

TE Verg Bescheid 2012/8/1 N/0067-BVA/05/2012-23

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.08.2012

Norm

BVergG 2006 §1 Abs1 Z3

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §105

BVergG 2006 §105 Abs1

BVergG 2006 §105 Abs2 Z2

BVergG 2006 §105 Abs3

BVergG 2006 §105 Abs5

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

BVergG 2006 §345 Abs15 Z3

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- Text**

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 5, Mag. Bernhard Ditz sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Perschling Unterlauf Hochwasserschutz - Planersuche" des Wasserverbandes Perschling Unterlauf, Tullnerstraße 16, 3451 Michelhausen, wie folgt entschieden:

Spruch:

I.römisch eins.

Der Antrag vom 29. Juni 2012 der Bietergemeinschaft bestehend aus A***, B*** und C***, vertreten durch X***,

"die Entscheidung der Auftraggeber vom 22.6.2012, der Bietergemeinschaft "D*** - E*** - F***" den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 16 lit. a sublit. dd, 105 Abs. 1, 312 Abs. 1 und 2 Z 2 und 325 Abs. 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF (BVergG) Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 105 Absatz eins, 312, Absatz eins und 2 Ziffer 2 und 325 Absatz eins, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, idgF (BVergG)

II.römisch zwei.

Die Anträge vom 29. Juni 2012 der Bietergemeinschaft bestehend aus A***, B*** und C***, vertreten durch X***,

"dem Auftraggeber aufzutragen, der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühr für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen."

und

"dem Auftraggeber den Ersatz der von der Antragstellerin für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution aufzuerlegen", werden abgewiesen.

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

Begründung

Mit Schriftsatz vom 29. Juni 2012 (elektronisch am 29. Juni 2012 nach Beendigung der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes (BVA) übermittelt und somit am 2. Juli 2012 zu Beginn der Amtsstunden im BVA eingelangt) stellte die Bietergemeinschaft bestehend aus A***, B*** und C*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, das in den Spruchpunkten I und II dieses Bescheides wörtlich wiedergegebene Antragsbegehren und beantragte darüber hinaus eine Akteneinsicht in den Vergabeakt zu gewähren, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, eine Beilage wegen des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aus der Akteneinsicht auszunehmen und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin führte dazu im einleitenden Schriftsatz vom 29. Juni 2012, in einem weiteren Schriftsatz vom 10. Juli 2012 und in der mündlichen Verhandlung am 31. Juli 2012 im Wesentlichsten zusammengefasst aus, dass der Wasserverband Perschling Unterlauf (im Weiteren: Auftraggeber), vertreten durch M*** (vergebende Stelle) unter der Bezeichnung "Ausarbeitung eines wasserrechtlichen Einreichprojektes laut RIWA-T von der Gemeindegrenze Kapelln-Weißenkirchen an der Perschling bis zur Donaumündung in den Gemeinden Zwentendorf, Atzenbrugg, Langenrohr, Michelhausen, Würmla und Weißenkirchen an der Perschling im Wege eines 2-stufigen Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich ein Vergabeverfahren durchführe. Auftragsgegenstand sei die Ausarbeitung eines wasserrechtlichen Einreichprojektes, das die Optimierung des Hochwasserschutzes zu beinhalten habe. Als interdisziplinäre Arbeiten wären eine Detailvermessung der Flussabschnitte, eine Erarbeitung eines schutzwasserwirtschaftlichen wasserrechtlichen Einreichprojektes und eine gewässerökologische Beurteilung inkludiert. Mit Schriftsatz vom 29. Juni 2012 (elektronisch am 29. Juni 2012 nach Beendigung der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes (BVA) übermittelt und somit am 2. Juli 2012 zu Beginn der Amtsstunden im BVA eingelangt) stellte die Bietergemeinschaft bestehend aus A***, B*** und C*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, das in den Spruchpunkten römisch eins und römisch zwei dieses Bescheides wörtlich wiedergegebene Antragsbegehren und beantragte darüber hinaus eine Akteneinsicht in den Vergabeakt zu gewähren, die

Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, eine Beilage wegen des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aus der Akteneinsicht auszunehmen und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin führte dazu im einleitenden Schriftsatz vom 29. Juni 2012, in einem weiteren Schriftsatz vom 10. Juli 2012 und in der mündlichen Verhandlung am 31. Juli 2012 im Wesentlichsten zusammengefasst aus, dass der Wasserverband Perschling Unterlauf (im Weiteren: Auftraggeber), vertreten durch M*** (vergebende Stelle) unter der Bezeichnung "Ausarbeitung eines wasserrechtlichen Einreichprojektes laut RIWA-T von der Gemeindegrenze Kapelln-Weißenkirchen an der Perschling bis zur Donaumündung in den Gemeinden Zwentendorf, Atzenbrugg, Langenrohr, Michelhausen, Würmla und Weißenkirchen an der Perschling im Wege eines 2-stufigen Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich ein Vergabeverfahren durchführe. Auftragsgegenstand sei die Ausarbeitung eines wasserrechtlichen Einreichprojektes, das die Optimierung des Hochwasserschutzes zu beinhalten habe. Als interdisziplinäre Arbeiten wären eine Detailvermessung der Flussabschnitte, eine Erarbeitung eines schutzwasserwirtschaftlichen wasserrechtlichen Einreichprojektes und eine gewässerökologische Beurteilung inkludiert.

Die Antragstellerin habe sich durch die Abgabe eines Teilnahmeantrages und eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Am 18. Mai 2012 sei sie zu einem Hearing am 30. Mai 2012 eingeladen worden, in dem sie ihre projektbezogenen Ideen per Powerpoint einer Kommission präsentiert habe und zu den abgegebenen Unterlagen befragt worden wäre. Am 22. Juni 2012 sei ihr mitgeteilt worden, dass der Zuschlag dem Angebot der Bietergemeinschaft "D*** - E*** - F***" erteilt werden sollte. Mit dem Schreiben seien auch die "Niederschrift über die Prüfung der Angebote bzw. Beurteilung nach dem Hearing und Ergebnis" vom 30. Mai 2012 sowie Auszüge aus dem Prüfbericht (Protokolle über die Telefonbefragung sowie die verbale Bewertung der einzelnen Jurymitglieder und deren Punktevergabe hinsichtlich der Antragstellerin und der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin) übermittelt worden. Diese Zuschlagsentscheidung sei jedoch nicht vergaberechtskonform, da beim Hearing nachweislich lediglich der Auftraggeber an die Antragstellerin Fragen gestellt habe und Rückfragen der Antragstellerin nicht zugelassen worden wären. Es habe - wie dies in § 105 Abs. 1 BVergG gefordert werde - keine Verhandlungen über den Auftragsinhalt in technischer und wirtschaftlicher Sicht gegeben, um das beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Es habe nur ein Hearing, ohne dass dabei die rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Vorgaben wechselseitig thematisiert worden wären, gegeben. Das könne im Sinne der vergaberechtlichen Literatur und Judikatur nicht als Verhandlung gewertet werden. Da keine Verhandlungen stattgefunden hätten, sei eine darauf basierende Zuschlagsentscheidung rechtswidrig, zumal beim Verhandlungsverfahren die Durchführung von Verhandlungen gemäß § 105 Abs. 1 BVergG zwingend durchzuführen wären. Sollte der Auftraggeber der Meinung sein, dass über den gesamten Auftragsgegenstand nicht zu verhandeln sei, dann hätte er unzulässiger Weise seinen Auftrag nach dem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben. Bei einer rechtswidrigen Wahl des Verhandlungsverfahrens sei das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 1 BVergG zwingend zu widerrufen. Die Antragstellerin habe im Zuge des Hearings Fragen stellen wollen, worüber auch verhandelt werden sollte. Dies sei vom Auftraggeber jedoch unterbunden worden. Zudem sei die Bewertung der Jurymitglieder des Auftraggebers mangelhaft, weil in der Ausschreibung festgelegte Subkriterien nicht berücksichtigt worden wären. Beim Zuschlagskriterium "Hearing" wären als weitere Subzuschlagskriterien "die Vorstellung/Zusammensetzung des Teams, deren Einsatzplanung und die Ansätze zur Umsetzung" bestandsfest festgelegt worden. Die der Antragstellerin mit der Zuschlagsentscheidung übermittelten Auszüge aus dem Prüfbericht würden die verbale Bewertung der jeweiligen Jurymitglieder wiedergeben. Diese würden in keiner Weise auf die festgelegten Subzuschlagskriterien Bezug nehmen. Dadurch sei die Kommissionsentscheidung nicht nachvollziehbar, mangelhaft und rechtswidrig. Die Antragstellerin habe sich durch die Abgabe eines Teilnahmeantrages und eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Am 18. Mai 2012 sei sie zu einem Hearing am 30. Mai 2012 eingeladen worden, in dem sie ihre projektbezogenen Ideen per Powerpoint einer Kommission präsentiert habe und zu den abgegebenen Unterlagen befragt worden wäre. Am 22. Juni 2012 sei ihr mitgeteilt worden, dass der Zuschlag dem Angebot der Bietergemeinschaft "D*** - E*** - F***" erteilt werden sollte. Mit dem Schreiben seien auch die "Niederschrift über die Prüfung der Angebote bzw. Beurteilung nach dem Hearing und Ergebnis" vom 30. Mai 2012 sowie Auszüge aus dem Prüfbericht (Protokolle über die Telefonbefragung sowie die verbale Bewertung der einzelnen Jurymitglieder und deren Punktevergabe hinsichtlich der Antragstellerin und der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin) übermittelt worden. Diese Zuschlagsentscheidung sei jedoch nicht vergaberechtskonform, da beim Hearing nachweislich lediglich der Auftraggeber an die Antragstellerin Fragen gestellt

habe und Rückfragen der Antragstellerin nicht zugelassen worden wären. Es habe - wie dies in Paragraph 105, Absatz eins, BVergG gefordert werde - keine Verhandlungen über den Auftragsinhalt in technischer und wirtschaftlicher Sicht gegeben, um das beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Es habe nur ein Hearing, ohne dass dabei die rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Vorgaben wechselseitig thematisiert worden wären, gegeben. Das könne im Sinne der vergaberechtlichen Literatur und Judikatur nicht als Verhandlung gewertet werden. Da keine Verhandlungen stattgefunden hätten, sei eine darauf basierende Zuschlagsentscheidung rechtswidrig, zumal beim Verhandlungsverfahren die Durchführung von Verhandlungen gemäß Paragraph 105, Absatz eins, BVergG zwingend durchzuführen wären. Sollte der Auftraggeber der Meinung sein, dass über den gesamten Auftragsgegenstand nicht zu verhandeln sei, dann hätte er unzulässiger Weise seinen Auftrag nach dem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben. Bei einer rechtswidrigen Wahl des Verhandlungsverfahrens sei das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz eins, BVergG zwingend zu widerrufen. Die Antragstellerin habe im Zuge des Hearings Fragen stellen wollen, worüber auch verhandelt werden sollte. Dies sei vom Auftraggeber jedoch unterbunden worden. Zudem sei die Bewertung der Jurymitglieder des Auftraggebers mangelhaft, weil in der Ausschreibung festgelegte Subkriterien nicht berücksichtigt worden wären. Beim Zuschlagskriterium "Hearing" wären als weitere Subzuschlagskriterien "die Vorstellung/Zusammensetzung des Teams, deren Einsatzplanung und die Ansätze zur Umsetzung" bestandsfest festgelegt worden. Die der Antragstellerin mit der Zuschlagsentscheidung übermittelten Auszüge aus dem Prüfbericht würden die verbale Bewertung der jeweiligen Jurymitglieder wiedergeben. Diese würden in keiner Weise auf die festgelegten Subzuschlagskriterien Bezug nehmen. Dadurch sei die Kommissionsentscheidung nicht nachvollziehbar, mangelhaft und rechtswidrig.

Aus einer Gesamtschau der Ausschreibungsunterlagen, wo auch von Honorarvorstellungen gesprochen werde, gehe hervor, dass das zweite abzugebende Kuvert lediglich einen Richtpreis beinhalten würde, über den im Zuge von Verhandlungen über den gesamten Auftragsinhalt zu verhandeln gewesen wäre. Zudem sei ihr auch bekannt, dass einige im Hochwasserabflussbereich liegende Gemeinden des Gemeinderatsbeschluss gefasst hätten, dass bestimmte in Punkt 1.11 der Ausschreibungsunterlage genannte Hochwasserschutzmaßnahmen in Form von Dämmen und Wegaufhöhungen für ihre Siedlungsflächen nicht zur Ausführung gelangen würden.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrags. Dieser stelle ein wesentliches Referenzprojekt dar. Zudem habe sie auch ein Angebot gelegt. Durch den Entgang des Auftrages drohe ihr auch ein wirtschaftlicher Schaden. Sie fühle sich durch die Zuschlagsentscheidung generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt sowie insbesondere

- -Strichaufzählung
im Recht auf ordnungsgemäße Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens,
- -Strichaufzählung
im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung,
- -Strichaufzählung
im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter,
- -Strichaufzählung
im Recht als präsumtive Bestbieterin ausgewählt zu werden,
- -Strichaufzählung
im Recht auf vergaberechtlich gebotene Verhandlungen mit dem Auftraggeber.

