

TE Verg Bescheid 2011/10/11 N/0074-BVA/11/2011-40

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.10.2011

Norm

BVergG 2006 §122

BVergG 2006 §151

1. BVergG 2006 § 122 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 151 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 151 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, und Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren „Österreichwerbung/AU Werbelinie 2011/Fachlos 1: Entwicklung und Umsetzung einer neuen Werbelinie für die Imagekampagne der Marke 'Urlaub in Österreich'“, der Auftraggeberin Verein Österreich Werbung, 1040 Wien, Margaretenstraße 1, vertreten durch die vergebende Stelle, X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 28.7.2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, und Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren „Österreichwerbung/AU Werbelinie 2011/Fachlos 1: Entwicklung und Umsetzung einer neuen Werbelinie für die Imagekampagne der Marke 'Urlaub in Österreich'“, der Auftraggeberin Verein Österreich Werbung, 1040 Wien, Margaretenstraße 1, vertreten durch die vergebende Stelle, X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 28.7.2011, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins
Die Anträge, "die Entscheidung des Auftraggebers vom 18.7.2011, der B*** den Zuschlag erteilen zu wollen, in eventu die Entscheidung des Auftraggebers vom 18.7.2011, mit der B*** eine Rahmenvereinbarung abschließen zu wollen, für nichtig zu erklären", werden abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird abgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum gegenständlichen Vergabeverfahren erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 18.1.2011. Der gegenständliche Dienstleistungsauftrag der Kat.13 Anhang III BVergG soll in Form eines wettbewerblichen Dialoges gemäß § 34 iVm den §§ 195 ff BVergG vergeben werden. Die Ausschreibungsbekanntmachung zum gegenständlichen Vergabeverfahren erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 18.1.2011. Der gegenständliche Dienstleistungsauftrag der Kat.13 Anhang römisch drei BVergG soll in Form eines wettbewerblichen Dialoges gemäß Paragraph 34, in Verbindung mit den Paragraphen 195, ff BVergG vergeben werden.

Die Antragstellerin beteiligte sich am gegenständlichen Vergabeverfahren und legte am 02.02.2011 einen Teilnahmeantrag, worauf sie mit Schreiben vom 15.02.2011 zur Teilnahme am wettbewerblichen Dialog eingeladen wurde. Innerhalb der Angebotsfrist, die am 04.07.2011 endete, legte die Antragstellerin fristgerecht ein Angebot. Am 18.07.2011 erfolgte die Bekanntgabe der Auftraggeberin an die Bieter, dass sie beabsichtige, die Rahmenvereinbarung bzw. den Zuschlag mit der B*** (im Folgenden präsumtive Zuschlagsempfängerin) abzuschließen bzw. dieser als Bestbieterin zu erteilen.

Mit Schriftsatz vom 28.7.2011 brachte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren ein. Dem zeitgleich eingebrachtem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 04.08.2011, N/0074-BVA/11/2011-11EV, teilweise stattgegeben.

Begründend wurde vorgebracht, dass die Antragstellerin als eine der bedeutendsten und bekanntesten österreichischen Werbeagenturen ein Interesse am Vertragsabschluss habe. Der gegenständliche Auftrag stelle für die Antragstellerin in Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar. Aufgrund der Rechtswidrigkeiten des durch die Auftraggeberin durchgeführten Vergabeverfahrens würde der Antragstellerin im Falle einer Zuschlagserteilung bzw. einer rechtswidrigen Wahl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Partei einer Rahmenvereinbarung ein Schaden entstehen. Der Antragstellerin drohe bei rechtswidriger Verfahrensfortführung und Vergabe des Auftrages sowohl der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes als auch ein finanzieller Schaden.

Die Antragstellerin fühle sich im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten, nicht diskriminierenden und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, im Recht auf nicht Abweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Offenlegung der Niederschrift über die Angebotsprüfung, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht, für die Wahl des Unternehmens, mit dem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin, im Recht auf Abschluss einer Rahmenvereinbarung als Bestbieterin, im Recht auf Abschluss einer Rahmenvereinbarung als Bieterin gemäß den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf detaillierte, nachvollziehbare Begründung der Bestbieterermittlung und der Zuschlagsentscheidung bzw. der Wahl des Unternehmers, mit dem die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, im Recht auf nichtdiskriminierende Bestbieterermittlung durch eine fachlich geeignete Bewertungskommission, im Recht auf Bewertung durch eine Bewertungskommission, deren Bewertungsergebnis nicht durch willkürliches Hinzutreten oder Streichen von Mitgliedern seitens der Auftraggeberin beeinflusst wird, im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG, im Recht auf gesetzeskonforme Wahl des Unternehmers, mit dem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll gemäß § 151 Abs. 3 BVergG sowie im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren in Folge eines allenfalls gebotenen Widerrufs verletzt. Die Antragstellerin fühle sich im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten, nicht diskriminierenden und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, im Recht auf nicht Abweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Offenlegung der Niederschrift über die Angebotsprüfung, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht, für die Wahl des Unternehmens, mit dem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin, im Recht auf Abschluss einer Rahmenvereinbarung als Bestbieterin, im Recht auf Abschluss einer Rahmenvereinbarung als Bieterin gemäß den Festlegungen in den

Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf detaillierte, nachvollziehbare Begründung der Bestbieterermittlung und der Zuschlagsentscheidung bzw. der Wahl des Unternehmers, mit dem die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, im Recht auf nichtdiskriminierende Bestbieterermittlung durch eine fachlich geeignete Bewertungskommission, im Recht auf Bewertung durch eine Bewertungskommission, deren Bewertungsergebnis nicht durch willkürliches Hinzutreten oder Streichen von Mitgliedern seitens der Auftraggeberin beeinflusst wird, im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG, im Recht auf gesetzeskonforme Wahl des Unternehmers, mit dem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll gemäß Paragraph 151, Absatz 3, BVergG sowie im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren in Folge eines allenfalls gebotenen Widerrufs verletzt.

Konkretisierend führte die Antragstellerin zu den Rechtswidrigkeiten aus, aus der Bekanntgabe der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 sei nicht klar erkennbar, ob damit eine Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 Abs. 1 BVergG oder die Wahl des Unternehmens gemäß § 151 Abs. 3 BVergG, mit dem eine Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, gemeint sei. In der Auftraggeberentscheidung würden beide Formulierungen verwendet. Die in der Auftraggeberentscheidung zitierten Bestimmungen legten den Schluss nahe, dass die Auftraggeberin bzw. die vergebende Stelle keine Zuschlagsentscheidung auf Basis einer Rahmenvereinbarung, sondern eine "originäre" Zuschlagsentscheidung bekannt geben habe wollen. Es werde nämlich im Betreff des Schreibens die Benennung der Zuschlagsentscheidung "§ 131 Abs. 1 BVergG" zitiert. Die Regelungen über die Zuschlagsentscheidung auf Basis einer Rahmenvereinbarung fänden sich im Gesetz jedoch in § 152 BVergG. Hätte die Auftraggeberin bzw. die vergebende Stelle tatsächlich eine Zuschlagsentscheidung auf Basis einer bereits geschlossenen Rahmenvereinbarung nach neuerlichem Wettbewerb gemeint, hätte sie richtigerweise § 152 Abs. 6 Z 4 iVm § 131 Abs. 1 BVergG zitieren müssen. Eine derart unklare Bekanntgabe der Auftraggeberentscheidung sei nicht geeignet, den Bietern die notwendigen Informationen zu liefern, die diese benötigen, um beurteilen zu können, ob eine Anfechtung der Auftraggeberentscheidung aussichtsreich und zweckdienlich sei. Die Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 sei somit als rechtswidrig für nichtig zu erklären. Konkretisierend führte die Antragstellerin zu den Rechtswidrigkeiten aus, aus der Bekanntgabe der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 sei nicht klar erkennbar, ob damit eine Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG oder die Wahl des Unternehmens gemäß Paragraph 151, Absatz 3, BVergG, mit dem eine Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, gemeint sei. In der Auftraggeberentscheidung würden beide Formulierungen verwendet. Die in der Auftraggeberentscheidung zitierten Bestimmungen legten den Schluss nahe, dass die Auftraggeberin bzw. die vergebende Stelle keine Zuschlagsentscheidung auf Basis einer Rahmenvereinbarung, sondern eine "originäre" Zuschlagsentscheidung bekannt geben habe wollen. Es werde nämlich im Betreff des Schreibens die Benennung der Zuschlagsentscheidung "§ 131 Absatz eins, BVergG" zitiert. Die Regelungen über die Zuschlagsentscheidung auf Basis einer Rahmenvereinbarung fänden sich im Gesetz jedoch in Paragraph 152, BVergG. Hätte die Auftraggeberin bzw. die vergebende Stelle tatsächlich eine Zuschlagsentscheidung auf Basis einer bereits geschlossenen Rahmenvereinbarung nach neuerlichem Wettbewerb gemeint, hätte sie richtigerweise Paragraph 152, Absatz 6, Ziffer 4, in Verbindung mit Paragraph 131, Absatz eins, BVergG zitieren müssen. Eine derart unklare Bekanntgabe der Auftraggeberentscheidung sei nicht geeignet, den Bietern die notwendigen Informationen zu liefern, die diese benötigen, um beurteilen zu können, ob eine Anfechtung der Auftraggeberentscheidung aussichtsreich und zweckdienlich sei. Die Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 sei somit als rechtswidrig für nichtig zu erklären.

Gemäß § 151 Abs. 3 BVergG würden die Parteien einer Rahmenvereinbarung in einem offenen Verfahren, nicht offenen Verfahren oder in einem Verhandlungsverfahren ermittelt. Dieses Ermittlungsverfahren führe allerdings nicht direkt zur Zuschlagserteilung, sondern lediglich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Erst auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung erfolge gemäß § 152 BVergG die Vergabe öffentlicher Aufträge und somit die Zuschlagserteilung, entweder nach Durchführung eines neuerlichen Wettbewerbes zwischen den Parteien der Rahmenvereinbarung oder ohne neuerlichen Wettbewerb bei lediglich einer Partei der Rahmenvereinbarung. Eine Zuschlagsentscheidung auf Basis einer zeitlich erfolgten Wahl des Unternehmens, mit dem die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, widerspreche § 151 Abs. 3 BVergG und sei unzulässig. Sollte daher die Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 eine Zuschlagsentscheidung darstellen, sei diese bereits aus diesem Grund rechtswidrig und somit für nichtig zu erklären. Gemäß Paragraph 151, Absatz 3, BVergG würden die Parteien einer Rahmenvereinbarung in einem offenen Verfahren, nicht offenen Verfahren oder in einem Verhandlungsverfahren ermittelt. Dieses Ermittlungsverfahren führe allerdings nicht direkt zur Zuschlagserteilung, sondern lediglich zum

Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Erst auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung erfolge gemäß Paragraph 152, BVergG die Vergabe öffentlicher Aufträge und somit die Zuschlagserteilung, entweder nach Durchführung eines neuerlichen Wettbewerbes zwischen den Parteien der Rahmenvereinbarung oder ohne neuerlichen Wettbewerb bei lediglich einer Partei der Rahmenvereinbarung. Eine Zuschlagsentscheidung auf Basis einer zeitlich erfolgten Wahl des Unternehmens, mit dem die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, widerspreche Paragraph 151, Absatz 3, BVergG und sei unzulässig. Sollte daher die Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 eine Zuschlagsentscheidung darstellen, sei diese bereits aus diesem Grund rechtswidrig und somit für nichtig zu erklären.

Nach Intention der Auftraggeberin solle das gegenständliche Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung führen. Dies gehe sowohl aus der Ausschreibungsunterlage als auch aus der Bekanntmachung der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 hervor. Gemäß den einschlägigen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung ausschließlich nach Durchführung eines offenen Verfahrens, nicht offenen Verfahrens oder nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung möglich. Das gegenständliche Verfahren sei allerdings als wettbewerblicher Dialog durchgeführt worden. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges allerdings nicht zulässig. Das Verfahren sei im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union als Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages in Form eines wettbewerblichen Dialoges bekanntgemacht worden. Der geplante Abschluss einer Rahmenvereinbarung sowie die Anzahl der auszuwählenden Unternehmen sei dabei nicht bekanntgemacht worden. Es sei auch keine genaue Laufzeit der Rahmenvereinbarung vorgesehen. Gemäß § 151 Abs. 6 BVergG dürfe die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung jedoch 3 Jahre nicht überschreiten. Nur ausnahmsweise und bei Vorliegen sachlicher Gründe dürfe dieser Zeitraum auf maximal 5 Jahre ausgedehnt werden. Nach Intention der Auftraggeberin solle das gegenständliche Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung führen. Dies gehe sowohl aus der Ausschreibungsunterlage als auch aus der Bekanntmachung der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 hervor. Gemäß den einschlägigen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung ausschließlich nach Durchführung eines offenen Verfahrens, nicht offenen Verfahrens oder nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung möglich. Das gegenständliche Verfahren sei allerdings als wettbewerblicher Dialog durchgeführt worden. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges allerdings nicht zulässig. Das Verfahren sei im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union als Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages in Form eines wettbewerblichen Dialoges bekanntgemacht worden. Der geplante Abschluss einer Rahmenvereinbarung sowie die Anzahl der auszuwählenden Unternehmen sei dabei nicht bekanntgemacht worden. Es sei auch keine genaue Laufzeit der Rahmenvereinbarung vorgesehen. Gemäß Paragraph 151, Absatz 6, BVergG dürfe die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung jedoch 3 Jahre nicht überschreiten. Nur ausnahmsweise und bei Vorliegen sachlicher Gründe dürfe dieser Zeitraum auf maximal 5 Jahre ausgedehnt werden.

