassung berechtigen würden und eine bewusste bzw. spekulative Kostenverlagerung von Teilpauschalen in andere Teilpauschalen unzulässig sei. Infolge des mit allen Bietern geführten Informations- und Verhandlungsgesprächs vom 18.09.2013 seien unter anderem die Grenzen eines zulässigen Nachtragsangebotes festgelegt worden. In diesem Zusammenhang sei nochmals klargestellt, dass die Pauschale unabhängig von den tatsächlichen Bauwerkskosten abgerechnet werde. Auch die Machbarkeitsstudie sei vorgelegt worden sowie der ergänzte Rahmenterminplan. Sowohl der Machbarkeitsstudie als auch dem Rahmenterminplan sei zu entnehmen, dass auch das Objekt 1 Gegenstand des Generalplanerauftrages sei, wobei davon das Projekt Standsicherheitssanierung Objekt 1 getrennt sei.

Der Nachreichung vom 02.10.2013, welche die Kostenschätzung des ORF (Kostentafel 33 und 34) enthalten würde, sei auch die Differenzierung in das Projekt Standsicherheitssanierung Objekt 1, Standsicherheitssanierung Objekte 2 bis 9 und Sanierung des Medienstandortes ohne Standsicherheitssanierung zu entnehmen (Kostentafel 33). Der Festlegung vom 20.11.2013 sei die nochmalige Klarstellung zu entnehmen, dass Leistungsgegenstand zunächst alle noch zu erbringenden Leistungsphasen bis zur Schlussfeststellung, das heißt Entwurf bis Projektabschluss (für Objekt 1) und die Erstellung des Vorentwurfes für Objekt 2 bis 9 seien.

Richtigerweise gäbe die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 03.07.2014 wieder, dass die statische Sanierung der Konstruktion sowie bauphysikalische Sanierung der Fassade und des Daches des Objektes 1 nicht Gegenstand der Leistungserbringung seien. Die Antragstellerin unterliege offensichtlich einem Missverständnis im Zusammenhang mit dem Begriff Konstruktion. Es sei zwischen dem Projekt A) "Standsicherheitssanierung Objekt 1, dem Projekt B) "Bestandsanierung ohne Standsicherheitssanierung Objekt 1 und dem in diesem Nachprüfungsverfahren nicht

gegenständlichen Projekt C) "Neubau" zu unterscheiden. Diese Differenzierung sei dem Rahmenterminplan, der Kostentafel 33 und der Leistungsbeschreibung zu entnehmen. Der Begriff Standsicherheitssanierung sei mit der von der Antragstellerin zitierten "statischen Sanierung der Konstruktion" gleichzusetzen. Von dieser Standsicherheitssanierung unterscheide sich jedoch, dass selbstverständlich auch das Objekt 1 noch im Inneren zu sanieren sei (sogenannter Innenausbau) und die diesbezügliche Generalplanung unter anderem auch die Fachplanung Statik erfordere.

Der Leistungsbeschreibung seien klare Vorgaben zur Erstellung der Statik in allen Leistungsphasen zu entnehmen, ohne dass allgemeine Einschränkungen zu Objekt 1 vorgesehen seien. Schon 2.5.1.1 der Leistungsbeschreibung sei unter anderem zu entnehmen "Einarbeitung der durch Dritte erarbeiteten Ergebnisse zu Objekt 1 (1. bis 6. OG sowie die Maßnahmen zur statischen Sanierung der Konstruktion sowie der bauphysikalischen Sanierung der Fassade und des Daches)" bzw. "Erarbeitung von Maßnahmen zur Standsicherheitssanierung der Objekte 2 bis 9 - die Standsicherheitssanierung für die Objekte 2 bis 9 beinhaltet zur bereits durchgeführten Standsicherheitssanierung für Objekt 1 jene Maßnahmen, welche zwingend erforderlich sind, um die Standsicherheit der Objekte 2 bis 9 weiterhin zu gewährleisten."

Unter Vorentwurf Statik werde in Bezug auf Objekte 2 bis 9 auf die notwendige Erarbeitung der Maßnahmen zur Standsicherheit hingewiesen.

Unter 2.5.2.3 "Entwurf Statik" seien zu erbringende Statikleistungen aufgelistet, wobei lediglich Unterposition 4 auf die Objekte 2 bis 9 eingeschränkt sei. Gleiches gelte für die Phase der Einreichplanung/Behördenverfahren. Aus all dem könne ein Bieter schließen, dass selbstverständlich auch für das Objekt 1 ab der Leistungsphase Entwurf Statikleistungen zu erbringen seien, exklusive des bereits durchgeführten Projekts der Standsicherheitssanierung.

Das Missverständnis der Antragstellerin in Bezug auf die statischen Maßnahmen zeige sich auch in Bezug auf das Vorbringen, dass der Rahmenterminplan die Tätigkeit des Generalplaners in Bezug auf Objekt 1 "auf die Planung des Innenausbaus beschränkt ist". Auch die Planung des Innenausbaus für Objekt 1 erfordere Leistungen in Bezug auf die Statik.

Der Leistungsbeschreibung in Punkt 2.6.2 "Fachplanung gewerbliche Küchenplanung und -ausstattung" in Verbindung mit der gesonderten Leistungsverzeichnisposition und der zitierten Festlegung vom 24.09.2013 habe der Bieter entnehmen können, dass als Generalplaner sehr wohl integrative und koordinative Leistungen im Zusammenhang mit der Küchenplanung und -ausstattung erforderlich seien. Diese Leistungen wären anzubieten gewesen.

Der Auftraggeber habe die Antragstellerin nicht zu einem Fehler veranlasst bzw. die Antragstellerin bewusst irregeführt. Das fehlende Angebot für die Statik zu Objekt 1 hätte nicht auffallen können, weil das erste Angebot eine diesbezügliche Leistungsposition noch nicht aufgewiesen habe und ohnehin mit Schreiben vom 20.11.2013 festgelegt worden sei, dass keine Shortlistingentscheidung getroffen werde. Gleiches gelte für die Küchenplanung. Der im ersten Angebot enthaltene Preis von "0" erwecke zumindest den Eindruck, dass die Leistung angeboten worden sei, jedoch nicht gesondert ausgepreist werde. Es sei keine Aufklärung zu diesen Leistungspositionen eingefordert worden. Dies deshalb, weil das Ergebnis der Angebotsprüfung zum Last and Best Offer klargemacht habe, dass das Angebot der Antragstellerin für die Auftragserteilung nicht in Frage komme. In diesem Falle sei eine vertiefte Angebotsprüfung, eine Aufklärung und ein formales Ausscheiden des Angebotes nicht erforderlich.

Auch hätte die Einräumung einer Aufklärungsmöglichkeit nichts daran geändert, dass zu den Leistungspositionen 2.3, 3.3, und 18.5 keine Angaben gemacht worden seien und das Angebot daher offenkundig unvollständig sei. Zur vermeintlich betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbaren Stundenkalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin werde ausgeführt, dass die Preisangemessenheit lediglich den Nachweis erfordere, dass die direkt zuordenbaren Kosten gedeckt seien. Ein üppiger Zuschlag für Gemeinkosten, Risiko oder Gewinn sei nicht geboten. Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei jedenfalls kostendeckend und nicht unterpreisig. Die Zuschlagsempfängerin sei mit der Planung des Projektes A) "Standsicherheitssanierung Objekt 1" beauftragt gewesen. Dies sei seit Juli 2012 allgemein bekannt gewesen. Dies sei ein vom gegenständlichen Projekt B) "Bestandsanierung ohne Standsicherheitssanierung Objekt 1" getrenntes Projekt, sodass in diesem Sinne nicht von Vorarbeiten gesprochen werden könne.

Mit Schriftsatz vom 13.06.2014 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen und führte im Wesentlichen aus, dass die von der Antragstellerin vorgebrachten Gründe für die Rechtswidrigkeit der

Zuschlagsentscheidung nicht vorliegen würden. Nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden dürfe die Qualifikation eines Angebotes als Unterangebot nicht durch den Vergleich mit Preisen anderer Angebote erfolgen. Beruhe die Prüfung der Preisangemessenheit auf dem bloßen Vergleich mit Preisen anderer Mitbewerber, werde dadurch auch das Sachlichkeitsgebot verletzt. Die Antragstellerin würde die Honorarordnung der Architekten dazu heranziehen, um den Gesamtpreis des Bestangebotes als zu niedrig und schlicht nicht erklärbar zu bezeichnen. Es werde darauf hingewiesen, dass die Honorarordnung der Architekten bereits 2006 aufgehoben worden sei. Im Übrigen sei eine Kalkulation nach einer Honorarordnung von dem Auftraggeber auch gar nicht gefordert gewesen. Es sei darauf hingewiesen, dass im Gegensatz zu Bauaufträgen, die sehr stark von Materialpreisen abhängen würden, Angebote von Dienstleistungsaufträgen im Allgemeine bzw. geistig schöpferische Dienstleistungen im Besonderen durchaus oft erhebliche Streuungen aufweisen würden.

Entgegen der Behauptung der Antragstellerin bestünde keine Verpflichtung die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus dem Verfahren auszuschneiden. Die Zuschlagsentscheidung sei demnach auch nicht rechtswidrig. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe keine Vorarbeiten im Sinne § 20 Abs. 5 BVergG durchgeführt. Der ursprüngliche Auftrag an die präsumtive Zuschlagsempfängerin betreffe die bloße Planung der Standsicherheit für Objekt 1 inkl. der Fassade. Die bisherigen Tätigkeiten hätten für die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine Vorteile für die Kalkulation des gegenständlichen Projektes gebracht. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin beantrage, sämtliche Anträge der Antragstellerin abzuweisen. Entgegen der Behauptung der Antragstellerin bestünde keine Verpflichtung die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus dem Verfahren auszuschneiden. Die Zuschlagsentscheidung sei demnach auch nicht rechtswidrig. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe keine Vorarbeiten im Sinne Paragraph 20, Absatz 5, BVergG durchgeführt. Der ursprüngliche Auftrag an die präsumtive Zuschlagsempfängerin betreffe die bloße Planung der Standsicherheit für Objekt 1 inkl. der Fassade. Die bisherigen Tätigkeiten hätten für die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine Vorteile für die Kalkulation des gegenständlichen Projektes gebracht. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin beantrage, sämtliche Anträge der Antragstellerin abzuweisen.

Am 17.07.2014 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem BVwG statt im Zuge derer wie folgt vorgebracht wurde:

R: Warum wurden im last and Best Offer die Positionen 2.3, 3.3, 4.3 und 18.5 nicht ausgepriesen?

AST gibt an, dass die Statik Leistungen nicht Leistungsgegenständlich wären, weil bereits das Projekt der Standsicherheitssanierung durchgeführt wurde. Das ergibt sich aus dem gesamten Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, das beim gegenständlichen Vergabeverfahren keine Leistungen der Tragwerksplanung-Statik für Objekt 1 zu erbringen wären. Dies ergibt sich aus dem Rahmenterminplan wo von Innenausbau die Rede ist. Der Innenausbau umfasst nach allgemeiner Definition nur Maßnahmen die nicht zum Rohbau gehören. Im Gegensatz zur Tragwerksplanung die statisch konstruktiven Maßnahmen umfassen. Es ergibt sich weiters aus der Machbarkeitsstudie von Prof. xxxx . Auch hier ist nur vom Innenausbau die Rede. Hier wird sogar dezidiert auf die bleibenden Elemente, wie Parabet Verkleidungen, Deckenspiegel und Türen hingewiesen. Die Machbarkeitsstudie beschränkt sich auf gestalterische, funktionale Visualisierungen. Das Gebäude 1, Objekt 1, wurde in der Vergangenheit als Büro genützt und soll auch in Zukunft als Büro genutzt werden. Es ergibt sich auch aus dem objektiven Erklärungswert der Leistungsbeschreibung Pkt.2.3, wo dezidiert festgehalten ist, dass keine statisch konstruktive Leistungen zu erbringen sind. Wenn man sich alle Detaillierungen in der Leistungsbeschreibung zu Pkt. 2.3.5 Statik ansieht, so machen diese Leistungen für den Innenausbau überhaupt keinen Sinn. Wenn ein Objekt, wie das gegenständliche, um 25 Millionen Euro einer Standsicherungssanierung unterzogen wird, muss man sich bei den angeführten Teilleistungen die Frage stellen, was hier noch zu erbringen sein wird. Es wäre völlig unwirtschaftlich und darf einem sorgfältigen Auftraggeber nicht unterstellt werden, wenn er zunächst um 25 Millionen Euro die Standsicherheitssanierung durchführt und dann der Auftragnehmer des gegenständlichen Verfahrens nicht mit den vorhandenen Gegebenheiten planen muss. Offensichtlich hat sich der Auftraggeber bei seiner Leistungsbeschreibung an der deutschen HOAI orientiert, weil hier in der Leistungsbeschreibung ganz ähnliche Leistungen wie in der HOAI gefordert werden. In der Abgrenzung zwischen Architekturleistungen zur Tragwerksplanung (Statik) findet man in der Kommentierung bei Locher folgende Abgrenzung:

Diesbezüglich wird auf die Ausführungen im Schriftsatz verwiesen. Wenn nun von der präsumtiven Bestbieterin erstmalig vorgebracht wird, dass die Sanierung der bestehenden Konstruktion nur im Hinblick auf den Erdbebenschutz vorzunehmen war, so ist das unrichtig. Ebenso die Aussage des Hrn. Dipl. Ing. xxxx der als Gegenstand der

Standortsicherheitsanierung nur die Außenhülle definiert. Dies ergibt sich aus dem Sanierungskonzept von Objekt 1 das von xxxx erstellt wurde und den Bietern am 02.10.2013 übergeben wurde. Hier findet sich zusammengefasst im Resümee, dass im Rahmen der Standortsicherheitsanierung die Auflager und Verschleißung der PI-/TT Platten die Verschleißung der Fertigteildeckenelemente und die schadhafte Parabel Träger zu sanieren sind. Weiters sind die Anbindung der Stützen an die restlichen Baukörper sicherzustellen und die Durchdringungen bzw. Fugen in Brandabschnitten fachgerecht abzuschotten. Dies macht auch eine Vielzahl angeführter Folgeleistungen erforderlich, die alle zur Ertüchtigung der Tragwerkskonstruktion dienen, z.B. Abbruch und Neuerstellung der Gipskartondecken, das Herstellen von Durchbrüchen.