Der Auftraggeber, vertreten durch M*** als vergebende Stelle, vertreten durch RA Y***, übermittelte am 5. Juli 2012 die Verfahrensunterlagen des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens, gab angefragte allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren und entgegnete im Wesentlichsten in dieser Stellungnahme vom 5. Juli 2012 sowie in der mündlichen Verhandlung am 31. Juli 2012 Folgendes:

Das Verhandlungsverfahren entspreche den bestandsfesten Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen. Die Art und Weise, wie das gegenständliche Verhandlungsverfahren durchgeführt werden sollte, insbesondere der Umstand, dass das Hearing der Präsentation der Projektanalyse und der Befragung dienen sollte, nicht jedoch dazu "den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln", sei sowohl der Teilnahmeantragsunterlage für die erste Stufe des Vergabeverfahrens als auch den Angebotsunterlagen (für die zweite Stufe) unmissverständlich zu entnehmen. Von "gesonderten Verhandlungen" sei dabei nicht die Rede. Es finde sich unter dem Kapitel 2.2.1.3 der Teilnahmeantragsunterlage für die

erste Stufe des Vergabeverfahrens, das mit "Hearing" betitelt sei, die klare Vorgabe, dass das Hearing die Möglichkeit sei, sich und eine Projektanalyse zu präsentieren und, dass eine Befragung durchgeführt werde. Unter Punkt 1.12 ("Termine") der Angebotsunterlagen (für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens) sei der Ablauf des Verfahrens zu entnehmen. Den Bietern sei bekannt gewesen, dass sie bis zum 11. Mai 2012 ihr Angebot abzugeben hätten, das Honorarangebot verschlossen bleiben sollte und am 30. Mai 2012 das Hearing und danach die Angebotsbewertung stattfinden sollte. Es sei klar, dass im Anschluss an das Hearing keine weiteren Angebotsrunden stattfinden sollten. Für derartige nachträgliche Verhandlungsrunden wären keine Vorkehrungen in den Ausschreibungsunterlagen getroffen worden. Dies hätte gegen die Ausschreibungsunterlagen und sohin gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen.

Fragen zur Art des Verfahrens habe es seitens der Antragstellerin oder Dritter nicht gegeben. Es habe bisher auch kein Nachprüfungsverfahren gegeben. Die Ausschreibungsunterlagen wären bestandsfest geworden. Der Auftraggeber habe sich an diese bestandsfest gewordenen Vorgaben gehalten. Schon deshalb sei der nunmehr erhobene Vorwurf, der unzureichenden Verhandlungen unzulässig. Die Antragstellerin übersehe, dass der Auftraggeber lediglich die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen vollzogen habe. Der Vorwurf der Antragstellerin, wonach unzureichende Verhandlungen geführt worden wären, richte sich inhaltlich tatsächlich gegen diese Ausschreibungsunterlagen und sei verfristet und daher zurückzuweisen. Die Antragstellerin habe bei Angebotsabgabe exakte Kenntnis gehabt, wie das gegenständliche Verhandlungsverfahren geführt werde und habe hierzu keine Fragen gestellt. Wäre sie damals tatsächlich der Auffassung gewesen, dass das Hearing im Sinne eines Verhandlungsverfahrens unzureichend sei, hätte die Antragstellerin diese zitierten Vorgaben bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Frist zur Legung des Angebots bekämpfen müssen. Wenn die Antragstellerin das Verhandlungsverfahren nunmehr bekämpfe, sei dies unzulässig und verstoße gegen die präkludierten Ausschreibungsunterlagen.

Darüber hinaus wären auch ausreichende Verhandlungen im Sinn des Bundesvergabegesetzes geführt worden. Dem § 105 Abs. 1 BVergG sei nicht zu entnehmen, dass die "Verhandlungen mündlich" zu erfolgen hätten. Vielmehr sehe § 105 Abs. 2 BVergG vor, dass Verhandlungen in mehreren Phasen erfolgen können. In diesem Sinn hätte der Auftraggeber allen Bietern zunächst die Möglichkeit gegeben, zu den vorgegebenen Leistungsinhalten und sonstigen Ausschreibungsbedingungen schriftliche Fragen zu stellen und damit Verhandlungen hierzu zu beginnen. In einem zweiten Schritt (Hearing) wäre dann über die Art und Weise der Leistungsdurchführung (Qualität, Projektablauf; Projektteam usw.) mündlich verhandelt worden. Eine derartige gestufte Vorgangsweise - zunächst schriftlich zu allgemeinen Themen und dann mündlich zur angebotenen Qualität / Projektablauf entspreche dem § 105 BVergG. Darüber hinaus wären auch ausreichende Verhandlungen im Sinn des Bundesvergabegesetzes geführt worden. Dem Paragraph 105, Absatz eins, BVergG sei nicht zu entnehmen, dass die "Verhandlungen mündlich" zu erfolgen hätten. Vielmehr sehe Paragraph 105, Absatz 2, BVergG vor, dass Verhandlungen in mehreren Phasen erfolgen können. In diesem Sinn hätte der Auftraggeber allen Bietern zunächst die Möglichkeit gegeben, zu den vorgegebenen Leistungsinhalten und sonstigen Ausschreibungsbedingungen schriftliche Fragen zu stellen und damit Verhandlungen hierzu zu beginnen. In einem zweiten Schritt (Hearing) wäre dann über die Art und Weise der Leistungsdurchführung (Qualität, Projektablauf; Projektteam usw.) mündlich verhandelt worden. Eine derartige gestufte Vorgangsweise - zunächst schriftlich zu allgemeinen Themen und dann mündlich zur angebotenen Qualität / Projektablauf entspreche dem Paragraph 105, BVergG.

In diesem Sinn hätten die Bieter die Möglichkeit gehabt, bereits mit der ersten Stufe (Abgabe Teilnahmeantrag) und auch bei Einladung zur Angebotsabgabe schriftliche Anfragen über Email an die vergebende Stelle zu richten (vgl. Punkt 1.3, 1. Stufe Teilnahmeantrag und 1.3, 2. Stufe Angebotsunterlagen). Die Möglichkeit, hier Fragen zu stellen, sei ergänzend zu dem Hearing zu sehen. Die Antragstellerin habe von dieser Möglichkeit der Fragenstellung auch Gebrauch gemacht. Hätte die Antragstellerin tatsächlich Änderungen/Ergänzungen zum ganzen Leistungsgegenstand fordern wollen, hätte sie im Zuge der schriftlichen Fragenmöglichkeit dazu weitere Gelegenheit gehabt. Sie hätte über schriftliche Fragen alle Themen ansprechen können. Dass sie dies nur eingeschränkt getan habe, bestätige, dass der Auftraggeber den gesamten Leistungsgegenstand einschließlich der Vertragsbedingungen bei Einladung zur Angebotsabgabe bereits ausreichend konkretisiert habe (Wesentliches werde in Punkt 1.9, 1.10 und 1.11 der Angebotsunterlagen geregelt) und es hierzu auch keiner gesonderten detaillierten Verhandlungen bedurft habe. In diesem Sinn hätten die Bieter die Möglichkeit gehabt, bereits mit der ersten Stufe (Abgabe Teilnahmeantrag) und auch bei Einladung zur Angebotsabgabe schriftliche Anfragen über Email an die vergebende Stelle zu richten (vgl. Punkt 1.3, 1. Stufe Teilnahmeantrag und 1.3, 2. Stufe Angebotsunterlagen). Die Möglichkeit, hier Fragen zu stellen, sei

ergänzend zu dem Hearing zu sehen. Die Antragstellerin habe von dieser Möglichkeit der Fragenstellung auch Gebrauch gemacht. Hätte die Antragstellerin tatsächlich Änderungen/Ergänzungen zum ganzen Leistungsgegenstand fordern wollen, hätte sie im Zuge der schriftlichen Fragenmöglichkeit dazu weitere Gelegenheit gehabt. Sie hätte über schriftliche Fragen alle Themen ansprechen können. Dass sie dies nur eingeschränkt getan habe, bestätige, dass der Auftraggeber den gesamten Leistungsgegenstand einschließlich der Vertragsbedingungen bei Einladung zur Angebotsabgabe bereits ausreichend konkretisiert habe (Wesentliches werde in Punkt 1.9, 1.10 und 1.11 der Angebotsunterlagen geregelt) und es hierzu auch keiner gesonderten detaillierten Verhandlungen bedurft habe.

Die allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, zu denen Fragen gestellt und damit

Verhandlungen initiiert werden hätten können, hätten - neben dem Honorarangebot

- um die angebotene Art der Auftragsabwicklung, wie dies im Zuge des Qualitätsangebots und des diesbezüglichen Hearings anzubieten war, ergänzt werden müssen. Das Hearing habe dazu gedient diese offene Qualitätsschnittstelle zur angebotenen Projektabwicklung noch näher zu hinterfragen und klarzumachen. In einem Serienschreiben an alle Bieter sei mit Schreiben vom 18. Mai 2012 nochmals der Ablauf des Hearings festgelegt worden. Die Antragstellerin habe sich dagegen nicht beschwert; sie habe keine weiteren Themen eingefordert und diese Festlegung auch unbekämpft gelassen, sodass auch diese Festlegung vom 18. Mai 2012 bestandsfest geworden sei.

Entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung und im Schreiben vom 18. Mai 2012 wären seitens der Jury Fragen zur angebotenen Projektabwicklung einschließlich Projektzeitplan gestellt worden. In diesem Sinn sei es unrichtig, dass keine Verhandlungen im Zuge des Hearings stattgefunden hätten. Die Verhandlungen hätten sich auf die angebotene Projektabwicklung, den angebotenen Sachverstand und angebotenen Projektablauf bezogen und hätten sohin die Ausschreibungsbedingungen ergänzt. Die Verhandlungen im Rahmen des Hearings hätten auch den vergaberechtlichen Anforderungen entsprochen, dass über den "gesamten Leistungsinhalt" verhandelt werde, insbesondere nicht nur über den Preis.

Die Antragstellerin verkenne, dass das Bundesvergabegesetz fordere, dass Punkt für Punkt über alle Leistungsdetails persönlich/mündlich verhandelt werden müsste. Selbstverständlich sei der Auftraggeber auch im Verhandlungsverfahren berechtigt, zu einem Großteil der Vertragsinhalte Vorgaben zu machen und den Spielraum mündlicher und persönlicher Verhandlungen auf einzelne Punkte zu beschränken. Der Auftraggeber könne auch im Verhandlungsverfahren weitreichende Vorgaben machen; dies umso mehr, als dies durch die Ausschreibungsunterlagen klar vorgegeben worden wäre; sie hätten hinterfragt werden können und wären von den Bietern akzeptiert worden.

Die Art und Weise, wie die Bewertung zu erfolgen habe, werde unter Punkt 2.4.4 der Angebotsunterlage "Bewertung" klar und unmissverständliche geregelt. Unter

2.4.4.2 "Auftragsanalyse und Projektabwicklung und Hearing" würden sich die Subkriterien zur Bewertung des mit 40% gewichteten Zuschlagskriteriums "Auftragsanalyse und Projektabwicklung und Hearing" finden. Unter Punkt 2.4.3 "Hearing" werde lediglich ausgeführt, dass "die Vorstellung/Zusammensetzung des Teams, deren Einsatzplanung und Ansätze zur Umsetzung bei der Bewertung des Hearings bewertet werden würden. Dass es sich hierbei um ein eigenständiges Subkriterium, das eigenständig und gesondert bewertet werde, handle, sei - gerade in Bezug auf die zitierte Bewertungsregelung nicht zu entnehmen. Im Gegenteil: Dem zitierten Bewertungsmodus unter 2.4.4 sei eine einheitliche Bewertung zu entnehmen. In diesem Sinn hätten die Kommissionsmitglieder auch entsprechend den Ausschreibungsunterlagen die präsentierten Unterlagen zur Auftragsanalyse und Projektabwicklung und das Hearing einschließlich Vorstellung des Teams als Gesamtheit zu bewerten gehabt. Gerade die von der Antragstellerin zitierten verbalen Äußerungen der Jurymitglieder zeigten, dass die Jurymitglieder sich mit der Vorstellung/Zusammensetzung des Teams, deren Erfahrung und der Einsatzplanung auseinandergesetzt hätten. Aussagen wie "nicht überzeugend", "hat für mich kein 100-jährliches Hochwasser gesehen", "haben die Vorgaben nicht erfüllt", "Vorgaben verfehlt", "Problemfelder im Projekt sind nicht erkannt", "Grundsätzlich sehr gut, Ziel des Projekts verfehlt", "Schrittweise Erklärung der Arbeitsbereiche", "keine Vergleichsprojekte angeführt", "Projektziel scheinbar überlesen" würden bestätigen, dass sich die Jurymitglieder im Hinblick auf das Zuschlagskriterium "Auftragsanalyse und Projektabwicklung und Hearing" sowohl mit den vorgelegten Unterlagen zur Auftragsanalyse und Projektabwicklung als auch dem Hearing und dem Team/Einsatzplanung auseinandergesetzt hätten. Dies spiegle sich in den vergebenen Noten zwischen 2 und 3,5 wieder. Die Jurymitglieder hätten sich in ihrer Bewertung an die vorgegebenen Zuschlagskriterien

und den vorgegebenen Bewertungsmodus (2.4.4 bzw. "Auftragsanalyse und Projektabwicklung und Hearing") gehalten. Eine gesonderte Bewertung eines Subkriteriums "Vorstellung/Zusammensetzung des Teams, deren Einsatzplanung und Ansätze zur Umsetzung" sei dagegen nicht vorgesehen gewesen, sondern sei - wie Punkt 2.4.4.2 zu entnehmen gewesen wäre, zu Recht ganzheitlich bewertet worden.