Überdies liege eine formale Unrichtigkeit der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 vor, da die Ausschreibungsunterlage die Ermittlung des Bestbieters aufgrund der Bewertung der Kommunikationsideen für die Image- und Kooperationskampagne durch die Beratungskommission sowie aufgrund des Preises festlege. Im gegenständlichen Fall sei der Antragstellerin mit der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 lediglich die Summe der vergebenen Punkte aufgeschlüsselt nach Zuschlagskriterien mitgeteilt worden. Eine Aufteilung auf die einzelnen Bewertungskommissionsmitglieder sei nicht erfolgt. Damit habe es die Auftraggeberin verabsäumt, der Antragstellerin die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes vollständig mitzuteilen, die für eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auftraggeberentscheidung erforderlich seien. Nach erfolgter Übermittlung der ersten Zuschlagsentscheidung vom 04.07.2011 (die von der Auftraggeberin zurückgenommen wurde) habe die Antragstellerin die Einzelbewertungen der Kommissionsmitglieder und die Begründungen hierzu urgiert. Am 08.07.2011 seien der Antragstellerin die Bewertungsblätter der drei Kommissionsmitglieder zu ihrem Angebot samt verbaler kurzer Begründung der einzelnen Bewertungen durch die Mitglieder der Bewertungskommission übermittelt worden. Gleichzeitig sei der Antragstellerin eine Detailaufstellung der Punktevergabe der drei Kommissionsmitglieder übermittelt worden. Mit der neuerlichen, nunmehr angefochtenen Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 habe die vergebende Stelle eine Detailaufstellung der Punktevergabe übermittelt, wobei diese nun anders als die mit 08.07.2011 übermittelte Detailaufstellung, nicht mehr getrennt nach Mitgliedern der Bewertungskommission aufgeschlüsselt gewesen sei. Die nunmehr mitgeteilte Bewertung des

Angebotes der Antragstellerin weiche von der mit 08.07.2011 im Nachhang zur ursprünglichen Zuschlagsentscheidung vom 04.07.2011 übermittelten Bewertung ab. Insgesamt sei die Antragstellerin in den Qualitätskriterien punktemäßig schlechter bewertet worden. Es liege jedoch der Schluss nahe, dass es zu keiner neuerlichen Bewertung gekommen sei, da der Vergleich der Detailaufstellung der Punktevergabe aus der ersten Angebotsbewertung mit der nunmehr mit Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 bekanntgegebenen Punktebewertung erkennen lasse, dass diese vermeintlich neue Bewertung offenbar dadurch erreicht worden sei, dass das Kommissionsmitglied Nummer 3 aus der ursprünglichen Bewertung weggestrichen worden sei. Der Umstand, dass keine neuerliche Bewertung der Angebote erfolgt sei, sei auch durch die vergebende Stelle bestätigt worden. Die nunmehr in der Bekanntgabe der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 vorgenommene Begründung der Bewertung weiche von den in den ursprünglichen Bewertungsblättern enthaltenen Begründungen der beiden Kommissionsmitglieder 1 und 2 erheblich ab. Es liege somit der Schluss nahe, dass es hier nachträglich lediglich zu einer neuerlichen Begründung der Bewertung gekommen sei. Die Bewertung der einzelnen Kommissionsmitglieder an sich sei offenbar nicht geändert worden, die verbale Begründung sei somit erst im Nachhinein vorgenommen worden. Im Gegensatz zur ursprünglichen Bewertungsbegründung in den mit 08.07.2011 übermittelten Bewertungsprotokollen sei nunmehr lediglich eine gemeinsame Begründung vorgenommen worden. Diese gemeinsame Begründung ermögliche es der Antragstellerin jedoch nicht, die Einzelbewertungen der Kommissionsmitglieder nachzuvollziehen. Die Begründungen der Bewertungen der einzelnen Kommissionsmitglieder seien nicht mehr zuordenbar.

Darüber hinaus stamme die in der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 angeführte Begründung der Bewertung in Teilen offenbar nicht von den Bewertungsmitgliedern. Dies ergebe sich aus der Niederschrift über das Abstimmungsgespräch vom 16.05.2011 sowie der Niederschrift über das Aufklärungsgespräch vom 20.06.2011. Da der Antragstellerin die Begründung der Bewertung der Kommissionsmitglieder bekannt sei und die dort angeführten Begründungen nicht mit den in der angefochtenen Auftraggeberentscheidung bekanntgegebenen Begründungen übereinstimmten, sei nicht auszuschließen, dass die angeführten Bewertungsbegründungen nicht von den Mitgliedern der Bewertungskommission selbst stammten, sondern nachträglich eingefügt worden seien.

Die gegenständliche Auftraggeberentscheidung basiere auf einer unrichtigen, mangelhaften und rechtswidrigen Angebotsbewertung und der damit verbundenen unrichtigen, mangelhaften und rechtswidrigen Bestbieterermittlung. So liege eine Gewichtung der in der Ausschreibung festgelegten Sub- Subzuschlagskriterien nicht vor. Ferner seien auch keine nachvollziehbaren Gründe für die Vornahme einer Gewichtung dieser Kriterien angeführt. Da weder eine Gewichtung nach einer Reihenfolge noch eine Gewichtung nach der Bedeutung der Sub- Subzuschlagskriterien festgelegt sei, sei die Angebotsbewertung nicht objektiv nachvollziehbar und somit rechtswidrig. Da eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien nicht zulässig sei, sei das Verfahren daher jedenfalls zu widerrufen.

Das Angebot der Antragstellerin sei in den Zuschlagskriterien

7.1. "Kommunikationsidee" und 7.2. "Berücksichtigung der Fachjurybeiträge" unrichtig bewertet. Das Angebot hätte in den genannten Zuschlagskriterien jeweils mit der Höchstpunktezahl bewertet werden müssen. Weiters habe die Auftraggeberin die Antragstellerin während der gesamten Dialogphase in diversen Briefings, Abstimmungsgesprächen und Protokollen aufgefordert, ihre Kommunikationsidee weiterzuverfolgen, da sie auf einem guten Weg sei. Entgegen diesen Aussagen und trotz der gemeinsamen Überarbeitung von Unterlagen bzw. sogar Auswahl von Sujets beurteile die Auftraggeberin die nunmehrige Umsetzung teilweise ausdrücklich gewünschter Ideen abweichend. Im Zusammenhang mit der unrichtigen Bewertung ihres Angebotes führt die Antragstellerin insbesondere die Subkriterien Punkt 7.1.1 "Allgemeine Qualitätskriterien", 7.1.2 "Qualität der Markenumsetzung", 7.1.3 "Qualität der Anschlussfähigkeit für Markenallianzen", 7.1.4 "Qualität der Umsetzung", sowie 7.2. "Berücksichtigung der Fachjurybeiträge" an.

Neben der inhaltlichen Unrichtigkeit der Bewertung des Angebotes der Antragstellerin stimme auch die verbale Begründung mit der erfolgten Bewertung (sowohl relativ im Vergleich zum Bestbieter als auch absolut) nicht überein.

Zur Bewertung und zum Wegstreichen des Kommissionsmitgliedes Nummer 3 brachte die Antragstellerin vor, sollte die Punktebewertung nicht neuerlich durchgeführt worden sein, sondern lediglich das Kommissionsmitglied Nummer 3 aus der Berechnung der Gesamtbewertung gestrichen worden sein, so sei dieses Vorgehen unzulässig. Die Auswahl des gestrichenen Kommissionsmitgliedes spreche für eine Diskriminierungsabsicht gegenüber der Antragstellerin, da nämlich das gestrichene Kommissionsmitglied Nummer 3 das Angebot der Antragstellerin in

sämtlichen Zuschlags- und Subkriterien von den drei Mitgliedern der Kommission jeweils am höchsten bewertet habe. Die Streichung gerade dieses Kommissionsmitgliedes lege den Schluss nahe, dass damit der Punkteabstand der Antragstellerin in der Gesamtbewertung zur präsumentiven Bestbieterin erhöht werden sollte. Damit seien die Angebotsbewertung und die Bestbieterermittlung rechtswidrig.

Sollte es jedoch zu einer neuerlichen Bewertung der Angebote gekommen sein, sei auch die neuerliche Angebotsbewertung unrichtig und rechtswidrig, da aufgrund der Ausschreibungsunterlage in den Zuschlagskriterien 7.1. und 7.2. die Angebotsbewertung durch eine Bewertungskommission, bestehend aus Vertretern der Auftraggeberin erfolgt sei. Diese Bewertungskommission stelle zwingend ein anderes Beurteilungsorgan dar als die zur Bewertung der Lösungsvorschläge in der Dialogphase berufene Fachjury. Diese sei nämlich zum überwiegenden Teil mit externen Sachverständigen besetzt gewesen. Die Begründung der Bewertung stamme teilweise nachweislich nicht von der Bewertungskommission, sondern von der Fachjury für die Dialogphase. Es sei daher nicht auszuschließen, dass eine allenfalls erfolgte neuerliche Angebotsbewertung nicht von der Bewertungskommission der Auftraggeberin, sondern der Fachjury durchgeführt worden sei. Eine Angebotsbewertung durch die Fachjury statt durch die Bewertungskommission verstoße gegen die bestandsfesten Festlegungen der Auftraggeberin und belaste die Bestbieterermittlung mit Rechtswidrigkeit.

Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die laut Ausschreibungsunterlage für die Bewertung zuständige Bewertungskommission zu einem anderen Bewertungsergebnis der Angebote gekommen wäre als die Fachjury.

Auch selbst wenn eine allenfalls erfolgte neuerliche Angebotsbewertung durch eine Bewertungskommission der Auftraggeberin erfolgt sein sollte, wäre die Angebotsbewertung unrichtig und rechtswidrig, da in der Ausschreibungsunterlage festgelegt sei, dass die Angebote getrennt von jedem Kommissionsmitglied einzeln zu bewerten seien und erst danach rein rechnerisch der Durchschnitt der Einzelbewertungen zu bilden sei. Die mit 18.07.2011 übermittelte Bewertungsbegründung enthalte lediglich eine Gesamtbegründung der Bewertung der Bewertungskommission. Da nur diese Gesamtbegründung mit der Bekanntgabe der Auftraggeberentscheidung offengelegt worden sei, liege offenbar tatsächlich nur eine derartige Gesamtbegründung der Angebotsbewertung vor. Auch seien der Antragstellerin weder Einzelbewertungsbögen der Kommissionsmitglieder noch die von jedem Kommissionsmitglied vergebenen Punkte übermittelt worden. Es sei daher davon auszugehen, dass lediglich eine Gesamtbewertung der Angebote durch die Bewertungskommission stattgefunden habe, also keine gesonderte Bewertung durch die einzelnen Kommissionsmitglieder. Mit der Durchführung einer Gesamtbewertung der Angebote verstoße die Auftraggeberin jedoch gegen die bestandsfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen.

Auf Nachfrage der Antragstellerin betreffend die Anzahl der Kommissionsmitglieder sei am 11.07.2011 per E-Mail mitgeteilt worden, dass sich die Auftraggeberin aufgrund der Komplexität des Vergabeverfahrens entschieden habe, eine drei-gliedrige Bewertungskommission zur Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Kommunikationsidee" heranzuziehen. Wie bereits andernorts im Nachprüfungsantrag dargestellt, sei für die nunmehr erfolgte Angebotsbewertung das Kommissionsmitglied Nummer 3 aus der Bewertung gestrichen worden, womit lediglich zwei Kommissionsmitglieder in der Bewertungskommission verblieben seien. Mit der Verringerung der Anzahl der Mitglieder der Bewertungskommission auf zwei Mitglieder verstoße die Auftraggeberin gegen ihre bestandsfesten Festlegungen.

Durch Wegstreichen der Bewertung des Kommissionsmitgliedes Nummer 3 werde keine Bewertung durch lediglich zwei Kommissionsmitglieder erreicht, es sei nämlich nicht auszuschließen, dass das dritte Kommissionsmitglied, von dem lediglich die Bewertung weggestrichen worden sei, die anderen Kommissionsmitglieder bei der Punktevergabe beeinflusst habe. Insbesondere bestehe die Möglichkeit, dass es zu Diskussionen oder einem Meinungsaustausch in anderer Form gekommen sei. Um eine neuerliche Bewertung mit lediglich zwei Kommissionsmitgliedern vorzunehmen, hätte die Auftraggeberin die Bewertung mit den beiden verbliebenen Kommissionsmitgliedern neuerlich, ohne Anwesenheit des dritten Kommissionsmitgliedes, durchführen müssen. Es könne nämlich auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Bewertungskommission in dieser Zusammensetzung zu einem anderen Bewertungsergebnis gekommen wäre.

In den Bewertungsblättern der Kommissionsmitglieder werde, wenn überhaupt, lediglich punktuell auf die Sub-Subkriterien eingegangen. Die Begründungen der Kommissionsmitglieder seien insgesamt nicht sehr ausführlich. Diese unzureichende Begründungstiefe ziehe sich durch die gesamten Bewertungsblätter. Ob die Kommissionsmitglieder

den Sub-Subkriterien eine Gewichtung beigemessen haben oder, ob sie die Werbelinien in Bezug auf die einzelnen Sub- Subkriterien tatsächlich geprüft haben, sei nicht nachvollziehbar. Diese mangelhafte Begründung der Punktevergabe durch die Kommissionsmitglieder lasse gegenständlich auf mangelnde Fachkunde der bewertenden Mitglieder schließen. Eine fachkundige Person, die über Erfahrung bei der Bewertung derartiger Werbeleistungen verfüge, müsse wissen, dass die Begründung einer Angebotsbewertung mit Stichworten und Halbsätzen nicht für deren objektive Nachvollziehbarkeit genüge. Allein aus diesem Grund sei von mangelnder Fachkunde der Kommissionsmitglieder und somit der Rechtswidrigkeit der Angebotsbewertung bzw. der Bestbieterermittlung auszugehen.

Gemäß § 151 Abs. 1 BVergG hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung festzulegen, ob die Rahmenvereinbarung mit einem oder mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden soll. Soll die Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern geschlossen werden, ist die genaue Anzahl festzulegen. Gemäß Paragraph 151, Absatz eins, BVergG hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung festzulegen, ob die Rahmenvereinbarung mit einem oder mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden soll. Soll die Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern geschlossen werden, ist die genaue Anzahl festzulegen.

