



GZ: N/0037-BVA/11/2011-19

## B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, und Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim am Standort Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1 (Schule), Bürgerspitalgasse 3 (Schülerheim) - Wettbewerb zur Erlangung von baukünstlerischen Vorentwurfskonzepten mit anschließendem Verhandlungsverfahren für die Vergabe von Generalplanerleistungen" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 25. Oktober 2010, wie folgt entschieden:

### S p r u c h

I.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Widerrufsentscheidung der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG), vertreten durch das Wettbewerbsbüro 'architektur ermöglichen' B\*\*\* vom 15.10.2010 im Vergabeverfahren zur Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim am Standort Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1 (Schule), Bürgerspitalgasse 3 (Schülerheim) - Wettbewerb zu Erlangung von baukünstlerischen Vorentwurfskonzepten mit anschließendem Verhandlungsverfahren für die Vergabe von Generalplanerleistungen (gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 a) ff) BVergG) für nichtig erklären" wird **abgewiesen**.

II.

Der eventualiter gestellte Antrag, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ausdrücklich feststellen, dass der Widerruf vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde", wird **zurückgewiesen**.

### III.

Der Antrag des Antragstellers auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 BVergG wird **abgewiesen**.

## **B e g r ü n d u n g**

Die Bekanntmachung des Wettbewerbs "Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim am Standort Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1 (Schule), Bürgerspitalgasse 3 (Schülerheim) - Wettbewerb zur Erlangung von baukünstlerischen Vorentwurfskonzepten mit anschließendem Verhandlungsverfahren für die Vergabe von Generalplanerleistungen" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften im Dezember 2009 veröffentlicht. Als Ausloberin/Auftraggeberin tritt die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG) auf. Im Rahmen des offenen Realisierungswettbewerbes sollten Preise vergeben werden. Der Dienstleistungsauftrag im Anschluss an den Wettbewerb sollte an den Gewinner bzw an einen der Gewinner ergehen, wobei die Entscheidung des Preisgerichtes für den öffentlichen Auftraggeber jedoch nicht bindend ist.

Hinsichtlich der maßgeblichen Rechts- und Verfahrensgrundlagen wird in Punkt A.5.1. der Wettbewerbsunterlagen folgendes bestimmt:

"Rechts- und Verfahrensgrundlagen sind folgende Verfahrensbedingungen im Sinn der Ausschreibung:

- 1) Die schriftliche Fragebeantwortung
- 2) Das Protokoll des Informationsgespräches
- 3) Der Inhalt der Ausschreibung samt Beilagen

Subsidiär gelten:

- die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes BVergG 2006 i.d.g.F. (<http://www.ris.bka.gv.at>)
- die Wettbewerbsordnung Architektur WOA 2000 i.d.g.F. (<http://www.aikammer.org/subdetail.asp?!ID=353>)

- die Bestimmungen des ABGB §§ 860ff.

Bei Widersprüchen gelten die Unterlagen in der angeführten Reihenfolge. ..."

Unter Punkt A.4 (Art des Verfahrens) der Unterlagen zum gegenständlichen Realisierungswettbewerb wird ausgeführt, dass bei diesem EU-weiten, offenen, einstufigen Verfahren im Oberschwellenbereich die Anonymität der Teilnehmer über die Dauer des Verfahrens bis zum Abschluss der Jurysitzung erhalten bleiben soll.

Punkt A.7.4. (Sitzung des Preisgerichts) der Wettbewerbsunterlagen legt Nachfolgendes fest:

"Das Preisgericht wird zur Beurteilung der Projekte zusammentreten (siehe Pkt. A.7). Die Sitzung des Preisgerichtes ist nicht öffentlich. Nach dem Bericht der Vorprüfung erfolgt die Beurteilung und Reihung der Projekte durch das Preisgericht. Danach erfolgt im Beisein des Preisgerichtes die Aufhebung der Anonymität durch Öffnen der Verfasserkuverts und die Überprüfung des Nachweises der Befugnis."

Der Antragsteller, die A\*\*\*, nahm an dem verfahrensgegenständlichen Wettbewerb teil, kennzeichnete sein Projekt ausschreibungsgemäß mit den Kennziffern "240810" und wurde vom Wettbewerbsbüro unter der Projektnummer 05 geführt. Im Verzeichnis über die eingereichten Unterlagen führte der Antragsteller neben anderen Bestandteilen des Projektes den Verfasserbrief mit dem Verfasserblatt, den Befugnisnachweis A4 und den Originaleinzahlungsbeleg in einem Kuvert an. Für die Abgabe seines Projektes erhielt der Antragsteller vom Wettbewerbsbüro eine Übernahmebestätigung (Bestätigung der Projektabgabe). Insgesamt wurden 36 Projekte abgegeben.

Die Jurysitzung fand am 22. und 23. April 2010 statt. Aus dem Protokoll zur Jurysitzung ergibt sich Nachfolgendes:

".....