Von der AST werden Fotos vorgelegt, welche im Zuge der Begehung angefertigt wurden und welche zeigen, dass die Tragwerkskonstruktion im Rahmen des Standortsicherheitsprojekts für Objekt 1 umfassend saniert wurde. Diese Fotos werden zum Akt genommen.

Hingewiesen wird auf die Leistungsbeschreibung Pkt. 2.5.1.1 wo darauf hingewiesen wird, dass die Standortsicherheitsanierung der Objekte 2-9 analog zur bereits durchgeführten Standortsicherheitsanierung zu Objekt 1 vorzunehmen ist. Die dort genannten statischen Maßnahmen zeigen wiederum, dass das Objekt 1 bereits umfassend saniert wurde. Die Bieter mussten daher davon ausgehen, nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren keine statischen Leistungen zu erbringen sind. Alle Bieter die hier einen Preis angegeben haben, sind nicht ausschreibungskonform. Wie die Auftraggeberin mehrfach im Verhandlungsverfahren hingewiesen hat, dürfen Leistungen nicht in andere Positionen verschoben werden.

R. Mit dem Prozedurelter vom 06.08.2013 wurde ein Auszug des Raum- und Funktion Programm übergeben. In diesem ist von einer Kernsanierung des Objekt 1 die Rede. Ebenso im Verhandlungsgespräch vom 18.09.2013. Erfordert eine solche Kernsanierung statische Leistungen oder kann eine solche Kernsanierung ohne statische Leistungen durchgeführt werden?

xxxx: Nachdem in der Ausschreibung klar definiert ist, dass die Maßnahmen der Standortsicherheitsanierung nicht Gegenstand der Leistung ist, ist davon auszugehen, dass alle statischen Maßnahmen auch für die in Zukunft vorgesehene Kernsanierungen in diesem Leistungspaket, welches vorab beauftragt wurde, inkludiert ist.

R: Kann nach einer Standortsicherheitsanierung abgeschätzt werden, welche Leistungen im Rahmen einer nachfolgenden Kernsanierung zu erbringen sein werden?

Hr. xxxx: Würde man tatsächlich hier zusätzliche Veränderungen der Statik im Zuge des Ausbaus treffen, wäre die Vorgehensweise der Vorabbeauftragung für die Standortsicherheitsanierung ja vollkommen absurd.

R: Unter Hinweis auf Schreiben des Auftraggebers vom 20.11.2013, in welchem sich der Auftraggeber im Wesentlichen vorbehält, Räumlichkeiten anders zu verorten und an technologische Notwendigkeiten anzupassen, ist es ausgeschlossen, dass damit im Zuge des Innenausbaus statische Leistungen notwendig werden?

Hr. xxxx: Ja kann ausgeschlossen werden, da wir uns für die Erfüllung des Raumprogrammes an die Vorgaben der Standortsicherheitsanierung anhalten und die Statik nicht verändern.

R: Erfordert ein Innenausbau statische Leistungen, wenn der Auftraggeber statische Elemente in Folge der geänderten Raumnutzung versetzt haben möchte?

xxxx: Im Rahmen der Parameter des Denkmalschutzes dieses Objektes wären derartige Maßnahmen nicht realistisch.

Hr. xxxx: Die Umsetzung der Machbarkeitsstudie haben wir so verstanden und es wäre widersinnig, wenn man im Nachhinein in die Statik eingreifen würde. Sollte die Statik verändert werden, würde natürlich ein Statiker benötigt werden, aber davon konnten wir in keiner Weise ausgehen.

R: Haben Sie im Zusammenhang mit dieser Statik konkrete Fragen an die Auftraggeberin gestellt?

Hr. xxxx: Nein, weil wir in unserem Abwicklungskonzept, das im Zuge des ersten Angebotes abgegeben wurde, dezidiert beschrieben haben, dass wir für Objekt 1 keine statischen Maßnahmen brauchen. Da dieser logische Ansatz von uns im Zuge der späteren Verhandlungsgespräche vom Auftraggeber nie hinterfragt wurde, weil wir weiters in Sicherheit der Richtigkeit unserer Annahme im Zwischenangebot schon diese besagten Positionen nicht ausgepriesen

haben und in den daran anschließenden Verhandlungsgesprächen in keinsten Form diese Nullpositionen hinterfragt wurden. Wir wurden also durch das gesamte Vergabewesen von Auftraggeber Seite im sicheren Glauben gelassen, dass diese von uns gesetzten, begründeten Annahmen auch richtig sind.

R: Was ist, wenn im Zuge des Innenausbaus eine tragende Wand versetzt werden muss?

Hr. xxxx: Das ist ein Skelettbau mit aussteifenden Elementen, in welche wir nicht eingreifen.

R: Wie kann ausgeschlossen werden, dass in die aussteifenden Elemente eingegriffen werden muss, wenn das Raumkonzept alleinige Aufgabe des Auftraggebers ist?

Hr. xxxx: Genau dies sehen wir als unsere Planungsaufgabe, dies zu erfüllen. Solche Aufgaben ein gewünschtes Raumkonzept in eine bestehende Tragstruktur einzubetten, ist eine gängige und branchenübliche Architekturaufgabe. Insbesondere bei denkmalgeschützten Objekten.

R: Kann es ausgeschlossen werden, dass im Rahmen des Ausbaues tragende Elemente zu versetzen sind, nachdem sich der Auftraggeber jegliche Raumaufteilung vorbehält?

Hr. xxxx: Für den Bauteil 1 sind wir aufgrund der uns zur Verfügung stehenden Unterlagen, insbesondere der Machbarkeitsstudie, davon ausgegangen.

R: Wiederholt die Frage: Kann es ausgeschlossen werden, dass im Rahmen des Ausbaues tragende Elemente zu versetzen sind, nachdem sich der Auftraggeber jegliche Raumaufteilung vorbehält?

Hr. xxxx: Wir haben es aufgrund der Machbarkeitsstudie ausgeschlossen.

R: Leistungsbeschreibung Pkt. 2.5.2.3 unter Pkt 6, Mitwirkung bei der Objektbeschreibung. Ist dies eine zu erbringende Leistung, ebenso wie Pkt. 11 und Pkt. 13?

Hr. xxxx: Zu diesen von Ihnen angesprochenen Punkten werden natürlich im Zuge der Erfüllung des Leistungsbildes Aussagen getroffen, die aber unter Vorgabe des vorher Erklärten vom Generalplaner ohne Beiziehung eines Statikers getroffen werden können.

R: Sind es Leistungen, die einen Arbeitsaufwand erfordern?

Hr. xxxx: Das Mitwirken bei der Objektbeschreibung ist Teil der allgemeinen Berichterstellung und damit Teil der allgemeinen Generalplanerleistungen. Ich verweise auf Pkt. 2.2 und Pkt. 6.

Pkt. 11 wird nicht angeboten, da in die Statik nicht eingegriffen wird.

Pkt. 13 ist das Thema der Standsicherheitsanierung. Diese Leistungen fallen für Bauteil 1 nicht an.

R: Ist es auszuschließen, dass nach einer Kernsanierung, wo das Objekt auf den Zustand eines Rohbaus zurückgeführt wird, Leistungen nach Pkt. 13 anfallen?

Hr. xxxx: Solche Leistungen können anfallen, sind aber im Pkt. 2.2. der allgemeinen Generalplanerleistungen und Pkt. B 25 abgedeckt.

Ergänzt wird zu Ziffer 11: Auch die befinden sich in den allgemeinen Generalplanerleistungen unter Pkt. C3.

R: Vorerst gaben Sie an, dass Pkt. 11 nicht angeboten wird. Nunmehr geben Sie an, dass dies in den Generalplanerleistungen inkludiert sei.

Hr. xxxx: Meine vorher gemachten Angaben stimmen. Ich greife nicht in die Statik ein. Das Thema des wirtschaftlichen Überlegens, dass hier auch fachübergreifend zu sehen ist, wird gemäß dem Leistungsbild 2.2., wie vorher beschrieben, erfüllt.

R: Leistungsbeschreibung 2.5.3.3.- Unter Pkt. 6,7,9 sind dies anzubietende Leistungen bezüglich des Objektes 1?

Hr. xxxx: Auch hier gilt, dass dies für alle Bauteile gilt. Für den Bauteil 1 kommt der Pkt. 7 nicht zur Ausführung, weil wir davon ausgehen, dass die Statik unverändert belassen wird. Der Pkt. 6:

Mitarbeit am Brandschutz ist umfassend im Leistungsbild beschrieben unter Pkt. 2.5.3.6 Brandschutzplanung. Ebenso vergleichbar verhält es sich mit dem Pkt. 9, welcher wiederum im Pkt. 2.2. allgemeine Generalplanerleistungen unter Pkt. B 4 umfasst.

R: Ist es richtig, dass diese Leistungen Arbeitsleistungen bewirken?

Hr. xxxx Für das Thema der Statik fällt dies beim Bauteil 1 nicht an.

R: Leistungsbeschreibung 2.5.4.3.- da fallen mir Pkte 12 und 13 auf. Sind diese anzubieten?

Hr. xxxx: Da gilt das gleiche, wie für das vorher zum Entwurf

2.5.3.3. Pkt. 7 ausgeführt. Der von Ihnen angesprochene Pk. 13 findet sich wieder unter Pkt. 2.2.B 9.

Auftraggeber: Auf Pkt. 2.5.3.3, Ziffer 9 wird verwiesen: Für die Einreichplanung ist ein statischer Nachweis notwendig, der auf die konkrete Planung Bezug nimmt. Ein Rückgriff auf einen Nachweis der Standsicherheitssanierung, der auf den Altbestand Bezug nimmt, genügt nicht.

Zu 2.5.4.3. Zif. 13: Bei Objekt 1 ist jedenfalls mit Erstellung von Durchbrüchen zu rechnen, die entsprechend auch statisch zu berechnen sind. Soweit die Antragstellerin heute darauf verweist, einzelne unter der Statik geforderte Leistungen unter der allgemeinen Position Generalplanung unter 2.2. kalkuliert zu haben, verstößt sie dadurch gegen das allgemeine Verbot der Kostenverlagerung, wie dies im Prozedurelter vom 13.09.2013, Seite 5, festgelegt wurde. Im Übrigen verweise ich auf die Aussage von Dipl. Ing. xxxx in seinem Schreiben vom 14.07.2014, Pkt. 5, wonach auch der Innenausbau statische Leistungen erfordert. So wurde mit Schreiben vom 24.09.2013, Seite 4, ausdrücklich festgehalten, dass die Bürogebäude auf den Rohbau zurückzuführen sind und in Verbindung mit der bereits heute angesprochenem Spielraum des ORF in der Verortung der Räumlichkeiten mussten die Bieter mit statischen Maßnahmen rechnen. Im Übrigen ergeben sich die Anforderungen an die Statik auch für Objekt 1 der heute zitierten Leistungsbeschreibung 2.5.3.3., 2.5.3.4 bzw. 2.5.3.2. Wenn in der Leistungsbeschreibung zu einzelnen Positionen ein ausdrücklicher Bezug auf die Objekte 2-9 zu entnehmen ist, dann ist davon auszugehen, dass die übrigen Positionen für alle Objekte gelten.