Dies sei von der Auftraggeberin verabsäumt worden. In der Bekanntmachung des gegenständlichen Auftrages sei weder die Anzahl der Unternehmer genannt, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, noch sei überhaupt bekannt gemacht worden, dass Gegenstand des Verfahrens der Rahmen einer Rahmenvereinbarung sei. Aus Seite 4 der Ausschreibungsunterlagen ergebe sich durch Verwendung des Plurals allerdings, dass die Rahmenvereinbarung mit mehr als einem Partner abgeschlossen werden solle. Da die Antragstellerin unter der Annahme, dass die Bestbieterermittlung rechtskonform erfolgt sei, zweitgereichte Bieterin im Verfahren sei, wäre auch mit ihr jedenfalls die Rahmenvereinbarung abzuschließen. Dadurch, dass die Wahl des Partners der Rahmenvereinbarung jedoch nur auf die Erstgereichte gefallen sei, verstoße die Auftraggeberin gegen ihre eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen.

Mit Schriftsatz vom 29.07.2011 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Dazu führte sie aus, dass eine erste Zuschlagsentscheidung über die Auswahl des Unternehmens, mit dem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen und dem der Agenturauftrag erteilt werden solle, am 04.07.2011 getroffen worden sei. Diese sei am 15.07.2011 widerrufen worden. Nach neuerlicher Befassung der Bewertungsjury sei eine zweite Zuschlagsentscheidung getroffen worden.

Mit einem weiteren Schriftsatz vom 05.08.2011 trat die Auftraggeberin dem Antragsvorbringen im Einzelnen entgegen und führte aus, der Abschluss einer Rahmenvereinbarung im wettbewerblichen Dialog sei von der Auftraggeberin vor Abgabe des Angebotes wiederholend in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgemacht worden und sei von der Antragstellerin unangefochten geblieben. Dass der Antragstellerin diese Tatsachen auch bekannt gewesen seien, ergebe sich auch aus ihrer an die Auftraggeberin gerichteten Anfrage im Zusammenhang mit konkretisierten Fragestellungen zur Rahmenvereinbarung. Die diesbezüglich gestellten Fragen seien sowohl an die Antragstellerin als auch anonymisiert an alle Teilnehmer des wettbewerblichen Dialoges am 22.04.2011 von Seiten der Auftraggeberin beantwortet worden. Der Antragstellerin sei die Durchführung des gegenständlichen Ausschreibungsverfahrens auf Grundlage eines wettbewerblichen Dialoges bereits seit der Bekanntmachung am 18.01.2011 im Amtsblatt der europäischen Union bewusst gewesen und sie habe sich, trotz Kenntnis der Vergabe einer Rahmenvereinbarung, unbeanstandet am gegenständlichen Verfahren weiterhin beteiligt.

Zur von der Antragstellerin vorgebrachten formalen Unrichtigkeit der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 führte die Auftraggeberin aus, es sei richtig, dass sich die Entscheidung vom 04.07.2011 von jener vom 18.07.2011 dadurch unterscheide, dass an letzterer das Kommissionsmitglied Nr. 3 nicht mitgewirkt habe. Die Antragstellerin habe sich gerade durch die Mitwirkung des Kommissionsmitgliedes Nr. 3 in ihrem ersten Nachprüfungsantrag gegen die Entscheidung vom 04.07.2011 beschwert erachtet. Die Auftraggeberin habe entsprechend den ursprünglichen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen durch die zwei ersten Kommissionsmitglieder der Auftraggeberin die Entscheidung wiederholt. Dabei hätten beide Kommissionsmitglieder nach nochmaliger Durchsicht ihrer ursprünglichen Bewertung diese vollinhaltlich bestätigt und neuerlich getroffen, diesmal jedoch ohne Beiziehung des dritten Kommissionsmitgliedes. Ein Vergleich der Entscheidung vom 04.07.2011 mit jener vom 18.07.2011 zeige, dass das Weglassen des dritten Kommissionsmitgliedes keine Auswirkung auf das Ergebnis gehabt habe.

Der angefochtenen Mitteilung über die Wahl des Partners der Rahmenvereinbarung sei auch eine Gesamtbegründung der Kommission zu entnehmen. Mit dieser verbalen Beurteilung der Vor- und Nachteile der jeweiligen Angebote komme die Kommission der Begründungspflicht gemäß §151 Abs 3 BVergG nach. Beide an der Entscheidung mitwirkenden Kommissionsmitglieder hätten die Begründung im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung ihrer Entscheidung am Wochenende vom 15.07.2011 auf den 18.07.2011 selbst und persönlich vorgenommen. Die Verbalisierung der Begründung der einzelnen Jurymitglieder diene der Objektivierung und Nachvollziehbarkeit der Entscheidung der Jurymitglieder. Davon zu unterscheiden sei die Bekanntgabe der Merkmale bzw. Vorteile der jeweiligen Angebote gemäß §151 Abs3 BVergG gegenüber den einzelnen Bieter. Diese müssten nicht die Bewertungstabellen zu den einzelnen Jurymitgliedern enthalten. Die Bieter müssten nur die Plausibilität der Entscheidung nachvollziehen und die Entscheidung treffen können, ob sie dagegen einen Nachprüfungsantrag einbringen. Die Antragstellerin habe bereits vor Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidung Detailkenntnis von der Bewertung ihres eigenen Angebotes gehabt. Eine Bekanntgabe der Detailbewertung der Jurymitglieder hätte auch die Bekanntgabe von Geschäftsgeheimnissen bzw. Geheimhaltungsinteressen der Bieter zur Folge. Die Auftraggeberin habe daher die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekanntgeben, ohne die daran bestehenden Urheberrechte der Bestbieterin zu gefährden. Der Antragstellerin seien die Vor- und Nachteile jedoch erkennbar gewesen, um die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu überprüfen. Der Antragstellerin sei seit 15.02.2011 bekannt gewesen, dass die Zuschlagskriterien bzw. die darin enthaltenen Qualitätskriterien bzw. Subkriterien gesetzmäßig gewichtet seien. Die Ausschreibungsunterlage sei unangefochten geblieben und somit präkludiert. Eine Angebotsbewertung sei objektiv möglich. Das nunmehr inkriminierte Zuschlagssystem samt Bewertungsmethodik sei mit Übermittlung der "Unterlagen für die Dialogphase (Teil 1) Fachlos 1: Entwicklung und Umsetzung einer neuen Werbelinie für die Imagekampagne der Marke 'Urlaub in Österreich'" bereits am 15.02.2011 den Teilnehmern am wettbewerblichen Dialog bekanntgegeben worden. Bis zur Erlassung der nunmehr von der Auftraggeberin aufgehobenen Entscheidung vom 04.07.2011 habe es keine Beanstandung gegeben. Der wettbewerbliche Dialog sei während seines gesamten Verlaufs durch eine hochkarätige Fachjury, besetzt mit Auftraggebervertretern und externen fach- und marktkundigen Personen der österreichischen Werbewirtschaft, begleitet worden. Auch dieser Verfahrensablauf sowie die Vorgehensweise anlässlich der Abstimmung und Verbesserung der von den Teilnehmern vorgegebenen Lösungsvorschläge sowie deren terminlich festgelegte Überprüfung durch die Fachjury seien den Teilnehmern mehrmals nämlich am 15.02.2011, am 30.03.2011, am 12.05.2011 und zuletzt am 28.06.2011 bekanntgegeben worden. Auch dass die Angebotsbewertung selbst durch eine Bewertungskommission der Auftraggeberin, ausschließlich bestehend aus Vertretern der Auftraggeberin vorgenommen werde, sei erstmals am 06.05.2011 sowie weiters am 16.06.2011 und am 28.06.2011 den Teilnehmern am wettbewerblichen Dialog mitgeteilt worden. Der Antragstellerin seien sohin die Zuschlagskriterien und die darin enthaltenen Qualitätskriterien bzw. Subkriterien samt Gewichtung und gleichermaßen die Tatsache, dass die Mitglieder der Bewertungskommission der Auftraggeberin auf Grundlage von vorgegebenen, fachlich- inhaltlichen Parametern, die Bewertung der einzelnen Subzuschlagskriterien vorzunehmen habe, seit 15.02.2011 bekannt gewesen. Der angefochtenen Mitteilung über die Wahl des Partners der Rahmenvereinbarung sei auch eine Gesamtbegründung der Kommission zu entnehmen. Mit dieser verbalen Beurteilung der Vor- und Nachteile der jeweiligen Angebote komme die Kommission der Begründungspflicht gemäß §151 Absatz 3, BVergG nach. Beide an der Entscheidung mitwirkenden Kommissionsmitglieder hätten die Begründung im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung ihrer Entscheidung am Wochenende vom 15.07.2011 auf den 18.07.2011 selbst und persönlich vorgenommen. Die Verbalisierung der Begründung der einzelnen Jurymitglieder diene der Objektivierung und Nachvollziehbarkeit der Entscheidung der Jurymitglieder. Davon zu unterscheiden sei die Bekanntgabe der Merkmale bzw. Vorteile der jeweiligen Angebote gemäß §151 Abs3 BVergG gegenüber den einzelnen Bieter. Diese müssten nicht die Bewertungstabellen zu den einzelnen Jurymitgliedern enthalten. Die Bieter müssten nur die Plausibilität der Entscheidung nachvollziehen und die Entscheidung treffen können, ob sie dagegen einen Nachprüfungsantrag einbringen. Die Antragstellerin habe bereits vor Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidung Detailkenntnis von der Bewertung ihres eigenen Angebotes gehabt. Eine Bekanntgabe der Detailbewertung der Jurymitglieder hätte auch die Bekanntgabe von Geschäftsgeheimnissen bzw. Geheimhaltungsinteressen der Bieter zur Folge. Die Auftraggeberin habe daher die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekanntgeben, ohne die daran bestehenden Urheberrechte der Bestbieterin zu gefährden. Der Antragstellerin seien die Vor- und Nachteile jedoch erkennbar gewesen, um die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu überprüfen. Der Antragstellerin sei seit 15.02.2011 bekannt gewesen, dass die Zuschlagskriterien bzw.

die darin enthaltenen Qualitätskriterien bzw. Subkriterien gesetzmäßig gewichtet seien. Die Ausschreibungsunterlage sei unangefochten geblieben und somit präkludiert. Eine Angebotsbewertung sei objektiv möglich. Das nunmehr inkriminierte Zuschlagssystem samt Bewertungsmethodik sei mit Übermittlung der "Unterlagen für die Dialogphase (Teil 1) Fachlos 1: Entwicklung und Umsetzung einer neuen Werbelinie für die Imagekampagne der Marke 'Urlaub in Österreich'" bereits am 15.02.2011 den Teilnehmern am wettbewerblichen Dialog bekanntgegeben worden. Bis zur Erlassung der nunmehr von der Auftraggeberin aufgehobenen Entscheidung vom 04.07.2011 habe es keine Beanstandung geben. Der wettbewerbliche Dialog sei während seines gesamten Verlaufs durch eine hochkarätige Fachjury, besetzt mit Auftraggebervertretern und externen fach- und marktkundigen Personen der österreichischen Werbewirtschaft, begleitet worden. Auch dieser Verfahrensablauf sowie die Vorgehensweise anlässlich der Abstimmung und Verbesserung der von den Teilnehmern vorgegebenen Lösungsvorschläge sowie deren terminlich festgelegte Überprüfung durch die Fachjury seien den Teilnehmern mehrmals nämlich am 15.02.2011, am 30.03.2011, am 12.05.2011 und zuletzt am 28.06.2011 bekanntgegeben worden. Auch dass die Angebotsbewertung selbst durch eine Bewertungskommission der Auftraggeberin, ausschließlich bestehend aus Vertretern der Auftraggeberin vorgenommen werde, sei erstmals am 06.05.2011 sowie weiters am 16.06.2011 und am 28.06.2011 den Teilnehmern am wettbewerblichen Dialog mitgeteilt worden. Der Antragstellerin seien sohin die Zuschlagskriterien und die darin enthaltenen Qualitätskriterien bzw. Subkriterien samt Gewichtung und gleichermaßen die Tatsache, dass die Mitglieder der Bewertungskommission der Auftraggeberin auf Grundlage von vorgegebenen, fachlich- inhaltlichen Parametern, die Bewertung der einzelnen Subzuschlagskriterien vorzunehmen habe, seit 15.02.2011 bekannt gewesen.

Sämtlichen Teilnehmern am wettbewerblichen Dialog seien anlässlich ihrer Präsentationen die Vorgehensweise der Fachjury im Bezug auf die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Bewertungsinhalte ("Bewertungsrelevante Parameter"), sowie, dass auch bei der Angebotsbewertung eben dieser Bewertungsablauf durch die Bewertungskommission der Auftraggeberin eingehalten werde, mitgeteilt worden. Die Antragstellerin habe dazu keine offenen Fragestellungen gehabt und habe auch mit keinem Wort bekundet, dass der dargestellte Bewertungsablauf von ihr als nicht transparent oder dem vergaberechtlichen Gleichheitsgrundsatz widersprechend angesehen werde. Die Antragstellerin habe auch die mangelnden Gewichtungen im Bezug auf die an alle Teilnehmer am wettbewerblichen Dialog seit 15.02.2011 bekanntgegebenen, ausschließlich zur Vermittlung der fachlichen Bedeutungs- bzw. Beurteilungshinweise, von der Antragstellerin getroffenen Festlegungen innerhalb der gewählten Zuschlags- und Subzuschlagskriterien reklamiert. Dass diese Festlegungen nicht als Subsubzuschlagskriterien qualifiziert werden könnten, habe für die Antragstellerin festgestanden. Die Antragstellerin selbst sei auf Grundlage genau dieses Zuschlagssystems und exakt derselben Bewertungsmethodik von der Fachjury im wettbewerblichen Dialog als zweitbeste Teilnehmerin bewertet worden. Gegen diese Bewertung bzw. die danach übermittelte Einladung zur Angebotsabgabe bzw. gegen die zugleich übermittelten Angebotsunterlagen habe die Antragstellerin keinen Nachprüfungsantrag eingebracht, obwohl sie zu jenem Zeitpunkt gewusst habe, dass eben dieses Bewertungssystem für die Angebotsbewertung herangezogen werden würde.

