jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Verg Bescheid 2011/11/18 N/0102-BVA/13/2011-21

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 18.11.2011

Norm

BVergG 2006 §328

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber sowie Dr. Theodor Thanner als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Outsourcing von IT-Dienstleistungen", BBG GZ 3692.01371, der Auftraggeberin Österreich Werbung, Margarethenstraße 1, 1040 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 10.10.2011 wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die uns mit Telefax vom 28. September 2011 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 28. September 2011 wird für nichtig erklärt.Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die uns mit Telefax vom 28. September 2011 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 28. September 2011 wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu Handen unserer ausgewiesenen Rechtsvertreter verpflichten" wird stattgegeben.

Die Österreich Werbung ist gem § 319 BVergG 2006 verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühr in Höhe von € 2.627,-Die Österreich Werbung ist gem Paragraph 319, BVergG 2006 verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühr in Höhe von € 2.627,-

(€ 1.751,-- für den Nachprüfungsantrag und € 876,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin zu bezahlen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins
   Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 10.10.2011, beim BVA am gleichen Tag eingelangt, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 28.9.2011, Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass sich der vorliegende Nachprüfungsantrag gegen die ihr am 29.09.2011 per Telefax von der BBG namens der Auftraggeberin übermittelte, mit 28.09.2011 datierte Zuschlagsentscheidung richte. Diese Festlegung sei gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ee BVergG 2006 gesondert anfechtbar; und sie sei rechtswidrig. Sie habe ihr Interesse am Vertragsabschluss insbesondere durch die Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren, durch Stellung eines Teilnahmeantrags, Legung eines Angebots, Teilnahme an Verhandlungsrunden sowie Legung eines LAFO dargetan.Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass sich der vorliegende Nachprüfungsantrag gegen die ihr am 29.09.2011 per Telefax von der BBG namens der Auftraggeberin übermittelte, mit 28.09.2011 datierte Zuschlagsentscheidung richte. Diese Festlegung sei gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006 gesondert anfechtbar; und sie sei rechtswidrig. Sie habe ihr Interesse am Vertragsabschluss insbesondere durch die Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren, durch Stellung eines Teilnahmeantrags, Legung eines Angebots, Teilnahme an Verhandlungsrunden sowie Legung eines LAFO dargetan.

Aus der angefochtenen Entscheidung sowie aus den ihr nachträglich übermittelten Bewertungsbögen der einzelnen Jurymitglieder gehe eindeutig hervor, dass im Rahmen der Bewertung andere als in den Ausschreibungsunterlagen beschriebene Bewertungskriterien herangezogen worden seien. Besonders deutlich werde das beim Subkriterium "Qualitative Übererfüllung der benannten Service-Experten (Gewicht 10%)", wo langjährige qualifizierte Mitarbeiter, die tagtäglich mit den aus- schreibungsgegenständlichen Leistungen befasst seien, geradezu vernichtend schlecht bewertet würden. Dies zB deshalb, weil ihnen Zertifizierungen fehlen sollen, obwohl gar keine Zertifizierungen gefordert worden seien. Da im Rahmen der Bewertung falsche Bewertungsparameter herangezogen worden seien, erweise sich die Bestbietermittlung als vergaberechtswidrig und falsch.

Die Zuschlagsentscheidung sei entgegen § 131 BVergG 2006 mangelhaft begründet. In der angefochtenen Zuschlagsentscheidung werde zwar die - wenngleich falsche - Begründung für die Punktevergabe bei den Qualitätssubkriterien ausschließlich für das Angebot der Antragstellerin angegeben. Nicht angegeben werde die Begründung der Bewertung beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Damit sei für sie nicht nachvollziehbar, ob die Qualität des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin richtig bewertet worden sei. Sie müsse nicht zuletzt aufgrund der Bewertungsfehler bei der Bewertung ihres Angebots davon ausgehen, dass auch beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin andere als in den Ausschreibungsunterlagen beschriebene Beurteilungsparameter herangezogen worden seien, etwa gar nicht erforderliche Zertifizierungen positiv gewertet worden seien. In der angefochtenen Zuschlagsentscheidung werde folgendes ausgeführt: "Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass nähere Details zu den erreichten Qualitätspunkten des Bestbieters nicht gemacht werden können, da andernfalls berechtigte Geschäftsinteressen dieser Unternehmen verletzt würden (vgl hiezu § 131 Abs 1 letzter Satz BVergG 2006)."Die Zuschlagsentscheidung sei entgegen Paragraph 131, BVergG 2006 mangelhaft begründet. In der angefochtenen Zuschlagsentscheidung werde zwar die - wenngleich falsche - Begründung für die Punktevergabe bei den Qualitätssubkriterien ausschließlich für das Angebot der Antragstellerin angegeben. Nicht angegeben werde die Begründung der Bewertung beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Damit sei für sie nicht nachvollziehbar, ob die Qualität des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin richtig bewertet worden sei. Sie müsse nicht zuletzt aufgrund der Bewertungsfehler bei der Bewertung ihres Angebots davon ausgehen, dass auch beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin andere als in den Ausschreibungsunterlagen beschriebene Beurteilungsparameter herangezogen worden seien, etwa gar nicht erforderliche Zertifizierungen positiv gewertet worden seien. In der angefochtenen Zuschlagsentscheidung werde folgendes ausgeführt: "Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass nähere Details zu den erreichten Qualitätspunkten des Bestbieters nicht gemacht werden können, da andernfalls berechtigte Geschäftsinteressen dieser Unternehmen verletzt würden vergleiche hiezu Paragraph 131, Absatz eins, letzter Satz BVergG 2006)."