Präsumtive Bestbieterin xxxx: Für uns war es klar, dass hier Leistungen anfallen aufgrund der Leistungs- und Maßnahmenbeschreibung. Insbesondere der Umstand, dass hier vollkommen entkernt wird, dementsprechend neue Bodenaufbauten, sprich Nutzlasten zu definieren sein werden bzw. die Haustechnikanlagen zum Teil erneuert werden. Dementsprechend diesbezüglich die geänderten Lasten zu rechnen sein wird bzw. bis hin zu Schalungs- und Bewehrungsplanen für Fundierungen von haustechnischen Anlagen erforderlich sein werden. Es wird ein neues Raum- und Funktionsprogramm umzusetzen sein. Ein diesbezüglicher Vorschlag, ähnlich eines Wettbewerbsprojektes wurde nicht verlangt bzw. kann man auf einem derartigen nicht aufsetzen und dementsprechend können hier Eingriffe bis hin zu Eingriffe in die Stiegenhaus Entkernung, wie z.B. Vergrößerung von Türöffnungen aufgrund erhöhter Personenbelegungen, Fluchtwegs breiten etc. nicht ausgeschlossen werden. Die Verwendung der Bestandsstatik für die zwingend einzureichende Einreichstatik ist leider nicht möglich, da sich sämtliche Nutzlasten ändern und die Baubehörde den Nachweis auf das Bauprojekt bezogen, den aktuellen Nachweis verlangt. Darüber hinaus ist auch aufgrund der Haustechnikleitungen, die zu erneuern sind, was zum Teil parallel zu den bestehenden passieren muss. Dementsprechend wurde hier unsererseits mit einer Vielzahl von Durchbrüchen bzw. Verstärkungsmaßnahmen kalkuliert. Ähnliches wird vermutlich auch im Bereich von Haustechnikschächten geschehen müssen, Wandverstärkungen durch Neuaufhängungen, in den bestehende bzw. es werden auch neue Schächte notwendig werden. Des weiteren, bezogen auf den Innenausbau, ist unser Statiker laufend involviert. Da auch für nicht tragende Zwischenwände Berechnungen und Skizzen oder Zeichnungen erforderlich sind, wie z.B. Standberechnung der Zwischenwand, die Festlegung von Deckenanschlüssen, z.B. Gleitend oder Fest aufgrund von Deckendurch- Biegungen. Denkmalschutz aus unserer Sicht: Die Leistungen werden mit dem Denkmalamt natürlich abgestimmt. Jedenfalls sind statische Maßnahmen aufgrund von Denkmalschutzvorschriften nicht ausgeschlossen.

Zu den Bauprovisorien: Hier werden sicherlich Unterstellungen(Stützungen), Einbringöffnungen in das Gebäude für die Materialeinbringungen notwendig sein. Hier werden Parabete temporär zu entfernen und auszuwechseln sein.

Hr. xxxx: Dies von Hr. xxxx beschriebenen statischen Maßnahmen, sind in dieser Detailliertheit in keinsten Form aus den allen zur Verfügung stehenden Unterlagen abzulesen, sondern viel eher auf einen sehr detaillierten Vorkenntnisstand aufgrund des bestehenden Auftragsverhältnisses zwischen Auftraggeber und präsumtiven Zuschlagsempfänger zurückzuführen. Wenn alle diese vorher beschriebenen statischen Maßnahmen jetzt notwendig wären, ist die Beauftragung und Erarbeitung der Standsicherheitssanierung in Absurdum zu führen. Speziell die Vorkenntnis in Bezug auf die Abstimmung mit dem Denkmalamt lässt hier einen ungerechtfertigten Vorkenntnisstand

vermuten. Betreffend der angesprochenen behördlichen Maßnahmen im Bezug auf statische Leistungen Bauteil 1 verweise ich auf die Bestimmungen der Ausschreibungen, wonach in der Leistungsbeschreibung unter Pkt. 2.3 zu Objekt 1 beschrieben ist, dass die statische Sanierung der Konstruktion derzeit durchgeführt wird und alle hierfür relevanten Unterlagen den Auftragnehmer zur Verfügung gestellt wurden. Es ist davon auszugehen, dass diese zur Verfügung gestellten Unterlagen beschreiben, wo z.B. ein zukünftig statischer Durchbruch möglich ist und wo nicht. Ich beziehe mich hierbei wieder auf die Vorgaben die das Ergebnis einer Standsicherheitssanierung zum Ziel haben muss. Diese Vorgaben werden dann wie wiederholt beschrieben, ohne weitere statische Maßnahmen dem beauftragten Entwurf als Grundlage gesetzt. Außerdem darf ich mich in diesem Zusammenhang auf in die OIB-Richtlinien beziehen die auch in der Bauordnung Eingang gefunden hat, wonach kein Ingenieurbefund, es ist hier von einem statischen Befund die Rede, erforderlich ist. Wenn dem Bauansuchen ein Gutachten beigelegt wird, dass auf Grund der Geringfügigkeit des Bauvorhabens aus statischen belangen keine Gefährdung des Lebens, der Gesundheit von Menschen oder des Eigentums gegeben ist.

R: Ist es technisch nachvollziehbar, dass bei geänderten Nutzlasten eine statische Berechnung notwendig ist:

Hr. xxxx: Es ist der Bauteil 1 jetzt als Büro genutzt und soll er auch in Zukunft die gleiche Nutzung haben. Eine derzeit in Arbeit befindliche Standsicherheitssanierung für diesen Bauteil erscheint nur dann sinnvoll, wenn dieser Standsicherheitssanierung Nutzlasten zugrunde gelegt werden, die auch einer zukünftigen Nutzung entsprechen und die wiederum als Vorgabe für die Aufteilung des neuen Funktionskonzeptes dient. Geänderte Nutzlasten würden eine statische Berechnung erfordern.

R: Sollte sich der ORF dazu entscheiden, im Objekt 1 ein Archiv einzurichten, wäre dies ohne statische Neuberechnung möglich?

Hr. xxxx: Nein.

R: Haben Sie den Auftraggeber um zur Verfügung Stellung von Unterlagen zur Standsicherheitssanierung ersucht?

Hr. xxxx: Nein.

Auftraggeber: Die Standsicherheitssanierung für Objekt 1 erfolgte losgelöst vom gegenständlichen Projekt, weil Gefahr im Verzug bestand und unmittelbar Instandsetzungsmaßnahmen im Bereich der statischen Konstruktion zu setzen waren. Zum Zeitpunkt der Beauftragung der Standsicherheitssanierung gab es noch keine Entscheidung des ORF für die weitere Nutzung des Objektes 1 bzw. des Medienstandortes KÜNIGLBERG. Zu diesem Zeitpunkt konnte nicht einmal eine neue Nutzung durch den ORF mitberücksichtigt werden. Die Standortentscheidung für den KÜNIGLBERG ist erst im Zuge des gegenständlichen Vergabeverfahrens gefallen, was nicht nur medial diskutiert wurde, sondern auch den Bieter mitgeteilt wurde. Daraus folgt, dass eine im Jahr 2012 beauftragte Standsicherheitssanierung nicht die Grundlage für eine Neugestaltung des Objektes 1 sein kann. Die Leistungsbeschreibung enthält allgemeine Leistungspositionen bzw. allgemeine Leistungsanforderungen und konkrete Anforderung, wie im gegenständlichen Fall. Die Position 2.2 der allgemeinen Generalplanerleistungen und 2.5.

Generalplanerleistungen untergliedert in die einzelnen Leistungsphasen und Fachplanungen. Im Hinblick auf diese Strukturierung waren die Bieter verpflichtet unter den konkreten Leistungspositionen ihre diesbezüglichen Leistungsansätze zu kalkulieren und nicht diese konkreten Leistungen in die allgemeine Generalplanerleistungs Position zu verschiebe.

Der R unterbricht um 12:00 Uhr die Verhandlung für eine Pause und setzt die Verhandlung um 12:15 Uhr fort.

R: Was wird mit dem Bandarchiv in Zukunft passieren?

Auftraggeber: Es wird aufgelassen, da in Zukunft keine Bänder mehr verwendet werden. Der Abbruch wurde vom Bundesdenkmalamt auch genehmigt. Das Bandarchiv befindet sich teilweise im Objekt 1, teilweise im Objekt 3 im ersten Obergeschoss.

R: In dem AV des Hr. xxxx vom 25.04.2013 ist festgehalten, dass dieses Bandarchiv abgebrochen werden soll. Wäre ein solcher Abbruch und Neunutzung ohne statische Leistungen möglich?

Hr. xxxx: Grundsätzlich wäre dazu zu sagen, dass diese Fläche mehrheitlich dem Objekt 3 und nicht dem Objekt 1 zuzuordnen ist. Das ein genaues Ergebnis, wie mit dieser Fläche umzugehen ist, erst im Zuge der Leistungserfüllung erfolgen kann, wird ein Abbruch dieser Fläche also aus keiner Sicht fix stattfinden. Das in einem gesamt

Zusammenhang mit den anderen Bauteilen zu sehen ist. Sollte das Ergebnis der Entwurfsarbeit hier tatsächlich einen möglichen Abbruch dieses Bereiches vorsehen, sind die dafür erforderlichen statischen Maßnahmen im Angebot inkludiert. Wenn das Ergebnis des Entwurfes eine Nutzungsänderung dieser Fläche erfährt, so ist davon auszugehen, dass die zukünftigen Nutzlasten für diesen Bereich geringer sind, als jene des bestehenden Archivs. Somit wären keine statischen Berechnungen erforderlich.

Auftraggeber: Der Teil der das Objekt 1 betrifft hat ca 381m² und der dem Objekt 3 zuzuordnende Fläche beträgt ca 1.120m².

R: Sind in einem solchen des Abbruches des Bandarchives, wie mit AV vom 25.03.2013 angedeutet wird, Eingriffe in die Statik des Objektes 1 verbunden?

Auftraggeber: Ja, wir haben das im Schreiben vom 24.09.2013 unter Pkt 4 festgehalten.

R: Welcher Art des Eingriffes in die Statik bei Abbruch des Bandarchives?

Auftraggeber: Dies hängt von der Nutzung ab, die jedoch vorbehalten und noch Gegenstand der Entwurfsplanung ist.

Präsumtive Bestbieterin: Soweit die Antragstellerin angibt, Statik Leistungen betreffend das Bandarchiv hinsichtlich Objekt 1 bereits bei den anderen Bauteilen angeboten zu haben, handelt es sich wiederum um unzulässige Preisverschiebungen im Angebot der Anbieterin.

xxxx: Ich verweise auf die Machbarkeitsstudie, in der vorgesehen wird, dass komplette Bandarchiv abzubrechen und eine neue Bebauung vorzusehen. Diesbezüglich wird vermutlich mit Lasteinleitungen in den Bestand (Objekt 1) zu rechnen sein. Ausgeführt wird, dass die Präsumtive Bestbieterin im Zuge der Standsicherheitsanierung des Objektes 1 keine statische Leistungen und auch keine Abstimmung mit dem Bundesdenkmalamt geleistet hat.

Hr. xxxx: In obigem Erklärungen der Präsumtive Bestbieterin bestätigen den Ansatz, dass davon auszugehen ist, dass diese statische Maßnahmen, z.B. Thema Archiv, so es klarer Wille des Auftraggebers ist, in das Leistungspaket der Standsicherheitsanierung Eingang gefunden hat.

Antragstellerin: Wenn der Auftraggeber, auf das Schreiben vom 24.09.2013 Pkt. 4. Und den darin gemachten Hinweis auf das Bandarchiv verweist, so ist in diesem Punkt weiter zu lesen und heißt es darin "ebenso wurde die statische Ertüchtigung im Objekt 1 gestartet", so dass davon auszugehen ist, dass die statischen Leistungen für das Objekt 1 nicht vom gegenständlichen Leistungsumfang erfasst sind.

R: Warum wurden im Last und Best Offer bauphysikalische Maßnahmen angeboten, wenn im Schriftsatz vom 03.07.2014, Seite 5, davon ausgegangen wurde, dass diese nicht Leistungsgegenständlich seien?

Hr. xxxx: Entgegen der Erörterungen, warum für die statischen Positionen für den Bauteil 1 nichts ausgeführt wurde, ist aber unser Verständnis für die bauphysikalischen Leistungen der Maßen, dass für den Innenausbau (vorgesehene spätere Büronutzung) sehr wohl bauphysikalische Leistungen anfallen, wie z.B. Überprüfung und Planung von Raumakustischen Maßnahmen, die für die Errichtung von Büroarbeitsplätzen essentiell ist.

R: Weshalb wurde im Last und Best Offer Position 18.5 nicht ausgepreist?

Antragstellerin verweist auf die schriftlichen Ausführungen. Ergänzend dazu wird vorgebracht, dass die Fachplanung "Gewerbliche Küchenplanung und Ausstattung" (Pkt. 2.6.2) im Pkt. 2.6 sonstige inkludierte Generalplanerleistungen (in allen Projektphasen) beschrieben wird. Hier wird ausgeführt, dass "nachfolgende Leistungen verstehen sich als Projekt- und Phasenunabhängigen Ergänzungen zu den oben angegebenen Leistungen". Für die Fachplanung, gewerbliche Küchenplanung ist festgehalten, dass die nicht in das Leistungsbild des AN fallen. Die angesprochene Koordination- oder sonstigen Tätigkeiten sind in den Generalplanerleistungen inkludiert. Der Auftraggeber weist hier darauf hin, dass gestalterische, technische und konstruktiv planerische Integration des Projekts zu einem funktionalen, funktionstüchtigen und wirtschaftlichen Ganzen originärer Leistungsinhalt des AN ist und diese Leistungen werden im Pkt 2.6 sonstige inkludierte Generalplanerleistungen in allen Projektphasen gefordert und angeboten.