Im Rahmen des Berichts der Vorprüfung erläutert B\*\*\* einleitend die wesentlichsten Punkte der durchgeführten formalen Prüfung. Es wird festgestellt, dass 36 Beiträge fristgerecht abgegeben wurden und die formalen Teilnahmebedingungen erfüllt haben. Sie wurden entpackt, auf formale Vollständigkeit geprüft und jedem eine laufende Nummer zugeteilt. Dabei wurde festgestellt, dass bei den Unterlagen des Projektes 05 (Kennziffer 240810) der Verfasserbrief fehlte.

Nach Rücksprache von B\*\*\* mit der Ausloberin und Auftraggeberin BIG und deren Rechtsberatung, sowie der Rechtsberatung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten wurde das Projekt keiner weiteren Prüfung unterzogen. Aufgrund der fehlenden Regelung in der Auslobung wurde in Analogie zum BVerGG festgestellt, dass es sich um ein "nicht unterfertigtes Angebot" handelt. Eine Zuordnung zum Absender war aufgrund der Anonymität und ohne Gefährdung dieser nicht möglich. Es wird der Antrag gestellt, das Projekt 05 (Kennziffer 240810) aufgrund Punkt A.4.3 Ausschließungsgründe, Absatz zwei ("Kann-Bestimmung") -Fehlen zur Beurteilung erforderlicher

Unterlagen) von der Beurteilung auszuschließen. Der Antrag wird 9:0 (einstimmig) vom Preisgericht angenommen.

B\*\*\* fährt im Bericht der Vorprüfung fort, indem sie feststellt, dass die anderen 35 Projekte trotz teilweiser nicht vollständiger Projektunterlagen (Vorprüfbericht/Vollständigkeitsprüfung S. 77) alle einen hinreichenden Ausarbeitungsgrad aufweisen, der die Vorschläge der jeweiligen Teilnehmer ablesbar macht. ...

Anschließend werden die Verfasserbriefe geöffnet und durch B\*\*\* verlesen. Die Teams der Ränge 1. bis 3. Preis werden vom Vorsitzenden C\*\*\* telefonisch verständigt.

1. Preis:

**D\*\*\***

2. Preis:

**E\*\*\***

3. Preis:

**F\*\*\***

4. Preis / 1. Anerkennung / Nachrücker für Ränge:

**G\*\*\***

5. Preis/2. Anerkennung

**H\*\*\***

6. Preis/3. Anerkennung

**I\*\*\***

7. Preis/Nachrücker für Anerkennung

**J\*\*\***

(Alle weiteren Teilnehmer in beiliegender Teilnehmerliste)

....."

Mit Ausnahme des Antragstellers wurden die andere Wettbewerbsteilnehmer mit Telefaxmitteilung vom 5. Mai 2010 von der Auftraggeberin verständigt, dass beabsichtigt sei, mit dem ersten Preisträger in das Verhandlungsverfahren gemäß § 30 Abs 2 Z 6 BVergG einzutreten. Nach der Bekanntgabe der Zusammensetzung des Preisgerichtes sowie des Hinweises zum Fristende gemäß § 321 BVergG am 19. Mai 2010 wurde ausgeführt, dass das Juryprotokoll unter der Internetadresse "[www.big.at](http://www.big.at)" heruntergeladen werden könne.

Auf Grund der Anfrage des Antragstellers an die Auftraggeberin am 10. Mai 2010 zum Ausgang des Wettbewerbs mit dem Ersuchen um Übermittlung des Juryprotokolls teilte die Auftraggeberin dem Antragsteller mit E-Mail vom 14. Mai 2010 Nachfolgendes mit:

".....

Am 4.5.2010 wurde das Protokoll des Realisierungswettbewerbes 'BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim Eisenstadt' einschließlich aller Beilagen nachweislich an sämtliche 35 beurteilten Teilnehmer des Verfahrens per Email versandt.

Wir gehen davon aus, dass sie der Projektant des 36. Projektes (Projektnummer 05) sein könnten, welches aufgrund des Fehlens des Verfasserbriefes nicht vorgeprüft und nicht beurteilt wurde.

Aufgrund der Anonymität des Verfahrens war eine Übermittlung des Protokolls bis dato nicht möglich. Wir ersuchen um Übermittlung des Bestätigungsformulars mit der Kennzahl für die abgegebenen Unterlagen (z.B. als Kopie des Originals per Email), um ihnen das Protokoll übermitteln zu können, wenn sie der Verfasser des o.g. Projektes sind.

....."