Diese Begründung könne zumindest beim Subkriterium "Qualitative Übererfüllung der benannten Service-Experten (Gewicht 10%)" keinesfalls gelten. Zum einen könnten vermeintliche Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse schon

dadurch gewahrt werden, dass die Namen der Service-Experten ausgeblendet würden; zum anderen zeige die Begründung der Zuschlagsentscheidung, dass bei den Service- Experten gar keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse angeführt seien und auch nicht genannt werden müssten. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse könnte es bestenfalls bei der Bewertung der Konzepte geben, doch auch dort seien kaum Details in der Begründung angeführt. Die Berufung auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse erweise sich als bloße "Scheinbegründung"; nicht Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sollten geschützt werden, sondern vielmehr vermutlich die falsche Bewertung durch Heranziehung von in den Ausschreibungsunterlagen gar nicht genannten Bewertungsparametern (zB Zertifizierungen).

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 13.10.2011 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Österreich Werbung sei, welche durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH vertreten werde. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert wie folgt: Einmalkosten € 100.000,--, Folgekosten € 300.000,-- p. a. und Optionen € 100.000,-- p.a.. Dieser Dienstleistungsauftrag solle in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses eines Rahmenvertrages über die Erbringung von IT-Dienstleistungen vergeben werden. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** sei am 29.09.2011 erfolgt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 17. Oktober 2011, N/0102-BVA/13/2011-EV9, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages an die in der Zuschlagsentscheidung vom 28.09.2011 als präsumtive Zuschlagsempfängerin bekannt gegebene B*** für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 18. Oktober 2011 brachte diese - soweit entscheidungsrelevant - zusammengefasst vor, dass bereits durch die Bekanntgabe einer verbalen Begründung in der Zuschlagsentscheidung Geschäftsgeheimnisse der einzelnen Bieter verletzt würden, zumal andere Bieter dann die Art und Weise der Lösung der Problemstellung im Konzept des jeweiligen Bieters nachvollziehen könnten. Die Bekanntgabe der verbalen Begründung stelle immer auch eine Bekanntgabe von Angebotsinhalten des Bieters dar. Eine Bekanntgabe dieser Inhalte verletze immer berechtigte Geschäftsinteressen des präsumtiven Bestbieters. Auch die verbale Begründung der qualitativen Bewertung der Mitarbeiter des Bieters lasse Rückschlüsse auf das Personal zu und stelle auch deshalb ein zu wahrendes Geschäftsgeheimnis dar, um ein allfälliges Abwerben von Personen zu verhindern.

Mit Schreiben der B*** vom 19. Oktober 2011 erhob diese begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag und brachte darin im Wesentlichen vor, dass es nicht zuträfe dass die Zuschlagsentscheidung beziehungsweise deren Bekanntgabe mangelhaft sei.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 10. November 2011 brachte diese im Wesentlichen vor, dass durch die Auftraggeberin bei der Begründung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Subkriterium "Qualitative Übererfüllung der benannten Serviceexperten" vermeintliche Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse schon dadurch gewahrt hätten werden können, dass zum Beispiel nur die Namen beziehungsweise sonstige sensible personenbezogene Daten der bewerteten Serviceexperten (zum Beispiel die konkrete Referenzprojekte etc.) ausgeblendet worden wären.

Am 11. November 2011 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Die Auftraggeberin brachte dabei im Wesentlichen vor, dass die Zuschlagsentscheidung selbst dann wenn Geheimhaltungsinteressen verneint werden sollten den Erfordernissen des § 131 BVergG entspreche: Bereits nach den Erläuternden Bemerkungen zu § 131 habe der Bieter kein Recht auf eine individualisierende Mitteilung hinsichtlich der Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebotes. Der Antragstellerin seien iSd § 131 BVergG nicht nur die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sondern auch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes durch Darlegung der in den einzelnen Zuschlagskriterien vom Bestbieter lukrierten Punkte mitgeteilt worden. Nach der Entscheidung des UVS Steiermark vom 5.10.2010, UVS 443.8- 6/2010-20 würden bei Bekanntgabe der vorangeführten Informationen die Voraussetzungen des § 131 BVergG erfüllt. Nach dieser Entscheidung bestehe weiters kein Recht des Antragstellers, dass ihm weitere Informationen über die Angebotsprüfung des Bestbieters erteilt würden, insbesondere die verbale Beurteilung der einzelnen Subkriterien offen gelegt würde, da dies im Widerspruch zu § 128 Abs. 3 BVergG stehe, wonach der Bieter nur das Recht auf Einsicht in den seinen Teil des Angebotes betreffenden Teil der Prüfniederschrift habe. Durch die Bekanntgabe der Noten der Experten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wie sie im Vergabevorschlag vom 28.9.2011 unter Punkt 24) betreffend die qualitative Übererfüllung der benannten Serviceexperten genannt seien, würden keine Geschäftsgeheimnisse verletzt. Aus den der Antragstellerin