Die Antragstellerin habe ein gutes Konzept, nicht jedoch das beste Konzept abgeliefert. Kennzeichen des wettbewerblichen Dialoges und der darin enthaltenen Dialogphasen sei, dass die Lösungsansätze gemeinschaftliche erarbeitet würden. Dennoch seien die in den Angeboten vorgelegten Kommunikationsideen für die Image und Kooperationskampagne der einzelnen Bieter unterschiedlich zu bewerten. Es sei davon auszugehen, dass ein in der Dialogphase erarbeitetes Konzept den Mindestbedingungen entspreche, also auf einem guten Weg gelegen sei. Wäre dies nicht der Fall gewesen, hätte das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden müssen. Soweit die Antragstellerin nunmehr Divergenzen zwischen den vergebenen Punkten der einzelnen Kommissionsmitglieder kritisiere, übersehe sie, dass ein Kommunikationskonzept bei einer getrennten Bewertung durch zwei Kommissionsmitglieder eine unterschiedliche Punktevergabe zur Folge habe. Zwei Personen würden ein und dieselbe Sache subjektiv unterschiedlich bewerten. Die Auftraggeberin habe sich der Bewertung durch eine zweiköpfige Jury bedient und durch die getrennte Bewertung zweier auftraggeberinterner Experten die naturbedingte Subjektivität der fachkundigen Entscheidungen weitgehend objektiviert. In die Gesamtentscheidung sei das Mittel/ Durchschnitt der jeweiligen Punktevergabe eingeflossen und dies sei auch in der Gesamtbegründung verbal in der hier angefochtenen Entscheidung vom 18.07.2011 bekanntgegeben worden. Die Bewertung der Kommissionsmitglieder zu den einzelnen Subkriterien sowie die verbale Begründung seien den Bewertungsblättern zu entnehmen,.

Das bei der ersten bekämpften Entscheidung vom 04.07.2011 in die Bewertung eingebundene dritte Kommissionsmitglied sei nicht willkürlich weggestrichen worden, es habe sich vielmehr um ein von Anfang an nur als Ersatzmitglied vorgesehenes Kommissionsmitglied gehandelt. Die Entscheidung vom 18.07.2011 sei von Beginn an von den Hauptmitgliedern der Kommission getroffen worden, dies unter Bestätigung ihrer ursprünglichen Entscheidung vom 04.07.2011.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass die Bewertung der Angebote ausschreibungswidrig durch eine Fachjury anstelle der Bewertungskommission stattgefunden habe, sei unrichtig. Die Bewertung der Angebote sei von einer zweiköpfigen Bewertungskommission, bestehend aus Mitgliedern/ Vertretern der Auftraggeberin durchgeführt worden. Die Bewertung habe in Entsprechung der Vorgaben in der Ausschreibung stattgefunden.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, die Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 sei aufgrund der den Festlegungen der Auftraggeberin widersprechenden Zusammensetzung der Bewertungskommission rechtswidrig, führt die Auftraggeberin aus, die Antragstellerin übersehe, dass das Schreiben vom 11.07.2011 der Antragstellerin zur Erklärung der ersten angefochtenen Entscheidung vom 04.07.2011 übermittelt worden sei und keine Vorgabe für die Auftraggeberin enthalten habe. Die Auftraggeberin habe die Methodik der Bewertung der Angebote nicht geändert, was sich auch daraus ergebe, dass das Schreiben vom 11.07.2011 auf Nachfrage der Antragstellerin ausschließlich dieser und nicht allen übrigen Bietern übermittelt worden sei. Dieses Schreiben erkläre lediglich die Entscheidung vom 04.07.2011, lege jedoch keinen neuerlichen Bewertungsmodus fest. Ebenso sei auf Basis dieses Schreibens weder von der Antragstellerin noch von den übrigen Bietern ein neues Angebot gelegt worden. Zur Fachkunde der Bewertungskommission führte die Auftraggeberin aus, die zwei Kommissionsmitglieder, C***, Geschäftsführerin der Auftraggeberin, sowie D***, Bereichsleiter Brand Management der Auftraggeberin, wiesen die erforderliche Qualifikation als ausgewiesene Fachleute auf. Dass die Entscheidung ausschließlich von Mitgliedern der Auftraggeberin getroffen werden würde, sei der Antragstellerin bekannt gewesen und von ihr unbekämpft geblieben.

Zur von der Antragstellerin vorgebrachten Unzulässigkeit der Wahl eines einzigen Partners für den Abschluss der Rahmenvereinbarung führte die Auftraggeberin aus, den Ausschreibungsunterlagen sei nicht zu entnehmen, dass mehr als ein Partner für den Abschluss der Rahmenvereinbarung gewählt werden solle. Die Wahl eines weiteren Partners der Rahmenvereinbarung widerspreche auch dem Gegenstand der Ausschreibung. Es sei für alle Beteiligten von Anfang an klar gewesen, dass nur ein einziger Unternehmer diese Kommunikationsidee entwickeln und umsetzen könne und nicht mehrere Unternehmer gemeinschaftlich. Die Antragstellerin habe darüber hinaus selbst weder in ihrem Lösungsvorschlag noch in ihrem Angebot dargelegt, wie eine gemeinsame Entwicklung der Werbelinie mit einem anderen Partner der Rahmenvereinbarung aussehen könnte. Die Wortfolge "Auswahl der geeigneten Partner einer Rahmenvereinbarung" (Teil 1. "Vergabebestimmungen", Punkt "Rahmenvereinbarung") sei offenkundig ein Tippfehler, dies gehe aus den Angebotsunterlagen selbst hervor.

Mit Schriftsatz vom 08. 08. 2011 erhob die B*** begründete Einwendungen und führte aus, die Antragstellerin werfe der Auftraggeberin, eine falsche Wahl der Verfahrensart, eine formal und inhaltlich falsche Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 sowie die unzulässige Wahl lediglich eines Partners für die Rahmenvereinbarung vor. Die gegenständliche Ausschreibung sei mangels fristgerechter Bekämpfung in Bestandskraft erwachsen. Die ausgeschriebene Kommunikationsdienstleistung sei durch die Auftraggeberin offenbar als besonders komplexer Auftrag bewertet worden und daher die Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges gewählt worden. Am 18.07.2011 habe die Auftraggeberin den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung gemäß §151 Abs 3 bzw die Zuschlagsentscheidung §131 Abs1 BVergG bekanntgegeben. Die Antragstellerin bemängle die unzulässige Verbindung zweier unterschiedlicher Erklärungen und leite daraus ab, dass jede dieser Erklärungen derart unverständlich sei, dass beide gänzlich rechtswidrig seien und daher für nichtig zu erklären wären. Die in der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 verwendeten Begrifflichkeiten hätten bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keine Irritationen hervorgerufen. Der Erklärungsinhalt ließe keinen Zweifel darüber aufkommen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin anhand der Zuschlagskriterien als Bestbieterin ermittelt worden sei und in weiterer Folge ihr die alleinige Teilnahme an einer Rahmenvereinbarung eingeräumt würde. Mit Schriftsatz vom 08. 08. 2011 erhob die B*** begründete Einwendungen und führte aus, die Antragstellerin werfe der Auftraggeberin, eine falsche Wahl der Verfahrensart, eine formal und inhaltlich falsche Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 sowie die unzulässige Wahl lediglich eines Partners für die Rahmenvereinbarung vor. Die gegenständliche Ausschreibung sei mangels fristgerechter Bekämpfung in Bestandskraft erwachsen. Die ausgeschriebene

Kommunikationsdienstleistung sei durch die Auftraggeberin offenbar als besonders komplexer Auftrag bewertet worden und daher die Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges gewählt worden. Am 18.07.2011 habe die Auftraggeberin den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung gemäß §151 Absatz 3, bzw die Zuschlagsentscheidung §131 Abs1 BVergG bekanntgegeben. Die Antragstellerin bemängle die unzulässige Verbindung zweier unterschiedlicher Erklärungen und leite daraus ab, dass jede dieser Erklärungen derart unverständlich sei, dass beide gänzlich rechtswidrig seien und daher für nichtig zu erklären wären. Die in der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 verwendeten Begrifflichkeiten hätten bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keine Irritationen hervorgerufen. Der Erklärungsinhalt ließe keinen Zweifel darüber aufkommen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin anhand der Zuschlagskriterien als Bestbieterin ermittelt worden sei und in weiterer Folge ihr die alleinige Teilnahme an einer Rahmenvereinbarung eingeräumt würde.

Hinsichtlich der Bewertung erklärte die präsumtive Zuschlagsempfängerin, dass die fachliche Kompetenz der Jurymitglieder nicht bezweifelt werde. Sämtliche Aspekte im Ideen und Lösungskonzept der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien von der Jury offensichtlich auch unmittelbar erkannt worden. Die Auftraggeberin habe in Punkt 7 der Angebotsunterlagen die Zuschlagskriterien transparent und nachvollziehbar dargestellt. Ebenso sei ausdrücklich festgehalten, dass lediglich ein Bestbieter ermittelt werden sollte. Das gesamte Bestbieterverfahren habe auf die Ermittlung eines Vertragspartners gezielt, auf Grund sämtlicher Verfahrensbestimmungen hätten die einzelnen Schritte auf diesem Weg unzweideutig erkennbar nur mit einem Vertragspartner abgeschlossen werden sollen. Eine Teilung zwischen mehreren Kommunikationsagenturen sei unvorstellbar, da die Umsetzung einer Imagekampagne eine Kommunikationsdienstleistung darstelle, die in sich stimmig sein müsse.

In ihren Repliken vom 14.09.2011 sowie vom 29.09.2011 wiederholte die Antragstellerin ihr Antragsvorbringen.

Im Rahmen der mündliche Verhandlung am 27.09.2011 erfolgte die zeugenschaftliche Einvernahme der Mitglieder der Bewertungskommission, C*** und D***. Zur Frage, wie die Bewertung für die Entscheidung vom 04.07.2011 erfolgt sei, führte C*** aus, sie habe am 04.07.2011 durch D*** Bewertungsbögen sowie die Angebote der Bieter; gleichzeitig auch die Fachjuryzusammenfassung sowie die für die Antragstellerin zwingend vorgegebenen Kriterien erhalten. D*** habe sodann ihr Zimmer verlassen und erklärt, er gehe jetzt ebenfalls an die Bewertung der Angebote. Die Zeugin selbst habe dann allein in ihrem Zimmer begonnen, die Angebote anhand der übergebenen Unterlagen zu überprüfen. Das Prozedere der Angebotsbewertung habe etwa 1½ Std in Anspruch genommen. Danach sei D***, der im Hause für das gegenständliche Vergabeverfahren fachlich zuständig gewesen sei, wieder gekommen, um die ausgefüllten Bewertungsbögen zu übernehmen und an die X*** zu übermitteln. Als D*** der Zeugin die Unterlagen übergeben habe, habe er ihr mitgeteilt, dass zum selben Zeitpunkt E*** gerade bewerte. Die Zeugin habe lediglich den Bewertungsbogen ausgefüllt und D*** übergeben, ein Meinungsaustausch betreffend die Bewertung habe zwischen den Kommissionsmitgliedern zu keinem Zeitpunkt stattgefunden.

C*** habe am 04.07.2011 abends die Reihung der Angebote durch D*** erfahren. Dieser habe ihr telefonisch den Vorschlag vorgelesen, wer als Bestbieter aus dem Vergabeverfahren hervorgegangen sei und mit ihr die weitere Vorgehensweise im Zusammenhang mit der X*** besprochen. Die Zeugin habe sodann in ihrer Funktion als Geschäftsführerin die Entscheidung gefällt, zu wessen Gunsten die Bestbieterentscheidung zu treffen sei. Zwischen D*** und C*** seien lediglich die verfahrenstechnischen Details, nie jedoch, wie die einzelnen Angebote durch die Kommissionsmitglieder bewertet worden seien, besprochen worden. Sie betonte, dass sie bis heute nicht wisse, wie E*** bewertet habe. Die Sichtweise von D*** kenne sie seit 18.07.2011, da zu diesem Zeitpunkt eine zusammenfassende verbale Gesamtbewertung (gemeint die im Vergabeakt enthaltene verbale Gesamtbegründung der Entscheidung vom 18.07.2011) durch die verbliebenen beiden Kommissionsmitglieder verfasst worden sei. Die Zeugin führte aus, für die Durchführung des Vergabeverfahrens sei die X*** formalrechtlich zuständig gewesen. Hausintern sei D*** für die fachliche Begleitung des Vergabeverfahrens zuständig gewesen. Die Zeugin selbst habe als Geschäftsführerin die Letztentscheidungen für die Auftraggeberin zu treffen gehabt. Über Befragen von F*** (AG) gab die Zeugin zu den von ihr ausgefüllten Bewertungsbögen an, dieses Formblatt habe sie dreimal für eine Bewertung vorgelegt erhalten. In der ersten Sitzung sei erläutert worden, wie die Bewertung formal vorzunehmen sei. Die einzelnen im Bewertungsbogen angeführten Parameter habe sie deshalb nicht Punkt für Punkt abgearbeitet, weil sie nur besonders gute oder besonders schlechte Vorschläge einer Erwähnung für Wert befunden habe. Sie habe die

angeführten Parameter eher in ihrer Gesamtheit betrachtet. Angebotsteile, die sie weder für besonders gut oder besonders schlecht erachtet habe, habe sie überhaupt nicht verbal erwähnt, habe diese jedoch bei der Punktebewertung einbezogen.