Daraufhin brachte der Antragsteller mit Schriftsatz vom 25. Mai 2010 Nachprüfungsanträge sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Das Bundesvergabeamt gab den Nachprüfungsanträgen mit Bescheid vom 9. Juli 2010, N/0043-BVA/04/2010-35, teilweise statt und erklärte die Zuweisung des Preisgeldes durch die Auftraggeberin an den 1. bis 6. Preisträger sowie die Entscheidung der Auftraggeberin über die Nichtzulassung des Antragstellers zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren für nichtig. Das Bundesvergabeamt begründete dies unter anderem damit, dass angesichts des Umstandes, dass die Auftraggeberin es trotz mehrmaliger Aufforderungen verabsäumt habe, insbesondere das vom Antragsteller dem Wettbewerbsbüro übergebene, gesamte Originalprojekt inklusive Originalplanrolle vorzulegen, aufgrund der Behauptungen des nicht säumigen Antragstellers entschieden werde und somit vom Vorhandensein des Verfasserbriefes bei den Unterlagen des Antragstellers auszugehen sei. In diesem Zusammenhang wurde seitens des Bundesvergabeamtes auch festgehalten, dass die Originalplanrolle neben dem übrigen Verpackungsmaterial ebenso wie die Planrollen der übrigen Projektanten laut Aussagen der Auftraggeberin (B<sup>\*\*\*</sup>) in der mündlichen Verhandlung vom 1. Juli 2010 bereits entsorgt wurde. Darüber hinaus hat das Bundesvergabeamt erwogen, dass selbst wenn davon auszugehen wäre, dass der Verfasserbrief dem Wettbewerbsprojekt des Antragstellers nicht beigelegt wäre, dem Antragsteller Gelegenheit zu geben gewesen wäre, den fehlenden Verfasserbrief nachzureichen, zumal es sich bei dessen Fehlen weder um einen Ausschließungsgrund gemäß Punkt A.4.3. der Wettbewerbsunterlagen noch um eine Missachtung einer einzuhaltenden Vorgabe iSd Wettbewerbsunterlagen handle. Der Ausschluss des Projektes des Antragstellers bereits vor Beurteilung und Reihung der Projekte durch das Preisgericht in Verbindung mit der Nicht-Zulassung zum Verhandlungsverfahren habe sich daher als rechtswidrig erwiesen.

Mit Telefax vom 15. Oktober 2010 teilte der Auftraggeber mit, dass beabsichtigt sei, den Realisierungswettbewerb zu widerrufen. Begründend wurde dazu ausgeführt, dass der Bescheid des Bundesvergabeamtes umzusetzen und der Wettbewerb daher zu widerrufen sei, da die Anonymität der Teilnehmer bereits aufgehoben wäre. Eine Nachbeurteilung des ausgeschiedenen Projektes des Antragstellers durch das Preisgericht sei unter Wahrung der Anonymität nicht möglich.

Mit Schriftsatz vom 25. Oktober 2010 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welchem mit Bescheid vom 2. November 2010, N/0092-BVA/04/2010-5, teilweise stattgegeben wurde, sowie einen Nachprüfungsantrag, mit welchem die Widerrufsentscheidung vom 15. Oktober 2010 bekämpft wurde, ein. Eventualiter wurde die Feststellung begehrt, dass der Widerruf vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde. Weiters wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG beantragt.

Begründend wurde ausgeführt, dass sich der gegenständliche Wettbewerb in der Phase nach Vorlage der Wettbewerbsarbeiten befinde, weshalb zur Beurteilung der Zulässigkeit der Widerrufsentscheidung die Widerrufsgründe des § 139 BVergG heranzuziehen seien. Der Auftraggeber begründe seine Widerrufsentscheidung vom 15. Oktober 2010 damit, dass der Wettbewerb zu widerrufen sei, da die Anonymität der Teilnehmer bereits aufgehoben sei.

Die Aufhebung der Anonymität erfülle jedoch weder einen zwingenden Widerrufsgrund des Kataloges des § 139 Abs 1 BVergG, noch liege einer der fakultativen Widerrufsgründe des § 139 Abs 2 leg cit vor. So sei auch kein sachlicher Grund für einen Widerruf gegeben. Aus der Rechtsprechung zum Widerruf ergebe sich, dass dem Widerruf Ausnahmecharakter zukomme. Der Fortführung des Verfahrens sei daher grundsätzlich der Vorzug vor einem Widerruf zu geben. Aus der vergaberechtlichen Literatur gehe hervor, dass eben kein sachlicher Grund für einen Widerruf vorliege, wenn eine Sanierung des Verfahrens möglich sei. Zwar sei die Anonymität der Wettbewerbsteilnehmer durch das Vergabekontrollverfahren zumindest partiell aufgehoben worden, dies stelle jedoch keine sachliche Rechtfertigung für einen Widerruf dar, da das Verfahren dadurch saniert werden könne, dass sämtliche Wettbewerbsarbeiten von einem neuen, unabhängigen Preisgericht, das die Wettbewerbsarbeiten nicht einzelnen Teilnehmern zuordnen könne, neu bewertet werde.