bekanntgegebenen Punkten in diesem Kriterium von 6,17 lasse sich die durchschnittlich vergebene Note für die interviewten Personen durchaus mathematisch ermitteln. Eine Bestimmung der Noten der einzelnen bewerteten Personen sei somit für die Antragstellerin nicht immer eindeutig ermittelbar. Selbst bei Offenlegung der einzelnen Benotungen wäre für die Antragstellerin kein Mehrwert erzielbar gewesen. Auf die Frage welche Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse konkret verletzt werden könnten, wenn die entsprechende Begründung der Kommission für die gegebene Note betreffend einzelne geprüfte Experten der B*** in der Zuschlagsentscheidung bekanntgegeben würde verwies die Auftraggeberin darauf, dass auch hier prinzipiell § 128 Abs. 3 BVergG einer Offenlegung entgegenstehe.Am 11. November 2011 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Die Auftraggeberin brachte dabei im Wesentlichen vor, dass die Zuschlagsentscheidung selbst dann wenn Geheimhaltungsinteressen verneint werden sollten den Erfordernissen des Paragraph 131, BVergG entspreche: Bereits nach den Erläuternden Bemerkungen zu Paragraph 131, habe der Bieter kein Recht auf eine individualisierende Mitteilung hinsichtlich der Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebotes. Der Antragstellerin seien iSd Paragraph 131, BVergG nicht nur die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sondern auch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes durch Darlegung der in den einzelnen Zuschlagskriterien vom Bestbieter lukrierten Punkte mitgeteilt worden. Nach der Entscheidung des UVS Steiermark vom 5.10.2010, UVS 443.8- 6/2010-20 würden bei Bekanntgabe der vorangeführten Informationen die Voraussetzungen des Paragraph 131, BVergG erfüllt. Nach dieser Entscheidung bestehe weiters kein Recht des Antragstellers, dass ihm weitere Informationen über die Angebotsprüfung des Bestbieters erteilt würden, insbesondere die verbale Beurteilung der einzelnen Subkriterien offen gelegt würde, da dies im Widerspruch zu Paragraph 128, Absatz 3, BVergG stehe, wonach der Bieter nur das Recht auf Einsicht in den seinen Teil des Angebotes betreffenden Teil der Prüfniederschrift habe. Durch die Bekanntgabe der Noten der Experten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wie sie im Vergabevorschlag vom 28.9.2011 unter Punkt 24) betreffend die qualitative Übererfüllung der benannten Serviceexperten genannt seien, würden keine Geschäftsgeheimnisse verletzt. Aus den der Antragstellerin bekanntgegebenen Punkten in diesem Kriterium von 6,17 lasse sich die durchschnittlich vergebene Note für die interviewten Personen durchaus mathematisch ermitteln. Eine Bestimmung der Noten der einzelnen bewerteten Personen sei somit für die Antragstellerin nicht immer eindeutig ermittelbar. Selbst bei Offenlegung der einzelnen Benotungen wäre für die Antragstellerin kein Mehrwert erzielbar gewesen. Auf die Frage welche Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse konkret verletzt werden könnten, wenn die entsprechende Begründung der Kommission für die gegebene Note betreffend einzelne geprüfte Experten der B*** in der Zuschlagsentscheidung bekanntgegeben würde verwies die Auftraggeberin darauf, dass auch hier prinzipiell Paragraph 128, Absatz 3, BVergG einer Offenlegung entgegenstehe.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2
   Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin Österreich Werbung hat zur Beschaffung ""Outsourcing von IT-Dienstleistungen", interne BBG GZ 3692.01371, einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses eines Rahmenvertrages mit einem geschätzten Auftragswert wie folgt: Einmalkosten € 100.000,--, Folgekosten € 300.000,-- p.a. und Optionen € 100.000,-- p.a., ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 28.09.2011, der Antragstellerin am 29.9.2011 per Telefax zugestellt, eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** getroffen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 13.10.2011)

Die Zuschlagsentscheidung vom 28.09.2011 lautet auszugsweise:

"[...]

Der folgenden Ausführung können Sie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie die Gründe für die Ablehnung Ihres Angebotes entnehmen:

Preisbewertung (max. 60 Punkte):

	A***	B***
Bewertungspreis	2.062.619,77	1.871.317,60
Preispunkte	28,25	31,76

Die Preispunkte wurden aufgrund des Mittelwertes aller Bewertungspreise vergeben. Der Mittelwert aller

Bewertungspreise beträgt € 1.966.995,68.

[...]

Zusammenfassung der Qualitätspunkte

	A***	B***
10% Migrationskonzept Rechenzentrum	10,00	6,17
5% Migrationskonzept Exchange	3,50	2,25
10% Betriebskonzept	10,00	6,17
10% Qualitative Übererfüllung der benannten Service-Experte	2,89	6,17
5% Quantitative Übererfüllung der benannten Service-Experte	0,97	5
Qualitätspunkte	27,36	25,75

Gesamtbewertung (max. 100 Punkte):

	A***	B***
	Gesamtbewertung (max. 100 Punkte)	
Preispunkte	28,25	31,76
Qualitätspunkte	27,36	25,75
Gesamtpunkte	55,61	57,50
Rang	2	1

Ihr Angebot kommt aus den oben angeführten Gründen somit nicht für den Zuschlag in Frage.

Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass nähere Details zu den erreichten Qualitätspunkten des Bestbieters nicht gemacht werden können, da andernfalls berechtigte Geschäftsinteressen dieser Unternehmen verletzt würden (vgl hierzu § 131 Abs 1 letzter Satz BVergG 2006).Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass nähere Details zu den erreichten Qualitätspunkten des Bestbieters nicht gemacht werden können, da andernfalls berechtigte Geschäftsinteressen dieser Unternehmen verletzt würden vergleiche hierzu Paragraph 131, Absatz eins, letzter Satz BVergG 2006).

[...]"

1. 3.Ziffer 3
   Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

1. 3.Ziffer 3
   a Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung:

§ 131 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010, lautet auszugsweise:Paragraph 131, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, lautet auszugsweise:

"§ 131. Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde.""§ 131. Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins,, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes

bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde."

In den Erläuterungen (RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85ff) wird zu dieser Bestimmung - die Sätze eins und vier des bisherigen § 131 BVergG 2006 wurden von der BVergG-Novelle 2010 inhaltlich weitgehend unverändert im nunmehr geltenden § 131 Abs 1 BVergG 2006 übernommen - wie folgt ausgeführt:In den Erläuterungen Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 85ff) wird zu dieser Bestimmung - die Sätze eins und vier des bisherigen Paragraph 131, BVergG 2006 wurden von der BVergG-Novelle 2010 inhaltlich weitgehend unverändert im nunmehr geltenden Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 übernommen - wie folgt ausgeführt:

"Zu § 131 (Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung):"Zu Paragraph 131, (Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung):

...

Neu vorgesehen ist nunmehr, dass der Auftraggeber den betreffenden Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist (Fristberechnung ergibt sich aus § 132) und die Gründe für die Ablehnung ihrer Angebote bereits mit der Zuschlagsentscheidung mitteilen muss. Wie bisher sind daneben auch noch die Vergabesumme und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Die Neuregelung erlaubt die Beibehaltung der bisherigen Praxis, wonach allen Bietern eine Musterverständigung übermittelt wurde. Sofern aus der Mitteilung die vom Gesetz geforderten Informationen (zumindest implizit) entnommen werden können, erfordert § 131 keine individualisierten Mitteilungen hinsichtlich der Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebotes. Der Grund für die Umstellung im Vergleich zum BVergG 2002 liegt darin, dass das bisherige Modell (§ 100 BVergG 2002), wonach die Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung von einem Antrag eines nicht zum Zuge gekommenen Bieters abhängig war, für die Bieter in der Praxis zu einer erheblichen Verkürzung der Nachprüfungsfristen geführt hat, da eine Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung ohne Kenntnis der Gründe, aus denen das eigene Angebot nicht für den Zuschlag berücksichtigt wird, in der Regel nur schwer zu bewerkstelligen war. Durch die Neuregelung ist gewährleistet, dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt. Durch den Entfall der Bekanntgabepflicht nach der Zuschlagsentscheidung entfällt auch das Problem, dass der Auftraggeber nach der Zuschlagsentscheidung eine Entscheidung trifft, die nicht bekämpft werden kann. Die Zuschlagsentscheidung ist somit die 'letzte' gesondert anfechtbare Entscheidung."Neu vorgesehen ist nunmehr, dass der Auftraggeber den betreffenden Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist (Fristberechnung ergibt sich aus Paragraph 132,) und die Gründe für die Ablehnung ihrer Angebote bereits mit der Zuschlagsentscheidung mitteilen muss. Wie bisher sind daneben auch noch die Vergabesumme und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Die Neuregelung erlaubt die Beibehaltung der bisherigen Praxis, wonach allen Bietern eine Musterverständigung übermittelt wurde. Sofern aus der Mitteilung die vom Gesetz geforderten Informationen (zumindest implizit) entnommen werden können, erfordert Paragraph 131, keine individualisierten Mitteilungen hinsichtlich der Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebotes. Der Grund für die Umstellung im Vergleich zum BVergG 2002 liegt darin, dass das bisherige Modell (Paragraph 100, BVergG 2002), wonach die Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung von einem Antrag eines nicht zum Zuge gekommenen Bieters abhängig war, für die Bieter in der Praxis zu einer erheblichen Verkürzung der Nachprüfungsfristen geführt hat, da eine Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung ohne Kenntnis der Gründe, aus denen das eigene Angebot nicht für den Zuschlag berücksichtigt wird, in der Regel nur schwer zu bewerkstelligen war. Durch die Neuregelung ist gewährleistet, dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt. Durch den Entfall der Bekanntgabepflicht nach der Zuschlagsentscheidung entfällt auch das Problem, dass der Auftraggeber nach der Zuschlagsentscheidung eine Entscheidung trifft, die nicht bekämpft werden kann. Die Zuschlagsentscheidung ist somit die 'letzte' gesondert anfechtbare Entscheidung."