Auftraggeber: Ich verweise auf das Schreiben des Dip. Ing. xxxx vom 14.07.2014 und ergänzen, dass im ersten Informationsgespräch mit der Antragstellerin vom 18.09.2013 ausdrücklich die Bedeutung hervorgehoben ist, dass der Bauherr der Nutzer ist und für den Nutzer zu planen ist. Daraus ergeben sich die von der Antragstellerin angegebenen Notwendigkeiten, Schnittstellen im Bereich der Küche zu planen, wie z.B. Lüftungsdecken, Abläufe etc. Das findet sich im Pkt. 2.6.2 wieder, wonach die Integration dieser Leistungen optionale Aufgabe des Generalplaners ist. Auch hier gilt

das bereits vom Auftraggeber Eingewandte, nämlich das eine unzulässige Kostenverlagerung seitens der Antragstellerin vorgenommen wurde, von der konkrete geforderten Leistungsposition "Küchenplanung aus Nutzersicht" in Richtung allgemeine Generalplaner Leistungsposition. Dies ist gemäß Prozedureletter vom 13.09.2013 unzulässig.

xxxx: So wie ich es verstanden habe bzw. es in der Ausschreibung steht, wird nach Entscheidung ob eine Küche eingebaut wird ein Fachplaner beauftragt, der die Gerätschaften bzw. das Betreiberkonzept, Verortung der Gerätschaften beistellt und wir das in unsere Planung zu integrieren haben. Es gilt insbesondere für Themen wie Fettabscheider, Lüftungsdecken, eigene Belüftungsanlagen zur Geruchsverschleppung der Abluft, Brandmeldeanlage, Ablaufentwässerungskonzept. Diesbezüglich ist küchentechnisches Fachwissen erforderlich.

Hr. xxxx: Fachplanung, gewerbliche Küchenplanung und Ausstattung. Wie kann man etwas ausfüllen, wenn es nicht Gegenstand der Leistung ist. Ich darf auf den Pkt. 2 der Leistungsbeschreibung hinweisen, wonach der Auftraggeber deutlich und separat anführt, welche Fachbereiche innerhalb des ORF abgedeckt werden und daher nicht in das Leistungsbild des Auftragnehmers fallen. Darunter ist unter anderem eindeutig und unmissverständlich Fachplanung, gewerbliche Küchenplanung/Ausstattung angeführt. Der gleiche Wortlaut findet sich unter Pkt. 18.5 im auszufüllenden Preisblatt, welches der Logik folgend, nicht ausgepriesen wurde. Richtig ist, dass darüber hinaus Schnittstellen und Koordinationaufgaben anfallen, die aber auch in den dafür beschriebenen Punkten der Generalplanerleistungen mitkalkuliert sind. Man kann hier also in keiner Form von einer unzulässigen Verschiebung von Leistungsteilen sprechen.

Antragstellerin: Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers sind die Leistungen der Küchenplanung nicht bei den optionalen Leistungen in Pkt. 2.7 genannt. Sondern in Pkt. 2.6, bei allen sonstigen inkludierten Generalplanerleistungen in allen Projektphasen. Hier weist der Auftraggeber nochmals darauf hin, dass die "Fachplanung, gewerbliche Küchenplanung/Ausstattung", wie sie dann im Leistungsverzeichnis Pkt. 18.5 genannt wird, nicht in das Leistungsbild des AN fallen. Die Leistungen die der AN zu erbringen hat, werden im nachfolgenden Absatz dargelegt und finden sich systematisch in Pkt. 2.6, sonstige inkludierte Generalplanerleistungen, ebenso wie Projektleiter und Planungscoordination, Koordination der Projektprozesse, das Berichtswesen, die Präsentation und Öffentlichkeitsarbeit, Planlauf

etc. . Im Pkt. 2.7. der Leistungsbeschreibung, wo die optionalen

Generalplanerleistungen angeführt sind, ist von der Küchenplanung und der Integration der Küchenplanung überhaupt nicht mehr die Rede.

Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausführt, sie erhält das Betreiberkonzept der Küche und hat dieses in ihrer Planung umzusetzen, so ist das genau "gewerbliche Küchenplanung". Offensichtlich ist das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht ausschreibungskonform. Da nach den Ausführungen von Dipl. Ing. xxxx auch alle anderen Anbieter diese Position ausgefüllt haben, sind auch diese Angebote nicht Ausschreibungskonform und sind entsprechend den eigenen mehrfach wiederholten Festlegungen der Auftraggeberin auszuscheiden. Die vom Generalplaner zu erbringenden Leistungen sind im Rahmen der alle gemeinen Generalplanerleistungen zu erbringen. Offensichtlich wurden hier von den anderen Bietern, Teilleistungen in andere Positionen verschoben.

Antragstellerin verweist auf die Rückfragenbeantwortung Stand 20.09.2013, wonach der Auftraggeber angeführt habe, dass die Fachplanung "gewerbliche Küchenplanung/Ausstattung" nicht leistungsgegenständlich sei. Es findet sich kein Hinweis, dass in dieser Position andere Leistungen auszureisen sind.

Präsumtive Bestbieterin: Es ist unrichtig, dass die Bestbieterin unter Pkt. 18.5 des Leistungsverzeichnisses eine gewerbliche Küchenplanung angeboten hätte. Unter diesem Punkt wurden von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entsprechend den Festlegungen des Auftraggebers vom 24.09.2013 die integrativen Schnittstellenleistungen angeboten.

Auftraggeber: Die Anfragebeantwortung ist Stand 20.09.2013. In diesem Zusammenhang ist das Schreiben vom 24.09.2013 zu lesen, in dem einerseits von der Küchenplanung andererseits von der gewerblichen Küchenplanung, Seite 4 die Rede ist lediglich zu der Fachplanung "gewerbliche Küchenplanung", so wie in der Anfrage klargestellt, dass diese nicht Leistungsgegenstand ist.

Darüber hinaus wurde die korrigierte Leistungsbeschreibung noch am 07.03.2014 übermittelt, den ebenfalls die zitierte Differenzierung in gewerbliche Küchenplanung/Fachplanung einerseits und gestalterische, technische, planerische Integration der gewerblichen Küchenplanung andererseits zu entnehmen ist.

Antragstellerin: Die Ausführungen der präsumtiven Bestbieterin bestätigen die von ihr vorgenommene unzulässige Verschiebung, wenn sie hier ausführt, dass in der Position 18.5 die integrativen Generalplanerleistungen angeboten wurden. In Pkt. 18.5 war die Fachplanung, gewerbliche Küchenplanung/Ausstattung anzubieten.

II. Das Bundesgericht hat erwogen:römisches zwei. Das Bundesgericht hat erwogen:

I. Feststellungen (Sachverhalt):römisches eins. Feststellungen (Sachverhalt):

Der Auftraggeber hat den gegenständlichen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorhergehender Bekanntmachung im Oberschwellerbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte in der Online-Ausgabe des Lieferanzeigers am 05.08.2013 und in der Druckausgabe des Lieferanzeigers (Kurzinfor) am 07.08.2013. Die Bekanntmachung in der EU wurde am 02.08.2013 abgesandt und am 20.08.2013 in der EU bekannt gemacht.

Beilage./FF der Ausschreibung "Angebotsformular last and best offer betreffend Suche eines Generalplanes für den Medienstandort Küniglberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" lautet auszugsweise:

"1. Leistungsverzeichnis

Die im Folgenden auszupreisenden Leistungen (Hervorhebung durch Senat) sind im Punkt 2.5 und im Punkt 2.6 (Hervorhebung durch Senat) Leistungsbeschreibung (Beilage./H) im Detail beschrieben und werden unter Berücksichtigung des procedure letter vom 13.09.2013, der ergänzenden Festlegungen vom 24.09.2013, 02.10.2013, 16.10.2013, 20.11.2013, 29.11.2013 und 11.12.2013 wie folgt angeboten:"

Im Procedure Letter vom 13.09.2013 wird auszugsweise festgelegt wie folgt:

Eine bewußte bzw spekulative Kostenverlagerung von Teilpauschalen in andere Teilpauschalen ist unzulässig und hat das Ausscheiden des Angebotes zur Folge (Seite 5).

Die ergänzenden Festlegungen vom 24.09.2013 lauten auszugsweise wie folgt:

"10. Zum Objekt 1

Hiezu wurden bereits Planungsleistungen erbracht.

Ausschreibungsgegenständlich sind Leistungen ab Entwurf mit allen weiteren Leistungsphasen (Hervorhebung durch Senat) (vgl. Seite 13 Leistungsbeschreibung). Der AN baut auf die Leitdetails Dritter auf."Ausschreibungsgegenständlich sind Leistungen ab Entwurf mit allen weiteren Leistungsphasen (Hervorhebung durch Senat) vergleiche Seite 13 Leistungsbeschreibung). Der AN baut auf die Leitdetails Dritter auf."

Beilage./H der Ausschreibungsunterlagen "Leistungsbeschreibung Generalplanerleistungen" lautet auszugsweise wie folgt:

"2.3. Objekt 1

Die statische Sanierung der Konstruktion sowie die bauphysikalische Sanierung der Fassade und des Daches des Objektes 1 werden derzeit durchgeführt und sind somit nicht Gegenstand der Leistungserbringung. Alle hierfür relevanten Unterlagen werden dem AN zur Verfügung gestellt.

Ergänzend hierzu wird im Objekt 1 für 1 bis zum 6 Obergeschoß durch den AG eine Vorplanung vorgearbeitet. Die Leistungen des Auftragnehmers setzen somit für das Objekt 1 in den Geschoß 1- 6 mit dem Entwurf an (Hervorhebung durch Senat).

2.5.2.3 Statik

1. Erarbeiten der Tragwerkslösung unter Beachtung der integrierten Fachplanungen bis zum konstruktiven Entwurf mit zeichnerischer Darstellung, einschließlich der dafür erforderlichen Vorbemessung der maßgeblichen Konstruktionselemente, Fundamente, Gründungsmaßnahmen etc. samt Nutzlastenaufstellung und technischen Erläuterungen im Maßstab 1:100 oder 1:50.

2. Überschlägige statische Berechnung und Bemessung der maßgeblichen Konstruktionselemente, Fundamente etc. samt den erforderlichen Lastaufstellungen, aufbauend auf dem Vorentwurf.
3. Grundlegende Festlegungen konstruktiver Details und Hauptabmessungen des Tragwerks, z.B. Festlegung der tragenden Querschnitte und Bauwerksfugen. Ausbildung der Auflager- und Knotenpunkte sowie der Verbindungsmittel.
4. Erarbeitung von Maßnahmen zur Standsicherheitssanierung der Objekte 2-9.
5. Erarbeitung von Maßnahmen zur Erdbebenertüchtigung
6. Mitwirken bei der Objektbeschreibung.
7. Richtwerte und Materialangaben, evtl. besondere Herstellungsanweisungen.
8. Durcharbeiten des Planungskonzeptes für die endgültige Lösung und Integrieren der Leistungen anderer an der Planung fachlich Beteiligter zu einer integrierten Gesamtplanung, erforderlichenfalls Ausarbeitung von Alternativen.
9. Im Rahmen des Konstruktionsentwurfes sind Baublöcke und Dehnfugen zu definieren. Die Wahl der Tragsysteme und die Baumaterialien sind anzuführen.
10. Wesentliche Konstruktionsdetails (z.B. Trägerabmessungen, Aussparungen, Fugen, Auflager- und Knotenpunkte, Dehnfugen, Setzungsfugen, Materialgüten etc.) sind maßstäblich als Grundlage für die Entscheidungsfindung und für die Kostenplanung darzustellen.
11. Erarbeiten von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen und Vergleich mit Alternativen.
12. Darstellung von Varianten zum Tragsystem mit Kostenangaben.
13. Statische Untersuchung von Bauzuständen und Bauprovisorien.

2.5.3.3 Statik

1. Aufstellen und Ergänzen bis zur statischen Vorbemessung für die wesentlichen Bauteile des Tragwerks unter Berücksichtigung der bauphysikalischen Anforderungen.
2. Adaptieren des Konstruktionsentwurfes und Zusammenstellen der Unterlagen der Tragwerksplanung zur baubehördlichen Genehmigung.
3. Erarbeiten aller statischen-konstruktiven Leistungen, die zur Erlangung aller behördlich notwendigen Genehmigungen erforderlich sind. Dies sind insbesondere:
 - a) Prüffähige, statische Vorbemessung für die wesentlichen Bauteile des Tragwerks unter Berücksichtigung von bauphysikalischen und schwingungstechnischen Aspekten
 - b) Adaptierung des Konstruktionsentwurfes und Zusammenführen der Unterlagen Tragwerksplanung für die behördlichen Genehmigungen
4. Erarbeitung von Maßnahmen zur Standsicherheitssanierung der Objekte 2-9.
5. Erarbeitung von Maßnahmen zur Erdbebenertüchtigung
6. Mitarbeit an der Festlegung zum baulichen Brandschutz.
7. Statische Berechnung und zeichnerische Darstellung für Bauhilfsmaßnahmen und Bauzustände.
8. Erstellung des Ingenieurbefundes auf Basis der Merkblätter der MA37S idgF als Beilage zum Baubewilligungsansuchen.
9. Durchführung aller für die baubehördlichen Bewilligungen erforderlichen Erhebungen, Verhandlungen mit den zuständigen Behörden und Ausarbeitung aller dafür notwendigen Unterlagen.