Zudem setzte § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 für die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers unter anderem auch voraus, dass die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei. Dies sei beim gegenständlichen Nachprüfungsantrag der Antragstellerin - sowohl im Hinblick auf das Thema "unzureichende Verhandlungen" als auch im Hinblick auf das Thema "unrichtige Bewertung der Jurymitglieder" - auszuschließen. Zudem setzte Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 für die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers unter anderem auch voraus, dass die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei. Dies sei beim gegenständlichen Nachprüfungsantrag der Antragstellerin - sowohl im Hinblick auf das Thema "unzureichende Verhandlungen" als auch im Hinblick auf das Thema "unrichtige Bewertung der Jurymitglieder" - auszuschließen.

Die Antragstellerin komme für eine Zuschlagsentscheidung nicht einmal denkmöglich in Frage. In diesem Sinn fehle es ihr auch am Rechtsschutzinteresse. Die Antragstellerin habe mit einer Angebotssumme von netto EUR XXXX das viertteuerste Angebot gelegt. Mit einer Gesamtpunkteanzahl von 58,1 Punkten - im Vergleich zu 93,9 Punkten des Bestbieters - sei die Antragstellerin auch nur viergereihte Bieterin. Es sei auszuschließen, dass sie - selbst bei einer "weiteren Verhandlung" bzw. bei der geforderten Bewertung eines zusätzlichen Subkriteriums erstgereiht werde. Vermeintlich unzureichende Verhandlungen bzw. zu geringe Beachtung eines Subkriteriums hätten auch keinen Einfluss auf die Zuschlagsentscheidung: Die Antragstellerin komme für eine Zuschlagsentscheidung nicht einmal denkmöglich in Frage. In diesem Sinn fehle es ihr auch am Rechtsschutzinteresse. Die Antragstellerin habe mit einer Angebotssumme von netto EUR römisch 40 das viertteuerste Angebot gelegt. Mit einer Gesamtpunkteanzahl von 58,1 Punkten - im Vergleich zu 93,9 Punkten des Bestbieters - sei die Antragstellerin auch nur viergereihte Bieterin. Es sei auszuschließen, dass sie - selbst bei einer "weiteren Verhandlung" bzw. bei der geforderten Bewertung eines zusätzlichen Subkriteriums erstgereiht werde. Vermeintlich unzureichende Verhandlungen bzw. zu geringe Beachtung eines Subkriteriums hätten auch keinen Einfluss auf die Zuschlagsentscheidung:

Das erste Zuschlagkriterium "Schlüsselpersonal (einschlägige Erfahrung für die Planungsabwicklung, Telefonbefragung, gewichtet mit 20%) sei nach Abgabe der Angebote am 11. Mai 2012 aufgrund einer Telefonbefragung ermittelt worden (2.4.4.1). Daraus würde folgen, dass die nach diesem Zuschlagkriterium ermittelten Punkte von allfälligen weiteren Verhandlungen unberührt bleiben würden. Daraus folge weiter, dass die für die Antragstellerin ermittelten 18 Punkte und die für die Bestbieterin ermittelten 19 Punkte vom Vorwurf der unterlassenen weiteren Verhandlungen unberührt bleiben würden. Den Ausschreibungsunterlagen sei auch unmissverständlich zu entnehmen, dass das Honorarangebot am 11. Mai 2012 abzugeben sei und bis zum Abschluss des Hearings und dessen Bewertung verschlossen bleibe. Damit sei klar, dass auch das Honorar von allfälligen "weiteren Verhandlungen" unberührt bliebe. Im gegenständlichen Fall habe die Antragstellerin mit einer Angebotssumme von EUR XXXX das viertteuerste Angebote gelegt und hierfür nur 20,06 gewichtete Punkte erhalten; im Gegensatz zu 35,61 gewichteten Punkten der Bestbieterin. Zähle man die Punkte aus dem Kriterium "Telefonbefragung Schlüsselperson" und die gewichteten Punkte "Kosten" zusammen, habe die Antragstellerin in Summe 38,06 Punkte. Die Bestbieterin habe 54,61 Punkte. Die Bieterin mit dem billigsten Angebote habe sogar 58,3 Punkte. Das erste Zuschlagkriterium "Schlüsselpersonal (einschlägige Erfahrung für die Planungsabwicklung, Telefonbefragung, gewichtet mit 20%) sei nach Abgabe der Angebote am 11. Mai 2012 aufgrund einer Telefonbefragung ermittelt worden (2.4.4.1). Daraus würde folgen, dass die nach diesem Zuschlagkriterium ermittelten Punkte von allfälligen weiteren Verhandlungen unberührt bleiben würden. Daraus folge weiter, dass die für die Antragstellerin ermittelten 18 Punkte und die für die Bestbieterin ermittelten 19 Punkte vom Vorwurf der unterlassenen weiteren Verhandlungen unberührt bleiben würden. Den Ausschreibungsunterlagen sei auch unmissverständlich zu entnehmen, dass das Honorarangebot am 11. Mai 2012 abzugeben sei und bis zum Abschluss des Hearings und dessen Bewertung verschlossen bleibe. Damit sei klar, dass auch das Honorar von allfälligen "weiteren Verhandlungen" unberührt bliebe. Im gegenständlichen Fall habe die Antragstellerin mit einer Angebotssumme von EUR römisch 40 das viertteuerste Angebote gelegt und hierfür nur 20,06 gewichtete Punkte erhalten; im Gegensatz zu 35,61 gewichteten Punkten der Bestbieterin. Zähle man die Punkte aus dem Kriterium

"Telefonbefragung Schlüsselperson" und die gewichteten Punkte "Kosten" zusammen, habe die Antragstellerin in Summe 38,06 Punkte. Die Bestbieterin habe 54,61 Punkte. Die Bieterin mit dem billigsten Angebote habe sogar 58,3 Punkte.

Diesen Abstand von 16,55 Punkten zum Bestbieter bzw. von nahezu "18 Punkten" zum Billigstbieter könne die Antragstellerin selbst dann nicht wett machen, wenn sie infolge von weiteren Verhandlungen bzw. in Folge der Bewertung eines weiteren Subkriteriums zum Hearing und zum diesbezüglichen Kriterium "Auftragsanalyse, Projektabwicklung und Hearing" eine bessere Bewertung erzielt hätte. Selbst wenn die Antragstellerin - anstatt der derzeitigen durchschnittlichen Bewertung von 20 gewichteten Punkten - die höchstmögliche Bewertung von 40 gewichteten Punkten erzielt hätte, sei es denkunmöglich, dass sie Erstgereichte gewesen wäre. Den zitierten Abstand zur Bestbieterin aus den Kriterien "Kosten" und "Telefonbefragung" bzw. zur Billigstbieterin könne sie selbst bei einer theoretischen Optimalbewertung beim Kriterium "Auftragsanalyse, Projektabwicklung und Hearing" nicht wettmachen. Die Bestbieterin habe zu diesem letzten Kriterium "Auftragsanalyse, Projektabwicklung und Hearing" ohnehin nahezu die Höchstpunktzahl erzielt (39,29) und die Billigstbieterin 32,14 Punkte (maximal 40 Punkte). Der Abstand zu diesen beiden Bietern könnte von der Antragstellerin sohin selbst bei einer optimalen Bewertung nicht wettgemacht werden.

Dem Vorwurf, dass die Antragstellerin im Hearing keine Fragen stellen hätte dürfen sei zu entgegnen, dass im Hearing die in der letzten Folie der Präsentationsunterlage von der Antragstellerin aufgeworfenen Fragen im Zuge der anschließenden Befragung durch den Auftraggeber mit umfasst gewesen wären. Der Vorwurf, dass im Siedlungsgebiet einzelner Mitglieder des Auftraggebers bestimmte in den Ausschreibungsunterlagen angeführte Hochwasserschutzmaßnahmen nicht zur Ausführung gelangen würden, entspreche nicht der Wahrheit; alle Mitbewerber hätten auch diese zusätzlichen Maßnahmen projektiert.

Im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin in der Sache selbst nicht obsiege, sei der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren abzuweisen, weswegen das Bundesvergabeamt die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und Ersatz der Pauschalgebühren abweisen, in eventu zurückweisen möge.

Auf der Grundlage der Schriftsätze samt Beilagen der Antragstellerin vom 29. Juni 2012 (OZ 1) und vom 10. Juli 2012 (OZ 11), dem Schriftsatz des Auftraggebers vom 5. Juli 2012 (OZ 5 = OZ 6), der vom Auftraggeber am 5. Juli 2012 vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens "Perschling Unterlauf Hochwasserschutz - Planersuche" (OZ 4) und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 31. Juli 2012 (OZ 20) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich nach vorheriger EU-weiter Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses eines Dienstleistungsauftrages gemäß § 6 BVergG. Die Bekanntmachung wurde am 14. Dezember 2011 zur Veröffentlichung im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union versandt. Zusätzlich wurde die Ausschreibung auch im Amtlichen Lieferungsanzeiger, in der Baudatenbank und im Landesamtsblatt Niederösterreich veröffentlicht. Der Auftraggeber führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich nach vorheriger EU-weiter Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses eines Dienstleistungsauftrages gemäß Paragraph 6, BVergG. Die Bekanntmachung wurde am 14. Dezember 2011 zur Veröffentlichung im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union versandt. Zusätzlich wurde die Ausschreibung auch im Amtlichen Lieferungsanzeiger, in der Baudatenbank und im Landesamtsblatt Niederösterreich veröffentlicht.

Das Vorhaben umfasst die Ausarbeitung eines wasserrechtlichen Einreichprojektes laut RIWA-T von der Gemeindegrenze Kapelln-Weißkirchen an der Perschling bis zur Donaumündung in den Gemeinden Zwentendorf, Atzenbrugg, Langenrohr, Michelhausen, Würmla und Weißkirchen an der Perschling im Flussabschnitt der Unteren Perschling. Gemäß Ausschreibungsunterlagen hat das wasserrechtliche Einreichprojekt die Optimierung des Hochwasserschutzes mit der Darstellung der Situation der Gewässer, der Formulierung eines wasserspezifischen Leitbildes, der Setzung von Prioritäten und dem Vorschlag von Maßnahmenprogrammen zu beinhalten. Das gegenständliche Verfahren beinhaltet die Bearbeitung von 2 Flussabschnitten im Unterlauf der Perschling. In der Ausarbeitung (bis einschließlich Erlangung der wasserrechtlichen Genehmigung für das Projekt Hochwasserschutz Perschling Unterlauf) sind folgende interdisziplinäre Arbeiten inkludiert:

- -Strichaufzählung

Detailvermessung der Flussabschnitte (Laservermessung wird beigestellt),

- -Strichaufzählung
Erarbeitung eines schutzwasserwirtschaftlichen wasserrechtlichen Einreichprojektes (inkl. notwendiger hydrologischer Betrachtungen),
- -Strichaufzählung
Gewässerökologische Beurteilung.

Die Kostenschätzung des Dienstleistungsauftrages liegt bei rd. 8 % der geschätzten Baukosten für das umzusetzende Projekt in Höhe von 17 Mio. Euro.

Für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens haben sich die Bewerbergemeinschaften:

- -Strichaufzählung
G*** - H*** (Billigstbieterin)
- -Strichaufzählung
I***
- -Strichaufzählung
Antragstellerin
- -Strichaufzählung
D*** - E*** - F*** (beabsichtigte Zuschlagsempfängerin)
- -Strichaufzählung
J*** - K***

qualifiziert.

Sowohl für die erste Stufe des Vergabeverfahrens als auch für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens wurde eine Teilnahmeantrags- bzw. Angebotsunterlage erstellt.

In der Teilnahmeantragsunterlage sind folgende für die Entscheidung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Festlegungen getroffen:

- -Strichaufzählung
"Im Zuschlagsverfahren mit beschränkter Teilnehmerzahl erhalten die ausgewählten Bewerber Gelegenheit zur Abgabe eines Qualitäts- und Honorarangebotes auf Basis eines Pflichtenheftes. Nach Prüfung der eingelangten Angebote wird mit den Bietern die Verhandlungen/Hearing aufgenommen." (Punkt 1.6 auf Seite 5 der Teilnahmeantragsunterlage)
- -Strichaufzählung
"2.2 Zuschlagsverfahren mit beschränkter Teilnehmerzahl (2. Stufe)

2.2.1 Erforderliche Unterlagen

Die ausgewählten Teilnehmer erhalten in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens die Ausschreibungsunterlagen zum Projekt und erhalten Einsicht in die Vorstudie Perschling Unterlauf. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten neben einer Übersicht über die vorliegenden Grundlagendaten auch ein Pflichtenheft. Nach Erhalt dieser Unterlagen sind in den darauf folgenden 30 Tagen folgende Verfahrensschritte einzuleiten:

2.2.1.1 Kundenzufriedenheit

Aus den in der ersten Stufe genannten 10 Referenzprojekten werden nach dem Zufallsprinzip drei Projekte vom Auslober ausgewählt und die genannte Auskunftsperson in einem protokolliertem telefonischem Interview über die Qualität der Ausführung/Kommunikation/ Kosten- und Termintreue befragt. Die genaue Fragestellung wird in der zweiten Runde präzisiert und mit einem Schulnotensystem bewertet.