Der Europäischen Gerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 3.4.2008, C-444/06, Rz 38, 39, wie folgt aus:

"38 Der umfassende Rechtsschutz, der somit vor dem Vertragsschluss gemäß Art. 2 Abs. 1 der Nachprüfungsrichtlinie sicherzustellen ist, setzt außerdem insbesondere die Verpflichtung voraus, die Bieter vor dem Vertragsschluss von der Zuschlagsentscheidung zu unterrichten, damit diese über eine tatsächliche Möglichkeit verfügen, einen Rechtsbehelf einzulegen."38 Der umfassende Rechtsschutz, der somit vor dem Vertragsschluss gemäß Artikel 2, Absatz eins, der

Nachprüfungsrichtlinie sicherzustellen ist, setzt außerdem insbesondere die Verpflichtung voraus, die Bieter vor dem Vertragsschluss von der Zuschlagsentscheidung zu unterrichten, damit diese über eine tatsächliche Möglichkeit verfügen, einen Rechtsbehelf einzulegen.

39 Dieser Rechtsschutz verlangt, dass für einen ausgeschlossenen Bieter die Möglichkeit vorgesehen wird, die Frage der Gültigkeit der Zuschlagsentscheidungen rechtzeitig prüfen zu lassen. In Anbetracht der Erfordernisse der praktischen Wirksamkeit der Nachprüfungsrichtlinie folgt daraus, dass ein angemessener Zeitraum zwischen dem Zeitpunkt, zu dem die Zuschlagsentscheidung den ausgeschlossenen Bietern mitgeteilt wird, und dem Vertragsschluss liegen muss, damit diese insbesondere einen Antrag auf Erlass vorläufiger Maßnahmen bis zum Vertragsschluss stellen können."

(vgl dazu auch Th. Gruber, Judikatur EuGH in Gruber/Gruber/Sachs, Jahrbuch Vergaberecht 2009, 79ff)vergleiche dazu auch Th. Gruber, Judikatur EuGH in Gruber/Gruber/Sachs, Jahrbuch Vergaberecht 2009, 79ff)

Der VfGH führt in seinem Erkenntnis vom 6.6.2005, B 76/04 wie folgt aus:

"Ein Verständnis, wonach eine Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Erteilung der Auskunft für die Wirksamkeit der Zuschlagserteilung "unbeachtlich" sein soll, verkennt den offenkundigen Sinn und Zweck der Bestimmung, weil es diesfalls der Auftraggeber (als Antragsgegner des Verfahrens) in der Hand hätte, ein Nachprüfungsverfahren zu vereiteln oder ins Leere laufen zu lassen."

(vgl dazu auch Chvosta, Die verfassungsrechtliche Judikatur in Vergabesachen in Gruber/Gruber/Sachs, Jahrbuch Vergaberecht 2008, 99ff)vergleiche dazu auch Chvosta, Die verfassungsrechtliche Judikatur in Vergabesachen in Gruber/Gruber/Sachs, Jahrbuch Vergaberecht 2008, 99ff)

Der VwGH hat in einem ähnlich gelagerten Fall ausgeführt (VwGH 22.04.2009,2009/04/0081):

"§ 131 vierter Satz BVergG 2006 normiert unmissverständlich, dass in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern näher bezeichnete Informationen (das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes) bekannt zu geben sind, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde. Eine entgegen dieser Verpflichtung den Bietern abgegebene Zuschlagsentscheidung (§ 2 Z 48 BVergG 2006) ist daher eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers und verletzt den Bieter in dem gemäß § 131 vierter Satz BVergG 2006 zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen (vgl. im vorliegenden Zusammenhang § 15 Abs. 1 lit. a K-VergRG bzw. § 325 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006). Dies umso mehr, als diese Bestimmung nach den obzitierten Materialien gewährleisten soll, "dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt.""§ 131 vierter Satz BVergG 2006 normiert unmissverständlich, dass in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern näher bezeichnete Informationen (das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132,, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes) bekannt zu geben sind, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde. Eine entgegen dieser Verpflichtung den Bietern abgegebene Zuschlagsentscheidung (Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG 2006) ist daher eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers und verletzt den Bieter in dem gemäß Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen vergleiche im vorliegenden Zusammenhang Paragraph 15, Absatz eins, Litera a, K-VergRG bzw. Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006). Dies umso mehr, als diese Bestimmung nach den obzitierten Materialien gewährleisten soll, "dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt."

...

Gemäß dem - insoweit mit § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 übereinstimmenden - § 15 Abs. 1 lit b K-VergRG ist eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers nur dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss

ist.Gemäß dem - insoweit mit Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 übereinstimmenden - Paragraph 15, Absatz eins, Litera b, K-VergRG ist eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers nur dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Folgte man der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die Unterlassung der Informationen nach § 131 vierter Satz BVergG 2006 in keinem Fall die intern getroffene Auswahl des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers berühre, so hätte ein Verstoß gegen diese Verpflichtung des Auftraggebers nie einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Es kann aber dem Gesetzgeber, der in den Erläuterungen gerade jene Probleme anführt, die durch eine Nichtbegründung der Zuschlagsentscheidung entstehen -Folgte man der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die Unterlassung der Informationen nach Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 in keinem Fall die intern getroffene Auswahl des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers berühre, so hätte ein Verstoß gegen diese Verpflichtung des Auftraggebers nie einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Es kann aber dem Gesetzgeber, der in den Erläuterungen gerade jene Probleme anführt, die durch eine Nichtbegründung der Zuschlagsentscheidung entstehen -

insbesondere die Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter - nun nicht unterstellt werden, er habe eine im Ergebnis durch den betroffenen Bieter nicht anfechtbare und somit "ins Leere" gehende Verpflichtung des Auftraggebers geschaffen.