Die Anonymität der Wettbewerber müsse nämlich nur gegenüber dem Preisgericht bestehen, da dieses die Arbeiten beurteile, nicht aber zwingend gegenüber dem

Auslober bzw dem Wettbewerbsbüro. Diese dürften auf die Entscheidung des Preisgerichts keinen Einfluss nehmen. Der Realisierungswettbewerb könne somit in jene Verfahrensstufe zurückgesetzt werden, die eine ordnungsgemäße, den Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprechende Vorgangsweise ermöglicht.

Aufgrund der fristgerechten Abgabe einer ausschreibungskonformen, vollständigen Wettbewerbsarbeit samt Modell sei jedenfalls das Interesse des Antragstellers am Sieg im Wettbewerb sowie am anschließenden Abschluss des Generalplanervertrages gegeben. Bei Aufrechterhalten der angefochtenen Entscheidung drohe ein großer finanzieller und sonstiger Schaden. Dieser bestehe im Verlust der Chance auf Gewinn im vergaberechtskonformen Wettbewerb sowie auf Zuschlag im anschließenden Verhandlungsverfahren sowie in der Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistung.

Weiters drohe ein Schaden in Höhe der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium des Auslobungstextes samt Plänen sowie für die Erstellung der Wettbewerbsarbeit samt Modell, wobei bei einem durchschnittlichen Stundensatz von zumindest XXX Euro/St bei 800h insgesamt Euro XXX investiert worden seien, sowie in Höhe der bereits angelaufenen Kosten für die Rechtsberatung und anwaltliche Betreuung. Außerdem drohe der Verlust eines Referenzprojektes.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Wettbewerbes, unter anderem gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006, verletzt, insbesondere dadurch, dass durch einen unrechtmäßigen Widerruf des Wettbewerbs die Entscheidung über den Sieg und damit die Zuweisung des Preisgeldes nicht zu seinen Gunsten ergangen sei.

Mit Schriftsätzen vom 28. Oktober 2010 sowie vom 4. November 2010 teilte die Auftraggeberin mit, dass der EU-weite, offene einstufige Realisierungswettbewerb mit anschließendem Verhandlungsverfahren mit einem geschätzten Auftragswert von Euro XXX ohne USt dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei. Die Widerrufsentscheidung sei am 11. Oktober 2010 bzw 15. Oktober 2010 bekannt gegeben worden. Es sei weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren

widerrufen worden. Ein Ausscheiden des Antragstellers iSd §§ 129 BVergG 2006 sei nicht erfolgt.

Nach Entscheidung des Preisgerichtes seien sämtliche Verfasserbriefe geöffnet und den jeweiligen Projekten zugeordnet worden. Sämtliche Wettbewerbsteilnehmer mit Ausnahme des Antragstellers seien daraufhin von der Entscheidung des Preisgerichtes unter Anschluss des Preisgerichtsprotokolls informiert worden. Darüber hinaus sei die Entscheidung auf der Homepage der BIG unter Veröffentlichung der Projekte der Preisträger und des Protokolls öffentlich zugänglich gemacht worden. Weiters seien sämtliche Projekte des Wettbewerbes öffentlich zugänglich in den Räumen der Schule ausgestellt worden. Jedenfalls würden jene Preisrichter, die der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., dem Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur sowie dem Landesschulrat für Burgenland zugehörig sind, die Projekte dem jeweiligen Projektverfasser eindeutig zuordnen können. Eine Zuordnung der Projekte könne aber aufgrund der bereits erfolgten öffentlichen Zugänglichkeit der Projekte (auf der Homepage des Auftraggebers und in der Schule) auch für neu ernannte Preisrichter nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausgeschlossen werden.

In einem weiteren Schriftsatz vom 01.06.2011 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 03.06.2011) legte die Auftraggeberin dar, wie die Veröffentlichungen des Wettbewerbsergebnisses im Einzelnen stattgefunden haben. So seien detaillierte Informationen zum gegenständlichen Wettbewerb auf der Seite der Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten abrufbar. Darunter alle Beiträge jener Teilnehmer, die zur zweiten Stufe zugelassen worden seien, sowie die Protokolle des Preisgerichts. Diesem Protokoll sei die sogenannte "Übersetzungstabelle" zur namentlichen Zuordnung des jeweiligen Teilnehmers zu dessen Projekt angeschlossen. damit sei jedes Projekt mit den beigefügten Plänen und Beschreibungen eindeutig zuordenbar.