2.2.1.2 Auftragsanalyse und Projektabwicklung

Auftragsanalyse: Der Bieter hat u.a. zu erläutern, welche inhaltlich-fachlichen Probleme das Projekt seiner Ansicht nach beinhalten kann und wie er diese zu lösen gedenkt;

Projektabwicklung: Der Bieter hat darzulegen, mit welchem technischen und personellen Einsatz er das Entwicklungskonzept erstellen würde und welche Terminplanung/Meilensteinplanung er für die Arbeitsschritte ansetzt.

2.2.1.3 Hearing

Die ausgewählten Teilnehmer haben in einem Hearing die Möglichkeit, sich (die Bewerbungsgemeinschaft) und eine Projektanalyse zu präsentieren. Weiters wird eine Befragung durchgeführt. Das Hearing findet im Gemeindeamt Michelhausen vor einer aus 4 Vertretern des Auftraggebers zuzüglich 2 beratender Personen zusammengesetzten Kommission statt, die die Bewertung durchführt.

2.2.1.4 Honorarangebot

Das Honorarangebot ist gesondert zu den anderen Unterlagen abzugeben. Dieses hat Bezug auf das Pflichtenheft zu nehmen, in dem die Positionen detailliert beschrieben sind.

Darüber hinaus ist es dem Anbieter freigestellt, getrennt von den ausgefüllten Ausschreibungsunterlagen noch weitere Informationen oder andere aus seiner Sicht wichtige Unterlagen beizufügen. Der Auftraggeber muss diese aber nicht berücksichtigen.

2.2.2 Zuschlagskriterien

Die Bewertung der eingelangten Angebote erfolgt nach folgenden Kriterien bzw. nach der angegebenen Gewichtung. Ein Teilnehmer kann maximal 100 Prozentpunkte erhalten.

1. Kundenzufriedenheit 20 %
2. Hearing Auftragsanalyse und Projektabwicklung 40 %
3. Angebotssumme 40 %

In der Angebotsunterlage sind folgende für die Entscheidung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Festlegungen getroffen:

- -Strichaufzählung
"Dem Bieterantrag ist in einem zweiten Kuvert die Honorarangebote verschlossen beizulegen. Dieses wird im Anschluss an das Hearing geöffnet.
- -Strichaufzählung
Ablauf des Verfahrens in der 2. Stufe

Die ausgewählten Bewerber erhalten die Gelegenheit zur Abgabe eines Qualitäts- und Honorarangebotes auf Basis des beigefügten Pflichtenheftes. Nach Prüfung der eingelangten Angebote wird den Bietern bei einem Hearing die Möglichkeit gegeben, ihre Projektvorstellungen und den dazugehörigen Terminplan darzustellen.

- -Strichaufzählung
Beschreibung des Vergabeverfahrens

Verfahren allgemein

2stufiges Verfahren als Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Erkundung des Bieterkreises in einer 1. Stufe (bereits abgeschlossen)

Aus dem nunmehr begrenzten Bieterkreis wird der Bestbieter aufgrund eines Verhandlungsverfahrens ermittelt, wobei als Zuschlagskriterien

1. 1.Ziffer eins
Die Bewertung des Schlüsselpersonales erfolgt über ein protokolliertes telefonisches Interview des für die Planungsabwicklung vorgesehenen Schlüsselpersonal (nach Punktesystem)
 2. 2.Ziffer 2
Die einzureichenden Unterlagen zur Auftragsanalyse und Projektabwicklung und das Hearing vor den Auftraggebervertretern (Jurybewertung) und
 3. 3.Ziffer 3
Der Angebotspreis (Punkteberechnung nach Formel) herangezogen werden.
- -Strichaufzählung
Auftragsanalyse und Projektabwicklung

Auftragsanalyse: Der Bieter hat u.a. zu erläutern, welche inhaltlich-fachlichen Probleme das Projekt seiner Ansicht nach

beinhalten kann und wie er diese zu lösen gedenkt.

Projektabwicklung: Der Bieter hat darzulegen, mit welchem technischen und personellen Einsatz er das Wasserrechtskonzept erstellen würde und welche Terminplanung/Meilensteinplanung er für die Arbeitsschritte ansetzt. Dies ist schriftlich bzw. planmäßig darzustellen und beim Hearing zu erläutern. Weiters sind zu den Unterlagen Beispiele mit ähnlichen Problemanforderungen beizulegen. Die Unterlagen sind schriftlich in freigestaltbarer Form mit dem Angebot getrennt einzureichen.

Bewertung erfolgt durch Jury gemeinsam mit der Bewertung des Hearings.

- -Strichaufzählung
Honorarangebot

Das Honorarangebot ist gesondert zu den anderen Unterlagen abzugeben. Dieses nimmt Bezug auf das Pflichtenheft (Excel-file bzw. Pkt. 1.11.1). Die in der Tabelle beispielhaft angeführten Arbeitsschritte sind vom Projektteam zu ergänzen und mit einem gesch. Stundenaufwand zu hinterlegen. Diese Stundenangaben dienen zur plausiblen Honorardarstellung (eigenes Arbeitsblatt) bzw. können nach Auftragserteilung für Zusatzkalkulationen herangezogen werden. Die Stundenaufstellung ist gemeinsam mit der Personalliste zur Vorprüfung mit abzugeben (mit den Unterlagen zu 2.3.1).

Darüber hinaus ist es dem Anbieter freigestellt, getrennt von den ausgefüllten Ausschreibungsunterlagen noch weitere Informationen oder andere aus seiner Sicht wichtige Unterlagen beizufügen. der Auftraggeber muss diese aber nicht berücksichtigen.

Die Honorare werden über eine Formel in Punkte umgerechnet.

- -Strichaufzählung
Zuschlagsverfahren (2. Stufe)
- -Strichaufzählung
Zuschlagskriterien

Die Bewertung der eingelangten Angebote erfolgt nach folgenden Kriterien bzw. nach der angegebenen Gewichtung. Ein Teilnehmer kann maximal 100 Prozentpunkte erhalten.

1. Schlüsselpersonal (einschlägige Erfahrungen für die Planungsabwicklung)

Telefonbefragung	20 %
2. Auftragsanalyse und Projektabwicklung und H	40 %
3. Angebotspreis	40 %

- -Strichaufzählung
Vorprüfung

Eine Vorprüfung bzw. Vorauswertung erfolgt durch das mit der Ausschreibung beauftragte Büro M***.

Dabei erfolgt

1. 1.Ziffer eins
Eine Auswertung zum Schlüsselpersonal
2. 2.Ziffer 2
Eine Plausibilitätsprüfung der Unterlagen zur Auftragsanalyse, Projektabwicklung und Stundenkalkulation

- -Strichaufzählung
Hearing

Die ausgewählten Teilnehmer haben in einem Hearing die Möglichkeit, sich (die Bewerbergemeinschaft) und eine Projektanalyse zu präsentieren. Weiters wird eine Befragung durchgeführt. Das Hearing findet am Gemeindeamt Michelhausen statt. Die Öffnung des Honorarkuverts wird am Ende des Hearings Tages durchgeführt. Die Bewertung des Hearings wird im Anschluss an das Hearing durchgeführt, wobei als Bewertungskriterien die Vorstellung / Zusammensetzung des Teams, deren Einsatzplanung und Ansätze zur Umsetzung bewertet werden. Für eine Projektgemeinschaft werden rd. 30 Min. Präsentation / Befragungszeit reserviert.

- -Strichaufzählung
Bewertung

Die folgenden Kriterien werden bewertet und mit Punkten versehen. Diese werden nach der oben dargestellten Gewichtung so umgerechnet, dass maximal 100 Punkte (in allen 3 Bereichen optimale Punkteanzahl) erreicht werden können.

- -Strichaufzählung
Schlüsselpersonal Telefonbefragung

Die Bewertung des Schlüsselpersonals erfolgt über ein protokolliertes telefonisches Interview. Dabei wird der Kunde zu folgenden Punkten befragt:

Qualität der Planung.

Betreuung / Information des AG durch das Schlüsselpersonal

Terminstreue

Kostentreue (Kostenschätzung zu vgl.bare Baukosten)

Für diese vier Fragen wird von der Auskunftsperson eine Schulnote (zw. 1-5) vergeben. Diese "Note" wird in Punkte umgerechnet (Note 1 bekommt 5 Punkte, Note 5 bekommt einen Punkt). Diese Punkte (max. 20) werden auf 100 skaliert und gewichtet.

- -Strichaufzählung
Auftragsanalyse und Projektabwicklung und Hearing

Das Hearing einschließlich der vorgelegten und präsentierten Unterlagen zur "Auftragsanalyse und Projektabwicklung" wird von den Kommissionsmitgliedern zuerst verbal beschrieben und dann nach Schulnotensystem bewertet.

- -Strichaufzählung
Note 1 - beste Bewertung = 100 Punkte
- -Strichaufzählung
Note 5 - schlechteste Bewertung = 0 Punkte
- -Strichaufzählung
Dazwischen wird linear interpoliert

Umrechnung mit Faktor 0,40 (=40%) auf Gesamtpunkte

- Angebotspreis

Für ein Projekthonorar (Auswertung je Projekts Teilabschnitt) werden 100 Punkte vergeben. Basierend auf die Stundenaufstellung wird jeweils das Anbot mit den geringsten Kosten (BB= Billigstbieterpreis) mit 100 bewertet.

Die Punkte für die restlichen Bieter (BE = Bieterpreis) werden mit folgender

Formel berechnet:

$$100 + (1 - BE/BB) * 100 = \text{Punkte Honorar}$$

Umrechnung mit Faktor 0,40 (=40%) auf Gesamtpunkte

(Anmerkung: es können sich daraus auch negative Punkte ergeben)"

Mit E-Mail vom 24. April 2012 stellte die Antragstellerin an die vergebende Stelle folgende Frage:

"Neubau/Umbau/Hebung von Brücken ist nicht Angelegenheit des Wasserbaues, sondern der Abteilung Brückenbau im Land vorbehalten. Es ist daher nach u.E. möglich, die erforderlichen Randbedingungen (Lichtraum Durchfluss, KUK etc.) anzugeben, nicht aber die Anlagenverhältnisse insgesamt oder gar eine Vorbemessung. Wohl wären aber die Kosten abzuschätzen. Was ist also zu tun?",

die noch am selben Tag mit E-Mail mit folgendem Inhalt:

"Im Prinzip richtig, Sie müssen für das Erlangen des Wasserrechtes alle Randbedingungen erfüllen.",
beantwortet wurde.

Am 3. April 2012 stellte die Antragstellerin mit E-Mail an die vergebende Stelle die Fragen, wie sich die Jury beim Hearing zusammensetze bzw. wer die Telefonbefragung durchführe. DI L*** von der vergebende Stelle beantwortete diese Fragen mit E-Mail am 3. April 2012, indem er mitteilte, dass die Jury sich aus dem Obmann und aus drei

Mitgliedern des Verbandes sowie DI N***, Ing. O*** und ihm selbst zusammensetze.

Am 10. Mai 2012 um 8.10 Uhr langte per Post das Angebot der Antragstellerin beim Auftraggeber ein.

Mit Schreiben vom 18. Mai 2012 wurde u.a. auch die Antragstellerin zum Hearing am 30. Mai 2012 von 11.00 Uhr bis 11.50 Uhr eingeladen. Darin wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie rd. 15 Minuten Zeit habe ihre projektbezogenen Ideen (keine Projektteamvorstellung) per Powerpoint der Kommission zu präsentieren. Im Anschluss daran werde sie zu diesen und zu den bereits abgegebenen Unterlagen befragt bzw. bewertet.

In den dem BVA vorgelegten Verfahrensunterlagen befinden sich auch vier Protokolle von am 25. April 2012 durchgeführten Telefonbefragungen bezüglich des Zuschlagskriteriums "Schlüsselpersonal (einschlägige Erfahrungen für die Planungsabwicklung) Telefonbefragung".

Die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Schlüsselpersonal (einschlägige Erfahrungen für die Planungsabwicklung) Telefonbefragung" gemäß dem in der Ausschreibungsunterlage festgesetzten Prozedere führt zu folgenden Punkten:

- -Strichaufzählung
G*** - H*** (Billigstbieterin): 18,3 Punkte
- -Strichaufzählung
I***: 17,7 Punkte
- -Strichaufzählung
Antragstellerin: 18,0 Punkte
- -Strichaufzählung
D*** - E*** - F*** (beabsichtigte Zuschlagsempfängerin): 19,0 Punkte
- -Strichaufzählung
J*** - K***: 18,3 Punkte

Am 30. Mai 2012 fand von 11.00 Uhr bis 11.50 Uhr das Hearing der Antragstellerin statt. Darüber würde ein Protokoll erstellt, welches mit "Verhandlungsprotokoll" übertitelt wurde und von allen Teilnehmern unterzeichnet wurde. Auf Seiten der Antragstellerin nahmen daran DI P***, DI Q***, DI R*** und DI S*** teil. Die Kommission bestand aus T***, U***, V***, W***, N***, Ing. O*** und BR h.c. DI L***.

Das "Verhandlungsprotokoll" wurde vom Auftraggeber bzw. von der vergebenden Stelle vorbereitet, wobei bereits vorweg für alle Bewerber gleich lautende Fragen vorbereitet wurden, deren Antworten im Zuge des jeweiligen Hearings handschriftlich eingefügt wurden.

