

TE Bvwg Erkenntnis 2014/2/27 W134 2000169-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.02.2014

Entscheidungsdatum

27.02.2014

Norm

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

B-VG Art. 133 Abs4

ORF-G §31a Abs1

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 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 § 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 § 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. 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

Spruch

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Gabriele Lukassen als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Projektsteuerung für die Sanierung des Medienstandorts Küniglberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" der Auftraggeberin Österreichischer Rundfunk, Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch XXXX, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX, 2. XXXX, 3. XXXX, vertreten durch XXXX, vom 30. Dezember 2013 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 11. Februar 2014 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Gabriele Lukassen als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Projektsteuerung für die Sanierung des Medienstandorts Küniglberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" der Auftraggeberin Österreichischer Rundfunk, Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch römisch 40, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. römisch 40, 2. römisch 40, 3. römisch 40, vertreten durch römisch 40, vom 30. Dezember 2013 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 11. Februar 2014 zu Recht erkannt:

A)

I. römisch eins.

Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2013 für nichtig erklären", wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2013 für nichtig erklären", wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 abgewiesen.

II. römisch zwei.

Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "den Auftraggeber verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von Euro 18.000 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen", wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "den Auftraggeber verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten

Pauschalgebühren in Höhe von Euro 18.000 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen", wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abgewiesen.

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

BEGRÜNDUNG:

1. Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 30.12.2013, beim BVA eingelangt am 30.12.2013, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2013, Akteneinsicht, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

1. Die Kommission sei unzulässig zusammengesetzt gewesen. Dies deshalb, weil XXXX Mitglied der Kommission gewesen, jedoch nachweislich beim Hearing am 11.12.2013 nicht anwesend gewesen sei. 1. Die Kommission sei unzulässig zusammengesetzt gewesen. Dies deshalb, weil römisch 40 Mitglied der Kommission gewesen, jedoch nachweislich beim Hearing am 11.12.2013 nicht anwesend gewesen sei.

2. Die Zuschlagskriterien seien unzulässig angewendet worden. Dies deshalb, weil mit E-Mail vom 29.11.2013 zwei Zusatzausarbeitungen mit dem last and best offer eingefordert worden seien. Dabei sei ausschließlich der lapidare Zusatz "zur Bewertung der Qualität" beigefügt worden. In weiterer Folge sei im betreffenden Dokument festgehalten worden, dass die Bewertung des Ablaufkonzepts bereits erfolgt sei. Umso mehr überrasche nun, dass, wie der Bewertungstabelle als Beilage der Zuschlagsentscheidung zu entnehmen sei, die Zusatzausarbeitungen im Rahmen der Ausarbeitung "Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung des Medienstandorts Königlberg" erfolgt seien. Dabei sei innerhalb dieses Kriteriums in nicht nachvollziehbarer Weise eine Untergewichtung für das ursprüngliche Ablaufkonzept von 70 % und für die Zusatzausarbeitungen von 30 % vorgenommen worden. Zu keinem Verfahrenszeitpunkt habe die Antragstellerin davon ausgehen müssen, dass die Zusatzausarbeitungen mit dem Ablaufkonzept vermengt werden würden und dass ohne jegliche Grundlage eine zusätzliche Gewichtung eingefügt werde. Es sei daher von einem weiteren schweren Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot auszugehen. Weiters sei auszuführen, dass die Bewertung der Kommission, soweit sich dies dem Juryprotokoll entnehmen lasse, zu einem erheblichen Teil unsachlich erfolgt sei. Ausführungen der Antragstellerin sowohl schriftlicher Natur in den Ausarbeitungen als auch mündlich im Rahmen des Hearings seien unberücksichtigt geblieben.

3. Die Anwendung der Zuschlagskriterien seien nur mangelhaft nachvollziehbar. Die Bewertung der Kommission anhand des Juryprotokolls vom 17.12.2013, der Tagesordnung für das Hearing vom 11.12.2013 und des Protokolls für Jurybewertung Shortlisting könne nicht nachvollzogen werden. Dies ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass die Antworten auf die Fragestellungen im Zuge des Hearings maßgeblich für die Bewertung der Erfahrungen der Schlüsselpersonen herangezogen würden. Es sei jedoch weder dokumentiert, in welcher Form und inwieweit gleich behandelnd allen Bietern die entsprechend selben Fragen gestellt worden seien, noch könnten die betreffenden Antworten annähernd den betreffenden Dokumenten entnommen werden. Mangels Dokumentation stelle sich somit die kommissionelle Bewertung als nicht nachvollziehbar dar.

4. Entgegen dem Wesen des gewählten Verfahrenstypus Verhandlungsverfahren und entgegen den berechtigten Erwartungen der Bieter sei von Verhandlungen abgesehen worden.

5. Es gebe Widersprüchlichkeiten in der Auftragsbekanntmachung. Es werde in der Auftragsbekanntmachung entgegen der unmissverständlichen Rechtsprechung des BVA ausgeführt, beim ORF handle es sich um keinen öffentlichen Auftraggeber. Überdies werde unter Missachtung der eindeutigen Rechtsprechung davon abgesehen, die Mindest- und Höchstzahl der für die zweite Verfahrensstufe auszuwählenden Bieter festzulegen. Die Präklusion ändere nichts daran, dass ein Auftraggeber mangels Möglichkeit einer fairen Verfahrensbeendigung zum Widerruf der Ausschreibung verpflichtet sein könne.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 2.1.2014 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin der Österreichische Rundfunk sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 4,0 Mio.-- exklusive USt der in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 19.8.2013, in der EU am 20.8.2013 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft XXXX sei am 20.12.2013 erfolgt. Der Österreichische Rundfunk sei kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG 2006, da er gewerblich tätig und einem liberalisierten Markt ausgesetzt sei; zudem sei das Programmentgelt nur im Falle des Betriebs einer zum Empfang der Programme des ORF geeigneten Empfangsanlage zu entrichten. Der ORF beachte jedoch aufgrund der Judikatur des BVA die Vorgaben des BVergG. Es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse an der unverzüglichen Erteilung des Projektsteuerungsauftrages. Das gegenständliche Vergabeverfahren sei Teil des Gesamtvorhabens der Sanierung des Medienstandorts Königlberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes. Wie der ORF im amtsbekannten Nachprüfungsverfahren zu N/0047-BVA/02/2012 bescheinigt habe, sei die Standsicherheit des Medienstandorts Königlberg aufgrund der festgestellten Korrosionsschäden und diverser anderer Baumängel gefährdet. Der ORF habe zwischenzeitlich die Objekte freigemacht, die Mitarbeiter seien in die bekannten Containerdörfer bzw. in zugemietete Flächen in Wien umgesiedelt worden. Mit den Sanierungsarbeiten des Objekts 1 sei begonnen worden und das derzeit leer stehende Objekt 1 werde weit gehend in der Standsicherheit ertüchtigt. Mit weitergehenden Baumaßnahmen, insbesondere dem Innenausbau werde auf den Ausgang des gegenständlichen Projektsteuerungsauftrags gewartet. Sollte auch das Vergabeverfahren Projektsteuerung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt werden, schädige dies die Substanz des Objekts 1. Dieser Schaden am Gebäude sei unwiederbringlich, insbesondere werde dieser Schaden nicht von der Antragstellerin ersetzt bzw. lasse sich dies auch nicht über den ordentlichen Rechtsweg geltend machen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 2.1.2014 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin der Österreichische Rundfunk sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 4,0 Mio.-- exklusive USt der in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 19.8.2013, in der EU am 20.8.2013 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft römisch 40 sei am 20.12.2013 erfolgt. Der Österreichische Rundfunk sei kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG 2006, da er gewerblich tätig und einem liberalisierten Markt ausgesetzt sei; zudem sei das Programmentgelt nur im Falle des Betriebs einer zum Empfang der Programme des ORF geeigneten Empfangsanlage zu entrichten. Der ORF beachte jedoch aufgrund der Judikatur des BVA die Vorgaben des BVergG. Es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse an der unverzüglichen Erteilung des Projektsteuerungsauftrages. Das gegenständliche Vergabeverfahren sei Teil des Gesamtvorhabens der Sanierung des Medienstandorts Königlberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes. Wie der ORF im amtsbekannten Nachprüfungsverfahren zu N/0047-BVA/02/2012 bescheinigt habe, sei die Standsicherheit des Medienstandorts Königlberg aufgrund der festgestellten Korrosionsschäden und diverser anderer Baumängel gefährdet. Der ORF habe zwischenzeitlich die Objekte freigemacht, die Mitarbeiter seien in die bekannten Containerdörfer bzw. in zugemietete Flächen in Wien umgesiedelt worden. Mit den Sanierungsarbeiten des Objekts 1 sei begonnen worden und das derzeit leer stehende Objekt 1 werde weit gehend in der Standsicherheit ertüchtigt. Mit weitergehenden Baumaßnahmen, insbesondere dem Innenausbau werde auf den Ausgang des gegenständlichen Projektsteuerungsauftrags gewartet. Sollte auch das Vergabeverfahren Projektsteuerung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt werden, schädige dies die Substanz des Objekts 1. Dieser Schaden am Gebäude sei unwiederbringlich, insbesondere werde dieser Schaden nicht von der Antragstellerin ersetzt bzw. lasse sich dies auch nicht über den ordentlichen Rechtsweg geltend machen.

Mit Schreiben der präsuntiven Zuschlagsempfängerin 1. XXXX, vertreten durch XXXX, vom 8.1.2014 erhoben diese begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag. Mit Schreiben der präsuntiven Zuschlagsempfängerin 1. römisch 40 , vertreten durch römisch 40 , vom 8.1.2014 erhoben diese begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 9.1.2014 gab diese folgendes bekannt:

Zur Zusammensetzung der Kommission (Punkt 7.1 des Nachprüfungsantrages):

Die ORF interne Jury habe - wie bereits im Procedure Letter vom 19.8.2013 bekannt gegeben und am 25.9.2013 bestätigt worden sei - aus XXXX bestanden. Richtig sei, dass XXXX am Hearing selbst nicht teilgenommen habe. Er sei über das Hearing jedoch von den übrigen Jurymitgliedern informiert worden und habe entsprechend Einsicht in alle Unterlagen genommen. Eine Festlegung dahin, dass jedes Jurymitglied am Hearing teilnehmen müsse, sei nicht getroffen worden. Zu bewerten gewesen seien die Ergebnisse der Hearings, welche jeweils in den Ergebnisprotokollen festgehalten worden seien. XXXX habe in diese Ergebnisprotokolle Einsicht genommen. Hinzu komme, dass die Entscheidung einstimmig getroffen worden sei und auch ohne bzw. gegen XXXX die hier angefochtene Juryentscheidung getroffen worden wäre. In diesem Sinne sei der vermeintliche Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht einmal erheblich bzw. wesentlich. Vor allem aber würden weder das Bundesvergabegesetz 2006 noch die Festlegungen der Auftraggeberin einen derartigen Unmittelbarkeitsgrundsatz vorsehen. Alle 3 Jurymitglieder seien fachlich qualifizierte Personen und verfügten über eine entsprechende Ausbildung und über jahrelange Erfahrung. Im Übrigen habe die Antragstellerin trotz Kenntnis der Mitglieder der Jury dagegen keinen Nachprüfungsantrag eingebracht, so dass auch diese Mitglieder bestandsfest geworden seien.