Weiters sei das Wettbewerbsergebnis - insbesondere allgemeine Informationen zum Wettbewerb, Projekte 1.-3. Preis und 1.-3. Anerkennungspreis samt Nennung der Projektverfasser, Informationen zur Ausstellung und zum Wettbewerbsbüro sowie das Protokoll der Sitzung des Preisgerichts - am 20.05.2010 auf der Homepage der Auftraggeberin veröffentlicht worden. Darüber hinaus habe eine Ausstellung aller

beim Wettbewerb eingereichten Projekte vom 26.05.2010 bis 02.06.2010 im Festsaal des BG/BRG/BORG Eisenstadt stattgefunden. Diese Ausstellung sei für jedermann zugänglich gewesen.

Durch diese Veröffentlichungen seien die Projektverfasser offen gelegt und dadurch die Anonymität unsanierbar aufgehoben worden.

In der mündlichen Verhandlung am 06.06.2011 gab die Vertreterin der Auftraggeberin an, dass die Veröffentlichung der Informationen zum Wettbewerbsergebnis auf der Homepage der BIG am 20.5.2010 erfolgt sei, sie jedoch aufgrund der EDV nicht nachvollziehen könne, wann diese Informationen wieder von der Homepage heruntergenommen worden seien. Die Veröffentlichungen auf der Homepage der Architektenkammer seien nach wie vor einsehbar. Sie habe jedoch keine Kenntnis, wann die Veröffentlichung auf der Homepage der Architektenkammer erstmals stattgefunden habe.

K\*\*\* (Antragstellerin) ergänzte dazu, dass die Informationen zum gegenständlichen Wettbewerb erst nach der Bescheiderlassung im ersten Verfahren zur Zahl N-0043-BVA/04/2010 am 9.7.2010 von der Homepage der BIG entfernt worden seien.

Der Vertreter der Antragstellerin, L\*\*\*, führte aus, dass sich allein aus der Tatsache, dass die Informationen zum Wettbewerb auf der Homepage der Architektenkammer nach wie vor ersichtlich, bzw. auf der Homepage der Auftraggeberin bis nach der Bescheiderlassung im Vorverfahren am 9.7.2010 einzusehen gewesen seien, ergebe, dass die Auftraggeberin keinerlei Bemühung unternommen habe, das gegenständliche Vergabeverfahren zu sanieren.

## **Das Bundesvergabeamt hat erwogen:**

### **I. Rechtslage**

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit Bundesgesetz BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4. März 2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind

gemäß § 345 Abs 14 Z 1 BVergG mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 5. März 2010, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des von der Auftraggeberin geführten offenen Wettbewerbs mit anschließendem Verhandlungsverfahren - der gegenständliche Wettbewerb wurde im Dezember 2009 eingeleitet - die (materiellrechtlichen) Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung vor Inkrafttreten der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 als Prüfungsmaßstab zu Grunde zu legen hat. Demgegenüber sind auf die beim Bundesvergabeamt ab 5. März 2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren und somit auch auf das gegenständliche, beim BVA am 25. Oktober 2010 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren die (organisations- und verfahrensrechtlichen) Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 anzuwenden.

## **II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes**

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. ist öffentliche Auftraggeberin iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 16.6.2008, N/0060-BVA/08/2008-21; 21.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24 u.a.)

Der gegenständliche Realisierungswettbewerb ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6, Anhang III, Kategorie 12 BVergG einzustufen, der aufgrund des von der Auftraggeberin bezifferten Auftragswertes von Euro XXX exkl. Ust dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist. Er wird in Form eines offenen, einstufigen Realisierungswettbewerbes mit anschließendem Verhandlungsverfahren für die Vergabe von Generalplanerleistungen gemäß BVergG durchgeführt, wobei die Anonymität der Teilnehmer über die Dauer des Verfahrens bis zum Abschluss der Jurysitzung erhalten bleibt.

### **III. Spruchpunkt I (Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung)**

#### **1. Zulässigkeit**

Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Antragstellerin bekämpft binnen offener Frist gemäß § 321 Abs 1 BVergG die gesondert anfechtbare Entscheidung „Widerrufsentscheidung“ gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ff BVergG. Die Pauschalgebühr wurde gemäß § 318 Abs 1 BVergG iVm §§1f BVA-GebV 2010 bei Antragstellung in ausreichender Höhe entrichtet.

#### **2. Inhaltliche Beurteilung**

Gemäß § 153 BVergG gelten für den ausgeschriebenen Realisierungswettbewerb ausschließlich die Bestimmungen im Abschnitt zum Wettbewerb sowie der 1. Teil, die §§ 3, 6, 9, 10, 12 Abs 2 und 3, 13, 16, 19, 20 Abs 1 bis 3 und 5, 26, 35, 39, 42 bis 52, 54 und 55 und der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften auf die in diesem Abschnitt verwiesen wird. Gemäß § 155 Abs 11 BVergG gelten für den Widerruf eines Wettbewerbes die §§ 138 bis 140 sinngemäß mit der Maßgabe, dass § 138 für die Phase vor Vorlage der Wettbewerbsarbeiten und § 139 für die Phase nach Vorlage der Wettbewerbsarbeiten gilt.