Im Protokoll wird dazu einleitend unter einem Punkt "Erklärungen" hingewiesen, dass alle Fragen, Kurzfassung der Antworten, Hinweise und Erklärungen, die während der Verhandlungsrunde aufgeworfen werden würden, im Protokoll schriftlich festgehalten werden würden. Ausschließlich die in diesem Protokoll festgehaltenen Fragen, Antworten, Hinweise und Erklärungen würden Inhalt der Verhandlungsrunde sein. Dieses Verhandlungsprotokoll werde allgemein sichtbar geführt und am Ende der Vorstellungsbesprechungsverhandlungsrunde von allen Teilnehmern zum Zeichen des Einverständnisses unterzeichnet. In diesem Verhandlungsprotokoll ist weiter angeführt, dass durch den Projektleiter das in der 2. Stufe abgegebene Projekt anhand einer Powerpointpräsentation dargestellt werde. Anschließend wären die Verhandlungen bezüglich dieses vorgestellten Projektes durchgeführt worden. Die Honorarvorstellungen wären in einem zweiten Kuvert bis zum Ende der Bewertung verschlossen.

Im Verhandlungsprotokoll wird unter der Überschrift "3. Verhandlungsgegenstand"

Folgendes ausgeführt:

"Über das vom Bieter bzw. der Bietergemeinschaft dargestellte Angebot sowie über alle weiteren wesentlichen Angebotsbestandteile werden folgende Verhandlungen geführt."

Im Weiteren folgen dann 6 Fragen samt handschriftlichen Anmerkungen zu den Antworten des jeweiligen Bewerbers:

"Es wird die Vorgangsweise am Beginn der Umsetzung hinterfragt, insbesondere jener Teil, der sich mit der Vermessung und der anschließenden 1D bzw. 2D-Modellierung beschäftigt.

Es wird hinterfragt, ob im Projektgebiet durch eventuelle Vorkommen von geschützten oder gefährdeten Arten es zu Verzögerungen im Projektablauf kommen kann.

Es wird hinterfragt, ob es durch externe oder interne Zielkonflikte zu Verzögerungen im Projektablauf kommen kann bzw. wie diese mit den Projektbeteiligten weitestgehend ausgeschlossen werden können.

Es wird hinterfragt, wie mit möglichen Zeitverzögerungen im Zusammenhang von Grundaufbringungen vorgegangen wird.

Es wird hinterfragt, ob die 18-monatige Leistungsfrist als ausreichend gesehen wird bzw. in welchem Zusammenhang es noch zu Zeitverzögerungen kommen kann.

Es wird die Stundenaufstellung des Projektteams näher hinterfragt."

Alle Mitglieder der Bewertungskommission hatten für jeden Bieter ein eigens konzipiertes Bewertungsprotokoll auszufüllen, an Hand dessen die individuelle Beurteilung im Hinblick auf das Zuschlagskriterium "Auftragsanalyse und Projektabwicklung und Hearing " vorzunehmen war. Dieses Bewertungsprotokoll weist folgenden Inhalt auf:

1. "1.Ziffer eins
Erklärungen

Alle Fragen, Kurzfassungen der Antworten, Hinweise und Erklärungen, die während der Verhandlungsrunde aufgeworfen werden, werden schriftlich festgehalten.

1. 2.Ziffer 2
Präsentation

Durch den Projektleiter wird das in der 2. Stufe abgegebene Projekt anhand einer Powerpointpräsentation dargestellt.

Die Kommission hat zu bewerten (verbal schriftlich und abschließend mit einer Benotung)

"Projektteam: Bewertung der Vorstellung des Projektteams"

"Auftragsanalyse: Der Bieter hat u.a. zu erläutern, welche inhaltlichfachlichen

Probleme das Projekt seiner Ansicht nach beinhalten kann und wie er diese zu lösen gedenkt."

"Projektabwicklung: Der Bieter hat darzulegen, mit welchem technischen und personellen Einsatz er das Wasserrechtskonzept erstellen würde und welche Terminplanung / Meilensteinplanung er für die Arbeitsschritte ansetzt."

Bewertung der Beispiele mit ähnlichen Problemanforderungen.

1. 3.Ziffer 3
Verhandlungsgegenstand

Über das vom Bieter bzw. der Bietergemeinschaft dargestellte Angebot sowie über alle weiteren wesentlichen Angebotsbestandteile werden folgende Verhandlungen geführt.

3.1 Auftraggeberin: Es wird die Vorgangsweise am Beginn der Umsetzung hinterfragt, insbesondere jener Teil, der sich mit der Vermessung und der anschließenden 1D bzw. 2D-Modellierung beschäftigt.

Bieter:

3.2 Auftraggeberin: Es wird hinterfragt, ob im Projektgebiet durch eventuelle

Vorkommen von geschützten oder gefährdeten Arten es zu Verzögerungen im

Projektablauf kommen kann.

Bieter:

3.3 Auftraggeberin: Es wird hinterfragt, ob es durch externe oder interne Zielkonflikte zu Verzögerungen im Projektablauf kommen kann bzw. wie diese mit den Projektbeteiligten weitestgehend ausgeschlossen werden können.

Bieter:

3.4 Auftraggeberin: Es wird hinterfragt, wie mit möglichen Zeitverzögerungen im Zusammenhang von Grundaufbringungen vorgegangen wird.

Bieter:

3.5 Auftraggeberin: Es wird hinterfragt, ob die 18-monatige Leistungsfrist als ausreichend gesehen wird bzw. in welchem Zusammenhang es noch zu Zeitverzögerungen kommen kann.

Bieter:

3.6 Auftraggeberin: Es wird die Stundenaufstellung des Projektteams näher hinterfragt.

Bieter:

1. 4.Ziffer 4
Gesamteindruck
1. 5.Ziffer 5
Bewertung"

Beim entsprechenden Bewertungsprotokoll für die Bewertung der Bieter wurde von jedem Jurymitglied eine schriftliche Begründung für die vorgenommene notenmäßige Beurteilung vorgenommen. Die Antragstellerin wurde von den Jurymitgliedern beim Zuschlagskriterium "Auftragsanalyse und Projektabwicklung und Hearing" einmal mit der Note 2, vier Mal mit der Note 3 und zwei Mal mit der Note 3,5 beurteilt. Unter Berücksichtigung der Vergabe von Punkten gemäß der o.a. Ausschreibungsunterlage (lineare Interpolation und 40%ige Gewichtung bei einem Gesamtpunktemaximum von 100 Punkten) ergibt dies eine Durchschnittsnote für die Antragstellerin von drei und somit 20 Punkte.

Die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Auftragsanalyse und Projektabwicklung und Hearing" gemäß dem in der Ausschreibungsunterlage festgesetzten Prozedere führt zu folgenden Punkten:

- -Strichaufzählung
G*** - H*** (Billigstbieterin): 32,1 Punkte
- -Strichaufzählung
I***: 26,4 Punkte
- -Strichaufzählung
Antragstellerin: 20,0 Punkte
- -Strichaufzählung
D*** - E*** - F*** (beabsichtigte Zuschlagsempfängerin): 39,3 Punkte
- -Strichaufzählung
J*** - K***: 25,0 Punkte

Nach Abschluss des letzten Hearings und nach Abschluss der Bewertung des Zuschlagkriteriums "Auftragsanalyse und Projektabwicklung und Hearing" wurden die bis zu diesem Zeitpunkt verschlossenen Honorarkuverts geöffnet. Dabei ergaben sich folgende Gesamtangebotssummen:

- -Strichaufzählung
G*** - H*** (Billigstbieterin): Euro XXXXG*** - H*** (Billigstbieterin): Euro römisch 40
- -Strichaufzählung
I***: Euro XXXXI***: Euro römisch 40
- -Strichaufzählung
Antragstellerin: Euro XXXXAntragstellerin: Euro römisch 40
- -Strichaufzählung
D*** - E*** - F*** (beabsichtigte Zuschlagsempfängerin): Euro XXXXD*** - E*** - F*** (beabsichtigte Zuschlagsempfängerin): Euro römisch 40
- -Strichaufzählung
J*** - K***: Euro XXXXJ*** - K***: Euro römisch 40

Unter Berücksichtigung der in der Ausschreibungsunterlage beim Zuschlagskriterium "Angebotspreis" festgelegten Umrechnungsformel wurden für dieses Zuschlagskriterium an die Bieter folgende Punkte vergeben:

- -Strichaufzählung
G*** - H*** (Billigstbieterin): 40 Punkte
- -Strichaufzählung
I***: - 4,71 Punkte
- -Strichaufzählung
Antragstellerin: 20,06 Punkte
- -Strichaufzählung
D*** - E*** - F*** (beabsichtigte Zuschlagsempfängerin): 35,61 Punkte
- -Strichaufzählung
J*** - K***: 37,32 Punkte

Eine Addition der bei den einzelnen Zuschlagskriterien erreichten Punkte führt zu folgendem Ergebnis:

- -Strichaufzählung
G*** - H*** (Billigstbieterin): 90,44 Punkte (18,3 + 32,14 + 40)
- -Strichaufzählung
I***: 39,42 Punkte (17,7 + 26,43 - 4,71)
- -Strichaufzählung
Antragstellerin: 58,06 Punkte (18 + 20 + 20,06)
- -Strichaufzählung
D*** - E*** - F*** (beabsichtigte Zuschlagsempfängerin): 93,9 Punkte (19 + 39,29 + 35,61)
- -Strichaufzählung
J*** - K***: 80,62 Punkte (18,3 + 25 + 37,32)

Unter Berücksichtigung dieses Ergebnisses wurde folgende Reihung vorgenommen

1. Ziffer eins
D*** - E*** - F*** mit 93,9 Punkten
2. Ziffer 2
G*** - H*** mit 90,44 Punkten
3. Ziffer 3
J*** - K*** mit 80,62 Punkten
4. Ziffer 4
Antragstellerin mit 58,06 Punkten
5. Ziffer 5
I*** mit 39,42 Punkten und

somit die Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** mit 93,9 Punkten als Bestbieterin ermittelt.

Mit Schreiben vom 4. Juni 2012, zugestellt mit Telefax und E-Mail am selben Tag, wurde den Bieter eine erste Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, die, nachdem gegen diese beim BVA ein Nachprüfungsverfahren (N/0063-BVA/05/2012) anhängig gemacht wurde, mit Telefax bzw. E-Mail vom 18. Juni 2012 zurückgezogen wurde. Die nunmehr angefochtene Zuschlagsentscheidung wurde den Bieter mit Telefax und E-Mail am 22. Juni 2012 bekannt gegeben.

Das Vergabeverfahren war bereits Gegenstand eines beim BVA zu N/0063-BVA/05/2012 geführten Nachprüfungsverfahrens, das durch Antragszurückziehung beendet wurde.

Die Antragstellerin brachte den zu N/0067-BVA/05/2012 im BVA protokollierten Nachprüfungsantrag elektronisch nach Beendigung der Amtsstunden des BVA am Freitag, den 29. Juni 2012 um 14.51 Uhr ein. Für den Nachprüfungsantrag und den gleichzeitig gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.000.-- entrichtet. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag wurde bislang nicht erteilt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des BVA vom 5. Juli 2012, N/0067-BVA/05/2012-EV7 stattgegeben.

Am 24. Juli 2012 fand im Nachprüfungsverfahren N/0067-BVA/05/2012 im BVA eine Akteneinsicht durch die Antragstellerin statt.

Am 31. Juli 2012 fand zum Nachprüfungsverfahren N/0067-BVA/05/2012 im BVA eine mündliche Verhandlung statt.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der wiedergegebene Sachverhalt ergibt sich aus den Angaben der Verfahrensparteien und findet Deckung in den von der Auftraggeberin vorgelegten Verfahrensunterlagen. Widersprüchlichkeiten konnten darin nicht erblickt werden.

Für die von der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung von der Auftraggeberin vorbetragene Behauptung, dass einige im Hochwasserabflussbereich liegende Gemeinden des Gemeinderatsbeschluss gefasst hätten, dass bestimmte in Punkt 1.11 der Ausschreibungsunterlage genannte Hochwasserschutzmaßnahmen in Form von Dämmen und Wegaufhöhungen für ihre Siedlungsflächen nicht zur Ausführung gelangen würden, wurde von der Antragstellerin kein Beweis vorgelegt. Zudem ist diese Behauptung für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren auch unerheblich, da gemäß Ausschreibungsunterlage bei der Erstellung des Angebotes von jedem Bieter des Vergabeverfahrens die entsprechenden Maßnahmen zu projektieren und damit auch zu kalkulieren waren.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zur Anwendbarkeit des BVergG 2006 und zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16. Februar 2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1. April 2012, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr. 10/2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 10/2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16. Februar 2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1. April 2012, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen.

Dies hat zur Folge, dass das BVA für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 1. April 2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0067-BVA/05/2012 am 2. Juli 2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 1. April 2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das BVA für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag

zugrundliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 1. April 2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0067-BVA/05/2012 am 2. Juli 2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 1. April 2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, maßgeblich.