X*** führte in diesem Zusammenhang zum Procedere des Vergabeverfahrens aus, die eingelangten Angebote würden in der Kanzlei geöffnet, sodann formalrechtlich geprüft, über die Öffnung der Angebote ein Protokoll verfasst und danach die Angebote dem Auftraggeber, im konkreten Fall D***, zugeleitet. Danach erfolge die Bewertung durch eine Bewertungskommission, die Kanzlei hole die Bewertungsprotokolle betreffend diese Bewertung im Original ab. Der Auftraggeber verfüge sohin über keinerlei Bewertungsprotokolle mehr. Die X*** nehme sodann eine Gesamtbewertung vor und gebe die Reihung und rechnerische Bewertung dem Auftraggeber bekannt. Letztlich erstatte die Kanzlei sodann einen Vergabevorschlag. Im konkreten Fall seien die Bewertungsprotokolle am 15.07.2011 von einem Mitarbeiter der X*** persönlich überbracht worden und der Vergabevorschlag an D***, cc. an C*** und G***, am 04.07.2011 übermittelt worden.

X*** betonte ausdrücklich, dass an die Auftraggeber keine Einzelpunktevergabe bekannt gegeben worden sei, sondern lediglich die rechnerisch ermittelten Durchschnittswerte, wie sie auch den Bietern in der Entscheidung vom 4.7.2011 bekannt gegeben worden seien.

Zur Frage, wie die Bewertung für die Entscheidung vom 18.07.2011 abgelaufen sei führte die Zeugin C*** aus, zum Zeitpunkt der Zurücknahme der ursprünglichen Entscheidung vom 04.07.2011, am 15.7.2011 auf Urlaub und telefonisch nicht erreichbar gewesen zu sein. Die Entscheidung der Rücknahme habe G*** als ihr Stellvertreter getroffen und ihr dies am Nachmittag des 15.07.2011 telefonisch mitgeteilt. Gleichzeitig habe sie erfahren, dass eine neuerliche Bewertung nötig sei. Sie habe am Sonntag eine neuerliche Überprüfung der Angebote wie beim ersten Mal bei sich zu Hause vorgenommen und sei zum Schluss gekommen, ihre ursprüngliche Bewertung aufrecht zu erhalten.

Sonntagfrüh habe die Zeugin X*** telefonisch vorgeschlagen, eine verbale Gesamtzusammenfassung herzustellen, die für die unterlegenen Bieter Transparenz schaffen sollte, wo die Unterschiede zwischen ihren Angeboten und dem des Bestbieters lägen. Montagvormittag habe die Zeugin gemeinsam mit D*** eine verbale Gesamtbegründung verfasst, die an die X*** weitergeleitet worden sei. Die Aufrechterhaltung der Bewertung sei sowohl durch eine Paraphe mit Datum auf den einzelnen Seiten der Bewertungsbögen bestätigt worden, als auch durch ein Schriftstück, das die X*** formuliert habe.

Der Zeuge D*** gab zur Frage, wie die Modalitäten bei der Bewertung für die erste Entscheidung vom 04.07.2011 stattgefunden hätten, an, er habe die Bewertungsunterlagen samt Angeboten, welche mittags von der X*** überbracht worden seien, zuerst E***, die im selben Stockwerk ihr Büro habe und in weiterer Folge C*** übergeben. Die Bewertung habe jedes Mitglied der Bewertungskommission für sich allein, örtlich voneinander getrennt, durchgeführt. Es seien auch keine Gespräche zwischen den Mitgliedern der Bewertungskommission über die Bewertung geführt worden, da stets klar gewesen sei, dass die Bewertung getrennt zu erfolgen habe. Der Zeuge selbst habe nach Abschluss der Bewertung am späten Nachmittag die Bewertungsbögen wieder eingesammelt und ein Vertreter der X*** habe die Bewertungsbögen abgeholt.

Am Abend des 04.07.2011 sei durch die X*** die Gesamtbewertung bekannt gegeben worden. Dadurch habe der Zeuge das Ranking der Angebote erfahren. Gespräche betreffend die inhaltliche Bewertung durch die einzelnen Kommissionsmitglieder hätten auch in weiterer Folge nicht stattgefunden.

Für den Zeugen sei es selbstverständlich gewesen, dass eine getrennte Bewertung stattfinde. Die Beendigung des Vergabeverfahrens hätte auch mit der Entscheidung vom 04.07.2011 nicht stattgefunden, da die Stillhaltefrist noch offen gewesen sei. Man habe sich auch aus diesem Grund betreffend die Bewertung nicht ausgetauscht.

Die Bewertungsbögen habe der Zeuge eingesammelt und bei sich verwahrt, bis ein Vertreter der X*** diese abgeholt habe. Die Bewertungsbögen seien in keinem Kuvert gewesen, sondern offen. Der Zeuge hätte zwar die Möglichkeit gehabt, Einsicht in die Bewertungsbögen der anderen Kommissionmitglieder zu nehmen, dies jedoch nicht getan.

D*** gab weiters an, dass er aufgrund der Tatsache, dass er das Vergabeverfahren fachlich begleitet habe sowie zwei Jurysitzungen, in welchen dieselben Kriterien zur Anwendung gekommen seien, diese gekannt habe.

Er führte aus, er habe an der Belehrung der Jurymitglieder betreffend die Bewertungsmodalitäten mitgewirkt. Eine rechtliche Belehrung habe durch die X*** stattgefunden. Bei der Bewertung für die Entscheidung vom 04.07.2011 sei er alleine in seinem Büro gesessen.

Zur Bewertung für die Entscheidung vom 18.07.2011 gab der Zeuge D*** an, am 14.07.2011 sei der Nachprüfungsantrag der nunmehrigen Antragstellerin eingelangt. Am 15.07.2011 sei C*** aufgrund von Abwesenheit durch G*** vertreten worden. Die X*** habe geraten, die Entscheidung vom 04.07.2011 zurückzunehmen und in den folgenden zwei Tagen eine Überprüfung der Bewertungen durch die Kommissionsmitglieder vorzunehmen, eine Revision der Bewertung vorzunehmen oder diese zu bestätigen und eine ausführliche verbale Begründung vorzunehmen.

Am 15.07.2011 seien die Bewertungsbögen sowie die Angebote durch die X*** mit dem Auftrag zurückgestellt worden, eine neuerliche Bewertung durchzuführen.

Die Unterlagen für die Bewertung seien vom Zeugen sowie von C*** nach Hause genommen worden, um zum Wochenende die neuerliche Bewertung vorzunehmen. Am Sonntagnachmittag habe der Zeuge mit C*** telefoniert und beide seien zu dem Schluss gekommen, dass eine ausführlichere verbale Begründung der Bewertung vorgenommen werden sollte.

Montag Früh hätten sich C*** und er zusammengesetzt und begonnen diese verbale Begründung aufzusetzen. Am Morgen des 18.07.2011 sei durch den Zeugen sowie C*** der X*** kommuniziert worden, dass die ursprünglichen Bewertungen aufrecht erhalten werden sollten.

Im Rahmen eines Telefonates am Sonntag zwischen C*** und dem Zeugen habe kein Austausch über die Bewertung stattgefunden. Die Bestätigung der Aufrechterhaltung der Bewertung sei am 18.07.2011 unterschrieben worden. Ein weiterer Vermerk auf den Bewertungsbögen habe mit Datum und Paraphe stattgefunden.

Zur Frage, wie die Zeugen bei der Bewertung der einzelnen Angebote vorgegangen seien, führten diese aus, es sei eine gesamthafte Bewertung vorgenommen worden, wobei ein Vergleich der drei vorliegenden Angebote angestellt worden sei. Nicht herausragende Merkmale (positiv oder negativ) seien in der verbalen Bewertung nicht erwähnt worden sondern lediglich Ideen, die z.B. Neues, Anregendes oder Ansprechendes beinhaltet hätten. Der Maßstab für Bewertung und Begründung sei der Vergleich gewesen. Die vorliegenden Angebote seien alle drei gut gewesen, es hätte jedoch das beste Angebot herausgefiltert werden müssen. Wenn ein Angebot gegenüber einem anderen als ansprechender empfunden worden sei, habe sich dies sowohl in der Punktbewertung als auch in der verbalen Bewertung niedergeschlagen. Die von der Antragstellerin als "Subsubkriterien" bezeichneten Parameter seien von den Mitgliedern der Bewertungskommission als Spezifizierung und Hinführung zur Beurteilung der Subkriterien und keinesfalls als taxative Aufzählung verstanden worden. Dies nicht zuletzt auch aufgrund der entsprechenden Erläuterungen von X*** in den Fachjursitzungen. Im Besonderen sei bei der Bewertung von Pkt. 7.1.1 der Fokus der Bewertung darauf gelegen, ob das Konzept Aufmerksamkeit erzeuge. Das Ziel sei gewesen, die Subkriterien zu bewerten. Für diese Bewertung sei auf Basis der angeführten Parameter ein Fokus auf bestimmte wesentliche Merkmale gelenkt worden. Es sei jedoch nie Ziel gewesen, weitere Bewertungselemente einzuführen. Im Rahmen der verbalen Begründung seien auch die Unterschiede zwischen den einzelnen Angeboten herausgearbeitet worden. Im Punkt 7.1.4 bei der Qualität der Umsetzung gehe es z.B. um ganz konkrete Beispiele die die Agentur gebracht habe. Der Fokus sei auf den Werbemitteln und auf dem Bezug auf die Sujets gelegen. Die Qualität der Umsetzung beruhe auf einzelnen Merkmalen und sei zielgruppenorientiert. Die Subkriterien 7.1.2 und 7.1.4 würden sich dadurch unterscheiden, als in 7.1.2 nur allgemeine Merkmale geprüft würden, in 7.1.4 hingegen erfolge eine Fokussierung auf einzelne Werbemittel und zwar auf konkrete Sujets und Bildwelten. Bewertungsmaßstab sei, ob man die Zielgruppe erreiche sowie, ob man die jeweilige Botschaft gut transportiere.

In Bezug auf diese Aussagen führte der Antragstellervertreter aus, wenn beide Bewertungskommissionsmitglieder davon ausgegangen seien, dass sie sich mit bewertungsrelevanten Parametern dann nicht in ihrer Begründung auseinander setzen müssten, wenn sie das Angebot in diesen Kriterien als lediglich durchschnittlich und in keiner Weise als herausragend wahrnahmen, so seien sie mit dieser Vorgehensweise von den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen abgewichen. In den Ausschreibungsunterlagen sei nämlich weder definiert, dass nur bestimmte Parameter zu bewerten seien, noch dass gewisse angeführte Parameter nicht zu bewerten oder zu begründen seien, wenn sie lediglich durchschnittlich erfüllt worden seien.

Der Vertreter der Auftraggeberin brachte vor, das Angebot der präsuntiven Bestbieterin sei auch beim Zuschlagskriterium Preis erstgereiht (23,44 Punkte versus 23,23). Das Angebot der präsuntiven Bestbieterin wäre auch dann erst zu reihen, wenn man die beiden Qualitätskriterien unberücksichtigt lassen oder alle Angebote mit der Höchstpunkteanzahl bewerten würde. Daraus folge, dass es an der Relevanz fehle, wenn die Antragstellerin fordere, dass bei dem Qualitätskriterium das bloße Erfüllen der Musskriterien bereits mit der Höchstpunkteanzahl zu bewerten wäre. Wollte man den Bewertungsmaßstab zu den Qualitätskriterien, den die Antragstellerin an ihr Angebot lege, auf das Angebot der präsuntiven Bestbieterin anwenden, müsste es ebenfalls die Höchstpunkteanzahl erreichen. Deswegen sei die vergleichende Bewertung von Pkt.7.1 gerechtfertigt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Der Verein Österreich Werbung ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (BVA 28.1.2004, 10N-3/04-9). Der Verein Österreich Werbung ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (BVA 28.1.2004, 10N-3/04-9).

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 Anhang III Kat.13 BVergG zu qualifizieren. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines wettbewerblichen Dialogs gemäß § 34 iVm §§ 195ff BVergG vergeben werden. Es wurde weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, Anhang römisch drei Kat.13 BVergG zu qualifizieren. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines wettbewerblichen Dialogs gemäß Paragraph 34, in Verbindung mit Paragraphen 195 f, f, BVergG vergeben werden. Es wurde weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Zu Spruchpunkt 1:

a.) Rechtswidrigkeit der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 aufgrund unklarer Formulierung :

Wie bereits dem Betreff des Schreibens vom 18.07.2011 (bekämpfte Auftraggeberentscheidung) zu entnehmen ist, handelt es sich um die Bekanntgabe des beabsichtigten Abschlusses der Rahmenvereinbarung gemäß §151 Abs 3 bzw. der Zuschlagsentscheidung gemäß §131 Abs 1 BVergG. Auf Grundlage des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes (VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019) hätte ein durchschnittlicher fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (VwGH 12.05.2011, 2009/04/0087) aus der weiteren Textierung eindeutig erkennen müssen, dass die Auftraggeberin mit dem gegenständlichen Schreiben bekanntgeben will, wen sie als Partner für die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung ausgewählt hat bzw, wem der Zuschlag erteilt werden soll. Unklarheiten hinsichtlich der Aussagekraft der bekämpften Entscheidung liegen nach Ansicht des erkennenden Senates nicht vor. Dies umso mehr als im gegenständlichen Vergabeverfahren aufgrund der Ausschreibungsunterlagen ersichtlich ist, dass die Auftraggeberin für den Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung nur einen Partner sucht. In diesem Fall kann die Auftraggeberin zugleich mit der Bekanntgabe, mit wem sie die Rahmenvereinbarung abzuschließen beabsichtigt, auch bekanntgeben, dass sie diesem für den Abschluss der Rahmenvereinbarung ausgewählten Partner auch den Zuschlag zu erteilen beabsichtigt. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist der Auftraggeber verpflichtet, seine Zuschlagsentscheidung zu begründen, um dem Bieter die Einbringung eines Nachprüfungsantrages mit ausreichender Vorbereitungszeit zu ermöglichen (VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081). Nach der Judikatur des EuGH muss die Zuschlagsentscheidung die Überlegungen des Auftraggebers so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die betroffenen Bieter die Gründe dafür entnehmen und ihre Rechte geltend machen können (EuGH 25.02.2003, T-4/01). Unklarheiten, die es der Antragstellerin unmöglich gemacht hätten, die Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 zu bekämpfen, sind offensichtlich nicht aufgetreten, da anderenfalls ein derart ausführliches Vorbringen wie im gegenständlichen Antrag, nicht möglich gewesen wäre. Die bekämpfte Entscheidung vom 18.07.2011 enthält weiters die Punkte vor bzw. nach Gewichtung zu den Zuschlagskriterien Preis, Kommunikationsidee, Berücksichtigung der Fachjurybeiträge sowie letztlich die Gesamtbewertung nach Gewichtung der Antragstellerin, der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sowie des drittgereihten Bieters. Ebenso enthält die Entscheidung eine verbale zusammenfassende Begründung der Bewertungskommission hinsichtlich der Vor- und Nachteile des Angebotes der Antragstellerin im Vergleich zum Angebot der Bestbieterin. Die vorliegende Entscheidung erfüllt somit alle von der Judikatur vorgegebenen Kriterien und ist somit in Entsprechung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes rechtmäßig. Wie bereits dem Betreff des Schreibens vom 18.07.2011 (bekämpfte Auftraggeberentscheidung) zu entnehmen ist, handelt es sich um die