2.5.4.3 Statik

1. Durcharbeiten der Ergebnisse der vorhergehenden Planungsleistungen unter Beachtung der in die Objektplanung integrierten Fachplanungen, Aufstellen der detaillierten statischen Berechnung der tragenden Bauteile.
2. Anfertigen der Schalpläne auf Grundlage der Ausführungspläne

3. Zeichnerische Darstellung der Konstruktionen mit Einbau- und Verlegeanweisungen, z.B. Bewehrungspläne, Stahlbaupläne, Holzkonstruktionspläne (keine Werkstattzeichnungen für Stahl- und Holzbau).
4. Aufstellen detaillierter Stahl- oder Stücklisten als Ergänzung zur zeichnerischen Darstellung der Konstruktionen samt Stahlmengenermittlung.
5. Erstellen von Arbeitsanweisungen wie z.B. von Spannanweisungen für Spannbetonkonstruktionen.
6. Die Ausführungs- und Detailzeichnungen sind in einer vollständigen, normgemäßen Form zu erarbeiten, die eine Ausführung des Bauwerkes ohne Rückfragen ermöglicht.
7. Erarbeitung von Maßnahmen zur Standsicherheitssanierung der Objekte 2-9.
8. Erarbeitung von Maßnahmen zur Erdbebenertüchtigung
9. In den Leistungen ist auch die statische und konstruktive Bearbeitung sowie dynamische Berechnung allenfalls erforderlicher Maschinenfundamente enthalten.
10. Beratung des AG in wirtschaftlicher Beziehung für Leistungen, die von anderer Seite erbracht werden, einschließlich Hilfeleistung bei der Vergabe der zugehörigen Arbeiten, bei Abschluss der Verträge, bei Nachprüfung von Ausführungsvorschlägen bzw. Varianten.
11. Prüfen und Anerkennen von Berechnungen und Planungen, die durch Dritte (z.B. ausführende Unternehmen) aufgestellt worden sind, auf Ihre Übereinstimmung bzw. Verträglichkeit mit der eigenen Ausführungsplanung.
12. Statische Berechnung und zeichnerische Darstellung für Bauhilfsmaßnahmen und Bauzustände.
13. Planerische Abstimmung, Koordination und Bearbeitung von nachträglich erforderlichen Durchbrüchen und Bohrungen in tragenden Bauteilen und Nachführen der Planung.

2.6. Sonstige inkludierte Generalplanerleistungen

Die Erbringung der gegenständlichen Leistungen in einzelnen Phasen ist in Abstimmung mit dem AG und dessen Stellvertretenden Dritten wie der Projektsteuerung durchzuführen.

2.6.2 FACHPLANUNG GEWERBLICHE KÜCHENPLANUNG UND -AUSSTATTUNG

Diese Leistungen werden separat ausgeschrieben oder durch Fachbereiche innerhalb des ORF abgedeckt und fallen daher nicht in das Leistungsbild des AN.

Die gestalterische, technische und konstruktiv-planerische Integration aller Anlagenteile des Projektes - auch unter Berücksichtigung der Planungsleistungen Dritter - zu einem funktionalen, funktionstüchtigen und wirtschaftlichen Ganzen ist originärer Leistungsinhalt des AN.

Ebenso obliegt dem AN die terminliche Integration und Koordination der gewerblichen Küchenplanung/-ausstattung in die vom AN zu erstellende Ablaufplanung (Mitwirkung Generalablaufplanung, Ablaufplanung der Planung und Ausführung, Terminkontrolle etc.). (Hervorhebungen durch Senat)

Die Planung beinhaltet die Bereiche der Küchentechnik, die gastronomischen Einrichtungen, sämtliche dafür erforderliche Kühl- und Lagerflächen sowie alle notwendigen technischen Ausstattungen für sämtliche Planungsphasen."

Der Beilage "Raum- und Funktionsprogramm I" zum procedure letter vom 06.08.2013 ist auszugsweise zu entnehmen:

Die zwingend notwendige Standsicherheitssanierung des Haupthauses am Königlberg wird in die weiteren Teilschritte der Standortuntersuchung integriert. Es muss sichergestellt werden, dass in den drei Sanierungsphasen des Objekts 1 von einer reinen statischen Ertüchtigung auf eine nachnutzungsorientierte Kernsanierung und Entwicklung einer modernen, prozess- und kommunikationsfordernden Raumkonzeption adaptieren werden kann (Hervorhebung durch Senat).

Die Tagesordnung für Informationsgespräch von 18.09.2013 mit der Antragstellerin lautet auszugsweise wie folgt:

"3. Fragen Bieter

...

Objekt 4 und Bandarchiv dürfen entkernt werden (informelle Zusage BDA)

...

Objekt 1 bereits Vorentwurf. Erst ab Entwurf durchzuführen."

(Hervorhebung durch Senat)

...

Saniert werden Verteilungswege/leitungen

Bürogebäude auf Rohbau zurückführen und neuer Ausbau

...

Die ergänzenden Festlegungen vom 20.11.2013 lauten auszugsweise wie folgt:

...

Innerhalb dieses langen Projektzeitraumes ist zwingen einzukalkulieren und zu berücksichtigen, dass es zu technologischen Änderungen kommen wird. Ebenso wird es erfahrungsgemäß bei dieser Projektdauer zu Änderungen der Nutzeranforderungen/Bauherrn kommen

[...]

Trotz dieser Änderungen aufgrund der zu erwartenden technologischen Fortschritte und der geänderten Verortung und Qualitäten einzelner Funktionen/Räumlichkeiten sind diese Änderungswünsche in die anzubietenden Honorarpauschalen einzukalkulieren;

[...] Zu der ausgeschriebenen Basisleistung zählen ausschließlich alle noch zu erbringenden Leistungsphasen bis zur Schlussfeststellung (dh. Entwurf bis Projektabschluss) für Objekt 1

[...]

... und es zu laufenden technischen Änderungen in der Verortung der diversen Räume/Verwendungsbereiche kommen wird (Erfahrung des ORF aus vergleichbaren Projekten zeigen, dass mit umfangreichen Änderungen zu rechnen ist) (Hervorhebung durch Senat)... (Seite 6).

Fest steht, dass die Antragstellerin in Beilage ./FF "Angebotsformular last and best offer betreffend Suche eines Generalplaners für den Medienstandort Königligberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" in Punkt 1. "Leistungsverzeichnis" die auszupreisenden Leistungen der PosNr 2 "Entwurf iZsh mit Sanierung Objekt 1 Medienstandort Königligberg" die PosNr 2.3 "Statik", der PosNr 3 "Einreichplanung, Behördenverfahren iZsh mit Sanierung Objekt 1 Medienstandort Königligberg" die PosNr 3.3 "Statik", in der PosNr 4 "Ausführungs- und Detailplanung iZsh mit Sanierung Objekt 1 Medienstandort Königligberg", die PosNr 4.3 "Statik" und in der PosNr 18 "Optionale Generalplanerleistungen iZsh mit Sanierung Bestand Medienstandort Königligberg" die PosNr 18.5 "Fachplanung Gewerbliche Küchenplanung und- Ausstattung" nicht ausgepreist hat.

Fest steht, dass hinsichtlich Objekt 1 ausschreibungsgegenständlich die Generalplanerleistungen, beschrieben in Punkt 2.5 und 2.6 der Leistungsbeschreibung im Zusammenhang mit dem Innenausbau nach Rückführung des Gebäudes auf den Zustand eines Rohbaus und der Fachplanung gewerblicher Küchenausbau- und Ausstattung sind.

Fest steht weiters, dass die Antragstellerin die Positionen (2.3, 3.3 und 4.3 des Leistungsverzeichnisses) nicht als leistungsgegenständlich (vertragsgegenständlich) angesehen hat und diese auch nicht angeboten hat. (Schriftsatz der Antragstellerin vom 03.07.2014, Seite 3, 4 und 7; Aussage in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift, Seite 3).

Fest steht, dass die Antragstellerin die Position 18.5 des Leistungsverzeichnisses nicht angeboten hat (Schriftsatz der Antragstellerin vom 03.07.2014, Seite 5).

Fest steht für den Senat weiters, dass die Antragstellerin diese Positionen (2.3, 3.3, 4.3 und 18.5) auch nicht unter den allgemeinen Generalplanerleistungen gem. Punkt 2.2 der Leistungsbeschreibung angeboten hat.

Fest steht für den Senat, dass die vorgenannten Leistungspositionen von den Bietern und damit auch von der Antragstellerin nach den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses und den sonstigen Unterlagen des Vergabeverfahrens zwingend anzubieten waren.

Das Angebot der Antragstellerin wurde nicht ausgeschieden und das Vergabeverfahren nicht widerrufen.

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. Der Umstand, dass die Antragstellerin die Leistungspositionen 2.3, 3.3, 4.3 und 18.5 als nicht vertrags- bzw. ausschreibungsgegenständlich angesehen hat, ergibt sich aus deren Schriftsatz vom 03.07.2014 und dem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung (Seite 3 der Verhandlungsschrift). Die Antragstellerin konnte nicht nachvollziehbar darlegen, dass der Innenausbau des Objektes 1 nach Kernsanierung keine statischen Maßnahmen erfordern würde.

Den Ausführungen von Herrn xxxx, dass alle statischen Maßnahmen auch für die zukünftig vorgesehene Kernsanierung in dem Leistungspaket der Standsicherheitssanierung des Objektes 1 inkludiert seien (Seite 5 Verhandlungsschrift), kann nicht gefolgt werden, zumal sich einerseits der Auftraggeber die jederzeitige Änderung der Raumaufteilung und Nutzung der Räume, insbesondere in Objekt 1, vorbehalten hat und überdies Herr xxxx bestätigte, dass der Auftraggeber nicht um Zurverfügungstellung von Unterlagen bezüglich der Standsicherheitssanierung des Objektes 1 aufgefordert wurde (Seite 9 Verhandlungsschrift). Dies bedeutet aber, dass die Antragstellerin bei fachkundiger Betrachtung der Umstände nicht davon ausgehen durfte, dass sämtliche statische Leistungen im Zusammenhang mit dem Innenausbau des Objektes 1 bereits im Zuge der Standsicherheitssanierung des Objektes 1 erbracht worden wären, da sie keine detaillierte Kenntnis der ausgeführten Arbeiten besaß und damit auch nicht nachvollziehbar davon ausgehen konnte, dass die Statikleistungen bezüglich Objekt 1 bereits erbracht wurden.

Nachvollziehbar sind die Ausführungen des Auftraggebers, dass zum Zeitpunkt der Beauftragung der Standsicherheitssanierung des Objektes 1 der Auftraggeber noch keine Entscheidung für die weitere Nutzung des Objektes 1 bzw. des Medienstandortes Königlberg getroffen hat, zumal die Standortentscheidung für den Königlberg erst im Laufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens getroffen wurde. Dieser Umstand ergibt sich aus dem Verfahrensakt, aber auch aus der in diesem Zusammenhang stattgefundenen medialen Berichterstattung, sodass die Ausführungen der Antragstellerin, dass sie davon ausgehen konnte, dass sämtliche statische Leistungen bezüglich Objekt 1 bereits durchgeführt wären, nicht objektiv nachvollzogen werden können.

Gegen die diesbezügliche Ausführungen der Antragstellerin (keine statischen Leistungen bei Innenausbau Objekt 1) spricht auch der Umstand, dass Herr xxxx auf die Fragen des Gerichts bezüglich statischer Leistungen nach Standsicherheitssanierung ausweichend antwortete und sich immer auf das Thema der Standsicherheitssanierung zurückzog (Seite 5 Verhandlungsschrift). Auch bestätigte Herr xxxx, dass die Antragstellerin im gesamten Vergabeverfahren keine Fragen bezüglich der Statik des Objektes 1 an den Auftraggeber richtete. Auch die Frage des Gerichts, ob statische Maßnahmen erforderlich wären, wenn aussteifende Elemente im Zuge des Innenausbaus versetzt werden sollen, wurde von Herrn xxxx, trotz mehrmaliger Wiederholung der Frage durch das Gericht nicht beantwortet, sondern im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin von einem solchen Erfordernis nicht ausgegangen ist.

Konkret angesprochen auf einzelne Leistungspositionen (2.5.2.3, 2.5.3.3 und 2.5.4.3 Leistungsbeschreibung), zog sich Herr xxxx auf die Argumentation zurück, dass die einzeln angesprochen Leistungen im Zuge der Standsicherheitssanierung bereits erbracht sind (obwohl die Antragstellerin nachweislich keine näheren Informationen bezüglich der Standsicherheitssanierung des Objektes 1 haben konnte, da sie diesbezüglich keine näheren Informationen einforderte) bzw., dass diese in den angebotene Generalplanerleistungen inkludiert wären. Dies widerspricht den bisherigen Ausführungen der Antragstellerin, dass die Antragstellerin sämtliche statische Leistungspositionen als nicht vertrags- oder leistungsgegenständlich angesehen hat und kann nur als Schutzbehauptung angesehen werden.