Der hier maßgebliche § 139 BVergG 2006 lautet:

- (1) Nach Ablauf der Angebotsfrist ist ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn
  1. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen hätten, oder
  2. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, oder
  3. kein Angebot eingelangt ist, oder
  4. nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt.
- (2) Ein Vergabeverfahren kann widerrufen werden, wenn
  1. nur ein Angebot eingelangt ist, oder

2. nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 nur ein Angebot bleibt, oder
3. dafür sachliche Gründe bestehen.

Es ist somit zwischen Konstellationen, die den Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung verpflichten, und Situationen, die diesen lediglich zum Widerruf berechtigen, zu unterscheiden (siehe hierzu ausführlich bereits BVA vom 7. September 2004, 16F-5/04-9). Ein zwingender Widerrufsgrund ist dann gegeben, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Nach den Materialien zum BVergG handelt es sich bei diesen den Widerruf verpflichtend nach sich ziehenden Gründen um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, von denen der Auftraggeber allerdings nichts wusste. Exemplarisch wird etwa eine nachträglich zur Kenntnis gelangende Budgetkürzung angeführt (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 89). In der Rechtsprechung wurden bislang beispielsweise das Fehlen jeglicher Zuschlagskriterien bei bestandsfester Festlegung auf das Bestbieterprinzip (VwGH vom 1. Oktober 2008, 2004/04/0237), die Festsetzung rechtswidriger Zuschlagskriterien (BVA vom 20. Juli 2007, 04N-1/05-28), eine falsche Verfahrenswahl (BVA vom 24. Februar 2003, 06N-05/03-13) sowie das Vorliegen fehlerhafter Massenangaben in einer Vielzahl von Positionen (BVA vom 3. Februar 2003, 12N-58/02-38) als zwingende Widerrufsgründe gewertet. Bei den genannten Fällen handelt es sich somit grundsätzlich um Fehler bei der Ausgestaltung der Ausschreibung.

Die zweite Gruppe der Widerrufsgründe räumt dem Auftraggeber ein Ermessen bei der Wahrnehmung ein. Entsprechend den Materialien sollen damit Konstellationen erfasst werden, "in denen nachträglich (d.h. nach der Ausschreibung) sonstige wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen vorliegen" (VwGH vom 29. März 2006, 2006/04/0019). Weiters betont der Gesetzgeber unter Hinweis auf die ständige Judikatur des EuGH, dass an die Bestimmung kein strenger Maßstab anzulegen und sohin das Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände nicht geboten sei (wiederum EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 89; Hervorhebung im Original). So werden beispielhaft das Entstehen neuer Technologien während des laufenden

Vergabeverfahrens, welches eine Änderung der Ausschreibung erfordert, eine wesentliche Veränderung der Bieterstruktur, aber auch der Fall, dass zu festgestellten überhöhten Preisen angeboten wird und der Auftraggeber Preisabsprachen vermutet, ins Treffen geführt.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass Gründe für den Widerruf der Ausschreibung auch dann vorliegen, "wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (zB grob fahrlässig) herbeigeführt wurden" (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 89). Der Auftraggeber wird diesfalls uU schadenersatzpflichtig.

Gegenständlich wird vom Auftraggeber als Begründung für den Widerruf ins Treffen geführt, dass die Anonymität der Teilnehmer bereits aufgehoben wurde und folgedessen eine "Nachbeurteilung" durch das Preisgericht unter Wahrung der Anonymität nicht mehr möglich sei.

Gemäß § 155 Abs 6 BVergG sind dem Preisgericht die Wettbewerbsarbeiten anonym vorzulegen. Die Bewerber können bei Bedarf aufgefordert werden, zur Klärung bestimmter Aspekte der vorgelegten Wettbewerbsarbeiten Antworten auf Fragen zu erteilen, die das Preisgericht in der Niederschrift über die Rangfolge der ausgewählten Projekte festgehalten hat. Die Anonymität der vorgelegten Wettbewerbsarbeiten ist bis zur Auswahl des Preisgerichtes bzw bis zum gegebenenfalls stattfindenden Dialog zu wahren.

Durch die Normierung des Anonymitätsgrundsatzes "soll eine Beeinflussung der Entscheidungsfindung hintangehalten werden. ... Einzig der gewählte Lösungsansatz und nicht die Person des Projektverfassers werden einer Bewertung unterzogen. Die Wahrung der Anonymität bildet eine unabdingbare Voraussetzung für das Vorliegen eines Wettbewerbs" (*Fink in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht*<sup>3</sup> (2010) [Rz 371]).