Bekanntgabe des beabsichtigten Abschlusses der Rahmenvereinbarung gemäß §151 Absatz 3, bzw. der Zuschlagsentscheidung gemäß §131 Absatz eins, BVergG. Auf Grundlage des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes (VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019) hätte ein durchschnittlicher fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (VwGH 12.05.2011, 2009/04/0087) aus der weiteren Textierung eindeutig erkennen müssen, dass die Auftraggeberin mit dem gegenständlichen Schreiben bekanntgeben will, wen sie als Partner für die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung ausgewählt hat bzw, wem der Zuschlag erteilt werden soll. Unklarheiten hinsichtlich der Aussagekraft der bekämpften Entscheidung liegen nach Ansicht des erkennenden Senates nicht vor. Dies umso mehr als im gegenständlichen Vergabeverfahren aufgrund der Ausschreibungsunterlagen ersichtlich ist, dass die Auftraggeberin für den Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung nur einen Partner sucht. In diesem Fall kann die Auftraggeberin zugleich mit der Bekanntgabe, mit wem sie die Rahmenvereinbarung abzuschließen beabsichtigt, auch bekanntgeben, dass sie diesem für den Abschluss der Rahmenvereinbarung ausgewählten Partner auch den Zuschlag zu erteilen beabsichtigt. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist der Auftraggeber verpflichtet, seine Zuschlagsentscheidung zu begründen, um dem Bieter die Einbringung eines Nachprüfungsantrages mit ausreichender Vorbereitungszeit zu ermöglichen (VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081). Nach der Judikatur des EuGH muss die Zuschlagsentscheidung die Überlegungen des Auftraggebers so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die betroffenen Bieter die Gründe dafür entnehmen und ihre Rechte geltend machen können (EuGH 25.02.2003, T-4/01). Unklarheiten, die es der Antragstellerin unmöglich gemacht hätten, die Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 zu bekämpfen, sind offensichtlich nicht aufgetreten, da anderenfalls ein derart ausführliches Vorbringen wie im gegenständlichen Antrag, nicht möglich gewesen wäre. Die bekämpfte Entscheidung vom 18.07.2011 enthält weiters die Punkte vor bzw. nach Gewichtung zu den Zuschlagskriterien Preis, Kommunikationsidee, Berücksichtigung der Fachjurybeiträge sowie letztlich die Gesamtbewertung nach Gewichtung der Antragstellerin, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie des drittgereichten Bieters. Ebenso enthält die Entscheidung eine verbale zusammenfassende Begründung der Bewertungskommission hinsichtlich der Vor- und Nachteile des Angebotes der Antragstellerin im Vergleich zum Angebot der Bestbieterin. Die vorliegende Entscheidung erfüllt somit alle von der Judikatur vorgegebenen Kriterien und ist somit in Entsprechung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes rechtmäßig.

b.) Unzulässigkeit des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung:

Wenn die Antragstellerin nunmehr vorbringt, dass gemäß § 32 bzw. 151 Z 1 BVergG öffentliche Aufträge aufgrund einer Rahmenvereinbarung nur vergeben werden können, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 28 - 30 bzw. 38 Abs1 abgeschlossen wurde, und der Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges daher unzulässig sei, ist ihr zu entgegnen, dass aus den der Antragstellerin übermittelten Ausschreibungsunterlagen eindeutig ersichtlich ist, dass die Auftraggeberin beabsichtigt, den Partner für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Rahmen eines wettbewerblichen Dialoges zu suchen. Wenn die Antragstellerin nunmehr vorbringt, dass gemäß Paragraph 32, bzw. 151 Ziffer eins, BVergG öffentliche Aufträge aufgrund einer Rahmenvereinbarung nur vergeben werden können, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den Paragraphen 28, - 30 bzw. 38 Abs1 abgeschlossen wurde, und der Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges daher unzulässig sei, ist ihr zu entgegnen, dass aus den der Antragstellerin übermittelten Ausschreibungsunterlagen eindeutig ersichtlich ist, dass die Auftraggeberin beabsichtigt, den Partner für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Rahmen eines wettbewerblichen Dialoges zu suchen.

Die gegenständliche Ausschreibung wurde von der Antragstellerin innerhalb der in § 321 Abs 1 Z 7 BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen ist daher bestandfest geworden (vgl VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; ebenso BVA 11.2.2008, N/0006- BVA/04/2008-24, BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27, BVA 30.10.2009, N/0093-BVA/09/2009-54 u. N/0102-BVA/09/2009-32 u.a). Damit sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd § 19 Abs 1 BVergG entscheidend (vgl VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, wonach die Abweichung von in der

Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 8.2.2006, 15N-127/05-25, BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27 uva). Die Antragstellerin ist daher mit ihrem gesamten Vorbringen gegen die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen präkludiert. Die gegenständliche Ausschreibung wurde von der Antragstellerin innerhalb der in Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen ist daher bestandfest geworden (vergleiche VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; ebenso BVA 11.2.2008, N/0006- BVA/04/2008-24, BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27, BVA 30.10.2009, N/0093-BVA/09/2009-54 u. N/0102-BVA/09/2009-32 u.a). Damit sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entscheidend (vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 8.2.2006, 15N-127/05-25, BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27 uva). Die Antragstellerin ist daher mit ihrem gesamten Vorbringen gegen die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen präkludiert.

c.) Zur formalen Unrichtigkeit der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011:

c 1.) Die Antragstellerin bringt vor, im Rahmen der ersten Zuschlagsentscheidung vom 04.07.2011 habe sie die Einzelbewertungen der Kommissionsmitglieder und deren Begründung urgiert. Am 08.07.2011 seien ihr die Bewertungsblätter der drei Kommissionsmitglieder zu ihrem Angebot samt kurzer verbaler Begründung der einzelnen Bewertungen übermittelt worden. Gleichzeitig sei der Antragstellerin eine Detailaufstellung der Punktevergabe der drei Kommissionsmitglieder übermittelt worden. Mit der neuerlichen, nunmehr angefochtenen Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 habe die vergebende Stelle eine Detailaufstellung der Punktevergabe übermittelt, diese nun aber nicht mehr getrennt nach Mitgliedern der Bewertungskommission aufgeschlüsselt. In der nunmehr mitgeteilten Bewertung des Angebotes der Antragstellerin sei die Antragstellerin in den Qualitätskriterien punktemäßig schlechter bewertet. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass es zu keiner neuerlichen Bewertung gekommen sei.

Diese Annahmen der Antragstellerin sind unrichtig. Wie aus dem durch die Auftraggeberin vorgelegten Vergabeakt hervorgeht und auch in der Verhandlung vom 27.09.2011 durch die übereinstimmenden Zeugenaussagen bestätigt wurde, wurde den zwei verbliebenen Kommissionsmitgliedern von der vergebenden Stelle mitgeteilt, dass die ursprüngliche Zuschlagsentscheidung vom 04.07.2011 aus formaljuristischen Gründen zurückgenommen worden sei. In weiterer Folge wurde durch die zwei verbliebenen Kommissionsmitglieder, C*** sowie D***, am 18.07.2011 eine neuerliche Prüfung der Angebote vorgenommen. Von beiden Kommissionsmitgliedern wurde ihre jeweilige Bewertung der Angebote vom 04.07.2011 sowohl hinsichtlich der Punktebewertung als auch hinsichtlich der Begründung der Punktevergabe vollinhaltlich aufrecht erhalten (Teil 3/3, Anlage/1 zur Beilage Q). Ebenso wurde eine zusammenfassende verbale Begründung der aus C*** und D*** bestehenden Bewertungskommission hinsichtlich der Vor- und Nachteile des Angebotes der Antragstellerin im Vergleich zum Bestangebot vorgenommen (Teil 3/3, Anlage/3 zur Beilage Q). Diese Verbalbeurteilung ist mit 18.07.2011 datiert und von beiden Kommissionsmitgliedern unterfertigt. Es ist somit sowohl aufgrund der Aktenlage als auch aufgrund der Zeugenaussagen eindeutig, dass die Kommissionsmitglieder, D*** und C*** am 18.07.2011 eine neuerliche Bewertung, einerseits indem sie ihre Punktebewertung und verbale Beurteilung der Angebote (Bewertungsbögen) aufrecht erhielten, andererseits in dem sie gesondert eine zusammenfassende verbale Gesamtbegründung abgaben, vorgenommen haben. Es handelt sich somit um keine nach Erlassung der Zuschlagsentscheidung vorgenommene verbale Begründung der Bewertung wie von der Antragstellerin behauptet. Die Einzelbewertungen der jeweiligen Kommissionsmitglieder geht aus den Bewertungsblättern, die einerseits von der Auftraggeberin an die Antragstellerin übermittelt sowie andererseits im Rahmen einer Akteneinsicht des Rechtsvertreters der Antragstellerin durch die Senatsvorsitzende übergeben wurden, nachvollziehbar und zuordenbar hervor.

Auch die Behauptung der Antragstellerin, dass die nunmehr in der Bekanntgabe der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 angeführte Begründung der Bewertung in Teilen nicht von den Bewertungskommissionsmitgliedern stamme, entspricht nicht den Unterlagen im Vergabeakt. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen stammen die angeführten Bewertungsbegründungen sehr wohl von den Mitgliedern der Bewertungskommission C*** und D***

persönlich. Dies wurde im Rahmen der mündlichen Verhandlung durch die als Zeugen einvernommenen Kommissionsmitglieder auch ausdrücklich bestätigt. Der Bewertungsvorgang selbst wurde durch die Zeugen übereinstimmend detailliert geschildert.

c 2.) Die Antragstellerin bringt weiters vor, die Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 sei aufgrund nicht angegebener Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht nachvollziehbar.

In den Ausschreibungsunterlagen wurde das Zuschlagssystem, das die Bewertungskommission zu beachten hat, wie folgt bekanntgegeben:

" 5. Bewertung

Die Ermittlung der drei besten Teilnehmer, welche zur Angebotslegung eingeladen werden, erfolgt ausschließlich durch Bewertung der von den Teilnehmern präsentierten Lösungsvorschlägen durch die Fachjury und durch Bewertung der Angaben der Teilnehmer im vollständig ausgefüllten „FORMBLATT:

PRÄZISIerte KOSTENANSÄTZE DES TEILNEHMERS" (Inhaltsverzeichnis: Pkt 2.) durch den AG, unter Heranziehung der in der nachstehenden Tabelle genannten Zuschlagskriterien über ein festgelegtes Punktesystem.

TABELLE NICHT DARSTELLBAR

5.1. Bewertung der Präsentation des Lösungsvorschlages Jedes Mitglied der unabhängigen und fachkundigen Jury bewertet die in den Kommunikationsideen realisierte Erfüllung der individuellen Kriterien durch Vergabe von Punkten samt verbaler Begründung, im Hinblick auf die, in der vorstehenden Tabelle angeführten, unten näher definierten, Subkriterien. Die von jedem Mitglied der Jury für jedes vorstehend angeführte Kriterium (1.1, 1.2, 1.3, und 1.4) zu vergebenden Punkte sind in der nachfolgenden Tabelle angeführt:

TABELLE NICHT DARSTELLBAR

In die Bewertung pro Teilnehmer geht der errechnete Durchschnitt des jeweiligen Bewertungsergebnisses von sämtlichen Mitgliedern der Jury ein.

Die berechneten Bewertungspunkte pro Sub-Zuschlagskriterium werden mit dem jeweiligen Gewichtungsfaktor multipliziert und fließen auf 2 Kommastellen, kaufmännisch gerundet in die Bewertung ein. Die Ergebnisse der Bewertung der Zuschlagskriterien werden dann mit dem jeweiligen Gesamtgewichtungsfaktor multipliziert und fließen auf 2 Kommastellen, kaufmännisch gerundet in die Gesamtbewertung ein. Bei der Bewertung hat die Fachjury hinsichtlich der angegebenen Sub-Kriterien nachfolgende bewertungsrelevante Parameter zu beachten:

(1.1) Allgemeine Qualitätskriterien

Folgende Merkmale der Werbelinie werden bei der Bewertung des Subkriteriums untersucht:

- -Strichaufzählung
Die Werbelinie ist emotional und erregt Aufmerksamkeit
- -Strichaufzählung
Die Werbelinie aktiviert und motiviert, einen Urlaub in Österreich zu machen.
- -Strichaufzählung
Die Werbelinie unterscheidet sich von der Masse touristischer Werbemaßnahmen und grenzt die Marke „Urlaub in Österreich" klar von der Konkurrenz ab.
- -Strichaufzählung
Die Werbelinie ist weltweit adaptier- und einsetzbar. (1.2) Qualität der Markenumsetzung

Folgende Merkmale der Werbelinie werden bei der Bewertung des Subkriteriums untersucht:

- -Strichaufzählung
Die Kommunikationsidee und die darauf aufbauende Werbelinie setzen die Markenessenz sowie die Substorys der Marke prägnant um.
- -Strichaufzählung
Die Werbelinie vermittelt ein frisches und zeitgemäßes Bild von „Urlaub in Österreich" gemäß der Marke.
- -Strichaufzählung
Der Slogan der Werbelinie übersetzt die Markenessenz und repräsentiert verdichtet den USP der Marke „Urlaub in Österreich".