Aus § 1 der Satzung des "Perschling Unterlauf - Wasserverbandes (Erhaltungsverband)" vom 17. September 2003, WA1-V-1.028/140-03, ergibt sich, dass der Erhaltungsverband den Namen "Perschling Unterlauf - Wasserverband" führt und aufgrund einer freien Vereinbarung der daran Beteiligten gemäß § 88 Abs. 1 des Wasserrechtsgesetzes 1959 - WRG 1959, BGBl. Nr. 215/1959 idF BGBl. Nr. 155/1999 gebildet wurde. Der Perschling Unterlauf - Wasserverband wurde somit auf der Grundlage der §§ 87 ff WRG 1959 i.d.g.F. gegründet. Beim Perschling Unterlauf - Wasserverband handelt sich somit um eine Körperschaft öffentlichen Rechts, die zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Vereinszweck ist die Durchführung von Räumungs- und Instandhaltungsmaßnahmen an den in § 2 Abs. 1 der Satzung genannten Gewässerabschnitten, bei denen der Verband aufgrund einer wasserrechtlichen Bewilligung verpflichtet ist. Aufsichtsbehörde ist der Landeshauptmann von Niederösterreich als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung. Der Perschling Unterlauf - Wasserverband als Auftraggeber im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren ist somit öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG, wodurch sich unter Berücksichtigung von Art. 14 b B-VG iVm §§ 1 Abs. 1 Z 3 und 312 Abs. 1 und 2 Z 2 BVergG die Zuständigkeit des BVA zur Durchführung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ergibt (vgl. dazu BVA vom 2. Oktober 2008, N/0123-BVA/05/2008-EV8, BVA vom 17. September 2009, N/0087-BVA/03/2009-26 oder BVA vom 28. Oktober 2011, N/0090-BVA/02/2011- 33). Aus Paragraph eins, der Satzung des "Perschling Unterlauf - Wasserverbandes (Erhaltungsverband)" vom 17. September 2003, WA1-V-1.028/140-03, ergibt sich, dass der Erhaltungsverband den Namen "Perschling Unterlauf - Wasserverband" führt und aufgrund einer freien Vereinbarung der daran Beteiligten gemäß Paragraph 88, Absatz eins, des Wasserrechtsgesetzes 1959 - WRG 1959, Bundesgesetzblatt Nr. 215 aus 1959, in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr. 155 aus 1999, gebildet wurde. Der Perschling Unterlauf - Wasserverband wurde somit auf der Grundlage der Paragraphen 87, ff WRG 1959 i.d.g.F. gegründet. Beim Perschling Unterlauf - Wasserverband handelt sich somit um eine Körperschaft öffentlichen Rechts, die zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Vereinszweck ist die Durchführung von Räumungs- und Instandhaltungsmaßnahmen an den in Paragraph 2, Absatz eins, der Satzung genannten Gewässerabschnitten, bei denen der Verband aufgrund einer wasserrechtlichen Bewilligung verpflichtet ist. Aufsichtsbehörde ist der Landeshauptmann von Niederösterreich als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung. Der Perschling Unterlauf - Wasserverband als Auftraggeber im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren ist somit öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, wodurch sich unter Berücksichtigung von Artikel 14, b B-VG in Verbindung mit Paragraphen eins, Absatz eins, Ziffer 3 und 312 Absatz eins und 2 Ziffer 2, BVergG die Zuständigkeit des BVA zur Durchführung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ergibt vergleiche dazu BVA vom 2. Oktober 2008, N/0123-BVA/05/2008-EV8, BVA vom 17. September 2009, N/0087-BVA/03/2009-26 oder BVA vom 28. Oktober 2011, N/0090-BVA/02/2011- 33).

Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG. Aufgrund des vom Auftraggeber geschätzten Auftragswertes ist er dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG. Aufgrund des vom Auftraggeber geschätzten Auftragswertes ist er dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren wurde ein Zuschlag bislang nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde auch nicht widerrufen. Bei der Zuschlagsentscheidung vom 22. Juni 2012 handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG. Der Nachprüfungsantrag vom 29. Juni 2012 erfüllt auch die Voraussetzungen des § 322 BVergG. Insbesondere wurden die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von Euro 3.000.-- BVergG-konform entrichtet und der Nachprüfungsantrag unter Berücksichtigung von § 321 Abs. 1 BVergG auch rechtzeitig eingebracht. Im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren wurde ein Zuschlag bislang nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde auch nicht widerrufen. Bei der Zuschlagsentscheidung vom 22. Juni 2012 handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. Der Nachprüfungsantrag vom 29. Juni 2012 erfüllt auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, BVergG. Insbesondere

wurden die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von Euro 3.000.-- BVergG-konform entrichtet und der Nachprüfungsantrag unter Berücksichtigung von Paragraph 321, Absatz eins, BVergG auch rechtzeitig eingebracht.

Zu Spruchpunkt I.:Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Die Antragstellerin beantragt in ihrem Nachprüfungsantrag vom 29. Juni 2012 die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und begründet dies damit, dass im Vergabeverfahren, das als Verhandlungsverfahren durchgeführt worden ist, keine Verhandlungen geführt worden wären bzw. damit, dass der Auftraggeber bei der Bewertung der Angebote ausschreibungswidrig in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Subkriterien nicht berücksichtigt habe.

Das BVA hat daher unter Zugrundelegung des festgestellten Sachverhaltes und Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zu beurteilen, ob diese behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten tatsächlich vorliegen und sofern diese Frage zumindest teilweise zu bejahen ist, ob unter Berücksichtigung von § 325 Abs. 1 BVergG die Antragstellerin dadurch in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt wird und die allenfalls festgestellte Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Das BVA hat daher unter Zugrundelegung des festgestellten Sachverhaltes und Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zu beurteilen, ob diese behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten tatsächlich vorliegen und sofern diese Frage zumindest teilweise zu bejahen ist, ob unter Berücksichtigung von Paragraph 325, Absatz eins, BVergG die Antragstellerin dadurch in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt wird und die allenfalls festgestellte Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Vorweg wird dazu festgestellt, dass im Zuge des durchgeführten mehrstufigen Vergabeverfahrens für jede Stufe des Vergabeverfahrens vom Auftraggeber Ausschreibungsunterlagen erstellt wurden, die im Vergabeverfahren nicht angefochten und aufgehoben wurden, daher bestandsfest geworden sind und der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung zugrunde zu legen sind. Insbesondere wurde auch die Festlegung, dass das Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung geführt wird, nicht mittels Nachprüfungsantrages angezweifelt. (Zur Bestandsfestigkeit nicht angefochtener und nicht aufgehobener Verfahrensunterlagen vgl. RV 1171 BlgNR 22. GP 138 oder für viele VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135 mit weiteren Hinweisen, VwGH vom 1. März 2007, 2005/04/0239 oder VwGH vom 25. Juni 2008, 2006/04/0116.). Die Versäumung der Frist zur Anfechtung führt zur endgültigen Präklusion. Es ist der Nachprüfungsbehörde verwehrt, die Rechtswidrigkeit solcher bestandskräftig gewordener Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen (hier der Zuschlagsentscheidung), inzident in Prüfung zu ziehen (vgl. Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel § 321 Rz 9). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße. Vorweg wird dazu festgestellt, dass im Zuge des durchgeführten mehrstufigen Vergabeverfahrens für jede Stufe des Vergabeverfahrens vom Auftraggeber Ausschreibungsunterlagen erstellt wurden, die im Vergabeverfahren nicht angefochten und aufgehoben wurden, daher bestandsfest geworden sind und der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung zugrunde zu legen sind. Insbesondere wurde auch die Festlegung, dass das Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung geführt wird, nicht mittels Nachprüfungsantrages angezweifelt. (Zur Bestandsfestigkeit nicht angefochtener und nicht aufgehobener Verfahrensunterlagen vergleiche Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 138 oder für viele VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135 mit weiteren Hinweisen, VwGH vom 1. März 2007, 2005/04/0239 oder VwGH vom 25. Juni 2008, 2006/04/0116.). Die Versäumung der Frist zur Anfechtung führt zur endgültigen Präklusion. Es ist der Nachprüfungsbehörde verwehrt, die Rechtswidrigkeit solcher bestandskräftig gewordener Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen (hier der Zuschlagsentscheidung), inzident in Prüfung zu ziehen vergleiche Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Paragraph 321, Rz 9). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße.

Zum behaupteten Rechtsverstoß, dass im Verhandlungsverfahren keine Verhandlungen geführt worden wären:

Die Ausschreibungsunterlagen für die erste Stufe sehen vor, dass nach Prüfung der eingelangten Angebote mit den Bietern die Verhandlungen/Hearing aufgenommen werden (Punkt 1.6 auf Seite 5 der Teilnahmeantragsunterlage). Darin wird auch unter der Überschrift "Hearing" ausgeführt, dass die ausgewählten Teilnehmer in einem Hearing die

Möglichkeit haben, sich (die Bewerbergemeinschaft) und eine Projektanalyse zu präsentieren. Im nächsten Satz wird weiter dargelegt, dass eine Befragung durchgeführt wird (Punkt 2.2.1.3 auf Seite 14 der Teilnahmeantragsunterlage).

Weitere Hinweise auf die Durchführung von Verhandlungen enthalten die Ausschreibungsunterlagen für die erste Stufe des Vergabeverfahrens nicht. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, was unter "Verhandlungen/Hearing" zu verstehen ist bzw. ob das Hearing mit der damit einhergehenden angekündigten Befragung der Bieter als Verhandlungen im Sinne des § 105 Abs. 1 BVergG verstanden werden kann. Weitere Hinweise auf die Durchführung von Verhandlungen enthalten die Ausschreibungsunterlagen für die erste Stufe des Vergabeverfahrens nicht. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, was unter "Verhandlungen/Hearing" zu verstehen ist bzw. ob das Hearing mit der damit einhergehenden angekündigten Befragung der Bieter als Verhandlungen im Sinne des Paragraph 105, Absatz eins, BVergG verstanden werden kann.

In diesem Zusammenhang wird vom zur Entscheidung berufenen Senat des BVA darauf hingewiesen, dass nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren sind. Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtsprechung bspw. BVA vom 27. April 2012, N/0038-BVA/05/2012-32). In diesem Zusammenhang wird vom zur Entscheidung berufenen Senat des BVA darauf hingewiesen, dass nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren sind. Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtsprechung bspw. BVA vom 27. April 2012, N/0038-BVA/05/2012-32).

Diesen Grundsatz berücksichtigend kommt das Bundesvergabeamt zur Auffassung, dass jeder redliche Erklärungsempfänger und somit auch jeder Bewerber/Bieter des Vergabeverfahrens als auch der Auftraggeber aus dem Wortlaut der Wortfolge "Verhandlungen/Hearing" und dem Umstand, dass dabei auch eine Befragung des Bieters durchgeführt wird, abzuleiten ist, dass das Hearing und die dabei durchgeführte Befragung als Verhandlung im Sinne des § 105 Abs. 1 BVergG zu verstehen ist. Jeder Bewerber/Bieter konnte daher davon ausgehen, zu einer Verhandlungsrunde, bei der er seine Projektvorstellungen präsentieren kann und dazu befragt wird, zugelassen zu werden. Die Art und Weise, wie dieses Hearing, das somit mit einer Verhandlungsrunde gleichzusetzen ist, durchgeführt wird, wurde bestandsfest bereits in den Ausschreibungsunterlagen für die erste Stufe des Vergabeverfahrens festgelegt und ist damit zum Zeitpunkt nach bereits erfolgter Zuschlagsentscheidung nicht mehr anfechtbar. Auch aus den Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens kann nichts Gegenteiliges entnommen werden. Die entsprechenden Passagen des Punktes 2.2 dieser Ausschreibungsunterlage, die in der Darstellung des Sachverhaltes dieses Bescheides wiedergegeben wurden, legen nahezu wortident mit den Ausschreibungsunterlagen für die erste Stufe des Vergabeverfahrens den Ablauf der 2. Stufe des Vergabeverfahrens fest. Dabei wird noch einmal ausgeführt, dass die ausgewählten Teilnehmer in einem Hearing die Möglichkeit haben, sich (die Bewerbergemeinschaft) und eine Projektanalyse zu präsentieren, wobei diese Präsentation durch eine Befragung ergänzt wird. Diesen Grundsatz berücksichtigend kommt das Bundesvergabeamt zur Auffassung, dass jeder redliche Erklärungsempfänger und somit auch jeder Bewerber/Bieter des Vergabeverfahrens als auch der Auftraggeber aus dem Wortlaut der Wortfolge "Verhandlungen/Hearing" und dem Umstand, dass dabei auch eine

Befragung des Bieters durchgeführt wird, abzuleiten ist, dass das Hearing und die dabei durchgeführte Befragung als Verhandlung im Sinne des Paragraph 105, Absatz eins, BVergG zu verstehen ist. Jeder Bewerber/Bieter konnte daher davon ausgehen, zu einer Verhandlungsrunde, bei der er seine Projektvorstellungen präsentieren kann und dazu befragt wird, zugelassen zu werden. Die Art und Weise, wie dieses Hearing, das somit mit einer Verhandlungsrunde gleichzusetzen ist, durchgeführt wird, wurde bestandsfest bereits in den Ausschreibungsunterlagen für die erste Stufe des Vergabeverfahrens festgelegt und ist damit zum Zeitpunkt nach bereits erfolgter Zuschlagsentscheidung nicht mehr anfechtbar. Auch aus den Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens kann nichts Gegenteiliges entnommen werden. Die entsprechenden Passagen des Punktes 2.2 dieser Ausschreibungsunterlage, die in der Darstellung des Sachverhaltes dieses Bescheides wiedergegeben wurden, legen nahezu wortident mit den Ausschreibungsunterlagen für die erste Stufe des Vergabeverfahrens den Ablauf der 2. Stufe des Vergabeverfahrens fest. Dabei wird noch einmal ausgeführt, dass die ausgewählten Teilnehmer in einem Hearing die Möglichkeit haben, sich (die Bewerbungsgemeinschaft) und eine Projektanalyse zu präsentieren, wobei diese Präsentation durch eine Befragung ergänzt wird.