In den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen ist bestandsfest bestimmt, dass die Anonymität der Teilnehmer über die Dauer des Verfahrens bis zum Abschluss der Jurysitzung erhalten bleibt. Nach der Beurteilung und Reihung der Projekte durch das Preisgericht erfolgt im Beisein des Preisgerichtes die Aufhebung der

Anonymität durch Öffnen der Verfasserkuverts (siehe Punkt A.4 sowie A.7.4. der Ausschreibungsunterlagen - Auslobungstext). Damit wird abweichend von den oben aufgezeigten Bestimmungen des BVergG festgelegt, dass die Anonymität jedenfalls erst nach der Beurteilung und Reihung der Projekte aufgehoben werden darf. Ein allfälliger Dialog des Preisgerichtes mit den Wettbewerbsteilnehmern vor der Auswahl des Preisgerichtes ist nicht vorgesehen. Gemäß Punkt A.5.1 der Ausschreibungsunterlagen hat der Inhalt dieser Ausschreibung - so auch der uneingeschränkte Grundsatz der Anonymität - Vorrang vor den Regelungen des BVergG.

Infolge der mit Bescheid des Bundesvergabebamtes vom 9. Juli 2010, N/0043-BVA/04/2010-35, erfolgten Nichtigklärung der Zuweisung des Preisgeldes an die ersten sechs Preisträger sowie der Nichtigklärung der Entscheidung, den Antragsteller nicht zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren zuzulassen, wäre die Auftraggeberin im Falle der Fortführung des Wettbewerbes angehalten, die vorgelegten Wettbewerbsprojekte einer neuerlichen Beurteilung und Reihung unter Einbeziehung des Projektes des Antragstellers zu unterziehen.

Angesichts dieses Umstandes scheidet eine Beurteilung durch jenes Preisgericht, das die nunmehr nichtig erklärte Auswahl getroffen hat, jedenfalls aus. Allerdings scheidet entgegen der Auffassung des Antragstellers auch die nochmalige Beurteilung durch ein neu zusammengesetztes Preisgericht aus. Zum einen ist fest zu halten, dass die Zusammensetzung des Preisgerichtes durch den Auftraggeber grundsätzlich in Unkenntnis der Wettbewerbsteilnehmer erfolgt (vgl § 4 Abs 1 WOA). Die Bestellung eines neuen Preisgerichtes ist gemäß § 8 Abs 6 WOA (Wettbewerbsordnung Architektur) nur ausnahmsweise für den Fall der dauerhaften Beschlussunfähigkeit und nur im Laufe der Beurteilungssitzungen, somit vor Aufhebung der Anonymität, vorgesehen. Zum anderen ist das Preisgericht zur Objektivität verpflichtet und trägt diesbezüglich die Verantwortung gegenüber den Wettbewerbsteilnehmern und der Ausloberin (siehe § 3 Abs 3 WOA).

Aus dem Grundsatz der Anonymität sowie den diesen Grundsatz untermauernden Festlegungen der WOA, die aufgrund der Festlegungen in der präkludierten Auslobung eine der Grundlagen des gegenständlichen Wettbewerbes bildet, ist

abzuleiten, dass jegliche Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung nach Möglichkeit auszuschließen ist. Dies wäre allerdings in der vorliegenden Konstellation durch Fortführung des Wettbewerbs und erneute Beurteilung der Projekte gerade nicht gewährleistet. Denn aufgrund der zeitweiligen Offenlegung der Wettbewerbsteilnehmer und deren Projekte können Rückschlüsse auf die Identität der Verfasser nicht mit einer derartigen Sicherheit ausgeschlossen werden, die eine objektive, den vergaberechtlichen Grundsätzen, insbesondere aber dem Gleichbehandlungsgrundsatz genügende Beurteilung und Reihung der Wettbewerbsarbeiten gewährleistet. Darüber hinaus ist zwar die Objektivität und Unabhängigkeit des Preisgerichtes festgeschrieben und damit eine Beeinflussung der Auswahl des Preisgerichtes grundsätzlich ausgeschlossen. Durch eine nachträgliche Bestellung der Preisrichter in Kenntnis der Wettbewerbsteilnehmer kann allerdings zumindest der Anschein einer indirekten Einflussnahme durch die Auswahl der Preisrichter nicht ausgeschlossen werden. Insofern kann der Antragstellerin nicht gefolgt werden, wenn diese meint, die Anonymität sei nur gegenüber dem Preisgericht zu wahren. Wie aufgezeigt, ist vor der Zusammensetzung eines Preisgerichtes die Anonymität auch gegenüber der Auftraggeberin unerlässlich, um Manipulationen hintanzuhalten.