Die ORF interne Jury habe - wie bereits im Procedure Letter vom 19.8.2013 bekannt gegeben und am 25.9.2013 bestätigt worden sei - aus römisch 40 bestanden. Richtig sei, dass römisch 40 am Hearing selbst nicht teilgenommen habe. Er sei über das Hearing jedoch von den übrigen Jurymitgliedern informiert worden und habe entsprechend Einsicht in alle Unterlagen genommen. Eine Festlegung dahin, dass jedes Jurymitglied am Hearing teilnehmen müsse, sei nicht getroffen worden. Zu bewerten gewesen seien die Ergebnisse der Hearings, welche jeweils in den Ergebnisprotokollen festgehalten worden seien. römisch 40 habe in diese Ergebnisprotokolle Einsicht genommen. Hinzu komme, dass die Entscheidung einstimmig getroffen worden sei und auch ohne bzw. gegen römisch 40 die hier angefochtene Juryentscheidung getroffen worden wäre. In diesem Sinne sei der vermeintliche Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht einmal erheblich bzw. wesentlich. Vor allem aber würden weder das Bundesvergabegesetz 2006 noch die Festlegungen der Auftraggeberin einen derartigen Unmittelbarkeitsgrundsatz vorsehen. Alle 3 Jurymitglieder seien fachlich qualifizierte Personen und verfügten über eine entsprechende Ausbildung und über jahrelange Erfahrung. Im Übrigen habe die Antragstellerin trotz Kenntnis der Mitglieder der Jury dagegen keinen Nachprüfungsantrag eingebracht, so dass auch diese Mitglieder bestandsfest geworden seien.

Zur vermeintlich unzulässigen Anwendung der Zuschlagskriterien (Punkt 7.2 des Nachprüfungsantrages):

Soweit die Antragstellerin vermeine, dass die Auftraggeberin die 2 Zusatzausarbeitungen zu Unrecht im Rahmen der Ausarbeitung "Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung des Medienstandorts Königsberg" durchgeführt hätte, übersehe sie Punkt 5.4 des Procedure Letters vom 25.9.2013 und die diesbezüglich erklärende Bewertungstabelle Bestbieterermittlung Beilage ./M. Punkt 5.4 des Procedure Letters vom 25.9.2013 und die diesbezüglich erklärende Bewertungstabelle Bestbieterermittlung Beilage ./M würden ausdrücklich festhalten, dass das Kriterium "Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung des Medienstandorts Königsberg" unter Heranziehung des Ergebnisses der Shortlistingentscheidung (multipliziert mit 70 %) und der Qualität der aufgetragenen Zusatzausarbeitungen (multipliziert mit 30 %) bewertet würden. Punkt 5.3 würde lauten: "Die Vergabe dieser 30 Punkte für die Qualität der aufgetragenen Zusatzausarbeitungen erfolgt nach dem gleichen Bewertungsschema wie die Bewertung des Konzepts "Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königsberg". Ausdrücklich sei festgelegt worden, dass zwischen "optimaler Ausarbeitung", "sehr guter Ausarbeitung", "guter Ausarbeitung", "durchschnittlich guter Ausarbeitung" und "befriedigender Ausarbeitung" und "noch genügender Ausarbeitung" unterschieden werde, wobei der Grundsatz festgelegt worden sei, "dass Ausgangsbasis der Bewertung die Ausarbeitung eines geeigneten Bieters sei und eine hohe Erwartungshaltung bestehe."

Zur vermeintlich unsachlichen Bewertung der Jury und den geltend gemachten Bewertungs-bzw. Begründungsmängeln (Punkt 7.2 des Nachprüfungsantrages):

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei der Widerspruch der bei den 1. Projektphasen niedrigen Kosten bzw. niedrigem Personalaufwand der Antragstellerin im Hearing vom 11.12.2013 ausdrücklich vorgehalten worden (vergleiche Protokoll Hearing 11.12.2013, Seite 3, Abs. 2). Diese Aussagen seien von der Jury schon während des Hearings negativ empfunden worden, der Antragstellerin vorgehalten worden und - nachdem der Antragstellerin bzw. Herrn XXXX keine plausible Erklärung gelungen sei - auf das Last and Best Offer (LBO) verwiesen worden. Entgegen der Zusage, dies im LBO näher darzulegen, fehle eine weitere Plausibilisierung im LBO. Entgegen dem Vorbringen der

Antragstellerin sei der Widerspruch der bei den 1. Projektphasen niedrigen Kosten bzw. niedrigem Personalaufwand der Antragstellerin im Hearing vom 11.12.2013 ausdrücklich vorgehalten worden (vergleiche Protokoll Hearing 11.12.2013, Seite 3, Absatz 2.). Diese Aussagen seien von der Jury schon während des Hearings negativ empfunden worden, der Antragstellerin vorgehalten worden und - nachdem der Antragstellerin bzw. Herrn römisch 40 keine plausible Erklärung gelungen sei - auf das Last and Best Offer (LBO) verwiesen worden. Entgegen der Zusage, dies im LBO näher darzulegen, fehle eine weitere Plausibilisierung im LBO.

Zum Änderungsmanagement bzw. zum Dreisäulenmodell führte die Auftraggeberin aus, dass auch eine intensive Prüfung seitens der Jury die Aussagen der Antragstellerin zum Änderungsmanagement nicht restlich nachvollziehbar machten.

Zum Vorwurf beim Änderungsmanagement würden Aspekte als negativ angesehen, die im Abwicklungskonzept als positiv hervorgehoben worden seien, wird ausgeführt, dass die Antragstellerin übersehe, dass beim Ablaufkonzept die grundsätzliche Befassung mit dem Änderungsmanagement als positiv bewertet worden sei, während bei der nachträglich gestellten Zusatzaufgabe "Änderungsmanagement" eine entsprechend nachvollziehbare/praktikable Ausarbeitung im Hinblick auf die genannten Subkriterien gefordert worden und von der Antragstellerin nicht ausreichend erbracht worden sei. Den Bietern habe klar sein müssen, dass die Auftraggeberin keine "Lehrbuchabschrift" benötige bzw. vorgestellt werden sollte, sondern eine auf die Spezifika des gegenständlichen Projektes angemessene Darstellung des Änderungsmanagements. Darauf sei gerade die Antragstellerin im Hearing auch nochmals ausdrücklich hingewiesen worden, als sich ihre Präsentation nur auf Allgemeinheiten ohne Bezug auf das gegenständliche Projekt beschränkt habe.

Zu dem Vorwurf, dass entgegen dem Juryprotokoll die Annäherung bei der Gewichtung der Projektphase 1 eingehend dargelegt worden sei, bringt die Auftraggeberin vor, dass die Antragstellerin keine Begründung dafür geliefert habe, weshalb der Ansatz für Projektphase 1 und 2 niedrig sei. Daraus ergebe sich die Feststellung der Jury, dass trotz diesbezüglicher ausdrücklicher Aufforderung beim Hearing am 11.12.2013 (vergleiche Protokoll Seite 3 Abs. 2) keine weitere diesbezügliche Erklärung durch die Antragstellerin erfolgt sei. XXXX habe in der Präsentation sehr ausführlich dargelegt, was alles sinnvollerweise in der 1. Projektphase vom Projektsteuerer erbracht werden müsse. Diese präsentierten Leistungen der 1. Projektphase seien aus Sicht von XXXX teilweise über die ausgeschriebenen Leistungsbeschreibungen, wie sie sich auch in der Honorarordnung wiederfinden würden, hinausgegangen. Vor allem hätten sich diese umfangreichen Leistungen nicht im angebotenen Preis für die Leistungsphase 1 bzw. 2 wiedergespiegelt. Auf diesen Widerspruch in den Ausführungen zur Bedeutung der Leistungsphasen 1 und 2, wie er auch in der Honorarordnung für die Projektsteuerung zum Ausdruck komme, einerseits und die gering bemessenen Kosten andererseits habe XXXX XXXX ausdrücklich angesprochen und ihn gebeten, den Widerspruch aufzuklären. Diese Aufklärung sei der Antragstellerin nicht im Zuge des Hearings gelungen, weshalb die Antragstellerin selbst die Aufklärung im Rahmen der dem Last and Best Offer übermittelnden Zusatzausarbeitungen zugesagt habe (vergleiche Protokoll des Hearings Seite 3 Abs. 2). Vor diesem Hintergrund habe die Jury berechtigterweise das Fehlen der zugesagten Aufklärung negativ bewertet. Zu dem Vorwurf, dass entgegen dem Juryprotokoll die Annäherung bei der Gewichtung der Projektphase 1 eingehend dargelegt worden sei, bringt die Auftraggeberin vor, dass die Antragstellerin keine Begründung dafür geliefert habe, weshalb der Ansatz für Projektphase 1 und 2 niedrig sei. Daraus ergebe sich die Feststellung der Jury, dass trotz diesbezüglicher ausdrücklicher Aufforderung beim Hearing am 11.12.2013 (vergleiche Protokoll Seite 3 Absatz 2,) keine weitere diesbezügliche Erklärung durch die Antragstellerin erfolgt sei. römisch 40 habe in der Präsentation sehr ausführlich dargelegt, was alles sinnvollerweise in der 1. Projektphase vom Projektsteuerer erbracht werden müsse. Diese präsentierten Leistungen der 1. Projektphase seien aus Sicht von römisch 40 teilweise über die ausgeschriebenen Leistungsbeschreibungen, wie sie sich auch in der Honorarordnung wiederfinden würden, hinausgegangen. Vor allem hätten sich diese umfangreichen Leistungen nicht im angebotenen Preis für die Leistungsphase 1 bzw. 2 wiedergespiegelt. Auf diesen Widerspruch in den Ausführungen zur Bedeutung der Leistungsphasen 1 und 2, wie er auch in der Honorarordnung für die Projektsteuerung zum Ausdruck komme, einerseits und die gering bemessenen Kosten andererseits habe römisch 40 römisch 40 ausdrücklich angesprochen und ihn gebeten, den Widerspruch aufzuklären. Diese Aufklärung sei der Antragstellerin nicht im Zuge des Hearings gelungen, weshalb die Antragstellerin selbst die Aufklärung im Rahmen der dem Last and Best Offer übermittelnden Zusatzausarbeitungen zugesagt habe (vergleiche Protokoll des Hearings Seite 3 Absatz 2,). Vor diesem Hintergrund habe die Jury berechtigterweise das Fehlen der zugesagten Aufklärung negativ bewertet.