Vielmehr soll die Verpflichtung des Auftraggebers zur Begründung seiner Zuschlagsentscheidung nach § 131 vierter Satz BVergG 2006 - wie aus den Materialien ersichtlich - dem Bieter die Einbringung eines Nachprüfungsantrages mit ausreichender Vorbereitungszeit ermöglichen und dient daher letztlich den Zielen des § 19 Abs. 1 BVergG 2006.Vielmehr soll die Verpflichtung des Auftraggebers zur Begründung seiner Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 - wie aus den Materialien ersichtlich - dem Bieter die Einbringung eines Nachprüfungsantrages mit ausreichender Vorbereitungszeit ermöglichen und dient daher letztlich den Zielen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006.

Gerade der von der Beschwerdeführerin aufgezeigte Umstand, dass der Gesetzgeber mit § 131 BVergG 2006 ganz bewusst die bisherige Holschuld (des Bieters und Nachprüfungswerbers) in eine Bringschuld (des öffentlichen Auftraggebers) umgewandelt hat, zeigt, dass dem Nachprüfungswerber nicht mehr zuzumuten ist, die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Daher ist die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des § 325 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 bzw. § 15 Abs. 1 lit. b KVergRG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist."Gerade der von der Beschwerdeführerin aufgezeigte Umstand, dass der Gesetzgeber mit Paragraph 131, BVergG 2006 ganz bewusst die bisherige Holschuld (des Bieters und Nachprüfungswerbers) in eine Bringschuld (des öffentlichen Auftraggebers) umgewandelt hat, zeigt, dass dem Nachprüfungswerber nicht mehr zuzumuten ist, die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Daher ist die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 bzw. Paragraph 15, Absatz eins, Litera b, KVergRG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist."

Bei Berücksichtigung der zitierten Judikatur von EuGH, VfGH und VwGH sowie der Erläuterungen zeigt sich, dass § 131 BVergG 2006 das Ziel verfolgt, dass Bieter, die nicht zum Zug kommen, grundsätzlich bereits mit der Bekanntgabe der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, also am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen sollen, die es ihnen ermöglichen, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen. Ein Abgehen von diesem Grundsatz und damit eine Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter durch fehlende oder mangelhafte Bekanntgabe der Informationen gem. § 131 zweiter Satz BVergG 2006 bedarf einer sachlichen Rechtfertigung (vgl. BVA 19.8.2009, N/0071-BVA/13/2009-29 und BVA 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009-41).Bei Berücksichtigung der zitierten Judikatur von EuGH, VfGH und VwGH sowie der Erläuterungen zeigt sich, dass Paragraph 131, BVergG 2006 das Ziel verfolgt, dass Bieter, die nicht zum Zug kommen, grundsätzlich bereits mit der Bekanntgabe

der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, also am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen sollen, die es ihnen ermöglichen, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen. Ein Abgehen von diesem Grundsatz und damit eine Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter durch fehlende oder mangelhafte Bekanntgabe der Informationen gem. Paragraph 131, zweiter Satz BVergG 2006 bedarf einer sachlichen Rechtfertigung vergleiche BVA 19.8.2009, N/0071-BVA/13/2009-29 und BVA 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009-41).

1. 3.Ziffer 3
   b Zum Vorwurf der mangelnden Begründung der Zuschlagsentscheidung

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die Zuschlagsentscheidung vom 28.09.2011 nicht iSd § 131 BVergG ausreichend begründet sei.Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die Zuschlagsentscheidung vom 28.09.2011 nicht iSd Paragraph 131, BVergG ausreichend begründet sei.

Die Auftraggeberin hat dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass durch die Bekanntgabe einer verbalen Begründung in der Zuschlagsentscheidung Geschäftsgeheimnisse der einzelnen Bieter verletzt würden. Auch die verbale Begründung der qualitativen Bewertung der Mitarbeiter des Bieters lasse Rückschlüsse auf das Personal zu und stelle auch deshalb ein zu wahrendes Geschäftsgeheimnis dar, um ein allfälliges Abwerben von Personen zu verhindern. Es bestehe weiters kein Recht des Antragstellers, dass ihm weitere Informationen über die Angebotsprüfung des Bestbieters erteilt würden, insbesondere die verbale Beurteilung der einzelnen Subkriterien offen gelegt würde, da dies im Widerspruch zu § 128 Abs. 3 BVergG stehe, wonach der Bieter nur das Recht auf Einsicht in den seinen Teil des Angebotes betreffenden Teil der Prüfniederschrift habe.Die Auftraggeberin hat dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass durch die Bekanntgabe einer verbalen Begründung in der Zuschlagsentscheidung Geschäftsgeheimnisse der einzelnen Bieter verletzt würden. Auch die verbale Begründung der qualitativen Bewertung der Mitarbeiter des Bieters lasse Rückschlüsse auf das Personal zu und stelle auch deshalb ein zu wahrendes Geschäftsgeheimnis dar, um ein allfälliges Abwerben von Personen zu verhindern. Es bestehe weiters kein Recht des Antragstellers, dass ihm weitere Informationen über die Angebotsprüfung des Bestbieters erteilt würden, insbesondere die verbale Beurteilung der einzelnen Subkriterien offen gelegt würde, da dies im Widerspruch zu Paragraph 128, Absatz 3, BVergG stehe, wonach der Bieter nur das Recht auf Einsicht in den seinen Teil des Angebotes betreffenden Teil der Prüfniederschrift habe.