Dagegen sind die Ausführungen des Auftraggebers nachvollziehbar, dass für eine Einreichplanung ein statischer Nachweis erforderlich ist, der sich nicht auf den Altbestand beziehen kann und die Bieter auf Grund des Spielraumes

des Auftraggebers im Zusammenhang mit der Verortung und Nutzung der Räumlichkeiten mit statischen Eingriffen rechnen mussten.

Auch das Vorbringen der präsumentiven Zuschlagsempfängerin durch Herrn xxxx, dass in Folge der Entkernung des Objektes 1 insbesondere neue Bodenaufbauten, sprich Nutzlasten zu definieren sein werden bzw. Haustechnikanlagen zum Teil erneuert werden müssen und auch Stiegenhaus Entkernungen, die Vergrößerung von Türöffnungen aufgrund erhöhter Personenbelegungen, Fluchtwegsbreiten etc. nicht ausgeschlossen werden können, welche statischer Leistungen bedürfen, ist nachvollziehbar.

Auch diesem Vorbringen wurde von Herrn xxxx nicht nachvollziehbar entgegengetreten, sondern wiederum im Wesentlichen auf die durchgeführte Standsicherheitsanierung des Objekt 1 verwiesen.

Herr xxxx gestand zu, dass zB. die Errichtung eines Archivs im Objekt 1 ohne statische Leistungen nicht zulässig wäre.

Hinsichtlich der Frage des Gerichts ob der Abbruch des Bandarchives (befindet sich zu einem Teil in Objekt 1) ohne statische Maßnahmen möglich wäre, führte Herr xxxx im Wesentlichen aus, dass für den Fall des Abbruches die statischen Leistungen im Angebot inkludiert wären, ohne dies zu präzisieren.

Bezüglich der Position 18.5 des Leistungsverzeichnisses führte die Antragstellerin erstmals im Schriftsatz vom 15.07.2014 und in der Verhandlung aus, dass die in Punkt 2.6.2 der Leistungsbeschreibung genannten Generalplanerleistungen in dem Angebot der Antragstellerin eingepreist wären, ohne dies näher zu konkretisieren. Das diesbezügliche Vorbringen ist widersprüchlich und wenig glaubhaft, sodass der Senat davon ausgeht, dass die Leistungen, welche in Punkt

2.6.2 der Leistungsbeschreibung umschrieben sind, nicht angeboten wurden.

Nachvollziehbar war die Aussage von Herrn xxxx, dass Themen wie Fettabscheider, Lüftungsdecken, Belüftungsanlagen, Ablaufentwässerungskonzept vom Aufgabenbereich des Generalplaners gem. Punkt 2.6.2 der Leistungsbeschreibung umfasst sind. Auch von Herrn xxxx wurde bestätigt, dass es Schnittstellen und Koordinationsaufgaben gibt, welche in der Generalplanerleistung mitkalkuliert worden wären (Seite 11 Verhandlungsschrift).

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages.

Für das gegenständliche, beim Bundesverwaltungsgericht am 06.06.2014 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahrens sind die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 128/2013 maßgeblich, sodass sich das Rechtsschutzverfahren nach den mit 01.01.2014 novellierten Bestimmungen des vierten Teiles des BVergG richtet (§ 345 Abs. 17 Z. 3 und 4 BVergG). Für das gegenständliche, beim Bundesverwaltungsgericht am 06.06.2014 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahrens sind die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, maßgeblich, sodass sich das Rechtsschutzverfahren nach den mit 01.01.2014 novellierten Bestimmungen des vierten Teiles des BVergG richtet (Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3 und 4 BVergG).

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.

Entgegen der Rechtsansicht des Auftraggebers ist der Auftraggeber, dessen Gebahrung gemäß § 31a Abs. 1 ORF-G (Verfassungsbestimmung) ausdrücklich der Kontrolle des Rechnungshofes unterstellt ist, ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG. Als öffentlicher Auftraggeber unterliegt er dem persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes in der jeweils geltenden Fassung und hat die Vergabe von Leistungen grundsätzlich nach dem

vergaberechtlichen Regime vorzunehmen. Diesbezüglich wird auf die rechtskräftigen Entscheidungen des Bundesvergabeamtes (27.09.2012, F/0005-BVA/02/2012-28; F/0006-BVA/02/2012; 14.12.2013, F/0004-BVA/11/2013-15) und die rechtskräftige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG 04.02.2014, W138 200177-1/27E) verwiesen. Die Rechtskraft dieser Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes bleibt auch durch die Anhängigkeit von Beschwerdeverfahren beim VwGH unberührt. Die Ausführungen des Auftraggebers zur Frage der öffentlichen Auftraggebereigenschaft des Auftraggebers konnten zu keiner anderen Beurteilung als in den vorangeführten rechtskräftigen Entscheidungen des BVA und des BVwG führen, zumal keinerlei wesentliche Neuerungen vorgebracht wurden. Entgegen der Rechtsansicht des Auftraggebers ist der Auftraggeber, dessen Gebahrung gemäß Paragraph 31 a, Absatz eins, ORF-G (Verfassungsbestimmung) ausdrücklich der Kontrolle des Rechnungshofes unterstellt ist, ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Als öffentlicher Auftraggeber unterliegt er dem persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes in der jeweils geltenden Fassung und hat die Vergabe von Leistungen grundsätzlich nach dem vergaberechtlichen Regime vorzunehmen. Diesbezüglich wird auf die rechtskräftigen Entscheidungen des Bundesvergabeamtes (27.09.2012, F/0005-BVA/02/2012-28; F/0006-BVA/02/2012; 14.12.2013, F/0004-BVA/11/2013-15) und die rechtskräftige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG 04.02.2014, W138 200177-1/27E) verwiesen. Die Rechtskraft dieser Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes bleibt auch durch die Anhängigkeit von Beschwerdeverfahren beim VwGH unberührt. Die Ausführungen des Auftraggebers zur Frage der öffentlichen Auftraggebereigenschaft des Auftraggebers konnten zu keiner anderen Beurteilung als in den vorangeführten rechtskräftigen Entscheidungen des BVA und des BVwG führen, zumal keinerlei wesentliche Neuerungen vorgebracht wurden.

Der Senat kommt daher zusammengefasst zu dem Ergebnis, dass der Auftraggeber öffentlicher Auftraggeber ist und somit bei sämtlichen Beschaffungen von Leistungen dem Vergaberechtsregime unterliegt.

Entsprechend den unbestrittenen Angaben handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Dienstleistungsauftrag, der in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorangehender Bekanntmachung an den Bestbieter vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z. 2 BVergG, sodass von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist. Entsprechend den unbestrittenen Angaben handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Dienstleistungsauftrag, der in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorangehender Bekanntmachung an den Bestbieter vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbericht und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG.

Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs. 1 und 2 BVergG iVm Art. 14 b Abs. 2 Z. 1 lit. e B-VG gegeben. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14, b Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben.

Da das Vergabeverfahren weder widerrufen, noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gemäß § 312 Abs. 2 Z. 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da das Vergabeverfahren weder widerrufen, noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs. 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs. 1 Z. 1 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs. 2 BVergG liegt daher nicht vor. Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt daher nicht vor.

Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagerteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet (Z. 1) und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Z. 2). Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagerteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet (Ziffer eins,) und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Ziffer 2.).

Gemäß § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl der Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl der Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden.

Gemäß ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden, sowie des Verwaltungsgerichtshofes ist einem Bieter die Antragslegitimation abzusprechen, wenn sein Angebot zwingend auszuschneiden gewesen wäre (siehe dazu auch die bei Thienel im Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 320 RZ 49 zitierte Rechtsprechung). Der Verwaltungsgerichtshof sprach wiederholt aus, dass die Nachprüfungsbehörde befugt, und gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet ist, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG zulässig ist, zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (Siehe dazu grundlegend VwGH 18.03.2009, 2007/04/0059). Gemäß ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden, sowie des Verwaltungsgerichtshofes ist einem Bieter die Antragslegitimation abzusprechen, wenn sein Angebot zwingend auszuschneiden gewesen wäre (siehe dazu auch die bei Thienel im Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 320, RZ 49 zitierte Rechtsprechung). Der Verwaltungsgerichtshof sprach wiederholt aus, dass die Nachprüfungsbehörde befugt, und gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet ist, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zulässig ist, zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (Siehe dazu grundlegend VwGH 18.03.2009, 2007/04/0059).

In diesem Erkenntnis präzisierte der VwGH diese Rechtsfrage dahingehend, dass der Nachprüfungsantrag eines Bieters, der ein mangelhaftes Angebot gelegt hat, nur dann als unzulässig zurückgewiesen werden kann, wenn der Mangel unbehebbar ist oder trotz eines vom Auftraggeber erteilten Verbesserungsauftrages nicht behoben worden ist. Die Vergabekontrollbehörde hat - auch aufgrund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bietern (nur dann) als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre.

Diese - vom VwGH aufgestellten - Voraussetzungen zur Prüfung der Antragslegitimation liegen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor, da das Angebot der Antragstellerin einen wesentlichen (unbehebbarer) Mangel aufweist, der sich bereits aus der Aktenlage ergibt und deshalb zwingend zum Ausscheiden hätte führen müssen.

Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und in Folge dessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0135; dem folgend unter anderem BVA vom 16.04.2008 N/0029-

BVA/09/2008-27 = ZVB 2008, 209 [Hacken]).

Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl. EUGH vom 25.04.1996, Rs C 87/94 wallonische Busse, RN89). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl. EUGH vom 25.04.1996, Rs C 87/94 wallonische Busse, RN89).

Bei der Erstellung der Angebote sind die Bieter auch im Verhandlungsverfahren an die Ausschreibung gebunden und dürfen davon nicht abweichen (BVA vom 16.08.2012, N/0070-BVA/10/2012-39 mit weiteren Nachweisen; BVA vom 14.12.2012, N/0102-BVA/09/2012-46). Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder ergänzt, noch geändert werden. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EUGH vom 22.06.1993 Rs C-243/89, Kommission/Dänemark). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (unter anderem BVA vom 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg), BVergG-Leitsatzkommentar E 53 zu § 321). Bei der Erstellung der Angebote sind die Bieter auch im Verhandlungsverfahren an die Ausschreibung gebunden und dürfen davon nicht abweichen (BVA vom 16.08.2012, N/0070-BVA/10/2012-39 mit weiteren Nachweisen; BVA vom 14.12.2012, N/0102-BVA/09/2012-46). Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder ergänzt, noch geändert werden. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EUGH vom 22.06.1993 Rs C-243/89, Kommission/Dänemark). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (unter anderem BVA vom 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg), BVergG-Leitsatzkommentar E 53 zu Paragraph 321,).

Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15.09.2004, 2004/04/0054; VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH vom 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0135; für viele unter anderem BVA vom 08.02.2008, N/0008-BVA/06/2008-29 mit weiteren Nachweisen).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der § 914 ff ABGB zu erfolgen (siehe unter anderem 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 Vergaberechtes, ÖZW 1996, 1). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraph 914, ff ABGB zu erfolgen (siehe unter anderem 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 Vergaberechtes, ÖZW 1996, 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 unter anderem BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mit weiteren Nachweisen).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers, noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA vom 04.06.2012, N/0045-BVA/07/2012-23

unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich.

Der objektive Erklärungswert der Bestimmung der ergänzenden Festlegungen vom 24.09.2013 " 10. Zum Objekt 1 Hiezu wurden bereits Planungsleitungen erbracht. Ausschreibungsgegenständlich sind Leistungen ab Entwurf und allen weiteren Leistungsphasen (vgl. Seite 13 Leistungsbeschreibung). Der Auftragnehmer baut auf die Leitdetails Dritter auf", welche auch als ergänzende Festlegung im Leistungsverzeichnis Beilage ./FF des "Angebotsformular last and best offer betreffend Suche eines Generalplanes für den Medienstandort Königligberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" genannt ist, ist, dass bezüglich des Objektes 1 Leistungsgegenstand der Entwurf im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes 1 des Medienstandortes Königligberg inkl. der Statik, der Einreichplanung, Behördenverfahren im Zusammenhand mit Sanierung des Objektes 1 Medienstandortes Königligberg inkl. der Statik, die Ausführungs- und Detailplanungen im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes 1 Medienstandortes Königligberg inkl. der Statik, aber nicht der Vorentwurf im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes 1 Medienstandort Königligberg ist. Dies ergibt sich eindeutig aus der Formulierung, dass alle Leistungen ab Entwurf und allen weiteren Leistungsphasen ausschreibungsgegenständlich sind. Der objektive Erklärungswert der Bestimmung der ergänzenden Festlegungen vom 24.09.2013 " 10. Zum Objekt 1 Hiezu wurden bereits Planungsleitungen erbracht. Ausschreibungsgegenständlich sind Leistungen ab Entwurf und allen weiteren Leistungsphasen vergleiche Seite 13 Leistungsbeschreibung). Der Auftragnehmer baut auf die Leitdetails Dritter auf", welche auch als ergänzende Festlegung im Leistungsverzeichnis Beilage ./FF des "Angebotsformular last and best offer betreffend Suche eines Generalplanes für den Medienstandort Königligberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" genannt ist, ist, dass bezüglich des Objektes 1 Leistungsgegenstand der Entwurf im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes 1 des Medienstandortes Königligberg inkl. der Statik, der Einreichplanung, Behördenverfahren im Zusammenhand mit Sanierung des Objektes 1 Medienstandortes Königligberg inkl. der Statik, die Ausführungs- und Detailplanungen im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes 1 Medienstandortes Königligberg inkl. der Statik, aber nicht der Vorentwurf im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes 1 Medienstandort Königligberg ist. Dies ergibt sich eindeutig aus der Formulierung, dass alle Leistungen ab Entwurf und allen weiteren Leistungsphasen ausschreibungsgegenständlich sind.