Zum Vorwurf der Antragstellerin das Juryprotokoll zeige nochmals, dass das Last and Best Offer der Antragstellerin nicht entsprechend geprüft worden sei, bringt die Auftraggeberin vor, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bereits im Hearing auf dieselbe Frage eine plausible Antwort gegeben habe (vergleiche Punkt 4.9 des Protokolls des Hearings der präsumtiven Zuschlagsempfängerin). Gerade die Art und Weise, wie mit derselben Frage umgegangen werde, dokumentiere den Qualitätsunterschied der angebotenen Schlüsselpersonen und der Zusatzausarbeitungen.

Zur vermeintlich fehlenden Nachvollziehbarkeit der Anwendung der Zuschlagskriterien (vergleiche Punkt 7.3 des Nachprüfungsantrages):

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin lasse sich die Bewertung der Jury nachvollziehbar ableiten aus:

den vorliegenden Angeboten (insbesondere Zusatzausarbeitungen bzw. Ablaufkonzept beim 1. Angebot)

den vorliegenden Protokollen der Hearings am 11.12.2013

dem Prüfbericht vom 18.12.2013, insbesondere dem Protokoll der Jury "Bewertung Bestbieterentscheidung" und der Bewertungstabelle gemäß Beilage ./M und

dem Prüfbericht zu den 1. Angeboten vom 27.11.2013, insbesondere "Protokoll für Jurybewertung Shortlisting" gemäß Beilage ./11.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien allen Bietern beim Hearing, soweit dies mit ihren Angeboten in Einklang stand, die gleichen Fragen gestellt worden. Selbstverständlich hätten die Verhandlungen entsprechend den jeweiligen Antworten und eigenen Fragen/Verhandlungspunkten der einzelnen eingeladenen Bieter einen etwas anderen Verfahrenslauf genommen. Auch die vorbereiteten Fragen seien dieselben gewesen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien die Antworten dem, von der Antragstellerin selbst unterschriebenen, Ergebnisprotokoll zu entnehmen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin könnten dem Juryprotokoll vom 17.12.2013 nicht nur die vergebenen Punkte entnommen werden, sondern jeweils eine diesbezüglich nachvollziehbare Begründung. Im Einzelnen lasse sich daraus klar entnehmen, dass die Schlüsselpersonen der Antragstellerin nur "durchschnittlich" bzw. "genügend" bewertet worden seien, weil sie nicht als "Team" abgestimmt aufgetreten seien, sondern die 1. Schlüsselperson das Gespräch in einer teilweise unangenehmen Art dominiert habe und auf das konkrete Projekt "ORF" trotz ausdrücklichem Hinweis der Auftraggeberin zu wenig eingegangen sei. Zu den Zusatzausarbeitungen der Antragstellerin werde festgehalten, dass diese in Summe lediglich als "befriedigend" gewertet worden seien, weil sie zwar alle Anforderungen grundsätzlich bzw. allgemein (Schulbuchwissen) erfüllt/beantwortet hätten, im Einzelnen jedoch nicht restlos nachvollziehbar gewesen seien.

Zu den vermeintlich fehlenden Verhandlungen (vergleiche Punkt 7.4 des Nachprüfungsantrages)

Die Antragstellerin vergesse zu erwähnen, dass neben dem Hearing am 11.12.2013 bereits am 30.9.2013 ein "Informationsgespräch" geführt worden sei, in dessen Rahmen über den gesamten Inhalt gesprochen/verhandelt worden sei. Die Antragstellerin übersehe darüber hinaus auch, dass das gesamte Verhandlungsverfahren von der Möglichkeit begleitet gewesen sei, schriftliche Fragen zu stellen, welche auch genutzt worden sei und zu entsprechenden Antworten geführt habe. Darüber hinaus übersehe die Antragstellerin, dass selbst im Rahmen des Hearings vom 11.12.2013 weitere Verhandlungen geführt worden seien. Die infolge dieser Verhandlungen am 11.12.2013 getroffenen Festlegungen seien noch am 11.12.2013 an alle Bieter versandt worden und hätten Verhandlungspunkte wie zum Beispiel Zahlungsbedingungen, Vertragsstrafe, die Möglichkeit eines Bonus/Malus für Erreichen/Nichterreichen bestimmter Termine/Kosten bei Abruf der Optionen, Verschiebung der Vertragsdauer und Fragen zur zulässigen Leistungsänderung und damit verbundenen Nachträgen betroffen. Im Ergebnis habe sich das gegenständliche Verhandlungsverfahren nicht auf ein "bloßes Hearing" beschränkt, sondern sei ein äußerst komplexer Prozess von mehreren Verhandlungsrunden, die teilweise mündlich und teilweise schriftlich abgewickelt worden seien.

Zur vermeintlichen Widersprüchlichkeit in der Auftragsbekanntmachung (vergleiche Punkt 7.5 des Nachprüfungsantrages)

Auch hier vergesse die Antragstellerin den Procedure Letter vom 19.8.2013, dem all die von der Antragstellerin gerügten fehlenden Informationen zu entnehmen seien. So sei diesem Procedure Letter vom 19.8.2013 unter anderem zu entnehmen, dass lediglich die 5 besten Bewerber zur Projektsteuerung eingeladen würden und, dass der ORF zwar kein öffentlicher Auftraggeber sei, sich gegenständlich aber freiwillig an das Bundesvergabegesetz halte.

Auch zeige ein Blick auf die vergebenen Qualitätspunkte, dass die Jury je Kriterium ausschließlich sachlich orientiert bewertet habe. Dies ergebe sich daraus, dass die Angebote/Schlüsselpersonen aller eingeladenen Bieter je Kriterium entsprechend der Ausprägung ihres jeweiligen Angebots unterschiedlich bewertet worden seien. So sei beispielsweise die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht durchgehend mit der höchsten Punktzahl bzw. die Antragstellerin nicht durchgehend mit der niedrigsten Punktzahl bewertet worden. Im Gegenteil: die Antragstellerin sei beim Kriterium "Ablaufkonzept Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königsberg", entsprechend ihrem 1. eingereichten Ablaufkonzept, mit "sehr gut (80 Punkte)" bewertet worden, wohingegen die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu diesem Kriterium lediglich als "durchschnittlich gut" mit 40 ungewichteten Punkten bewertet worden sei. Dagegen seien die Zusatzausarbeitungen der Antragstellerin aus den bereits oben genannten Gründen nur mit "durchschnittlich/befriedigend" (7 Punkte) bewertet worden, wohingegen die präsumtive Zuschlagsempfängerin hier als "sehr gut" mit 25 Punkten bewertet worden sei.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Jänner 2014, W 134 2000169-1/22Z, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages untersagt.

Mit Schreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 31.1.2014 gab diese unter anderem an, dass mit ihr am 30.9.2013 ein Verhandlungsgespräch geführt worden sei und dass Verhandlungen zum gesamten Angebotsinhalt möglich gewesen seien und auch stattgefunden hätten.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 31.1.2014 brachte diese vor, dass die Bestbieterermittlung nicht nachvollziehbar sei und auch aus inhaltlicher Sicht die Beurteilung unsachlich und damit rechtswidrig erfolgt sei, weil zahlreiche Themen beim Hearing erörtert worden seien, die weder in der Protokollierung des Hearings noch in der Bewertung berücksichtigt worden seien. So sei zum Beispiel über die Sicherstellung der Versorgungssicherheit über den gesamten Bauablauf gesprochen worden. In Bezug auf die sich im Bereich der Übertragungstechnik schnell ändernden Anforderungen seien außerdem die schwer wiegenden Konsequenzen aus möglichen Änderungen der Verkabelungsart für ein Bauvorhaben dieser Art aufgezeigt worden. Der XXXX habe sich bei seiner Entscheidung auf die subjektiven Empfindungen seiner beiden im Hearing anwesenden Mitjuroren verlassen müssen, da er selbst beim Hearing nicht anwesend gewesen sei. Das Fehlen bloß eines Fachjurors in einem bewertungsrelevanten Zeitpunkt stelle angesichts einer Dreierjury und der gleichen Stimmgewichtung einen wesentlichen Mangel dar. Da sich im Protokoll zur Jurybewertung der Bestbieterentscheidung vom 17.12.2013 auch der Name von XXXX finde sei objektiv betrachtet davon auszugehen, dass (wiederum) eine Veränderung der ORF internen Fachjury stattgefunden habe. Ebenso wie bereits die "unterbesetzte" ORF interne Fachjury bei der Bewertung des Subkriteriums "Ergebnis des Hearings der Schlüsselpersonen" stelle die Vorgehensweise einer "überbesetzten" Fachjury letztlich ein Abgehen von den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen dar. Die Auftraggeberin habe sich bei der Honorarbemessung klar gegen die Systematik der HO-PS entschieden. Die HO-PS aber als Nachweis einer zu niedrigen Kalkulation der Antragstellerin "aus dem Hut zu ziehen", sei schlicht unsachlich. Das Angebot der Antragstellerin sei, da vergaberechtskonform nicht auszuschneiden, anhand der bestandfesten Zuschlagskriterien zu bewerten. Eine schlechte Bewertung wegen der nach Ansicht des Auftraggebers zu günstigen Projektphase 1 bzw 2 finde in den Zuschlagskriterien keine Deckung. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 31.1.2014 brachte diese vor, dass die Bestbieterermittlung nicht nachvollziehbar sei und auch aus inhaltlicher Sicht die Beurteilung unsachlich und damit rechtswidrig erfolgt sei, weil zahlreiche Themen beim Hearing erörtert worden seien, die weder in der Protokollierung des Hearings noch in der Bewertung berücksichtigt worden seien. So sei zum Beispiel über die Sicherstellung der Versorgungssicherheit über den gesamten Bauablauf gesprochen worden. In Bezug auf die sich im Bereich der Übertragungstechnik schnell ändernden Anforderungen seien außerdem die schwer wiegenden Konsequenzen aus möglichen Änderungen der Verkabelungsart für ein Bauvorhaben dieser Art aufgezeigt worden. Der römisch 40 habe sich bei seiner Entscheidung auf die subjektiven Empfindungen seiner beiden im Hearing anwesenden Mitjuroren verlassen müssen, da er selbst beim Hearing nicht anwesend gewesen sei. Das Fehlen bloß eines Fachjurors in einem bewertungsrelevanten Zeitpunkt stelle angesichts einer Dreierjury und der gleichen Stimmgewichtung einen wesentlichen Mangel dar. Da sich im Protokoll zur Jurybewertung der Bestbieterentscheidung vom 17.12.2013 auch der Name von römisch 40 finde sei objektiv betrachtet davon auszugehen, dass (wiederum) eine Veränderung der ORF internen Fachjury stattgefunden habe. Ebenso wie bereits die "unterbesetzte" ORF interne Fachjury bei der Bewertung des Subkriteriums "Ergebnis des Hearings der Schlüsselpersonen" stelle die Vorgehensweise einer "überbesetzten" Fachjury letztlich ein Abgehen von den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen dar. Die Auftraggeberin habe sich

bei der Honorarbemessung klar gegen die Systematik der HO-PS entschieden. Die HO-PS aber als Nachweis einer zu niedrigen Kalkulation der Antragstellerin "aus dem Hut zu ziehen", sei schlicht unsachlich. Das Angebot der Antragstellerin sei, da vergaberechtskonform nicht auszuschneiden, anhand der bestandfesten Zuschlagskriterien zu bewerten. Eine schlechte Bewertung wegen der nach Ansicht des Auftraggebers zu günstigen Projektphase 1 bzw 2 finde in den Zuschlagskriterien keine Deckung.

Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 5.2.2014 unter Verweis auf das Urteil des EuGH vom 12.9.2013, Rs C-526/11, IVD GmbH & Co KG gegen Ärztekammer Westfalen-Lippe, seine Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber erneut bestritten und vorgebracht, richtig sei, dass die ORF interne Fachjury aus XXXX und XXXX bestanden habe. Unrichtig sei, dass die Auftraggeberin bestimmt habe, dass alle diese Jurymitglieder am Hearing teilnehmen werden. Ebenso wenig sei ausgeschlossen worden, dass an der Jurysitzung auch noch sonstige Personen, wie insbesondere der verfahrensbegleitende Rechtsanwalt und der für das formale Verfahren Verantwortliche, XXXX, als nicht stimmberechtigte Personen teilnehmen würden. Der von der Antragstellerin eingeforderte "Unmittelbarkeitsgrundsatz" werde sogar gegenüber Gerichten und Behörden mit voller Kognitionsbefugnis durchbrochen: im Zivilverfahren insbesondere durch Beweisaufnahme durch ersuchte Richter (§ 276 Abs. 2 ZPO) bzw. Verwertung von Verhandlungsprotokollen aus anderen Verfahren bzw. Beweissicherung (§ 281a ZPO und § § 384 ff ZPO); im verwaltungsbehördlichen Verfahren durch ersuchte und beauftragte Verwaltungsbehörden und in besonderen Fällen durch Gerichte (§ 55 AVG). Umso weniger könne der von der Antragstellerin eingeforderte "Unmittelbarkeitsgrundsatz" im Vergabeverfahren gelten. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 5.2.2014 unter Verweis auf das Urteil des EuGH vom 12.9.2013, Rs C-526/11, IVD GmbH & Co KG gegen Ärztekammer Westfalen-Lippe, seine Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber erneut bestritten und vorgebracht, richtig sei, dass die ORF interne Fachjury aus römisch 40 und römisch 40 bestanden habe. Unrichtig sei, dass die Auftraggeberin bestimmt habe, dass alle diese Jurymitglieder am Hearing teilnehmen werden. Ebenso wenig sei ausgeschlossen worden, dass an der Jurysitzung auch noch sonstige Personen, wie insbesondere der verfahrensbegleitende Rechtsanwalt und der für das formale Verfahren Verantwortliche, römisch 40, als nicht stimmberechtigte Personen teilnehmen würden. Der von der Antragstellerin eingeforderte "Unmittelbarkeitsgrundsatz" werde sogar gegenüber Gerichten und Behörden mit voller Kognitionsbefugnis durchbrochen: im Zivilverfahren insbesondere durch Beweisaufnahme durch ersuchte Richter (Paragraph 276, Absatz 2, ZPO) bzw. Verwertung von Verhandlungsprotokollen aus anderen Verfahren bzw. Beweissicherung (Paragraph 281 a, ZPO und Paragraph Paragraph 384, ff ZPO); im verwaltungsbehördlichen Verfahren durch ersuchte und beauftragte Verwaltungsbehörden und in besonderen Fällen durch Gerichte (Paragraph 55, AVG). Umso weniger könne der von der Antragstellerin eingeforderte "Unmittelbarkeitsgrundsatz" im Vergabeverfahren gelten.

Am 11.2.2014 hat im Bundesverwaltungsgericht darüber eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Die Antragstellerin hat zur Frage der unzulässigen Zusammensetzung der Kommission (Pkt. 7.1 des Nachprüfungsantrages) angegeben, dass sich ein Unmittelbarkeitsgrundsatz zwar nicht direkt aus dem Gesetz ergebe, aber es faktisch nicht denkbar wäre eine Bewertung vorzunehmen, obwohl das Jurymitglied bei der Grundlagenhebung nicht anwesend war. In der Ausschreibung gebe es keine Passage die vorsehe, dass nur die Teilnehmer am Hearing die Bewertung der Schlüsselpersonen vornehmen dürfen. Zu Pkt. 7.3 des Nachprüfungsantrages wurde angegeben, dass dieser die Argumente von Pkt. 7.1 und 7.2 auf die Zuschlagsentscheidung projiziere und aufgrund des Vorbringens zu Pkt. 7.1. und 7.2. sich aus der Sicht der Antragstellerin eine mangelnde Begründung der Zuschlagsentscheidung entgegen § 131 BVergG ergebe. Konkret sei die Punkteermittlung aus der stichwortartigen Begründung der Jurybewertung für die Antragstellerin nicht ableitbar. Die Antragstellerin gab zu Pkt. 7.5 des Nachprüfungsantrages an, dass diesbezüglich keine Rechtswidrigkeit mehr vorliege. Am 11.2.2014 hat im Bundesverwaltungsgericht darüber eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Die Antragstellerin hat zur Frage der unzulässigen Zusammensetzung der Kommission (Pkt. 7.1 des Nachprüfungsantrages) angegeben, dass sich ein Unmittelbarkeitsgrundsatz zwar nicht direkt aus dem Gesetz ergebe, aber es faktisch nicht denkbar wäre eine Bewertung vorzunehmen, obwohl das Jurymitglied bei der Grundlagenhebung nicht anwesend war. In der Ausschreibung gebe es keine Passage die vorsehe, dass nur die Teilnehmer am Hearing die Bewertung der Schlüsselpersonen vornehmen dürfen. Zu Pkt. 7.3 des Nachprüfungsantrages wurde angegeben, dass dieser die Argumente von Pkt. 7.1 und 7.2 auf die Zuschlagsentscheidung projiziere und aufgrund des Vorbringens zu Pkt. 7.1. und 7.2. sich aus der Sicht der Antragstellerin eine mangelnde Begründung der Zuschlagsentscheidung entgegen Paragraph 131, BVergG ergebe.

Konkret sei die Punktermittlung aus der stichwortartigen Begründung der Jurybewertung für die Antragstellerin nicht ableitbar. Die Antragstellerin gab zu Pkt. 7.5 des Nachprüfungsantrages an, dass diesbezüglich keine Rechtswidrigkeit mehr vorliege.

Darüber hat das Bundesverwaltungsgericht erwogen:

2. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Der Österreichische Rundfunk (ORF) hat zur Beschaffung "Projektsteuerung für die Sanierung des Medienstandorts Königligberg unter Beachtung der Auflagen des Denkmalschutzes" einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung mit einem geschätzten Auftragswert von €

4.000.000,-- exklusive USt ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 19.8.2013, in der EU am 20.8.2013 erfolgt. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 20.12.2013 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft XXXX getroffen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 2.1.2013; Akt des Vergabeverfahrens) 4.000.000,-- exklusive USt ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 19.8.2013, in der EU am 20.8.2013 erfolgt. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 20.12.2013 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft römisch 40 getroffen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 2.1.2013; Akt des Vergabeverfahrens)

Der Procedure Letter vom 19.8.2013 auf Seite 2, 4. Abs. lautet:

"Beim gegenständlichen Beschaffungsprozess handelt es sich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger EU-weiterer Präqualifikation. Inhalt und Ziel dieser Suche nach einem Projektsteuerer ist die Ermittlung des bestgeeigneten Projektsteuerers. Das Konzept ist durch die Anforderungen des Denkmalschutzes, des Raum- und Funktionsprogramms (Auszug als Beilage ./F) und des Rahmenterminplans (Beilage ./G) weitgehend vorgegeben (vgl. Machbarkeitsstudie Beilage ./E). In diesem Sinn haben die - nach dem Präqualifikationsverfahren - eingeladenen 5 geeignetsten Bewerber (sodann „Projektsteuerer“) ein Anbot einschließlich Umsetzungskonzept unter Berücksichtigung des Rahmenterminplans (Beilage ./G) zu erstellen; dies nach einem vorangehenden - jeweils gesondert geführten - ersten Informationsgespräch. Nach Legung der ersten Angebote werden jene 3 Bieter, die die drei besten Angebote gelegt haben, zu vertiefenden Verhandlungen und Legung eines Last and Best Offer (LBO) eingeladen. Die Bewertung der Angebote erfolgt durch eine ORF-interne Fachjury XXXX anhand der Kriterien Preis, Verfügbarkeit und Erfahrung der angebotenen Schlüsselpersonen sowie Reaktionszeit Schlüsselpersonen." "Beim gegenständlichen Beschaffungsprozess handelt es sich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger EU-weiterer Präqualifikation. Inhalt und Ziel dieser Suche nach einem Projektsteuerer ist die Ermittlung des bestgeeigneten Projektsteuerers. Das Konzept ist durch die Anforderungen des Denkmalschutzes, des Raum- und Funktionsprogramms (Auszug als Beilage ./F) und des Rahmenterminplans (Beilage ./G) weitgehend vorgegeben vergleiche Machbarkeitsstudie Beilage ./E). In diesem Sinn haben die - nach dem Präqualifikationsverfahren - eingeladenen 5 geeignetsten Bewerber (sodann „Projektsteuerer“) ein Anbot einschließlich Umsetzungskonzept unter Berücksichtigung des Rahmenterminplans (Beilage ./G) zu erstellen; dies nach einem vorangehenden - jeweils gesondert geführten - ersten Informationsgespräch. Nach Legung der ersten Angebote werden jene 3 Bieter, die die drei besten Angebote gelegt haben, zu vertiefenden Verhandlungen und Legung eines Last and Best Offer (LBO) eingeladen. Die Bewertung der Angebote erfolgt durch eine ORF-interne Fachjury römisch 40 anhand der Kriterien Preis, Verfügbarkeit und Erfahrung der angebotenen Schlüsselpersonen sowie Reaktionszeit Schlüsselpersonen."

Der Procedure Letter vom 25.9.2013 lautet auszugsweise:

"5. Bewertung

Wie bereits im Procedure Letter vorn 19.8.2013 festgehalten wurde, erfolgt die Bewertung der Angebote, und zwar sowohl die (a) Shortlistingentscheidung als auch die (b) Zuschlagsentscheidung) durch eine ORF-interne Fachjury bestehend aus XXXX anhand der Kriterien a) Preis (60%), b) Erfahrung der angebotenen Schlüsselpersonen „Projektsteuerung“ (15%) sowie Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königligberg (25%). Wie bereits im Procedure Letter vorn 19.8.2013 festgehalten wurde, erfolgt die Bewertung der Angebote, und zwar sowohl die (a) Shortlistingentscheidung als auch die (b) Zuschlagsentscheidung) durch eine ORF-interne Fachjury bestehend aus römisch 40 anhand der Kriterien a) Preis (60%), b) Erfahrung der angebotenen Schlüsselpersonen „Projektsteuerung“ (15%) sowie Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königligberg (25%).