Auch das Einladungsschreiben vom 18. Mai 2012 für das Hearing am 30. Mai 2012 bestätigt den in den Ausschreibungsunterlagen wiedergegebenen Ablauf dieser "Verhandlungen/Hearing". Der Auftraggeber selbst hat sich am 30. Mai 2012 an seine eigenen Festlegungen gehalten und der Antragstellerin die Möglichkeit zur Präsentation der Projektanalyse gegeben. Anschließend wurde die Antragstellerin befragt. Die darüber angefertigte Niederschrift wurde als "Verhandlungsprotokoll" bezeichnet. In diesem auch von den Teilnehmern der Antragstellerin unterfertigten Verhandlungsprotokoll wird im ersten Punkt auf den Inhalt der "Verhandlungsrunde" hingewiesen. Im zweiten Punkt dieses Protokolls wird darauf hingewiesen, dass im Anschluss an die Powerpointpräsentation die Verhandlungen bezüglich dieses vorgestellten Projektes durchgeführt wurden. Der dritte Punkt dieses Protokolls selbst ist mit "Verhandlungsgegenstand" überschrieben. Im einleitenden Satz zu diesem Punkt wird ausgeführt, dass "folgende Verhandlungen" geführt worden sind. Es folgen dann die im Sachverhalt des Bescheides bereits wörtlich wiedergegebenen sechs Fragen des Auftraggebers und sehr knapp und zusammenfassend die Antworten durch die Antragstellerin. In einem abschließenden vierten Punkt wird neuerlich auf die "Verhandlungsrunde" hingewiesen.

Aus den zahlreichen Hinweisen auf durchgeführte Verhandlungen im "Verhandlungsprotokoll" wird zumindest der Eindruck erweckt, dass mit der Antragstellerin - entgegen den Behauptungen im Nachprüfungsantrag der Antragstellerin - Verhandlungen durchgeführt wurden. Die darauf aufbauend logische Frage ist, ob diese Verhandlungen als Verhandlungen im Sinne des § 105 Abs. 1 BVergG zu qualifizieren sind. Aus den zahlreichen Hinweisen auf durchgeführte Verhandlungen im "Verhandlungsprotokoll" wird zumindest der Eindruck erweckt, dass mit der Antragstellerin - entgegen den Behauptungen im Nachprüfungsantrag der Antragstellerin - Verhandlungen durchgeführt wurden. Die darauf aufbauend logische Frage ist, ob diese Verhandlungen als Verhandlungen im Sinne des Paragraph 105, Absatz eins, BVergG zu qualifizieren sind.

Dazu fragte sich der Senat 5 des BVA im Zuge der Entscheidungsfindung in der gegenständlichen Angelegenheit, was unter "Verhandlungen" im Sinne des § 105 Abs. 1 BVergG zu verstehen ist. Dazu fragte sich der Senat 5 des BVA im Zuge der Entscheidungsfindung in der gegenständlichen Angelegenheit, was unter "Verhandlungen" im Sinne des Paragraph 105, Absatz eins, BVergG zu verstehen ist.

Die Begriffsbestimmungen des § 2 BVergG enthalten keine vergaberechtliche Legaldefinition des Begriffs "Verhandlungen". In § 25 Abs. 1 BVergG wird das Verhandlungsverfahren erwähnt. In Abs. 5 dieser Bestimmung wird dazu ausgeführt, dass beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert werden. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden. In § 105 Abs. 1 BVergG ist festgelegt, dass der Auftraggeber bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern mit diesen über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln ist, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. In diesem Zusammenhang ist auch § 105 Abs. 3 und 5 BVergG Beachtung zu schenken. Diese beiden Bestimmungen weisen folgenden Wortlaut auf: Die Begriffsbestimmungen des Paragraph 2, BVergG enthalten keine vergaberechtliche Legaldefinition des Begriffs "Verhandlungen". In Paragraph 25, Absatz eins, BVergG wird das Verhandlungsverfahren erwähnt. In Absatz 5, dieser Bestimmung wird dazu ausgeführt, dass beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde,

ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert werden. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden. In Paragraph 105, Absatz eins, BVergG ist festgelegt, dass der Auftraggeber bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern mit diesen über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln ist, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. In diesem Zusammenhang ist auch Paragraph 105, Absatz 3 und 5 BVergG Beachtung zu schenken. Diese beiden Bestimmungen weisen folgenden Wortlaut auf:

(3) Der Auftraggeber hat, sofern nicht entsprechende Festlegungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sind, dem bzw. den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter bzw. Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.

(5) An den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien darf, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nichts anderes festgelegt wurde, während des Verhandlungsverfahrens keine Änderung vorgenommen werden.

Weitere gesetzliche Vorgaben zu Verhandlungen, insbesondere wie Verhandlungen durchzuführen sind, oder was Inhalt solcher Verhandlungen sein muss, ist dem BVergG nicht zu entnehmen. Das bedeutet, dass dem Auftraggeber in diesem Zusammenhang vom Gesetzgeber ein Gestaltungsraum eingeräumt wird (Der Gesetzgeber führt dazu in den EBRV zu § 105 aus, dass bei der Umsetzung der RL versucht wurde, die Formalisierung des Verhandlungsverfahrens auf ein Minimum zu beschränken, das dem Auftraggeber einen weiten Spielraum geben soll), der jedoch insbesondere durch die Grundsätze des Vergabeverfahrens gemäß § 19 BVergG seine Grenzen erfährt (vgl. dazu auch J. Schramm/M. Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 105 Rz 6). Weitere gesetzliche Vorgaben zu Verhandlungen, insbesondere wie Verhandlungen durchzuführen sind, oder was Inhalt solcher Verhandlungen sein muss, ist dem BVergG nicht zu entnehmen. Das bedeutet, dass dem Auftraggeber in diesem Zusammenhang vom Gesetzgeber ein Gestaltungsraum eingeräumt wird (Der Gesetzgeber führt dazu in den EBRV zu Paragraph 105, aus, dass bei der Umsetzung der RL versucht wurde, die Formalisierung des Verhandlungsverfahrens auf ein Minimum zu beschränken, das dem Auftraggeber einen weiten Spielraum geben soll), der jedoch insbesondere durch die Grundsätze des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, BVergG seine Grenzen erfährt vergleiche dazu auch J. Schramm/M. Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 105, Rz 6).

Unter Berücksichtigung dieser Bestimmungen kommt das Bundesvergabeamt in der gegenständlichen Angelegenheit zur Auffassung, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen den Ablauf des Vergabeverfahrens sowie die Zuschlagskriterien bestandsfest festgelegt hat. Diesbezüglich hat er insbesondere festgelegt, dass im Zuge des Hearings eine Präsentation samt anschließender Befragung bzw. Bewertung stattfindet. Dieser Ablauf wurde letztlich auch von der Antragstellerin selbst akzeptiert. Die Art und Vorgehensweise im Zuge des Verhandlungsverfahrens wurde mangels Anfechtung bestandsfest und der Auftraggeber selbst hatte sich auch an diese Festlegungen zu halten. Ob die im Zuge des Hearings durchgeführten Verhandlungen als Besprechung oder Erörterung eines Sachverhaltes verstanden werden können, die der Herbeiführung eines Interessenausgleichs zwischen mindestens zwei Verhandlungspartnern dient und wobei sich die Parteien durch Interaktion untereinander einen Vorteil gegenüber der aktuellen Situation versprechen (= Definition des Begriffes Verhandlungen aus Wikipedia), oder ob damit entweder das wirtschaftlich und technisch günstigste oder billigste Angebot herausgearbeitet wurde (vgl. J. Schramm/M. Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 105 Rz 62), muss in diesem Zusammenhang unbeantwortet bleiben, da es auch dem BVA verwehrt ist, in einem Vergabeverfahren bestandsfest gewordene Verfahrensabschnitte einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen. In diesem Zusammenhang wird noch einmal darauf hingewiesen, dass es der Nachprüfungsbehörde verwehrt ist, die Rechtswidrigkeit solcher bestandskräftig gewordener Entscheidungen (hier: Festlegungen in bzw. der Ausschreibung) im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen (hier der Zuschlagsentscheidung), inzident in Prüfung zu ziehen (vgl. Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 321 Rz 9). Unter Berücksichtigung dieser Bestimmungen kommt das Bundesvergabeamt in der gegenständlichen Angelegenheit zur Auffassung, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen den Ablauf des Vergabeverfahrens sowie die Zuschlagskriterien bestandsfest festgelegt hat. Diesbezüglich hat er insbesondere festgelegt, dass im Zuge des Hearings eine Präsentation samt anschließender Befragung bzw. Bewertung stattfindet. Dieser Ablauf wurde letztlich auch von der Antragstellerin selbst akzeptiert. Die Art und Vorgehensweise im Zuge des Verhandlungsverfahrens wurde mangels Anfechtung bestandsfest und der Auftraggeber selbst hatte sich auch an

diese Festlegungen zu halten. Ob die im Zuge des Hearings durchgeführten Verhandlungen als Besprechung oder Erörterung eines Sachverhaltes verstanden werden können, die der Herbeiführung eines Interessenausgleichs zwischen mindestens zwei Verhandlungspartnern dient und wobei sich die Parteien durch Interaktion untereinander einen Vorteil gegenüber der aktuellen Situation versprechen (= Definition des Begriffes Verhandlungen aus Wikipedia), oder ob damit entweder das wirtschaftlich und technisch günstigste oder billigste Angebot herausgearbeitet wurde vergleiche J. Schramm/M. Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 105, Rz 62), muss in diesem Zusammenhang unbeantwortet bleiben, da es auch dem BVA verwehrt ist, in einem Vergabeverfahren bestandsfest gewordene Verfahrensabschnitte einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen. In diesem Zusammenhang wird noch einmal darauf hingewiesen, dass es der Nachprüfungsbehörde verwehrt ist, die Rechtswidrigkeit solcher bestandskräftig gewordener Entscheidungen (hier: Festlegungen in bzw. der Ausschreibung) im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen (hier der Zuschlagsentscheidung), inzident in Prüfung zu ziehen vergleiche Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Paragraph 321, Rz 9).

Spätestens mit der Einladung zum Hearing am 18. Mai 2012 hat der Auftraggeber der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie nach der Präsentation befragt und bewertet werde. Das bedeutet, dass spätestens aus dieser Mitteilung abgeleitet werden kann, dass weitere Verhandlungen nicht mehr abgehalten werden (vgl. dazu § 105 Abs. 3 BVergG). Diese Festlegung wurde mangels Anfechtung ebenfalls bestandsfest. Spätestens mit der Einladung zum Hearing am 18. Mai 2012 hat der Auftraggeber der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie nach der Präsentation befragt und bewertet werde. Das bedeutet, dass spätestens aus dieser Mitteilung abgeleitet werden kann, dass weitere Verhandlungen nicht mehr abgehalten werden vergleiche dazu Paragraph 105, Absatz 3, BVergG). Diese Festlegung wurde mangels Anfechtung ebenfalls bestandsfest.

Sofern aus dem Vorbringen der Antragstellerin entnommen werden könnte, sie hätte im Vergabeverfahren keine oder nur unzureichende Möglichkeiten gehabt beim bzw. mit dem Auftraggeber bestimmte Leistungsinhalte zu thematisieren, wird auf die für alle Vergabeverfahren gleichermaßen geltende Möglichkeit, im Zuge eines laufenden Vergabeverfahrens Bieteranfragen zu stellen, hingewiesen. Antworten auf derartige Bieteranfragen sind entweder als sonstige Festlegungen gesondert anfechtbar oder allenfalls als nicht gesondert anfechtbare Entscheidung gemeinsam mit der nächsten gesondert anfechtbaren Entscheidung anfechtbar.

Zum behaupteten Rechtsverstoß, dass im Verhandlungsverfahren die Bewertung durch die Kommission des Auftraggebers beim Zuschlagskriterium "Hearing" mangelhaft gewesen wäre:

Vorweg wird dazu vom BVA wiederum auf die Ausschreibungsunterlagen, in welchen die für die Zuschlagsentscheidung im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren maßgeblichen Zuschlagskriterien festgelegt wurden, hingewiesen. Ein Zuschlagskriterium "Hearing" scheint dabei nicht auf. Der Auftraggeber benennt in den Ausschreibungsunterlagen für die erste Stufe des Vergabeverfahrens unter Punkt "2.2.2 Zuschlagskriterien" folgende Zuschlagskriterien:

1. 1.Ziffer eins
Kundenzufriedenheit 20 %
2. 2.Ziffer 2
Hearing Auftragsanalyse und Projektabwicklung 40 %
3. 3.Ziffer 3
Angebotssumme 40 %

In den Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens werden die Zuschlagskriterien nicht einheitlich bezeichnet. Auf Seite 12 unter Punkt "2.1 Verfahren allgemein" werden sie mit

1. 1.Ziffer eins
Die Bewertung des Schlüsselpersonales erfolgt über ein protokolliertes telefonisches Interview des für die Planungsabwicklung vorgesehenen Schlüsselpersonal (nach Punktesystem)
2. 2.Ziffer 2
Die einzureichenden Unterlagen zur Auftragsanalyse und Projektabwicklung und das Hearing vor den Auftraggebervertretern (Jurybewertung) und
3. 3.Ziffer 3
Der Angebotspreis (Punktberechnung nach Formel) benannt.