Durch die Veröffentlichung der Preisträger sowie des gesamten Juryprotokolls unter Bekanntgabe sämtlicher Teilnehmer und deren Projekte auf der Homepage der Auftraggeberin sowie durch Ausstellung der Modelle der Wettbewerbsteilnehmer in den Räumlichkeiten der Schule wurde die Anonymität aufgehoben und die Zuordnung der Projekte zu deren Verfassern preisgegeben. Dies wird auch sowohl durch die vom Antragsteller unwidersprochen gebliebenen Ausführungen der Auftraggeberin im Schriftsatz vom 01.06.2011 als auch durch die Aussagen des Vertreters des Antragstellers, K\*\*\* in der mündlichen Verhandlung vom 06.06.2011 bestätigt. So wurden die im Rahmen des Wettbewerbs eingereichten Projekte rund eine Woche im Festsaal des BG/BRG/BORG Eisenstadt ausgestellt, das heißt einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Weiters wurden die Informationen zum gegenständlichen Wettbewerb auf den Homepages der Auftraggeberin sowie der Architektenkammer veröffentlicht. Diese Veröffentlichungen wurden damit ebenfalls einem breiten Publikum bekannt. Das Argument des Antragstellers, dass die Auftraggeberin zur Wahrung der Anonymität nur die Mitglieder des Preisgerichts

austauschen müsste, geht schon deshalb ins Leere, als die betroffenen fachkundigen Kreise aufgrund der nach wie vor der Homepage der Architektenkammer entnehmbaren Informationen betreffend den gegenständlichen Wettbewerb für eine Neuauflage des Preisgerichts nicht mehr in Frage kommen. Für den Fall der Neubestellung des Preisgerichts ist unter den dargelegten Umständen nicht auszuschließen, dass Mitglieder des neu zusammengestellten Preisgerichts die eingereichten Projekte den jeweiligen Bewerbern zuordnen können. Allein der Anschein, dass die durch die Auftraggeberin in der Auslobungsunterlage festgelegte Anonymität nicht mehr gewährleistet sein könnte, bewirkt, dass eine neuerliche Bewertung der eingereichten Projekte nicht mehr möglich ist.

Aus all dem Gesagten ergibt sich, dass der Auftraggeber jedenfalls gemäß § 139 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 zum Widerruf berechtigt war. Der erkennende Senat kann angesichts der Unmöglichkeit, die Wettbewerbsarbeiten unbeeinflusst unter Wahrung des Anonymitätsgrundsatzes zu beurteilen und auszuwählen, nicht erkennen, dass der Auftraggeber sein Ermessen unsachlich ausübt. Es ist gerade in dieser konkreten Konstellation davon auszugehen, "dass ein besonnener Auftraggeber versucht wäre, von der Fortführung des Vergabeverfahrens abzusehen" (VwGH vom 29. Februar 2008, 2006/04/0011; vom 29. März 2006, 2006/04/0019).

#### **IV. Spruchpunkt II (Antrag auf Feststellung, dass der Widerruf vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde)**

Gemäß § 153 BVergG 2006 findet der 4. Teil des BVergG auch auf die Durchführung von Wettbewerben Anwendung. Danach ist das Bundesvergabeamt nach Beendigung eines Vergabeverfahrens durch Erklärung des Widerruf zu den in § 312 Abs 4 BVergG taxativ aufgezählten Feststellungen zuständig. Zum einen lässt sich die vom Antragsteller begehrte Feststellung, dass der Widerruf vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde, unter keine der Feststellungen subsumieren. Zum anderen wurde der verfahrensgegenständliche Wettbewerb noch nicht widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher nicht zuständig, irgendwelche Feststellungen im Sinne des § 312 BVergG zu treffen.

## **V. Spruchpunkt III (Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr)**

Gemäß § 318 Abs 1 Z 1 BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs 1, 328 Abs 1 und 331 Abs 1 und 2 BVergG jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, welche gemäß den von der Bundesregierung festzusetzenden Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten ist. Für Anträge gemäß § 328 Abs 1 BVergG ist eine Gebühr in der Höhe von 50vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten (§ 318 Abs 1 Z 4 BVergG). Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß § 320 Abs 1 oder gemäß § 331 Abs 1 oder 2 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß § 320 Abs 1 oder gemäß § 331 Abs 1 oder 2 eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten (§ 318 Abs 1 Z 5 BVergG).

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Gebührenersatz, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung 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. Über den Gebührenersatz hat gemäß § 319 Abs 3 BVergG das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Die Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung in der Höhe von insgesamt Euro XXX wurden vom Antragsteller nachweislich entrichtet.

Da der Antragsteller mit seinem Antrag auf Nichtigerklärung nicht durchgedrungen ist und sohin auch ein „teilweises Obsiegen“ iSd § 319 Abs 1 BVergG nicht vorliegt, war der Antrag im Hinblick auf den begehrten Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag abzuweisen.

Mit Bescheid vom 2. November 2010, N/0092-BVA/04/2010-5, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben. Da jedoch der Nachprüfungsantrag abgewiesen wurde, kommt gemäß § 319 Abs 2 BVergG ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in Betracht.

Wien, am 08. Juni 2011  
Die Vorsitzende des Senates 11  
Mag. Angela Schidlof