5.1 Preis (Gewicht 60 %) - Shortlisting

[...]

5.2 Schlüsselpersonen „Projektsteuerung“, (Gewichtung 15%) - Shortlisting

Die Erfahrung der angebotenen Schlüsselpersonen „Projektsteuerung“ wird mit bis zu 100 ungewichteten Punkten bewertet, wobei bis zu 70

ungewichtete Punkte für die primär genannte Schlüsselperson und 30

ungewichtete Punkte für die sekundär genannte Schlüsselperson (= Ersatzperson) vergeben werden. Je Schlüsselperson werden die jeweiligen Berufsjahre und die von der jeweiligen Schlüsselperson während ihrer Berufslaufbahn in verantwortlicher Funktion persönlich erbrachten Referenzen bewertet; maximal jedoch 3 Referenzen.

[...]

5.3 Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königsberg (Gewicht 25%) - Shortlisting

Das Kriterium „Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königsberg“ wird anhand des eingereichten Konzepts zum Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königsberg zwischen 100 ungewichteten Punkten (optimal) und 0 ungewichteten Punkten (unzureichend/entspricht nicht) bewertet. Bei der Bewertung dieses Kriteriums lässt sich die Jury davon leiten, dass diese Konzepte von geeigneten Bietern gelegt werden, die eine dem Stand der Technik entsprechende Ablaufplanung der Projektsteuerung zu erstellen geeignet sind. Eine bloß dem Mindeststand der Technik entsprechende Ablaufplanung wird als „gerade genügend“ mit 1 ungewichteten Punkt bewertet. Für ein „nahezu optimales“ (= „sehr gut“) Konzept werden 80 ungewichtete Punkte vergeben. Für ein gutes Konzept werden 60 ungewichtete Punkte vergeben, für ein „durchschnittlich gutes“ Konzept werden 40 ungewichtete Punkte vergeben und für ein „bloß befriedigendes“ Konzept werden 20 ungewichtete Punkte vergeben. Zwischen diesen Kategorien und Punkten werden je nach Grad der Güte der Konzepte unterschiedliche Punkte vergeben.

Die Jury berücksichtigt bei der Bewertung der Konzepte und deren Einstufung nach dem obigen Schema folgende Gesichtspunkte: a) Beachtung des laufenden Sendebetriebs ORF, b) Eignung zur Beachtung Kostenobergrenzen, c) Eignung zur Beachtung der Zeitlimits und d) Eignung zur Optimierung des Ablaufs der Sanierung, wobei die Jury all diese Subgesichtspunkte nicht gesondert bewertet, sondern jeweils gesamtheitlich berücksichtigt und dies zu einer Gesamtbewertung nach dem Kriterium „Ablauf Sanierung Medienstandort Königsberg“ zusammenführt. Die aufgezählten Subgesichtspunkte sind in der Reihenfolge ihrer Bedeutung genannt, ohne dass einzelne Subgesichtspunkte gesondert bewertet werden.

[...]

5.4 Bestbieterentscheidung

Bei der Bestbieterentscheidung erfolgt die Bewertung unter Zugrundelegung der Shortlistingentscheidung und des diesbezüglichen Bewertungsmodus (vgl. 5.1 bis 5.3) wie folgt: Bei der Bestbieterentscheidung erfolgt die Bewertung unter Zugrundelegung der Shortlistingentscheidung und des diesbezüglichen Bewertungsmodus vergleiche 5.1 bis 5.3) wie folgt:

Das Kriterium „Preis“ wird auf Basis des beim LBO angebotenen gewichteten Gesamtnettopreises (vgl. Beilage ./K) nach der in Pkt 5.1 genannten Methode bewertet. Das Kriterium „Preis“ wird auf Basis des beim LBO angebotenen gewichteten Gesamtnettopreises vergleiche Beilage ./K) nach der in Pkt 5.1 genannten Methode bewertet.

Das Kriterium „Erfahrung der angebotenen Schlüsselpersonen Projektsteuerung“ wird unter Heranziehung des Ergebnisses der Shortlistingentscheidung gemäß Pkt 5.2 multipliziert mit dem Faktor 0,7 (70%) und des Ergebnisses des Hearings der Schlüsselpersonen (30%) bewertet. In diesem Sinn werden von der Jury je Kriterium neben den jeweils bis zu 70 ungewichteten Punkten aus der Shortlistingentscheidung jeweils bis zu 30 ungewichtete Punkte entsprechend dem Ergebnis des Hearings vergeben. Die primäre Schlüsselperson und die sekundäre Schlüsselperson werden jeweils mit 15 Punkten bewertet, wenn das Ergebnis ihres Hearings optimal war, 13 Punkte, wenn das Ergebnis sehr gut (= nahezu optimal) war, 10 Punkte, wenn das Ergebnis gut war, 8 Punkte, wenn das Ergebnis „durchschnittlich gut“ war, 6 Punkte, wenn das Ergebnis „befriedigend“ war, 4 Punkte, wenn das Ergebnis „nahezu befriedigend“ war

und 1 Punkt, wenn es gerade „noch genügend“ war; dies jeweils vor dem Hintergrund, dass alle Schlüsselpersonen ohnehin geeignet sind und eine entsprechend hohe Erwartungshaltung besteht. Die Jury bewertet die primäre Schlüsselperson und die sekundäre Schlüsselperson anhand deren Performance während des Hearings (= dargelegte soziale und inhaltliche Kompetenz), wobei dies als Einheit von der Jury bewertet wird.

Das Kriterium „Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königlberg“ wird unter Heranziehung des Ergebnisses der Shortlistingentscheidung gemäß Pkt 5.3 multipliziert mit dem Faktor 0,7 (70%) und der Qualität der aufgetragenen Zusatzausarbeitungen (30%) bewertet. In diesem Sinn werden von der Jury bis zu 70 ungewichtete Punkten aus der Shortlistingentscheidung und jeweils bis zu 30 ungewichtete Punkte entsprechend der Qualität der aufgetragenen Zusatzausarbeitungen zum „Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königlberg“ vergeben. Die Vergabe dieser 30 Punkte für die Qualität der aufgetragenen Zusatzausarbeitungen erfolgt nach dem gleichen Bewertungsschema wie die Bewertung des Konzepts „Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königlberg“ (vgl. Pkt 5.3), sohin unter Gesamtberücksichtigung der Subgesichtspunkte „laufender Sendebetrieb“, „Beachtung Kostenobergrenze“, „Einhaltung Zeitvorgaben“ und „Optimierung Sanierungsablauf“, wobei für eine optimale Ausarbeitung 30 Punkte vergeben werden, 25 Punkte für eine sehr gute (nahezu optimale) Ausarbeitung, 20 Punkte für eine gute, 10 Punkte für eine durchschnittlich gute Ausarbeitung, 5 Punkte für eine befriedigende Ausarbeitung und 1 Punkt für eine gerade noch genügende Ausarbeitung. Es gilt auch hier der Grundsatz, dass Ausgangsbasis der Bewertung die Ausarbeitung eines geeigneten Bieters ist und eine hohe Erwartungshaltung besteht. Das Kriterium „Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königlberg“ wird unter Heranziehung des Ergebnisses der Shortlistingentscheidung gemäß Pkt 5.3 multipliziert mit dem Faktor 0,7 (70%) und der Qualität der aufgetragenen Zusatzausarbeitungen (30%) bewertet. In diesem Sinn werden von der Jury bis zu 70 ungewichtete Punkten aus der Shortlistingentscheidung und jeweils bis zu 30 ungewichtete Punkte entsprechend der Qualität der aufgetragenen Zusatzausarbeitungen zum „Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königlberg“ vergeben. Die Vergabe dieser 30 Punkte für die Qualität der aufgetragenen Zusatzausarbeitungen erfolgt nach dem gleichen Bewertungsschema wie die Bewertung des Konzepts „Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königlberg“ (vergleiche Pkt 5.3), sohin unter Gesamtberücksichtigung der Subgesichtspunkte „laufender Sendebetrieb“, „Beachtung Kostenobergrenze“, „Einhaltung Zeitvorgaben“ und „Optimierung Sanierungsablauf“, wobei für eine optimale Ausarbeitung 30 Punkte vergeben werden, 25 Punkte für eine sehr gute (nahezu optimale) Ausarbeitung, 20 Punkte für eine gute, 10 Punkte für eine durchschnittlich gute Ausarbeitung, 5 Punkte für eine befriedigende Ausarbeitung und 1 Punkt für eine gerade noch genügende Ausarbeitung. Es gilt auch hier der Grundsatz, dass Ausgangsbasis der Bewertung die Ausarbeitung eines geeigneten Bieters ist und eine hohe Erwartungshaltung besteht.

Das Bewertungsschema für die Bestbieterentscheidung ist der Beilage ./M zu entnehmen.“ (Akt des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibungsunterlagen sind nicht angefochten worden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Allgemeines

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich, wie im gegenständlichen Fall, die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Gemäß 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 ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich, wie im gegenständlichen Fall, die Entscheidung durch Senate vorgesehen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idFBGBl. I 2013/122, geregelt. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gem. Art. 130 Abs 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles,

die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950 und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984 und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gem. Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtsache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtsache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG tritt unter anderem der 4. Teil samt Überschrift am 01. Jänner 2014 in Kraft. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG tritt unter anderem der 4. Teil samt Überschrift am 01. Jänner 2014 in Kraft.

Gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG beginnen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG laufenden Entscheidungsfristen nach dem vierten Teil des BVergG im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt, deren Zuständigkeit zur Weiterführung gem. Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG mit Ablauf des 31. Dezember 2013 auf das Bundesverwaltungsgericht übergeht, mit 01. Jänner 2014 neu zu laufen. Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 wurde mit BGBl. I Nr. 128/2013, kundgemacht am 11.07.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.07.2013 in Kraft getreten. Gem. § 345 Abs. 17 Z 2 BVergG idgF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 128/2013 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt, nunmehr das Bundesverwaltungsgericht, für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das nach dem 12.07.2013 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG idF der Novelle BGBl. I Nr. 128/2013 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche am 30.12.2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 12.07.2013 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG idF der Novelle BGBl. I Nr. 128/2013 maßgeblich. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG beginnen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG laufenden Entscheidungsfristen nach dem vierten Teil des BVergG im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt, deren Zuständigkeit zur Weiterführung gem. Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, B-VG mit Ablauf des 31. Dezember 2013 auf das Bundesverwaltungsgericht übergeht, mit 01. Jänner 2014 neu zu laufen. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, kundgemacht am 11.07.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.07.2013 in Kraft getreten. Gem. Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 2, BVergG idgF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt, nunmehr das Bundesverwaltungsgericht, für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das nach dem 12.07.2013 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche am 30.12.2013

protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 12.07.2013 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, maßgeblich.