Auf Seite 13 unter Punkt "2.4.1 Zuschlagskriterien" werden sie mit

1. Schlüsselpersonal (einschlägige Erfahrungen für die Planungsabwicklung)

Telefonbefragung 20 %

2. Auftragsanalyse und Projektabwicklung und Hearing 40 %

3. Angebotspreis 40 %

bezeichnet. Die Seiten 14 und 15 enthalten nähere Ausführungen zu den

Zuschlagskriterien

- Schlüsselpersonal Telefonbefragung

- Auftragsanalyse und Projektabwicklung und Hearing

- Angebotspreis

Sofern die Antragstellerin von einer mangelhaften Bewertung durch die Kommission des Auftraggebers beim Zuschlagskriterium "Hearing" ausgeht, meint sie offensichtlich eine unzureichende Beurteilung des Zuschlagskriteriums, das sich aus den zu beurteilenden Teilbereichen Auftragsanalyse, Projektabwicklung und Hearing zusammensetzt. Dazu wird unter Punkt 2.4.4.2 "Auftragsanalyse und Projektabwicklung und Hearing" auf Seite 15 der Ausschreibungsunterlagen zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens ausgeführt, dass das Hearing einschließlich der vorgelegten und präsentierten Unterlagen zur "Auftragsanalyse und Projektabwicklung" von den Kommissionsmitgliedern zuerst verbal beschrieben und dann nach Schulnotensystem bewertet wird. Unter Hinweis auf die Verhandlungsprotokoll-Bewertungen der einzelnen Kommissionsmitglieder ist seitens des BVA auszuführen, dass die geforderte verbale Beschreibung durch die Kommissionsmitglieder zumindest zum Teil nur sehr cursorisch, also lückenhaft und einer Nachvollziehbarkeit nur schwer zugänglich erfolgt ist. Das mag darin liegen, dass für eine ausführlichere verbale Beschreibung, wie es in der Ausschreibungsunterlage gefordert wird, offensichtlich die dafür erforderliche Zeit beim Hearing nicht zur Verfügung stand. Der zur Entscheidung berufene Senat 5 des BVA erkennt jedoch darin einen Verstoß gegen die in der Ausschreibungsunterlage getroffene Festlegung, dass die Kommissionsmitglieder das Hearing einschließlich der vorgelegten und präsentierten Unterlagen zur Auftragsanalyse und Projektabwicklung zuerst verbal zu beschreiben haben.

Nachvollziehbar hingegen sind die Anmerkungen der Kommissionsmitglieder hinsichtlich des Gesamteindrucks beim Zuschlagskriterium "Hearing Auftragsanalyse und Projektabwicklung". Auch die schulnotenmäßige Beurteilung durch die Kommissionsmitglieder ist insofern nachvollziehbar, als aufgrund der Ausführungen im Punkt "Gesamteindruck" klar zum Ausdruck gebracht wird, dass das Angebot der Antragstellerin schlechter zu bewerten ist als die Angebote der Mitbieter. Daher ist die schlechtere Beurteilung des Angebotes der Antragstellerin beim Zuschlagkriterium "Hearing Auftragsanalyse und Projektabwicklung" nachvollziehbar. Nicht nachvollziehbar ist jedoch die genaue Benotung durch die Kommissionsmitglieder. Eine Benotung, die ohne ganz genaue Vorgaben, die messbar und somit exakt nachvollziehbar sind, erfolgt, beinhaltet immer eine subjektive Komponente des Notengebers, die im einzelnen als richtig oder falsch betrachtet werden kann. Da die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen keine entsprechenden Vorgaben für die Notengeber vorsehen, war von vorn herein klar, dass bei der Benotung ein subjektives Element bei den Notengebern gegeben ist, was auch von der Antragstellerin, die die Zuschlagskriterien und deren praktische Anwendung nicht angefochten hat, akzeptiert wurde.

Die Art und Weise wie die Benotung des Zuschlagkriteriums "Hearing Auftragsanalyse und Projektabwicklung" durch die Kommissionsmitglieder und die Umrechnung in Punkte erfolgt ist, entspricht den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen, die eine einzige Benotung je Jurymitglied bei diesem Zuschlagskriterium vorsehen.

Sofern die Auftraggeberin der Auffassung ist, die Ausschreibungsunterlagen würden beim Zuschlagskriterium "Hearing" die Subzuschlagskriterien "Vorstellung / Zusammensetzung des Teams, deren Einsatzplanung und Ansätze zur Umsetzung" vorsehen, ist auf Punkt 2.4.3, der mit "Hearing" übertitelt ist, auf Seite 14 der Ausschreibungsunterlage hinzuweisen. Darin wird ausgeführt, dass als Bewertungskriterien des Hearings die Vorstellung / Zusammensetzung des Teams, deren Einsatzplanung und Ansätze zur Umsetzung zu bewerten sind.

Ob es sich bei diesen Bewertungskriterien des Hearings um Subkriterien handelt, lassen die Ausschreibungsunterlagen

offen. Aus Punkt 2.4.3 ist jedoch zweifelsfrei zu entnehmen, dass hinsichtlich der Beurteilung des Hearings von den Jurymitgliedern auch die Vorstellung / Zusammensetzung des Teams, deren Einsatzplanung und Ansätze zur Umsetzung zu bewerten waren. Die entsprechenden Jury-Bewertungsprotokolle enthalten jedoch wenn überhaupt nur sehr oberflächlich entsprechende Bewertungshinweise. Diesbezüglich kommt der Senat 5 des BVA zur Auffassung, dass der Auftraggeber in diesem Punkt selbst sich nicht an seine eigenen Ausschreibungsfestlegungen gehalten hat, und somit diesbezüglich ein Vergaberechtsverstoß vorliegt.

Zusammenfassend kommt das BVA somit zum Ergebnis, dass zwei Vergaberechtsverstöße vorliegen. Beim Zuschlagskriterium "Hearing Auftragsanalyse und Projektabwicklung" wurde - entgegen entsprechender vom Auftraggeber in den Ausschreibung getroffener Festlegungen - von den Kommissionsmitgliedern das Hearing einschließlich der vorgelegten und präsentierten Unterlagen zur Auftragsanalyse und Projektabwicklung unzureichend verbal beschreiben. Zudem wurde von den Kommissionsmitgliedern das Hearing bezüglich der Bewertungskriterien Vorstellung / Zusammensetzung des Teams, deren Einsatzplanung und Ansätze zur Umsetzung nicht bzw. unzureichend in einer Einzelbetrachtung des Kriteriums "Hearing" bewertet.

Da das BVA nunmehr unter Zugrundelegung des festgestellten Sachverhaltes und Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zur Auffassung gelangt, dass Vergaberechtswidrigkeiten tatsächlich vorliegen, stellt sich weiter die Frage, ob unter Berücksichtigung von § 325 Abs. 1 BVergG die Antragstellerin dadurch in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt wird, und die festgestellten Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sind. Da das BVA nunmehr unter Zugrundelegung des festgestellten Sachverhaltes und Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zur Auffassung gelangt, dass Vergaberechtswidrigkeiten tatsächlich vorliegen, stellt sich weiter die Frage, ob unter Berücksichtigung von Paragraph 325, Absatz eins, BVergG die Antragstellerin dadurch in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt wird, und die festgestellten Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sind.

Dazu wird vom BVA auf § 105 Abs. 5 BVergG hingewiesen, wonach die Zuschlagskriterien während des Verhandlungsverfahrens nicht geändert werden dürfen, da in den Ausschreibungsunterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens nichts Entsprechendes festgelegt wurde. Die Zuschlagskriterien des gegenständlichen Vergabeverfahrens selbst sind unter Hinweis auf § 105 Abs. 5 BVergG nicht verhandel- und somit nicht veränderbar. Die Zuschlagskriterien wurden vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest festgelegt. Dazu wird vom BVA auf Paragraph 105, Absatz 5, BVergG hingewiesen, wonach die Zuschlagskriterien während des Verhandlungsverfahrens nicht geändert werden dürfen, da in den Ausschreibungsunterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens nichts Entsprechendes festgelegt wurde. Die Zuschlagskriterien des gegenständlichen Vergabeverfahrens selbst sind unter Hinweis auf Paragraph 105, Absatz 5, BVergG nicht verhandel- und somit nicht veränderbar. Die Zuschlagskriterien wurden vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest festgelegt.

Beurteilung und Punktevergabe bei den Zuschlagskriterien "Schlüsselpersonal (einschlägige Erfahrungen für die Planungsabwicklung) Telefonbefragung" und "Angebotspreis" erfolgten entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Festlegungen. Allenfalls noch weitere "ausschreibungswidrige" Verhandlungen als auch die Korrekturen der festgestellten Mängel in den Beurteilungsprotokollen der Jurymitglieder hätten auch keinen Einfluss auf die Punktevergabe bei diesen beiden Zuschlagskriterien.

Addiert man die erzielten Punkte dieser beiden Zuschlagskriterien ergibt sich folgendes Zwischenergebnis:

- -Strichaufzählung
G*** - H*** (Billigstbieterin): 58,3 Punkte (18,3 + 40)
- -Strichaufzählung
I***: 12,99 Punkte (17,7 - 4,71)
- -Strichaufzählung
Antragstellerin: 38,06 Punkte (18 + 20,06)
- -Strichaufzählung
D*** - E*** - F*** (beabsichtigte Zuschlagsempfängerin): 54,61 Punkte (19 + 35,61)
- -Strichaufzählung
J*** - K***: 55,62 Punkte (18,3 + 37,32)

Aus dieser Aufstellung ist klar ersichtlich, dass die Antragstellerin mit 38,06 Punkten an vierter Stelle liegt. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin weist einen Punktevorsprung von 16,55 Punkten auf, die beiden weiteren vor ihr gereihten - nicht ausgeschiedenen - Mitbieter von 20,24 bzw. von 17,56 Punkten.

Beim ausstehenden Zuschlagskriterium "Hearing Auftragsanalyse und Projektabwicklung" sind aufgrund der Gewichtung maximal 40 Punkte zu erreichen.

Ausgehend von einzelnen Bewertungsprotokollen der Kommissionsmitglieder im Vergabeverfahren steht für das BVA außer Zweifel, dass auch nach einer möglichen Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 22. Juni 2012 durch das BVA und der daran anschließenden gebotenen ausschreibungskonformen Gestaltung der Bewertungsprotokolle durch die einzelnen Kommissionsmitglieder sich ein von der Zuschlagsentscheidung vom 22. Juni 2012 abweichendes Ergebnis ergibt, und die nunmehrige beabsichtige Zuschlagsempfängerin wiederum als beabsichtigte Zuschlagsempfängerin zu bezeichnen wäre. Aufgrund der wenn auch nur sehr lückenhaften Ausführungen in einzelnen Bewertungsprotokollen der Kommissionsmitglieder und unter Berücksichtigung der vorgenommenen Gesamtbeurteilung und Notenvergabe beim Zuschlagskriterium "Hearing Auftragsanalyse und Projektabwicklung" durch die Kommissionsmitglieder kann ausgeschlossen werden, dass für das Angebot der Antragstellerin beim Zuschlagkriterium "Hearing Auftragsanalyse und Projektabwicklung" mehr Punkte zu vergeben sind als für die Angebote der Mitbieter. Das bedeutet, dass die festgestellten Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss sind. Das Nachprüfungsbegehren der Antragstellerin war daher unter Hinweis auf § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG abzuweisen. Ausgehend von einzelnen Bewertungsprotokollen der Kommissionsmitglieder im Vergabeverfahren steht für das BVA außer Zweifel, dass auch nach einer möglichen Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 22. Juni 2012 durch das BVA und der daran anschließenden gebotenen ausschreibungskonformen Gestaltung der Bewertungsprotokolle durch die einzelnen Kommissionsmitglieder sich ein von der Zuschlagsentscheidung vom 22. Juni 2012 abweichendes Ergebnis ergibt, und die nunmehrige beabsichtige Zuschlagsempfängerin wiederum als beabsichtigte Zuschlagsempfängerin zu bezeichnen wäre. Aufgrund der wenn auch nur sehr lückenhaften Ausführungen in einzelnen Bewertungsprotokollen der Kommissionsmitglieder und unter Berücksichtigung der vorgenommenen Gesamtbeurteilung und Notenvergabe beim Zuschlagskriterium "Hearing Auftragsanalyse und Projektabwicklung" durch die Kommissionsmitglieder kann ausgeschlossen werden, dass für das Angebot der Antragstellerin beim Zuschlagkriterium "Hearing Auftragsanalyse und Projektabwicklung" mehr Punkte zu vergeben sind als für die Angebote der Mitbieter. Das bedeutet, dass die festgestellten Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss sind. Das Nachprüfungsbegehren der Antragstellerin war daher unter Hinweis auf Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG abzuweisen.

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG hat die vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren, wenn sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat die vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren, wenn sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Nach § 319 Abs. 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühr für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Nach Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühr für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

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

Wie sich aus Spruchpunkt I. des Bescheides ergibt, hat die Antragstellerin im zu N/0067-BVA/05/2012 geführten Nachprüfungsverfahren nicht einmal teilweise obsiegt. Daher war das Pauschalgebühren-Kostenersatzbegehren

gemäß § 319 Abs. 1 und 2 BVergG abzuweisen. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. des Bescheides ergibt, hat die Antragstellerin im zu N/0067-BVA/05/2012 geführten Nachprüfungsverfahren nicht einmal teilweise obsiegt. Daher war das Pauschalgebühren-Kostenersatzbegehren gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG abzuweisen.

Schlagworte

Bestandsfestigkeit, Wesentlichkeit, Zuständigkeit;

Zuletzt aktualisiert am

11.10.2012

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at