- -Strichaufzählung

Die Werbelinie spricht die Urlaubsbedürfnisse der definierten Zielgruppe der Established Postmaterialists an.

- -Strichaufzählung

Die Werbelinie entspricht den ästhetischen Ansprüchen der Zielgruppe der Established Postmaterialists.

(1.3) Qualität der Anschlussfähigkeit für Markenallianzen Folgende Merkmale der Werbelinie werden bei der Bewertung des Subkriteriums untersucht:

- -Strichaufzählung

Die Werbelinie ist für wesentliche touristische Partner in Österreich anschlussfähig.

- -Strichaufzählung

Die Werbelinie enthält Bestandteile (z.B. Zeichen, Typografie, Codes etc.), die im Rahmen von Kampagnen von Partnern integriert werden können und eine qualitative Aussage über die Marke „Urlaub in Österreich" treffen.

- -Strichaufzählung

Die Werbelinie ist flexibel, Bestandteile von Kampagnen von Partnern zu integrieren.

(1.4) Qualität der Umsetzung

Folgende Merkmale der Werbelinie werden bei der Bewertung des Subkriteriums untersucht:

- -Strichaufzählung

Die Umsetzung der Werbelinie lässt sich in den relevanten Mediagattungen (Beispiel: Print, Plakat, Radio, Online und Below the line) umsetzen und wird anhand aller Mediagattungen dargestellt.

- -Strichaufzählung

Die präsentierten Umsetzungsbeispiele setzen die Kommunikationsidee der Werbelinie konsequent und kreativ um.

- -Strichaufzählung

Die dargestellten Beispiele für die Umsetzung von Markenallianzen im Rahmen der Werbelinie sind geschickt entwickelt und für Partner der Österreich Werbung attraktiv.

- -Strichaufzählung

Die CD-Vorgaben des Briefings wurden berücksichtigt.

- -Strichaufzählung

Markenkonforme Codes gemäß dem Briefing wurden entwickelt."

Bei der Bewertung der oben wiedergegebenen Subkriterien waren den Ausschreibungsunterlagen zufolge Leitlinien ("Merkmale") zu beachten, die den Bietern bereits erstmals mit den Unterlagen für die Dialogphase (Teil 2) am 30.03.2011 übermittelt wurden. Letztmals wurde in der den Bietern am 28.06.2011 übermittelten Angebotsunterlage unter Punkt 7.1.1 ausgeführt, dass die allgemeinen Qualitätskriterien nach bestimmten, in der Unterlage aufgeführten Merkmalen der Werbelinie bei der Bewertung der einzelnen Subkriterien untersucht würden. Der Antragstellerin waren diese Richtlinien also bereits in der Dialogphase Teil 2 und 3 bekannt. Sie selbst kam auch aufgrund der Bewertungen ua. an Hand dieser Leitlinien unter die besten drei Bieter, die am Ende der Dialogphase zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden.

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24, BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28 uva.). Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999,

1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24, BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28 uva.).

Aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 12.5.2009, N/0022- BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28 u.a.] ist den Ausschreibungsunterlagen unzweifelhaft zu entnehmen, dass mit der Formulierung der Angebotsunterlagen vom 28.06.2011 unter Punkt 7.1.1 Allgemeine Qualitätskriterien "Folgende Merkmale der Werbelinie werden bei der Bewertung des Subkriteriums untersucht" der bewertenden Kommission ein Leitfaden für die Bewertung an die Hand gegeben werden sollte, anhand dessen das Subkriterium Allgemeine Qualitätskriterien zu untersuchen war. Gleiches gilt für die unter Punkt 7.1.2 Qualität der Markenumsetzung, 7.1.3 Qualität der Anschlussfähigkeit für Markenallianzen sowie 7.1.4 Qualität der Umsetzung genannten Leitlinien. Wie auch aus den Bewertungsblättern der einzelnen Kommissionsmitglieder ersichtlich ist, wurden diese Leitlinien bei der Punktevergabe im Rahmen der verbalen Begründung auch herangezogen. Gerade durch die Festlegung dieser Richtschnur und damit verbunden die Schaffung eines einheitlichen Maßstabes wurde eine Vergleichbarkeit der einzelnen Bewertungen der Kommissionsmitglieder überhaupt möglich. Eine punktemäßige Gewichtung dieser Leitlinien war aufgrund der Intention der Ausschreibungsunterlagen, nämlich durch diese lediglich einen von den Kommissionsmitgliedern zu beachtenden Maßstab zu schaffen, um eine Vergleichbarkeit der Bewertungen in den jeweiligen Subkriterien zu ermöglichen, überflüssig.

Die Antragstellerin geht in ihrer Replik (OZ 22) davon aus, es handle sich bei den durch die Auftraggeberin genannten Merkmalen um Sub-Sub- Kriterien, die jedoch von den Kommissionsmitgliedern bei der Bewertung der Subkriterien nicht vollständig abgearbeitet worden seien.

Das nicht vollständige Behandeln der zu beachtenden Merkmale durch die Kommissionsmitglieder ist aufgrund der Tatsache, dass es sich nicht, wie von der Antragstellerin behauptet, um Sub-Sub- Kriterien handelt, zulässig, zumal diese Merkmale auch nicht gewichtet sind. Die Beurteilung jedes einzelnen Merkmales wäre nur geboten gewesen, wenn es sich tatsächlich um gewichtete Sub-Sub- Kriterien handeln würde. Dies ist jedoch bei den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen gerade nicht der Fall. Die Antragstellerin geht in ihrer Argumentation von der falschen Prämisse aus, die Auftraggeberin habe Sub-Sub-Kriterien formuliert, es aber verabsäumt, diese zu gewichten. Daraus zieht die Antragstellerin sodann den Schluss, auf Basis der vorliegenden Ausschreibung sei eine rechtskonforme Bewertung nicht möglich. Dies trifft jedoch nicht zu. Wie der Ausschreibung nämlich eindeutig zu entnehmen ist, hat die Auftraggeberin keine Sub-Sub-Kriterien formuliert, die eine punktemäßige Gewichtung erfahren hätten müssen sondern lediglich "Merkmale" festgelegt, die bei der Bewertung der Subkriterien zu beachten waren. Wie den verbalen Begründungen in den Bewertungsbögen der Kommissionsmitglieder zu entnehmen ist, wurden die zu beachtenden Merkmale durch die Kommissionsmitglieder auch im Rahmen der Bewertung als Maßstab herangezogen. Dies wurde von den als Zeugen einvernommenen Mitgliedern der Bewertungskommission in der mündlichen Verhandlung auch übereinstimmend bestätigt. Aus den Aussagen ergibt sich, dass die Bewertungskommission im Rahmen eines Vergleiches zwischen den Angeboten eine gesamthafte Bewertung der Angebote vorgenommen hat. Dabei wurden Merkmale, die besonders negativ bzw. besonders positiv auffielen in der Beurteilung auch verbal erwähnt. Im Punkt 7.1.1 sei der Fokus beispielsweise besonders darauf gelegen, ob das Konzept Aufmerksamkeit erzeuge. Durch die in der Ausschreibung angeführten Leitlinien wurde für die Kommissionsmitglieder der Fokus auf ganz bestimmte wesentliche Merkmale gerichtet. Zur Belegung der wichtigsten allgemeinen Qualitätskriterien wurden einzelne prägnante Punkte herausgegriffen bzw. wurden in der verbalen Begründung auch Unterschiede zwischen den einzelnen Angeboten herausgearbeitet. Diese Vorgehensweise der Bewertungskommission ist nachvollziehbar und wird durch den Inhalt der Bewertungsbögen bestätigt.

Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden müssen die vom Auftraggeber gewählten Zuschlagskriterien geeignet sein, dass der Auftraggeber sein Ermessen nach objektiven Gesichtspunkten handhaben kann und dass kein Aspekt willkürlicher Auswahl enthalten ist. Für die Auswahl eines solchen Bewertungssystems besteht ein weitgehendes Ermessen des Auftraggebers, wenn die Grundanforderungen, nämlich die Objektivität und Nichtdiskriminierung etc. erfüllt sind (BVA 12.08.2004, 15N- 60/04-19). Im vorliegenden Fall hat sich die Bewertungskommission einerseits an die in den Ausschreibungsunterlagen getroffenen Festlegungen der Auftraggeberin gehalten und andererseits ihre Entscheidung vom 18.07.2011 auch ausführlich und nachvollziehbar begründet. Es liegt somit kein Verstoß gegen die Grundanforderungen des Vergabegesetzes vor.

Der von den Kommissionsmitgliedern bei der Bewertung der Angebote zu beachtende Leitfaden wurde - wie oben aufgezeigt - während des gesamten Vergabeverfahrens durchgängig und unverändert beibehalten.

Darüber hinaus ist auch auf die Tatsache hinzuweisen, dass die Bewertungsmodalitäten der Antragstellerin erstmals seit 30.03.2011 sowie letztmals seit Übermittlung der Angebotsunterlagen am 28.06.2011 bekannt waren. Die Antragstellerin hat jedoch gegen diese Bewertungsmodalitäten innerhalb offener Frist keine Einwendungen erhoben, womit diese Vorgaben der Ausschreibung bestandfest wurden. Wie bereits erwähnt, wurden die Bewertungen in der Dialogphase ebenfalls nach demselben Bewertungsschema durchgeführt. Aufgrund dieser Bewertungen wurde die Antragstellerin letztlich zur Angebotsabgabe aufgefordert. Sämtliche Entscheidungen der Auftraggeberin, die in der Dialogphase getroffen wurden, blieben unbestritten und sind daher unstrittig bestandfest geworden. Dies betrifft sowohl die Bewertungsmodalitäten als auch die Entscheidung, welche Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden. Die Entscheidungen in der Dialogphase sind somit einer Überprüfung durch das Bundesvergabeamt entzogen.

Würde die Nachprüfungsbehörde nun für die Angebotsphase das bisher geltende und auch durch die Fachjury angewandte Bewertungsschema für rechtswidrig erklären, würde dies zu einem Wechsel des bisher geltenden Bewertungsschemas für die Phase der Angebotsprüfung führen. Ein Wechsel in den präkludierten Bewertungsmodalitäten im Rahmen eines laufenden Vergabeverfahrens ist jedoch unzulässig, da dies einen Verstoß gegen die in § 19 BVerG festgelegten Grundsätze der Gleichbehandlung sowie der Transparenz bedeuten würde. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sowie der Vergabekontrollbehörden dürfen Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden (EUGH 18.11.2010, C- 226/09, Kommission/Irland, RPA 2011, 46). Der Auftraggeber hat sich während des gesamten Vergabeverfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien zu halten, diese Zuschlagskriterien dürfen nicht geändert werden (BVA 07.11.2005, 07N-102/05-26; 31.01.2006, 04N-119/05-30). Dass sich die Bewertungskommission an die Auslegung der Zuschlagskriterien gehalten hat, geht eindeutig aus den Zeugenaussagen hervor, wonach die Kommissionsmitglieder bereits in der Dialogphase betreffend die Vorgehensweise bei der Bewertung eine Anleitung bezüglich des formalen Vorgehens bei der Bewertung erhalten hatten und im Rahmen der Angebotsprüfung bei der Bewertung dann ebenso vorgehen wie im Rahmen der Fachjuryprüfung in der Dialogphase. Dies ergibt sich auch aus den Bewertungsbögen. Würde die Nachprüfungsbehörde nun für die Angebotsphase das bisher geltende und auch durch die Fachjury angewandte Bewertungsschema für rechtswidrig erklären, würde dies zu einem Wechsel des bisher geltenden Bewertungsschemas für die Phase der Angebotsprüfung führen. Ein Wechsel in den präkludierten Bewertungsmodalitäten im Rahmen eines laufenden Vergabeverfahrens ist jedoch unzulässig, da dies einen Verstoß gegen die in Paragraph 19, BVerG festgelegten Grundsätze der Gleichbehandlung sowie der Transparenz bedeuten würde. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sowie der Vergabekontrollbehörden dürfen Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden (EUGH 18.11.2010, C- 226/09, Kommission/Irland, RPA 2011, 46). Der Auftraggeber hat sich während des gesamten Vergabeverfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien zu halten, diese Zuschlagskriterien dürfen nicht geändert werden (BVA 07.11.2005, 07N-102/05-26; 31.01.2006, 04N-119/05-30). Dass sich die Bewertungskommission an die Auslegung der Zuschlagskriterien gehalten hat, geht eindeutig aus den Zeugenaussagen hervor, wonach die Kommissionsmitglieder bereits in der Dialogphase betreffend die Vorgehensweise bei der Bewertung eine Anleitung bezüglich des formalen Vorgehens bei der Bewertung erhalten hatten und im Rahmen der Angebotsprüfung bei der Bewertung dann ebenso vorgehen wie im Rahmen der Fachjuryprüfung in der Dialogphase. Dies ergibt sich auch aus den Bewertungsbögen.