Entgegen der Ansicht des Auftraggebers ist der Auftraggeber, dessen Gebahrung gem. § 31 a 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 (9.03.1999, N-10/99-6; 27.09.2012, F/0005-BVA/02/2012-28; F/0006-BVA/02/2012; 14.12.2013, F/004-BVA/11/2013-15) und des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG 4.2.2014, W138 2000177-1/27E) verwiesen. Die Rechtskraft dieser Entscheidungen des Bundesvergabeamtes bleibt auch durch die Anhängigkeit von Beschwerdeverfahren beim VwGH unberührt. Die Ausführungen des Auftraggebers zur Frage der öffentlichen Auftraggebereigenschaft des Auftraggebers konnten vor dem Hintergrund der eindeutigen Rechtslage (siehe nur die §§ 8a, 21, 22 Abs 5 und 31 Abs 10 ORF-G) zu keiner anderen Beurteilung als in den vorangeführten rechtskräftigen Entscheiden von BVA und BVwG führen. Entgegen der Ansicht des Auftraggebers ist der Auftraggeber, dessen Gebahrung gem. 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 (9.03.1999, N-10/99-6; 27.09.2012, F/0005-BVA/02/2012-28; F/0006-BVA/02/2012; 14.12.2013, F/004-BVA/11/2013-15) und des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG 4.2.2014, W138 2000177-1/27E) verwiesen. Die Rechtskraft dieser Entscheidungen des Bundesvergabeamtes bleibt auch durch die Anhängigkeit von Beschwerdeverfahren beim VwGH unberührt. Die Ausführungen des Auftraggebers zur Frage der öffentlichen Auftraggebereigenschaft des Auftraggebers konnten vor dem Hintergrund der eindeutigen Rechtslage (siehe nur die Paragraphen 8 a, 21, 22, Absatz 5 und 31 Absatz 10, ORF-G) zu keiner anderen Beurteilung als in den vorangeführten rechtskräftigen Entscheiden von BVA und BVwG führen.

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

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

Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, B-VG.

Da nach Auskunft des Auftraggebers der Zuschlag nicht erteilt wurde und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gem. § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigkeitserklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da nach Auskunft des Auftraggebers der Zuschlag nicht erteilt wurde und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gem. Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigkeitserklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

4. Zum Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung

Zu den Ausschreibungsunterlagen im Allgemeinen und zu den unter 2. Sachverhalt zitierten Auszügen aus dem Procedure Letter vom 19.8.2013 und vom 25.9.2013 im Speziellen kann gesagt werden, dass diese der Auftraggeberin und insbesondere der ORF internen Fachjury ein hohes Maß an Freiraum und Ermessen bei der Entscheidungsfindung zubilligen. Da die Ausschreibungsunterlagen bestandsfest geworden sind, sind alle am Vergabeverfahren Beteiligten daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065). Somit hat die ORF interne Fachjury, und nicht etwa das Bundesverwaltungsgericht, die Bewertung der einzelnen Angebote vorzunehmen. Das Bundesverwaltungsgericht hat daher auch nicht die Richtigkeit der Bewertung nachzuprüfen, sondern lediglich, ob die Bewertung in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen durchgeführt wurde und plausibel und nachvollziehbar ist.

4. a Zur Zusammensetzung der Kommission (Punkt 7.1 des Nachprüfungsantrages):

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, die Kommission sei unzulässig zusammengesetzt gewesen. Dies

deshalb, weil XXXX Mitglied der Kommission, jedoch nachweislich beim Hearing am 11.12.2013 nicht anwesend gewesen sei. Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, die Kommission sei unzulässig zusammengesetzt gewesen. Dies deshalb, weil römisch 40 Mitglied der Kommission, jedoch nachweislich beim Hearing am 11.12.2013 nicht anwesend gewesen sei.

Gemäß dem Procedure Letter vom 19.8.2013 sowie dem Procedure Letter vom 25.9.2013 Punkt 5. erfolgt die Bewertung der Angebote durch eine ORF-interne Fachjury bestehend aus XXXX und XXXX. Die Antragstellerin hat trotz Kenntnis der Mitglieder der Jury dagegen keinen Nachprüfungsantrag eingebracht, so dass diese Mitglieder bestandsfest geworden sind. Wie dem mit Beilage ./5 des Nachprüfungsantrages vorgelegten Dokument "Tagesordnung für Hearing" zu entnehmen ist hat am 11.12.2013 im ORF ein Hearing stattgefunden, bei dem Vertreter der Antragstellerin diverse Vertreter des ORF, unter anderem XXXX nicht jedoch XXXX teilgenommen haben. Im Procedure Letter vom 25.9.2013 Punkt 5.4, 2. Anstrich ist vorgesehen, dass die Jury die primäre Schlüsselperson und die sekundäre Schlüsselperson anhand deren Performance während des Hearings (= dargelegte soziale und inhaltliche Kompetenz), wobei dies als Einheit von der Jury bewertet wird, bewertet. Es stellt sich somit die Frage, ob sämtliche 3 Mitglieder der ORF-internen Fachjury, die die beiden Schlüsselpersonen beurteilen sollen auch beim Hearing anwesend sein mussten. Wie die Antragstellerin zu Recht in der mündlichen Verhandlung zugestanden hat, gibt es in der Ausschreibung keine Passage die vorsieht, dass nur die Teilnehmer am Hearing die Bewertung der Schlüsselpersonen vornehmen dürfen. Dem BVergG 2006 ist ein solcher Unmittelbarkeitsgrundsatz ebenfalls nicht zu entnehmen. Ein Blick auf Verfahrensgesetze zeigt auch, dass mittelbare Beweisaufnahmen grundsätzlich möglich sind so zB. im Zivilverfahren durch Beweisaufnahme durch ersuchte Richter (§ 276 Abs. 2 ZPO) bzw. Verwertung von Verhandlungsprotokollen aus anderen Verfahren bzw. Beweissicherung (§ 281a ZPO und § § 384 ff ZPO); im verwaltungsbehördlichen Verfahren durch ersuchte und beauftragte Verwaltungsbehörden und in besonderen Fällen durch Gerichte (§ 55 AVG). Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum im gegenständlichen Fall die Nichtteilnahme von XXXX am Hearing vom 11.12.2013 rechtswidrig sein sollte. Gemäß dem Procedure Letter vom 19.8.2013 sowie dem Procedure Letter vom 25.9.2013 Punkt 5. erfolgt die Bewertung der Angebote durch eine ORF-interne Fachjury bestehend aus römisch 40 und römisch 40 . Die Antragstellerin hat trotz Kenntnis der Mitglieder der Jury dagegen keinen Nachprüfungsantrag eingebracht, so dass diese Mitglieder bestandsfest geworden sind. Wie dem mit Beilage ./5 des Nachprüfungsantrages vorgelegten Dokument "Tagesordnung für Hearing" zu entnehmen ist hat am 11.12.2013 im ORF ein Hearing stattgefunden, bei dem Vertreter der Antragstellerin diverse Vertreter des ORF, unter anderem römisch 40 nicht jedoch römisch 40 teilgenommen haben. Im Procedure Letter vom 25.9.2013 Punkt 5.4, 2. Anstrich ist vorgesehen, dass die Jury die primäre Schlüsselperson und die sekundäre Schlüsselperson anhand deren Performance während des Hearings (= dargelegte soziale und inhaltliche Kompetenz), wobei dies als Einheit von der Jury bewertet wird, bewertet. Es stellt sich somit die Frage, ob sämtliche 3 Mitglieder der ORF-internen Fachjury, die die beiden Schlüsselpersonen beurteilen sollen auch beim Hearing anwesend sein mussten. Wie die Antragstellerin zu Recht in der mündlichen Verhandlung zugestanden hat, gibt es in der Ausschreibung keine Passage die vorsieht, dass nur die Teilnehmer am Hearing die Bewertung der Schlüsselpersonen vornehmen dürfen. Dem BVergG 2006 ist ein solcher Unmittelbarkeitsgrundsatz ebenfalls nicht zu entnehmen. Ein Blick auf Verfahrensgesetze zeigt auch, dass mittelbare Beweisaufnahmen grundsätzlich möglich sind so zB. im Zivilverfahren durch Beweisaufnahme durch ersuchte Richter (Paragraph 276, Absatz 2, ZPO) bzw. Verwertung von Verhandlungsprotokollen aus anderen Verfahren bzw. Beweissicherung (Paragraph 281 a, ZPO und Paragraph Paragraph 384, ff ZPO); im verwaltungsbehördlichen Verfahren durch ersuchte und beauftragte Verwaltungsbehörden und in besonderen Fällen durch Gerichte (Paragraph 55, AVG). Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum im gegenständlichen Fall die Nichtteilnahme von römisch 40 am Hearing vom 11.12.2013 rechtswidrig sein sollte.

4. b Zur vorgebrachten unzulässigen Anwendung der Zuschlagskriterien (Punkt 7.2 des Nachprüfungsantrages):

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass bei den mit E-Mail vom 29.11. 2013 eingeforderten 2 Zusatzausarbeitungen die Zuschlagskriterien falsch angewendet worden seien. Die Zusatzausarbeitungen seien mit dem Ablaufkonzept unzulässiger Weise vermengt worden. Ohne jegliche Grundlage sei eine zusätzliche Gewichtung eingefügt worden.

In Punkt 5.4 des Procedure Letters vom 25.9.2013 und der diesbezüglich erklärenden Bewertungstabelle Bestbieterermittlung Beilage ./M wird ausdrücklich festhalten, dass das Kriterium "Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung des Medienstandorts Königsberg" unter Heranziehung des Ergebnisses der Shortlistingentscheidung

(multipliziert mit 70 %) und der Qualität der aufgetragenen Zusatzausarbeitungen (multipliziert mit 30 %) bewertet werden. Punkt

5.3 lautet: "Die Vergabe dieser 30 Punkte für die Qualität der aufgetragenen Zusatzausarbeitungen erfolgt nach dem gleichen Bewertungsschema wie die Bewertung des Konzepts "Ablauf der Projektsteuerung der Sanierung Medienstandort Königsberg". Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist somit in den Ausschreibungsunterlagen die Bewertung der Zusatzausarbeitungen geregelt. Wie sich dem Protokoll für Jurybewertung Bestbieterentscheidung vom 17.12.2013 entnehmen lässt haben die in den Ausschreibungsunterlagen genannten Jurymitglieder die Bewertung der Zusatzausarbeitungen vorgenommen. Eine vergleichsweise schlechte Einstufung mag mit dem Grundsatz der hohen Erwartungshaltung (Punkt 5.4, 3. Anstrich, letzter Satz, Procedure Letter vom 25.9.2013) zusammenhängen, macht die Bewertung aber nicht rechtswidrig. Eine Ausschreibungswidrigkeit oder mangelnde Plausibilität oder Nachvollziehbarkeit kann nicht festgestellt werden.