Unstrittig ist in diesem Zusammenhang, dass leistungsgegenständlich bezüglich des Objektes 1 die Generalplanerleistungen bezüglich des Innenausbaus nach Rückführung des Objektes 1 in den Zustand eines Rohbaus, sind.

Bei den Leistungen, welche vom Generalplaner insbesondere hinsichtlich der Statik bezüglich des Objektes 1 zu erbringen sind, handelt es sich um jene, welche in Punkt 2.5 der Beilage ./H gem. dem Leistungsverzeichnis Beilage ./FF des "Angebotsformular last and best offer betreffend Suche eines Generalplanes für den Medienstandort Königligberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" näher beschrieben sind, wobei darauf hinzuweisen ist, dass auf Grund der Formulierungen der Vorgaben des Punktes 2.5 bei objektiver Interpretation diese Vorgaben nicht voll umfänglich für das Objekt 1 zu erbringen sind, zumal sich diese aufgezählten Leistungen auf alle Objekte beziehen.

Dieser objektive Erklärungswert spiegelt sich auch im Leistungsverzeichnis der Beilage./FF "des Angebotsformular last and best offer betreffend Suche eines Generalplanes für den Medienstandort Königligberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" wider, zumal die Sanierung des Objekt 1 Medienstandort Königligberg gemäß PosNr 2 mit dem Entwurf beginnt und nicht wie für die Objekte 2-9 auch die Auspreisung des Vorentwurfes gefordert war.

Den ergänzenden Festlegungen vom 24.09.2013 ist ein Informationsgespräch vom 18.09.2013 mit der Antragstellerin in der Zeit von 16:00 bis 17:30 vorausgegangen.

Im Protokoll vom 18.09.2013 über das Informationsgespräch findet sich unter "3. Fragen Bieter" der Hinweis, dass " Objekt 1 bereits Vorentwurf . Erst ab Entwurf durchzuführen."

Einem durchschnittlich fachkundigen Bieter musste bereits zum Zeitpunkt des Informationsgespräches vom 18.09.2013 klar sein, dass die Leistungen im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes 1 Medienstandort Königligberg mit dem Entwurf beginnen und lediglich der Vorentwurf nicht ausschreibungsgegenständlich ist. Dies wurde in den ergänzenden Festlegungen vom 24.09.2013 auch allen Bietern schriftlich zur Kenntnis gebracht.

Wenn die Antragstellerin vermeint, dass aus dem ersten Absatz des Punktes 2.3 der Leistungsbeschreibung (Beilage ./H) zu schließen wäre, dass die Statik für Objekt 1 nicht leistungsgegenständlich wäre (Schriftsatz der Antragstellerin

vom 03.07.2014, Seite 3), so ist darauf zu verweisen, dass einerseits diese Bestimmung in Punkt 1. Leistungsverzeichnis der Beilage./FF " Angebotsformular last and best offer betreffend Suche eines Generalplanes für den Medienstandort Königsberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" nicht mehr angeführt ist und andererseits durch das Informationsgespräch vom 18.09.2013 und die ergänzenden Festlegungen vom 24.09.2013 klargelegt wurde, dass alle Leistungen ab Entwurf bezüglich des Objektes 1 zu erbringen sind und findet sich in Punkt

2.3 selbst ein diesbezüglicher Hinweis (... "Ergänzend hierzu wird im Objekt 1 für das 1. bis zum 6. Obergeschoss durch den AG eine Vorplanung vorgearbeitet. Die Leistungen des AN setzen somit für das Objekt 1 in den Geschossen 1 bis 6 mit dem Entwurf an...").

Der Bestimmung "3.6 [...] Zu der ausgeschriebenen Basisleistung zählen ausschließlich alle noch zu erbringenden Leistungsphasen bis zur Schlussfeststellung (dh. Entwurf bis Projektabschluss) für Objekt 1 [...]" der ergänzenden Festlegungen vom 20.11.2013 ist objektiv zu entnehmen, dass leistungsgegenständlich alle Leistungen bezüglich des Objektes 1, bis auf den Vorentwurf sind

Dem Punkt 2.5.2.3 Statik der Beilage ./H ist keine Einschränkung hinsichtlich des Objektes 1 zu entnehmen, aus welcher geschlossen werden könnte, dass die Statik bezüglich der Sanierung des Objekt 1 Medienstandort Königsberg nicht ausschreibungsgegenständlich wäre. Dies bezieht sich auch auf Punkt 2.5.3.3 Statik und ebenso auf Punkt

2.5.4.3 Statik der Beilage ./H.

Wie das Ermittlungsverfahren gezeigt hat, ist jedenfalls im Zuge des Innenausbaus des Objektes 1 mit dem Erfordernis der Erbringung statischer Leistungen zu rechnen. Dies musste einem fachkundigen Bieter klar sein, zumal sich der Auftraggeber bestandfest offen gehalten hat, das Raumkonzept und die Verortung der Räumlichkeiten im Zuge des Sanierungsprozesses zu ändern. In diesem Zusammenhang ist auf die bestandfeste Normierung in Punkt 2.1 der Leistungsbeschreibung zu verweisen "Die Generalplanerleistungen umfassen alle für die Projektplanung und -realisierung erforderlichen Leistungen, welche zu einer gesamtheitlichen Planungsaussage zusammenzufassen sind, auch wenn diese nicht gesondert im Leistungsbild angeführt sind..."

Auf Basis der bestandfesten Vorgaben hätte ein durchschnittlich fachkundiger Bieter Pauschalen für Statikleistungen in den Positionen 2.3, 3.3 und 4.3 auszurechnen gehabt, zumal auf Grund der Vorgaben des Auftraggebers nicht ausgeschlossen werden kann, dass im Zuge des Innenausbaus statische Leistungen anfallen werden, bzw. nach den Ermittlungsergebnissen objektiv davon auszugehen war, dass Statikleistungen bezüglich des Innenausbaus des Objektes 1 anfallen werden. Die Frage der Kalkulierbarkeit solcher anzubietender Pauschalen stellt sich in Folge der Bestandskraft der Ausschreibungsbedingungen nicht mehr.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist auch die in Position

18.5 des Leistungsverzeichnis genannte "Fachplanung gewerbliche Küchenplanung und Ausstattung" nicht gänzlich von der Leistungserbringung des Generalplaners ausgenommen.

Der objektive Erklärungswert des Punktes 2.6.2 "Fachplanung gewerbliche Küchenplanung und Ausstattung" ist jener, dass zwar die Fachplanung der Küchen und deren Ausstattung nicht in das Leistungsbild des Auftragnehmers fällt, die gestalterische, technische und konstruktiv-planerische Integration aller Anlagenteile des Projektes - auch unter Berücksichtigung der Planungsleistung Dritter - zu einem funktionalen, funktionstüchtigen und wirtschaftlichen Ganzen aber jedenfalls Teil der auszupreisenden Generalplanerleistung ist.

Ebenso obliegt dem Generalplaner die terminliche Integration und Koordination der gewerblichen Küchenplanung/Ausstattung in die vom Generalplaner zu erstellende Ablaufplanung.

Dies bedeutet, dass zwar die Fachplanung nicht Leistungsbild des Generalplaners ist, was auch unstrittig ist, die weiteren vorgenannten Leistungen (Integration aller Anlagenteile zu einem funktionalen, funktionstüchtigen und wirtschaftlichen Ganzen und terminliche Integration und Koordination der Küchenplanung) aber sehr wohl Leistungsgegenstand des Generalplaners sind.

Auch aus dem Umstand, dass sich Punkt 2.6.2 "Fachplanung Gewerbliche Küchenplanung und - Ausstattung" in der Leistungsbeschreibung unter Punkt 2.6 "Sonstige inkludierte Generalplanerleistungen" und sich Punkt 18.5 "Fachplanung Gewerbliche Küchenplanung und - ausstattung" unter Punkt 18 des Leistungsverzeichnisses "Optionale

Generalplanerleistungen iZSh mit Sanierung Medienstandort Königlberg" finden, ist für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil Punkt 1. Leistungsverzeichnis der Beilage ./FF wie folgt normiert:

"Die im Folgenden auszupreisenden Leistungen sind in Pkt 2.5 und 2.6 Leistungsbeschreibung (Beilage ./H) im Detail beschrieben (Hervorhebung durch Senat) und werden unter Berücksichtigung des Procedure Letter vom 13.9.2013, der ergänzenden Festlegungen vom 23.9.2013, 2.10.2013, 16.10.2013, 20.11.2013, 29.11.2013 und 11.12.2013 wie folgt angeboten".

Dieser Vorgabe ist zu entnehmen, dass die auszupreisende Leistung in Position 18.5, unter Punkt 2.6 der Leistungsbeschreibung beschrieben ist. Genau dort finden sich in Punkt 2.6.2 die Vorgaben hinsichtlich der von einem Generalunternehmer im Zusammenhang mit "Fachplanung gewerbliche Küchenplanung und -ausstattung" zu erbringenden Generalplanerleistung.

Zumal die Bezeichnung der Position 2.6.2 der Leistungsbeschreibung und der Position 18.5 des Leistungsverzeichnisses wortident sind, ist für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter erkennbar, dass in Punkt 2.6.2 jene Leistungen umschrieben sind, welche in Position

18.5 des Leistungsverzeichnisses anzubieten waren. Dies unabhängig von der jeweiligen Einordnung der Position 2.6.2 in der Systematik der Leistungsbeschreibung, zumal Punkt 1. des Leistungsverzeichnisses objektiv nachvollziehbar festlegt, dass die in Punkt 18.5 zwingend auszupreisenden Leistungen im Detail unter Punkt 2.6 der Leistungsbeschreibung und damit konkret in Punkt 2.6.2 der Leistungsbeschreibung definiert sind.

Einem durchschnittlich fachkundigen Bieter musste klar sein, dass Generalplanerleistungen in Bezug auf die Küche zu erbringen sein werden, welcher Umstand durch das Ermittlungsverfahren bestätigt wurde.

Die Formulierung in Punkt 1. Leistungsverzeichnis der Beilage ./FF des Angebotsformular last and best offer betreffend Suche eines Generalplaners für den Medienstandort Königlberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes "Die im Folgenden auszupreisenden Leistungen sind in Pkt 2.5 und 2.6 Leistungsbeschreibung (Beilage ./H) im Detail beschrieben und werden unter Berücksichtigung des Procedure Letter vom 13.9.2013, der ergänzenden Festlegungen vom 23.9.2013, 2.10.2013, 16.10.2013, 20.11.2013, 29.11.2013 und 11.12.2013 wie folgt angeboten." ist bei objektiver Interpretation dahingehend zu verstehen, dass es Vorgabe des Auftraggebers war, dass sämtliche Positionen des Leistungsverzeichnisses insb. 2.3, 3.3., 4.3 und 18.5 zu bepreisen waren.

Gemäß § 108 Abs. 1 Z 4 BVergG ist der Bieter verpflichtet, die Gesamtleistung anzubieten, sodass das gesamte Leistungsverzeichnis auszupreisen ist. Beim Angebot der Antragstellerin findet sich keine Erläuterung gem. § 108 Abs. 1 Z 4 letzter Halbsatz im Angebot. Die Antragstellerin hat die Positionen 2.3, 3.3, 4.3 und 18.5 des Leistungsverzeichnisses auch nicht mit "0" ausgewiesen, sodass bereits aus diesem Grund nicht davon auszugehen ist, dass diese Leistungen angeboten wurden. Gemäß Paragraph 108, Abs. Ziffer 4, BVergG ist der Bieter verpflichtet, die Gesamtleistung anzubieten, sodass das gesamte Leistungsverzeichnis auszupreisen ist. Beim Angebot der Antragstellerin findet sich keine Erläuterung gem. Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 4, letzter Halbsatz im Angebot. Die Antragstellerin hat die Positionen 2.3, 3.3, 4.3 und 18.5 des Leistungsverzeichnisses auch nicht mit "0" ausgewiesen, sodass bereits aus diesem Grund nicht davon auszugehen ist, dass diese Leistungen angeboten wurden.

Aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters im Sinne des angeführten Interpretationsmaßstabes, bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (EUGH 04.12.2013, RS C-448/01 EVN-AG Wien Strom GmbH; VwGH 19.11.2008, 2007/04/2018, 2007 /04/0019 und andere) und in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen des BVergG sind die genannten Bestimmungen der Ausschreibung betreffend die konkreten Leistungspositionen 2.3, 3.3, 4.3 und 18.5 des Leistungsverzeichnisses jedenfalls im Sinne des § 108 Abs. 1 Z 4 BVergG dahingehend zu verstehen, dass jede Position entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung anzubieten, die Pauschalpreise zu ermitteln und einzusetzen waren. Aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters im Sinne des angeführten Interpretationsmaßstabes, bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (EUGH 04.12.2013, RS C-448/01 EVN-AG Wien Strom GmbH; VwGH 19.11.2008, 2007/04/2018, 2007 /04/0019 und andere) und in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen des BVergG sind die genannten Bestimmungen der Ausschreibung betreffend die konkreten Leistungspositionen 2.3, 3.3, 4.3 und 18.5 des Leistungsverzeichnisses jedenfalls im Sinne des Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG dahingehend zu verstehen, dass jede Position entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung anzubieten, die Pauschalpreise zu ermitteln und einzusetzen waren.

Auch ist es gemäß VwGH (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232; 2007/04/0233 unter Verweis auf VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189) und EUGH (EUGH 28.03.1995, 324/93, Evans Medical, RZ 42 unter Verweis auf EUGH 20.09.1988, 13/87; BEENTJES) Sache des Auftraggebers die Anforderungen für die Leistungen, die er beschaffen will, festzulegen. Allfällige Einwände gegen unsachlich, nicht erfüllbare, unklare oder widersprüchliche Festlegungen gehen jedenfalls ins Leere, wenn sie nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist bekämpft werden, andernfalls diese gemäß ständiger Judikatur der Vergabekontrollbehörden und der Höchstgerichte in Folge Bestandfestigkeit präkludiert sind (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0007).

Darüber hinaus werden an fachkundige Bieter insofern strengere Anforderungen gestellt, als diesen ein fachlich vertretbares Verständnis der Ausschreibungsunterlagen zugemutet wird (EUGH 04.12.2003, C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH).

Dass die vorgenannten Erklärungen und Vorgaben des Auftraggebers bei objektiver Beurteilung der Sachlage, wie vorbeschrieben zu verstehen waren, wird auch dadurch untermauert, dass von allen Weiteren im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern die Positionen 2.3, 3.3, 3.4 und 18.5 des Leistungsverzeichnisses mit nicht unerheblichen Euro Beträgen ausgepreist wurden.

Durch die unterlassene Auspreisung der Leistungspositionen 2.3, 3.3, 3.4 und 18.5 des Leistungsverzeichnisses handelt es sich beim Angebot der Antragstellerin um ein unvollständiges im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG. Durch die unterlassene Auspreisung der Leistungspositionen 2.3, 3.3, 3.4 und 18.5 des Leistungsverzeichnisses handelt es sich beim Angebot der Antragstellerin um ein unvollständiges im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbar Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde (VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186, VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030, VwGH 24.02.2006, 2004/04/0078).

Eine solche materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung könnte insofern eintreten, als nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten (durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt würde).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann bei der gegenständlichen Fallkonstellation nicht vom Vorliegen eines behebbaren Mangels ausgegangen werden. Würde der Antragstellerin die Möglichkeit eingeräumt, nachträglich, die ausschreibungsgegenständlich geforderten Leistungen 2.3, 3.3, 3.4 und 18.5 des Leistungsverzeichnisses anzubieten, wäre dies jedenfalls mit einer Preisänderung verbunden. Überdies würde der Antragstellerin eine längere Zeit zur Ausarbeitung des last and best offers gewährt werden, sofern ihr die Möglichkeit eingeräumt würde, die Positionen 2.3, 3.3, 3.4 und 18.5 nachträglich zu kalkulieren. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann bei der gegenständlichen Fallkonstellation nicht vom Vorliegen eines behebbaren Mangels ausgegangen werden. Würde der Antragstellerin die Möglichkeit eingeräumt, nachträglich, die ausschreibungsgegenständlich geforderten Leistungen 2.3, 3.3, 3.4 und 18.5 des Leistungsverzeichnisses anzubieten, wäre dies jedenfalls mit einer Preisänderung verbunden. Überdies würde der Antragstellerin eine längere Zeit zur Ausarbeitung des last and best offers gewährt werden, sofern ihr die Möglichkeit eingeräumt würde, die Positionen 2.3, 3.3, 3.4 und 18.5 nachträglich zu kalkulieren. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist das Bundesverwaltungsgericht nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei verpflichtet im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG in der geltenden Fassung zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011; 12.05.2011, 2011/04/0034 und viele andere). Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist das Bundesverwaltungsgericht nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei verpflichtet im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und

sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG in der geltenden Fassung zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011; 12.05.2011, 2011/04/0034 und viele andere).

Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens, einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidensgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesverwaltungsgericht keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesverwaltungsgericht die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass bei unbehebbar Mängeln, wie im gegenständlichen Fall eine Aufklärung im Sinne des § 126 BVergG sinnlos wäre und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten (BVA 05.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39; BVA 27.04.2005, 17N-25/05-23). Weiters ist darauf hinzuweisen, dass der Angebotspreis und- inhalt so, wie er im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu Tage getreten ist, unverändert bleibt und der Angebotsbewertung zu Grunde gelegt wird. Dies gilt auch im Verhandlungsverfahren nach Ablauf der jeweiligen Angebotsfrist und insbesondere für das letzte Angebot. Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass die Antragstellerin bereits bei Abgabe des Zwischenangebotes mangels Auspreisung der gegenständlichen Leistungspositionen ausgeschieden hätte werden können. Das unterlassene Ausscheiden eines zwingend auszuschneidenden Angebotes macht dieses nicht zu einem zulässigen Angebot auf welches rechtsrichtig der Zuschlag erteilt werden könnte. § 129 BVergG dient der Sicherung eines freien und lauten Wettbewerbs gem. § 19 Abs. 1 BVergG. Liegt auch nur ein Ausscheidensgrund vor, so ist der Auftraggeber zur Ausscheidung verpflichtet. Der Auftraggeber hat kein Ermessen. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass bei unbehebbar Mängeln, wie im gegenständlichen Fall eine Aufklärung im Sinne des Paragraph 126, BVergG sinnlos wäre und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten (BVA 05.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39; BVA 27.04.2005, 17N-25/05-23). Weiters ist darauf hinzuweisen, dass der Angebotspreis und- inhalt so, wie er im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu Tage getreten ist, unverändert bleibt und der Angebotsbewertung zu Grunde gelegt wird. Dies gilt auch im Verhandlungsverfahren nach Ablauf der jeweiligen Angebotsfrist und insbesondere für das letzte Angebot. Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass die Antragstellerin bereits bei Abgabe des Zwischenangebotes mangels Auspreisung der gegenständlichen Leistungspositionen ausgeschieden hätte werden können. Das unterlassene Ausscheiden eines zwingend auszuschneidenden Angebotes macht dieses nicht zu einem zulässigen Angebot auf welches rechtsrichtig der Zuschlag erteilt werden könnte. Paragraph 129, BVergG dient der Sicherung eines freien und lauten Wettbewerbs gem. Paragraph 19, Absatz eins, BVergG. Liegt auch nur ein Ausscheidensgrund vor, so ist der Auftraggeber zur Ausscheidung verpflichtet. Der Auftraggeber hat kein Ermessen.

Auch das Vorbringen der Antragstellerin in Bezug auf eine Irreführung durch den Auftraggeber bzw. einer culpa in contrahendo kann nicht überzeugen, zumal es sich um zivilrechtliche Ansprüche handelt, welche nicht vom BVwG im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens zu beurteilen sind.

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG kann jener Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und dem folgend der Vergabekontrollbehörden kommt einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, aber nicht ausgeschieden wurde, keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zu, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinne des § 320 Abs. 1 BVergG entstehen bzw. drohen kann (VwGH 27.11.2002, 2000/04/0050; 23.05.2007, 2005/04/0103; 28.03.2007, 2005/04/0200). Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann jener Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und dem folgend der Vergabekontrollbehörden kommt einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, aber nicht ausgeschieden wurde, keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zu, weil er für die Zuschlagserteilung

ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinne des Paragraph 320, Absatz eins, BVergG entstehen bzw. drohen kann (VwGH 27.11.2002, 2000/04/0050; 23.05.2007, 2005/04/0103; 28.03.2007, 2005/04/0200).

Da das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen wäre, kommt der Antragstellerin nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes unter keinen Umständen die Antragslegitimation zu. Da das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen wäre, kommt der Antragstellerin nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes unter keinen Umständen die Antragslegitimation zu.

Soweit die Antragstellerin auf die Entscheidung des EuGH in der Rs Fastweb hinweist und daraus (vermeintlich) ableitet, dass auch im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben sei, verkennt sie, dass der Sachverhalt in der Rs Fastweb anders gelagert war, als jener des hier zugrunde liegenden Vergabeverfahrens. In der Rs Fastweb haben lediglich zwei Bieter ein Angebot abgegeben und beide bestimmte technische Anforderungen in der Ausschreibung nicht erfüllt. Da beide Angebote zwingend auszuschneiden waren, wäre das Vergabeverfahren in weiterer Folge zu widerrufen gewesen. Im gegenständlichen Vergabeverfahren verbleiben jedoch - selbst nach einem allfälligen Ausscheiden der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - jedenfalls noch weitere Angebote, die von dem Auftraggeber nicht ausgeschieden wurden. Ein hinreichend substantiiertes Vorbringen, wonach auch diese Angebote zwingend auszuschneiden wären, wurde aber von der Antragstellerin zwar hinsichtlich der ausgepreisten Positionen des Leistungsverzeichnisses erbracht, jedoch steht dieses Vorbringen in Widerspruch zu den gerichtlichen Feststellungen und deren rechtliche Beurteilung (Leistungspositionen waren auszuweisen). Wie aber bereits festgehalten, verbleibt - auch nach einem allfälligen Ausscheiden der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - jedenfalls noch eine dritte (zuschlagsfähige) Bieterin im Vergabeverfahren, womit aber der Auftraggeber nicht verpflichtet wäre, das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen.

Der Urteilsbegründung des Europäischen Gerichtshofes ist unter Berufung auf sein Urteil in der Rechtssache C-249/01 (Hackermüller) vorerst zu entnehmen, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine Vergabekontrollbehörde zu dem Schluss gelangt, dass das Angebot des Antragstellers tatsächlich vorher auszuschneiden gewesen wäre und dass der Nachprüfungsantrag des Bieters sodann zurückzuweisen ist, da ihm aufgrund dieser Tatsache durch den von ihm behaupteten Rechtsverstoß kein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht (Rn28). Die Möglichkeit, die Antragslegitimation mangels Schadenseintritts bzw. drohenden Schadenseintritts abzusprechen, wird demnach nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Im Gegensatz zur Konstellation in der Rechtssache Hackermüller, wurde allerdings vom angerufenen Gericht im Anlassfall festgestellt, dass beide eingereichten Angebote und sohin auch das ausgewählte Angebot nicht den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen entsprachen.

Da das Angebot der Antragstellerin daher zwingend auszuschneiden gewesen wäre, dies aber unterlassen wurde, war spruchgemäß zu erkennen. Auf das weitere Vorbringen war daher nicht weiter einzugehen.

Zu Spruchpunkt A II.) Zu Spruchpunkt A römisch zwei.)

§ 319 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 lauten: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lauten:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragssteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird." § 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragssteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Da dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren.

Zu B)

Zur Unzulässigkeit 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 nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (VwGH 27.11.2002, 2000/04/0050; 23.05.2007, 2005/04/0103; 28.03.2007, 2005/04/0200; VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011; 12.05.2011, 2011/04/0034 VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186, VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030, VwGH 24.02.2006, 2004/04/0078), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (VwGH 27.11.2002, 2000/04/0050; 23.05.2007, 2005/04/0103; 28.03.2007, 2005/04/0200; VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011; 12.05.2011, 2011/04/0034 VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186, VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030, VwGH 24.02.2006, 2004/04/0078), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angemessenheit, Antragslegitimation, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheiden von Angeboten, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Ausscheidung, Behebbarkeit, Behebbarkeit von Mängeln, Bietergleichbehandlung, Dienstleistungsauftrag, Diskriminierungsverbot, Gebärungskontrolle, Gewerblichkeit, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Kalkulation, Mängelbehebung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, Nichtigerklärung, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebühren, Pauschalgebührenersatz, Plausibilität, Rechnungshofkontrolle, Schaden, spekulativer Preis, Unbehebbarkeit, Unvollständigkeit, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Verbesserungsauftrag, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote, vertiefte Angebotsprüfung, (vertiefte) Preisprüfung, Vollständigkeit des Angebots, Vorwissen, Wettbewerb, Wettbewerbsrelevanz, Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W138.2008591.1.01

Zuletzt aktualisiert am

12.08.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at