Dem VwGH Erkenntnis vom 22.04.2009, 2009/04/0081, lag der Sachverhalt zugrunde, dass der Auftraggeber die Begründung der Zuschlagsentscheidung (gänzlich) unterlassen hatte. Im gegenständlichen Fall wurde zwar nicht gänzlich auf eine Informationen nach § 131 zweiter Satz BVergG 2006 verzichtet, aber bei dem entscheidungswesentlichen Zuschlagskriterium "Qualität (Gewichtung 40%)" lediglich ausgeführt, wie viele Punkte die in Aussicht genommene Bestbieterin bei den einzelnen Subkriterien erhalten hat. Weiters wurden der Antragstellerin betreffend dieses Zuschlagskriterium in der Zuschlagsentscheidung soweit ihr eigenes Angebot betroffen ist Bewertungsergebnisse in zusammengefasster Form mitgeteilt. Die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes wurden der Antragstellerin in der Zuschlagsentscheidung jedoch entgegen § 131 BVergG 2006 nicht mitgeteilt.Dem VwGH Erkenntnis vom 22.04.2009, 2009/04/0081, lag der Sachverhalt zugrunde, dass der Auftraggeber die Begründung der Zuschlagsentscheidung (gänzlich) unterlassen hatte. Im gegenständlichen Fall wurde zwar nicht gänzlich auf eine Informationen nach Paragraph 131, zweiter Satz BVergG 2006 verzichtet, aber bei dem entscheidungswesentlichen Zuschlagskriterium "Qualität (Gewichtung 40%)" lediglich ausgeführt, wie viele Punkte die in Aussicht genommene Bestbieterin bei den einzelnen Subkriterien erhalten hat. Weiters wurden der Antragstellerin betreffend dieses Zuschlagskriterium in der Zuschlagsentscheidung soweit ihr eigenes Angebot betroffen ist Bewertungsergebnisse in zusammengefasster Form mitgeteilt. Die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes wurden der Antragstellerin in der Zuschlagsentscheidung jedoch entgegen Paragraph 131, BVergG 2006 nicht mitgeteilt.

Das Argument der Auftraggeberin, wonach durch die Bekanntgabe einer verbalen Begründung in der Zuschlagsentscheidung Geschäftsgeheimnisse der einzelnen Bieter verletzt würden geht schon deshalb ins Leere, weil - wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung selbst richtiger Weise zugestanden hat - durch die Bekanntgabe etwa der Noten der Experten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wie sie im Vergabevorschlag vom 28.9.2011 unter Punkt 24) betreffend die "qualitative Übererfüllung der benannten Serviceexperten" genannt sind, keine Geschäftsgeheimnisse verletzt werden. Mit den Informationen, wie sie unter