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass entgegen dem Juryprotokoll keine Möglichkeit eingeräumt worden sei, das Zusammenspiel der Bedeutung der beiden ersten Projektphasen und des vorgesehenen Personaleinsatzes näher darzustellen.

Die Frage der Plausibilität der bei den ersten Projektphasen niedrigen Kosten bzw. dem niedrigen Personalaufwand ist der Antragstellerin im Hearing vom 11.12.2013 ausdrücklich gestellt worden (vergleiche Protokoll Hearing 11.12.2013, Seite 3, Abs. 2). Nach dem glaubwürdigen Vorbringen der Auftraggeberin sind diese Aussagen von der Jury schon während des Hearings negativ empfunden worden, der Antragstellerin vorgehalten worden und - nachdem der Antragstellerin bzw. Herrn Diplom-Ingenieur XXXX keine plausible Erklärung gelungen sei - auf das Last and Best Offer (LBO) verwiesen worden. Eine weitere Plausibilisierung im LBO fehlt entsprechend dem glaubwürdigen Vorbringen der Auftraggeberin. Ein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes oder sonst unplausibles oder nicht nachvollziehbares Vorgehen der Auftraggeberin kann nicht festgestellt werden. Die Frage der Plausibilität der bei den ersten Projektphasen niedrigen Kosten bzw. dem niedrigen Personalaufwand ist der Antragstellerin im Hearing vom 11.12.2013 ausdrücklich gestellt worden (vergleiche Protokoll Hearing 11.12.2013, Seite 3, Absatz 2.). Nach dem glaubwürdigen Vorbringen der Auftraggeberin sind diese Aussagen von der Jury schon während des Hearings negativ empfunden worden, der Antragstellerin vorgehalten worden und - nachdem der Antragstellerin bzw. Herrn Diplom-Ingenieur römisch 40 keine plausible Erklärung gelungen sei - auf das Last and Best Offer (LBO) verwiesen worden. Eine weitere Plausibilisierung im LBO fehlt entsprechend dem glaubwürdigen Vorbringen der Auftraggeberin. Ein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes oder sonst unplausibles oder nicht nachvollziehbares Vorgehen der Auftraggeberin kann nicht festgestellt werden.

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass im Hinblick auf das Änderungsmanagement die eingehenden Ausführungen der Antragstellerin (zum Beispiel Dreisäulenmodell) in unsachlicher Weise missinterpretiert worden seien. Dies werfe die Frage auf, ob die Kommission die Ausarbeitungen und das Handout der Antragstellerin tatsächlich intensivst geprüft hätten.

Dazu ist zu sagen, dass sich dem Protokoll für Jurybewertung Bestbieterermittlung vom 17.12.2013 einige Aussagen zum Änderungsmanagement entnehmen lassen, die darauf schließen lassen, dass die Jury die Angaben der Antragstellerin nicht gänzlich nachvollziehen konnte. Aus dem Schreiben der Auftraggeberin vom 9.1.2014 lässt sich Ähnliches ableiten. Eine Ausschreibungswidrigkeit oder mangelnde Plausibilität oder Nachvollziehbarkeit kann nicht festgestellt werden.

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass beim Änderungsmanagement Aspekte als negativ angesehen worden seien, die im Abwicklungskonzept als positiv hervorgehoben worden seien.

Die Auftraggeberin führte dazu aus, dass die Antragstellerin übersehe, dass beim Ablaufkonzept die grundsätzliche Befassung mit dem Änderungsmanagement als positiv bewertet worden sei, während bei der nachträglich gestellten Zusatzaufgabe "Änderungsmanagement" eine entsprechend nachvollziehbare/praktikable Ausarbeitung im Hinblick auf die genannten Subkriterien gefordert worden und von der Antragstellerin nicht ausreichend erbracht worden sei. Den Bietern habe klar sein müssen, dass die Auftraggeberin keine "Lehrbuchabschrift" benötige bzw. vorgestellt werden sollte, sondern eine auf die Spezifika des gegenständlichen Projektes angemessene Darstellung des

Änderungsmanagements. Darauf sei gerade die Antragstellerin im Hearing auch nochmals ausdrücklich hingewiesen worden, als sich ihre Präsentation nur auf Allgemeinheiten ohne Bezug auf das gegenständliche Projekt beschränkt habe.

Diese Ausführungen der Auftraggeberin sind plausibel und nachvollziehbar. Wenn die Jury von der Antragstellerin eine praktikablere Ausarbeitung erwartet hat und somit mit dem diesbezüglichen Inhalt des Angebotes nicht zufrieden war so steht es ihr zu, dies entsprechend zu bewerten. Eine Ausschreibungswidrigkeit oder mangelnde Plausibilität oder Nachvollziehbarkeit kann nicht festgestellt werden.

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass entgegen dem Juryprotokoll die Annäherung bei der Gewichtung der Projektphase 1 eingehend dargelegt worden sei. Die Kommission habe die betreffenden Adaptionen im Last and Best Offer aber weiterhin als unplausibel erachtet (siehe 5. Absatz der Seite 4 des Juryprotokolls).

Die Auftraggeberin führte dazu aus, dass die Antragstellerin keine Begründung dafür geliefert habe, weshalb der Ansatz für Projektphase 1 und 2 niedrig sei. Daraus ergebe sich die Feststellung der Jury, dass trotz diesbezüglicher ausdrücklicher Aufforderung beim Hearing am 11.12.2013 (vergleiche Protokoll Seite 3 Abs. 2) keine weitere diesbezügliche Erklärung durch die Antragstellerin erfolgt sei. XXXX habe in der Präsentation sehr ausführlich dargelegt, was alles sinnvollerweise in der 1. Projektphase vom Projektsteuerer erbracht werden müsse. Diese präsentierten Leistungen der 1. Projektphase seien aus Sicht von XXXX teilweise über die ausgeschriebenen Leistungsbeschreibungen, wie sie sich auch in der Honorarordnung wiederfinden würden, hinausgegangen. Vor allem hätten sich diese umfangreichen Leistungen nicht im angebotenen Preis für die Leistungsphase 1 bzw. 2 wiedergespiegelt. Auf diesen Widerspruch in den Ausführungen zur Bedeutung der Leistungsphasen 1 und 2, wie er auch in der Honorarordnung für die Projektsteuerung zum Ausdruck komme, einerseits und die gering bemessenen Kosten andererseits habe XXXX XXXX ausdrücklich angesprochen und ihn gebeten, den Widerspruch aufzuklären. Diese Aufklärung sei der Antragstellerin nicht im Zuge des Hearings gelungen, weshalb die Antragstellerin selbst die Aufklärung im Rahmen der dem Last and Best Offer übermittelnden Zusatzausarbeitungen zugesagt habe (vergleiche Protokoll des Hearings Seite 3 Abs. 2). Vor diesem Hintergrund habe die Jury berechtigterweise das Fehlen der zugesagten Aufklärung negativ bewertet. Die Auftraggeberin führte dazu aus, dass die Antragstellerin keine Begründung dafür geliefert habe, weshalb der Ansatz für Projektphase 1 und 2 niedrig sei. Daraus ergebe sich die Feststellung der Jury, dass trotz diesbezüglicher ausdrücklicher Aufforderung beim Hearing am 11.12.2013 (vergleiche Protokoll Seite 3 Absatz 2,) keine weitere diesbezügliche Erklärung durch die Antragstellerin erfolgt sei. XXXX habe in der Präsentation sehr ausführlich dargelegt, was alles sinnvollerweise in der 1. Projektphase vom Projektsteuerer erbracht werden müsse. Diese präsentierten Leistungen der 1. Projektphase seien aus Sicht von römisch 40 teilweise über die ausgeschriebenen Leistungsbeschreibungen, wie sie sich auch in der Honorarordnung wiederfinden würden, hinausgegangen. Vor allem hätten sich diese umfangreichen Leistungen nicht im angebotenen Preis für die Leistungsphase 1 bzw. 2 wiedergespiegelt. Auf diesen Widerspruch in den Ausführungen zur Bedeutung der Leistungsphasen 1 und 2, wie er auch in der Honorarordnung für die Projektsteuerung zum Ausdruck komme, einerseits und die gering bemessenen Kosten andererseits habe römisch 40 römisch 40 ausdrücklich angesprochen und ihn gebeten, den Widerspruch aufzuklären. Diese Aufklärung sei der Antragstellerin nicht im Zuge des Hearings gelungen, weshalb die Antragstellerin selbst die Aufklärung im Rahmen der dem Last and Best Offer übermittelnden Zusatzausarbeitungen zugesagt habe (vergleiche Protokoll des Hearings Seite 3 Absatz 2,). Vor diesem Hintergrund habe die Jury berechtigterweise das Fehlen der zugesagten Aufklärung negativ bewertet.

Die diesbezüglichen Aussagen der Auftraggeberin sind plausibel und nachvollziehbar und bewegen sich im Rahmen des Ermessensspielraums der der Jury zusteht. Es steht der Jury aufgrund der Ausschreibungsunterlagen zu, zu gering bemessene Kosten zu rügen und entsprechend zu bewerten. Eine Ausschreibungswidrigkeit oder mangelnde Plausibilität oder Nachvollziehbarkeit kann nicht festgestellt werden.

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass das Juryprotokoll nochmals zeige, dass das Last and Best Offer der Antragstellerin nicht entsprechend geprüft worden sei. Während man sich bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit dem bloßen Hinweis die HO-PS stimme nicht, begnüge, werde der Antragstellerin ein in der Praxis übliches Abgehen von der Gewichtung der HO-PS als nachteilig ausgelegt.

Die Auftraggeberin führte dazu aus, dass die präsumtiven Zuschlagsempfängerin bereits im Hearing auf dieselbe Frage eine plausible Antwort gegeben habe (vergleiche Punkt 4.9 des Protokolls des Hearings präsumtiven

Zuschlagsempfängerin). Gerade die Art und Weise, wie mit derselben Frage umgegangen werde, dokumentiere den Qualitätsunterschied der angebotenen Schlüsselpersonen und der Zusatzausarbeitungen. Die diesbezüglichen Aussagen der Auftraggeberin sind plausibel und nachvollziehbar und bewegen sich im Rahmen des Ermessensspielraums der der Jury zusteht, da sie die Qualitätsunterschiede zwischen den Angeboten aufzuzeigen hat. Eine Ausschreibungswidrigkeit oder mangelnde Plausibilität oder Nachvollziehbarkeit kann nicht festgestellt werden.

4 c Zur vorgebrachten fehlenden Nachvollziehbarkeit der Anwendung der Zuschlagskriterien (vergleiche Punkt 7.3 des Nachprüfungsantrages):

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die Anwendung der Zuschlagskriterien nur mangelhaft nachvollziehbar sei. Die Bewertung der Kommission anhand des Juryprotokolls vom 17.12.2013, der Tagesordnung für Hearing vom 11.12.2013 und des Protokolls für Jurybewertung Shortlisting könne nicht nachvollzogen werden. Dies ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass die Antworten auf die Fragestellungen im Zuge des Hearings maßgeblich für die Bewertung der Erfahrungen der Schlüsselpersonen herangezogen würden. Es sei jedoch weder dokumentiert, in welcher Form und inwieweit gleich behandelnd allen Bietern die entsprechend selben Fragen gestellt worden seien, noch könnten die betreffenden Antworten annähernd den betreffenden Dokumenten entnommen werden. Mangels Dokumentation stelle sich somit die kommissionelle Bewertung als nicht nachvollziehbar dar.

Die Auftraggeberin führte dazu aus, dass sich entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin die Bewertung der Jury nachvollziehbar ableiten lasse aus: 1. den vorliegenden Angeboten (insbesondere Zusatzausarbeitungen bzw. Ablaufkonzept beim 1. Angebot), 2. den vorliegenden Protokollen der Hearings am 11.12.2013, 3. dem Prüfbericht vom 18.12.2013, insbesondere dem Protokoll der Jury "Bewertung Bestbieterentscheidung" und der Bewertungstabelle gemäß Beilage ./M und 4. dem Prüfbericht zu den 1. Angeboten vom 27.11.2013, insbesondere "Protokoll für Jurybewertung Shortlisting" gemäß Beilage ./11.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien allen Bietern beim Hearing, soweit dies mit ihren Angeboten in Einklang stand, die gleichen Fragen gestellt worden. Selbstverständlich hätten die Verhandlungen entsprechend den jeweiligen Antworten und eigenen Fragen/Verhandlungspunkten der einzelnen eingeladenen Bieter einen etwas anderen Verfahrenslauf genommen. Auch die vorbereiteten Fragen seien dieselben gewesen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien die Antworten dem, von der Antragstellerin selbst unterschriebenen, Ergebnisprotokoll zu entnehmen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin könnten dem Juryprotokoll vom 17.12.2013 nicht nur die vergebenen Punkte entnommen werden, sondern jeweils eine diesbezüglich nachvollziehbare Begründung. Im Einzelnen lasse sich daraus klar entnehmen, dass die Schlüsselpersonen der Antragstellerin nur "durchschnittlich" bzw. "genügend" bewertet worden seien, weil sie nicht als "Team" abgestimmt aufgetreten seien, sondern die 1. Schlüsselperson das Gespräch in einer teilweise unangenehmen Art dominiert habe und auf das konkrete Projekt "ORF" trotz ausdrücklichem Hinweis der Auftraggeberin zu wenig eingegangen sei. Zu den Zusatzausarbeitungen der Antragstellerin werde festgehalten, dass diese in Summe lediglich als "befriedigend" gewertet worden sei, weil sie zwar alle Anforderungen grundsätzlich bzw. allgemein (Schulbuchwissen) erfüllt/beantwortet hätten, im Einzelnen jedoch nicht restlos nachvollziehbar gewesen seien.

Die diesbezüglichen Aussagen der Auftraggeberin sowie die unter 1. bis 4. oben genannten Unterlagen sind glaubhaft, plausibel und nachvollziehbar und bewegen sich in Rahmen des Ermessensspielraums der der Jury zusteht. Eine Ausschreibungswidrigkeit oder mangelnde Plausibilität oder Nachvollziehbarkeit kann nicht festgestellt werden.

4. d Zu den vorgebrachten fehlenden Verhandlungen (vergleiche Punkt 7.4 des Nachprüfungsantrages)

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass entgegen dem Wesen des gewählten Verfahrenstypus Verhandlungsverfahren und entgegen den berechtigten Erwartungen der Bieter von Verhandlungen abgesehen worden sei.

Die Auftraggeberin führte dazu aus, dass die Antragstellerin vergesse zu erwähnen, dass neben dem Hearing am 11.12.2013 bereits am 30.9.2013 ein "Informationsgespräch" geführt worden sei, in dessen Rahmen über den gesamten Inhalt gesprochen/verhandelt worden sei. Die Antragstellerin übersehe darüber hinaus auch, dass das gesamte Verhandlungsverfahren von der Möglichkeit begleitet gewesen sei, schriftliche Fragen zu stellen, wie dies auch genutzt und entsprechend beantwortet worden sei. Darüber hinaus übersehe die Antragstellerin, dass selbst im Rahmen des Hearings vom 11.12.2013 weitere Verhandlungen geführt worden seien. Die infolge dieser Verhandlungen am 11.12.2013 getroffenen Festlegungen seien noch am 11.12.2013 an alle Bieter versandt worden und hätten

Verhandlungspunkte wie zum Beispiel Zahlungsbedingungen, Vertragsstrafe, die Möglichkeit eines Bonus/Malus für Erreichen/Nichterreichen bestimmter Termine/Kosten bei Abruf der Optionen, Verschiebung der Vertragsdauer und Fragen zur zulässigen Leistungsänderung und damit verbundenen Nachträgen betroffen. Im Ergebnis habe sich das gegenständliche Verhandlungsverfahren nicht auf ein "bloßes Hearing" beschränkt, sondern sei ein äußerst komplexer Prozess von mehreren Verhandlungsrunden, die teilweise mündlich und teilweise schriftlich abgewickelt worden seien.

Die Ausführungen der Auftraggeberin sind plausibel und nachvollziehbar und decken sich mit dem Inhalt der von ihr genannten Dokumenten. Es ist, auch unter Berücksichtigung des glaubwürdigen Vorbringens der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung, nicht ersichtlich, warum im gegenständlichen Vergabeverfahren keine Verhandlungen stattgefunden haben sollten.

Zum Vorbringen in Punkt 7. 5. des Nachprüfungsantrages hat die Antragstellerin selbst in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass diesbezüglich keine Rechtswidrigkeit vorliege. Im Übrigen sind dem Procedure Letter vom 19.8.2013 alle die von der Antragstellerin gerügten fehlenden Informationen zu entnehmen.

4. e Zum Vorbringen die Fachjury sei überbesetzt

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass sich im Protokoll zur Jurybewertung der Bestbieterentscheidung vom 17.12.2013 auch der Name von XXXX finde. Deshalb sei objektiv betrachtet davon auszugehen, dass (wiederum) eine Veränderung der ORF internen Fachjury stattgefunden habe. Dies stelle ein Abgehen von den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen dar. Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass sich im Protokoll zur Jurybewertung der Bestbieterentscheidung vom 17.12.2013 auch der Name von römisch 40 finde. Deshalb sei objektiv betrachtet davon auszugehen, dass (wiederum) eine Veränderung der ORF internen Fachjury stattgefunden habe. Dies stelle ein Abgehen von den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen dar.

Die Auftraggeberin führte dazu aus, dass an der Jurysitzung auch noch sonstige Personen, wie insbesondere der verfahrensbegleitende Rechtsanwalt und der für das formale Verfahren Verantwortliche, XXXX, als nicht stimmberechtigte Personen teilgenommen hätten. Die Auftraggeberin führte dazu aus, dass an der Jurysitzung auch noch sonstige Personen, wie insbesondere der verfahrensbegleitende Rechtsanwalt und der für das formale Verfahren Verantwortliche, römisch 40, als nicht stimmberechtigte Personen teilgenommen hätten.

Die Teilnahme einer nicht stimmberechtigten Personen an einer Jurysitzung stellt keine Ausschreibungswidrigkeit dar.

4. f Zum Vorbringen die Zuschlagsentscheidung sei mangelhaft begründet

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass aufgrund des Vorbringens zu Pkt. 7.1. und 7.2. sich aus der Sicht der Antragstellerin eine mangelnde Begründung der Zuschlagsentscheidung entgegen § 131 BVerG ergebe. Konkret sei die Punkteermittlung aus der stichwortartigen Begründung der Jurybewertung für die Antragstellerin nicht ableitbar. Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass aufgrund des Vorbringens zu Pkt. 7.1. und 7.2. sich aus der Sicht der Antragstellerin eine mangelnde Begründung der Zuschlagsentscheidung entgegen Paragraph 131, BVerG ergebe. Konkret sei die Punkteermittlung aus der stichwortartigen Begründung der Jurybewertung für die Antragstellerin nicht ableitbar.

Nicht jedes vom Bieter in der Zuschlagsentscheidung vermisste Begründungselement führt zur objektiven Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Abgesehen davon, dass dies auf eine unzulässige Überspannung der Begründungspflicht hinausliefe (vgl. dazu auch Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, Rz 28 ff zu § 131), weil sich die Forderung nach der Präzisierung einer Begründung ad infinitum fortsetzen ließe, kommt es nach dem Gesagten vielmehr darauf an, ob es dem Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierterer Begründungselemente unschwer möglich ist, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen. (VwGH 9.4.2013, 2011/04/0224) Nicht jedes vom Bieter in der Zuschlagsentscheidung vermisste Begründungselement führt zur objektiven Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Abgesehen davon, dass dies auf eine unzulässige Überspannung der Begründungspflicht hinausliefe vergleiche dazu auch Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, Rz 28 ff zu Paragraph 131.), weil sich die Forderung nach der Präzisierung einer Begründung ad infinitum

fortsetzen ließe, kommt es nach dem Gesagten vielmehr darauf an, ob es dem Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierterer Begründungselemente unschwer möglich ist, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen. (VwGH 9.4.2013, 2011/04/0224)

Die Auftraggeberin hat mit der Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2013 der Antragstellerin die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, den Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt gegeben. Dies ist sowohl dem Schreiben selbst als auch den Beilagen (Auszug aus der Bewertungstabelle, Auszüge der Bewertung der Jury vom 22.10.2013 und 17.12.2013) zu entnehmen. Diese Informationen haben die Antragstellerin in die Lage versetzt, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen. Die Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2013 ist somit nicht mangelhaft.

5. Gebührenersatz

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

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller 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 Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller 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 Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren.

Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 18.000,-- bezahlt. Es wurden ihr € 9.000,-- als entrichteter Mehrbetrag gem. § 318 BVergG zurückerstattet. Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 18.000,-- bezahlt. Es wurden ihr € 9.000,-- als entrichteter Mehrbetrag gem. Paragraph 318, BVergG zurückerstattet.

6. 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 (vgl. zur Bestandsfestigkeit VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065; zur Begründungstiefe der Zuschlagsentscheidung VwGH 9.4.2013, 2011/04/0224) ab, 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 (vergleiche zur Bestandsfestigkeit VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065; zur Begründungstiefe der Zuschlagsentscheidung VwGH 9.4.2013, 2011/04/0224) ab, 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

Begründungspflicht, Bewertung, Ermessensspielraum,
Gebarungskontrolle, mittelbare Beweisaufnahme, Nachprüfungsantrag,

Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, öffentlicher
Auftraggeber, Pauschalgebühren, Plausibilität,
Rechnungshofkontrolle, Überspannung der Begründungspflicht,
Unmittelbarkeitsgrundsatz, Vergaberechtsregime

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W134.2000169.1.00

Zuletzt aktualisiert am

17.04.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at