Punkt 24) des Vergabevorschlages genannt sind, hätte aber die Antragstellerin zumindestens teilweise die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes prüfen können. Da diese Informationen anonymisiert sind, kommt auch eine etwaige Verletzung von öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern nicht in Betracht. Auch wäre es im konkreten Fall zur Erfüllung der Informationspflicht gem. § 131 2. Satz BVergG 2006 erforderlich gewesen, dass die Auftraggeberin den verbliebenen Bietern weitere (über die unter Punkt 24) des Vergabevorschlages genannten hinausgehende) Informationen insbesondere über das Ergebnis der Arbeit der Expertenkommission der Auftraggeberin bekannt gegeben hätte. Bei entsprechender Anonymisierung von Namen der bewerteten Personen sowie Ausblendung von sensiblen personenbezogenen Daten hätte auch hier dem Informationsrecht der verbliebenen Bieter entsprochen werden können ohne öffentliche Interessen oder berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern zu verletzen. Die Gefahr eines allfälligen Abwerbens von Mitarbeitern eines Bieters durch die Konkurrenz bestünde dann ebenfalls nicht. Auch das Argument der Auftraggeberin, dass hier § 128 Abs 3 BVergG einer solchen Offenlegung entgegenstehen würde geht ins Leere. § 128 Abs 3 BVergG 2006 hat nämlich einen anderen Regelungsgegenstand als § 131 Abs 1 BVergG 2006. § 128 Abs 3 BVergG 2006 regelt die Einsichtnahmerechte der Bieter in die Niederschrift über die Prüfung der Angebote und § 131 Abs 1 BVergG 2006 regelt ua. die den Auftraggeber treffenden Informationspflichten im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung. Aus § 128 Abs 3 BVergG 2006 lässt sich daher keine Einschränkung der den Auftraggeber gem. § 131 Abs 1 BVergG 2006 treffenden Informationspflichten ableiten.Das Argument der Auftraggeberin, wonach durch die Bekanntgabe einer verbalen Begründung in der Zuschlagsentscheidung Geschäftsgeheimnisse der einzelnen Bieter verletzt würden geht schon deshalb ins Leere, weil - wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung selbst richtiger Weise zugestanden hat - durch die Bekanntgabe etwa der Noten der Experten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wie sie im Vergabevorschlag vom 28.9.2011 unter Punkt 24) betreffend die "qualitative Übererfüllung der benannten Serviceexperten" genannt sind, keine Geschäftsgeheimnisse verletzt werden. Mit den Informationen, wie sie unter Punkt 24) des Vergabevorschlages genannt sind, hätte aber die Antragstellerin zumindestens teilweise die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes prüfen können. Da diese Informationen anonymisiert sind, kommt auch eine etwaige Verletzung von öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern nicht in Betracht. Auch wäre es im konkreten Fall zur Erfüllung der Informationspflicht gem. Paragraph 131, 2. Satz BVergG 2006 erforderlich gewesen, dass die Auftraggeberin den verbliebenen Bietern weitere (über die unter Punkt 24) des Vergabevorschlages genannten hinausgehende) Informationen insbesondere über das Ergebnis der Arbeit der Expertenkommission der Auftraggeberin bekannt gegeben hätte. Bei entsprechender Anonymisierung von Namen der bewerteten Personen sowie Ausblendung von sensiblen personenbezogenen Daten hätte auch hier dem Informationsrecht der verbliebenen Bieter entsprochen werden können ohne öffentliche Interessen oder berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern zu verletzen. Die Gefahr eines allfälligen Abwerbens von Mitarbeitern eines Bieters durch die Konkurrenz bestünde dann ebenfalls nicht. Auch das Argument der Auftraggeberin, dass hier Paragraph 128, Absatz 3, BVergG einer solchen Offenlegung entgegenstehen würde geht ins Leere. Paragraph 128, Absatz 3, BVergG 2006 hat nämlich einen anderen Regelungsgegenstand als Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006. Paragraph 128, Absatz 3, BVergG 2006 regelt die Einsichtnahmerechte der Bieter in die Niederschrift über die Prüfung der Angebote und Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 regelt ua. die den Auftraggeber treffenden Informationspflichten im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung. Aus Paragraph 128, Absatz 3, BVergG 2006 lässt sich daher keine Einschränkung der den Auftraggeber gem. Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 treffenden Informationspflichten ableiten.

Somit ist die Antragstellerin in einem ihr gemäß § 131 Abs 1 BVergG 2006 zustehenden Recht verletzt, da ohne sachliche Rechtfertigung nicht gewährleistet war, dass sie bereits am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen konnte, die es ihr ermöglichen die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen.Somit ist die Antragstellerin in einem ihr gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 zustehenden Recht verletzt, da ohne sachliche Rechtfertigung nicht gewährleistet war, dass sie bereits am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen konnte, die es ihr ermöglichen die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen.

Gerade der Umstand, dass der Gesetzgeber mit § 131 BVergG 2006 ganz bewusst die bisherige Holschuld (des Bieters und Nachprüfungswerbers) in eine Bringschuld (des öffentlichen Auftraggebers) umgewandelt hat zeigt, dass dem

Nachprüfungswerber nicht mehr zuzumuten ist, die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen.Gerade der Umstand, dass der Gesetzgeber mit Paragraph 131, BVergG 2006 ganz bewusst die bisherige Holschuld (des Bieters und Nachprüfungswerbers) in eine Bringschuld (des öffentlichen Auftraggebers) umgewandelt hat zeigt, dass dem Nachprüfungswerber nicht mehr zuzumuten ist, die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen.

Daher ist die Unterlassung der entsprechenden Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des § 325 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist (vgl. VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081) und auch im gegenständlichen Fall eingetreten ist.Daher ist die Unterlassung der entsprechenden Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist vergleiche VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081) und auch im gegenständlichen Fall eingetreten ist.

Es erübrigte sich daher ein Eingehen auf die übrigen Beschwerdepunkte.

1. 4.Ziffer 4
   Gebührenersatz durch den Auftraggeber

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

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

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

1. 1.Ziffer eins
   dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag)

stattgegeben wird und

1. 2.Ziffer 2
   dem Antrag auf einstweilige Verfügung

stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 1.751,-- für den Nachprüfungsantrag und € 876,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insgesamt somit € 2.627,-- entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des BVA vom 17. Oktober 2011, N/0102- BVA/13/2011-EV9) als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß § 319 BVergG 2006 dem Auftraggeber der Gebührenersatz aufzuerlegen.Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 1.751,-- für den Nachprüfungsantrag und € 876,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insgesamt somit € 2.627,-- entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des BVA vom 17. Oktober 2011, N/0102- BVA/13/2011-EV9) als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 dem Auftraggeber der Gebührenersatz aufzuerlegen.

Zuletzt aktualisiert am

11.04.2012

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