Auch in diesem Punkt konnte die Antragstellerin daher keine Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens aufzeigen.

c 3.) Wenn die Antragstellerin vorbringt, ihr Angebot sei unrichtig bewertet worden bzw. es sei zu Widersprüchen der

Angebotsbewertung im Vergleich mit der Bewertung der Lösungsansätze durch die Fachjury in der Dialogphase gekommen, ist ihr zu entgegnen, dass es dem Bundesvergabebeamten grundsätzlich verwehrt ist, eine Nachprüfung hinsichtlich der materiellen Richtigkeit der Bewertung der einzelnen Angebote vorzunehmen. Im gegenständlichen Fall handelt es sich um eine funktionale Ausschreibung einer geistig- schöpferischen Dienstleistung. Bei der Beurteilung solcher Leistungen spielen naturgemäß subjektive Elemente der bewertenden Kommissionsmitglieder eine Rolle. Bei der Bewertung einer geistig- schöpferischen Dienstleistung ist die Objektivierbarkeit der Beurteilung durch einzelne Personen nicht möglich. Prüfmaßstab im vorliegenden Fall ist lediglich, ob die durch die Kommission vorgenommenen Bewertungen, im konkreten die verbale Gesamtbegründung sowie die Bewertungsbögen der einzelnen Kommissionsmitglieder, plausibel und nachvollziehbar sind. Widersprüche zwischen der Punktevergabe und der jeweiligen verbalen Begründung der Bewertung zu den einzelnen Subkriterien waren weder für das Bundesvergabeamt erkennbar, noch wurden solche durch die Antragstellerin nicht aufgezeigt. Diese traf unter dem Titel "Widersprüche der Punktevergabe und der verbalen Begründung" lediglich Aussagen dahingehend, dass ihr Angebot in den einzelnen Subkriterien zu niedrig bewertet worden sei. Dazu kann jedoch nur auf das - wie bereits oben ausgeführt - Einfließen subjektiver Elemente im Rahmen der durch Einzelpersonen vorgenommenen Bewertung verwiesen werden. Wie aus den Zeugenaussagen der Kommissionsmitglieder in der mündlichen Verhandlung hervorgeht, wurde die Bewertung der Angebote durch einen Vergleich der vorliegenden Lösungsansätze vorgenommen. Besonders negative bzw. auffallend positive Aspekte wurden im Rahmen eines Vergleiches der vorliegenden Angebote untereinander verbal erwähnt. Durchschnittliche Lösungsansätze hingegen wurden verbal nicht erwähnt, dieser Aspekt jedoch bei der Punktevergabe berücksichtigt. Da die Bewertung durch die Kommission plausibel und nachvollziehbar ist, konnte auch von der Bestellung eines Sachverständigen abgesehen werden.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass durch die Fachjury sowie die Bewertungskommission unterschiedliche Konzepte zu beurteilen waren, da in der vorangehenden Dialogphase zwischen den Bietern und der Auftraggeberin Konzepte erarbeitet wurden und die Fachjury lediglich die Lösungsvorschläge in der Dialogphase zu beurteilen hatte.

c 4.) Wenn die Antragstellerin vorbringt, in der Dialogphase sei ihr durch die Auftraggeberin bescheinigt worden, dass sie sich auf einem guten Weg befinde, ist, wie auch die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme richtig ausgeführt hat, davon auszugehen, dass, wenn das Angebot der Antragstellerin bereits in der Dialogphase nicht den Vorgaben und Vorstellungen der Auftraggeberin entsprochen hätte, dieses auszuschneiden gewesen wäre, bzw. die Antragstellerin nicht zu den für die letzte Runde des Vergabeverfahrens ausgewählten Bietern gehört hätte. Durch die Zeugen wurde ebenfalls betont, dass die zur Angebotslegung aufgeforderten Bieter durchwegs gute Angebote gelegt hätten. Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass eine gute Bewertung in der Dialogphase nicht bedeutet, dass mit einem Bieter letztlich jedenfalls die Rahmenvereinbarung abzuschließen ist.

c 5.) Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin kam es durch das Wegstreichen des Kommissionsmitgliedes Nummer 3 auch zu keiner willkürlichen Bewertung bzw. Diskriminierung ihres Angebotes. Eine Durchrechnung der vorliegenden Bewertungen ergab, dass auch bei Zugrundelegung der Bewertungen jener Kommissionsmitglieder, die die höchsten Punktezahlen für das Angebot der Antragstellerin vergaben, die Antragstellerin hinter der Bestbieterin liegen würde. Eine Bewertung durch jene Kommissionsmitglieder, die der Antragstellerin die höchsten Punktezahlen zuwiesen, ergibt für die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine Gesamtpunktzahl von 124,45, für die Antragstellerin hingegen eine Gesamtpunktzahl von lediglich 106,38. Bei dieser Berechnungsvariante wurden selbstverständlich auch für die Berechnung der Punkte der Bestbieterin jene Kommissionsmitglieder herangezogen, die der Antragstellerin die Höchstpunktzahl gegeben haben. Dies bedeutet, dass eine andere Vorgehensweise der Auftraggeberin, nämlich nicht das Kommissionsmitglied Nummer 3 sondern das Kommissionsmitglied Nummer 1 zu streichen, nicht dazu geführt hätte, dass die Antragstellerin zur Bestbieterin geworden wäre. Es würde sich sohin am Ergebnis des Vergabeverfahrens nichts ändern. Dieses Ergebnis des Vergabeverfahrens kann sich auch aufgrund der Tatsache nicht ändern, als das Angebot der präsumtiven Bestbieterin auch beim Zuschlagskriterium Preis als Erstgereichte hervorging.

c 6.) Das Vorbringen der Antragstellerin, dass die Bewertung nicht durch die Bewertungskommission der Auftraggeberin sondern von der Fachjury, die zur Bewertung der Lösungsvorschläge in der Dialogphase berufen war, erfolgt sei, ist unrichtig. Die Durchsicht des durch die Auftraggeberin übermittelten Vergabeaktes ergab unzweifelhaft, dass die Angebote der Bieter in der letzten Phase des Vergabeverfahrens nicht durch die Fachjury sondern tatsächlich durch die aus zwei Personen zusammengesetzte Bewertungskommission der Auftraggeberin, wie in der Ausschreibung auch festgelegt, erfolgte. Der Inhalt des Vergabeaktes fand auch seine Bestätigung durch die

ausführlichen Zeugenaussagen der Mitglieder der Bewertungskommission in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten betreffend ihr Vorgehen im Rahmen der Bewertungen für die Entscheidungen von 04.07.2011 sowie vom 18.07.2011.

c 7.) Auch die von der Antragstellerin behauptete ausschreibungswidrige Bewertung der Angebote aufgrund einer Gesamtbewertung durch die Bewertungskommission wird durch die dem Bundesvergabebeamten vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens widerlegt. Aufgrund der Bewertungsbögen, die dem Vergabebeamten einliegen (diese wurden auch der Antragstellerin im Rahmen der Akteneinsicht übergeben), ist eindeutig ersichtlich, dass die Kommissionsmitglieder sehr wohl einzelne, voneinander unabhängige Bewertungen vorgenommen haben. Einzig die verbale Gesamtbewertung wurde offenbar durch die beiden Kommissionsmitglieder gemeinsam vorgenommen, da diese verbale Gesamtbewertung von beiden Kommissionsmitgliedern unterfertigt ist. Dies wurde auch in der mündlichen Verhandlung durch die Zeugen bestätigt.

c 8.) Das Vorbringen der Antragstellerin, dass die Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 unrichtig wäre, da sie aufgrund einer den Festlegungen der Auftraggeberin widersprechenden Zusammensetzung der Bewertungskommission zu Stande gekommen wäre, ist für den Senat nicht nachvollziehbar. Dies allein schon deshalb, als sich die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag gegen die erste Bekanntgabe der Auftraggeberin vom 04.07.2011, mit wem diese beabsichtige diese Rahmenvereinbarung zu schließen, mit dem Argument wandte, dass die Auftraggeberin, entgegen den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen, statt zwei drei Kommissionsmitglieder zur Bewertung der Angebote herangezogen habe. Aus diesem Grund hat die Auftraggeberin ihre erste Entscheidung vom 04.07.2011 auch zurückgenommen und eine neuerliche Bewertung durch nunmehr ausschreibungskonforme zwei Kommissionsmitglieder vorgenommen. Dies geht eindeutig aus den Akten der Auftraggeberin hervor. Zur Frage, in wie weit die ursprünglich drei Kommissionsmitglieder einander bei der Bewertung beeinflusst haben könnten, bestätigten die beiden Zeugen übereinstimmend und glaubhaft, dass über die Bewertungen zu keiner Zeit ein Meinungsaustausch zwischen den Mitgliedern der Bewertungskommission stattgefunden hat und die Bewertungen selbst von den Mitgliedern der Kommission stets alleine und unabhängig voneinander durchgeführt wurden.

c 9.) Weiters bemängelt die Antragstellerin die Fachkunde der bewertenden Kommissionsmitglieder. Bei diesen Mitgliedern handelt es sich um C*** sowie D***. Für beide Kommissionsmitglieder ist die Qualifikation offensichtlich gegeben. C*** ist seit Jahren in der Tourismuswirtschaft insbesondere auch im Bereich Werbung tätig. Sie hat sowohl das Studium der Publizistik und Kommunikationswissenschaften als auch der Betriebswirtschaftslehre mit der Spezialisierung Tourismus und Klein- und Mittelbetriebe absolviert. Seit dem Jahr 1990 ist sie in verschiedenen Bereichen des Tourismus und der Tourismuswerbung tätig. D*** ist Bereichsleiter Brand Management der Auftraggeberin. Er hat ein Studium der Betriebswirtschaftslehre mit Spezialisierung Marketing und Unternehmensführung absolviert und ist seit 1995 in den Bereichen Werbung und Marketing tätig. Aufgrund der langjährigen einschlägigen Erfahrungen sowie der einschlägigen Ausbildung ist von einer ausreichenden Qualifikation der Kommissionsmitglieder zur Beurteilung der durch die Bieter gelegten Angebote auszugehen.

c 10.) Weiters führt die Antragstellerin aus, die Entscheidung der Auftraggeberin vom 18.07.2011 wäre rechtswidrig, da die Wahl eines einzelnen Partners für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung unzulässig wäre. Wie bereits mehrfach ausgeführt, sind die Ausschreibungsunterlagen, die unbekämpft geblieben sind, bestandsfest geworden.

c 11.) Abschließend bringt die Antragstellerin einerseits vor, die Auftraggeberin habe es verabsäumt festzulegen, ob die Rahmenvereinbarung mit einem oder mit mehreren Unternehmen abgeschlossen werden solle (Antrag) bzw. andererseits, es gehe aus den Ausschreibungsunterlagen eindeutig hervor, dass die Rahmenvereinbarung mit zumindest zwei Partnern geschlossen werden solle (Replik OZ 22). Weiters sei auch nicht bekannt gemacht worden, dass Gegenstand des Verfahrens der Abschluss einer Rahmenvereinbarung sei.

Wie aus den Angebotsunterlagen eindeutig hervorgeht, ist Ziel des Vergabeverfahrens der Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Entwicklung einer Kommunikationsidee, Konzeption, Kreation und Umsetzung einer Imagekampagne für die Marke "Urlaub in Österreich" mit einem geeigneten Unternehmen, gemäß § 32 iVm §§ 150 folgende BVergG für die Dauer von 3 bis 5 Jahren ab Abschluss der Rahmenvereinbarung. Unter Punkt 7 der Angebotsunterlagen wird festgehalten, dass zur Ermittlung des Bestbieters die Bewertung aufgrund der von den Bietern angebotenen Kommunikationsideen für die Image und Kooperationskampagne nach einem bestimmten festgelegten Punktesystem und den in einer nachstehenden Tabelle genannten Zuschlagskriterien zu erfolgen hat. Ein

weiterer eindeutiger Hinweis darauf, dass die gegenständliche Rahmenvereinbarung nur mit einem Partner abgeschlossen werden soll ist die Festlegung unter Punkt 7.4. zur Gesamtbewertung, wo festgelegt ist, dass, sofern zwei oder mehrere Bieter nach der vorher dargestellten Bewertungsmethode dasselbe Ergebnis erzielen, weil sie bei der Bewertung der Zuschlagskriterien exakt dieselbe Gesamtpunkteanzahl aufweisen, und als Bestbieter zu qualifizieren sind, jener Bieter den Zuschlag erhält, dessen Angebot im Zuschlagskriterium "Angebotspreise" (Punkt 7.3) die höchste Punkteanzahl aufweist. Die Angebotsunterlage schließt mit dem Absatz mit der Überschrift "Auftrag für den Einzelauftrag". Hier wird festgelegt, dass für jede konkret nachgefragte Leistung (Einzelauftrag) der Partner der Rahmenvereinbarung zur Abgabe eines Angebotes durch den Auftraggeber aufgefordert wird. Wie aus den Angebotsunterlagen eindeutig hervorgeht, ist Ziel des Vergabeverfahrens der Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Entwicklung einer Kommunikationsidee, Konzeption, Kreation und Umsetzung einer Imagekampagne für die Marke "Urlaub in Österreich" mit einem geeigneten Unternehmen, gemäß Paragraph 32, in Verbindung mit Paragraphen 150, folgende BVergG für die Dauer von 3 bis 5 Jahren ab Abschluss der Rahmenvereinbarung. Unter Punkt 7 der Angebotsunterlagen wird festgehalten, dass zur Ermittlung des Bestbieters die Bewertung aufgrund der von den Bietern angebotenen Kommunikationsideen für die Image und Kooperationskampagne nach einem bestimmten festgelegten Punktesystem und den in einer nachstehenden Tabelle genannten Zuschlagskriterien zu erfolgen hat. Ein weiterer eindeutiger Hinweis darauf, dass die gegenständliche Rahmenvereinbarung nur mit einem Partner abgeschlossen werden soll ist die Festlegung unter Punkt 7.4. zur Gesamtbewertung, wo festgelegt ist, dass, sofern zwei oder mehrere Bieter nach der vorher dargestellten Bewertungsmethode dasselbe Ergebnis erzielen, weil sie bei der Bewertung der Zuschlagskriterien exakt dieselbe Gesamtpunkteanzahl aufweisen, und als Bestbieter zu qualifizieren sind, jener Bieter den Zuschlag erhält, dessen Angebot im Zuschlagskriterium "Angebotspreise" (Punkt 7.3) die höchste Punkteanzahl aufweist. Die Angebotsunterlage schließt mit dem Absatz mit der Überschrift "Auftrag für den Einzelauftrag". Hier wird festgelegt, dass für jede konkret nachgefragte Leistung (Einzelauftrag) der Partner der Rahmenvereinbarung zur Abgabe eines Angebotes durch den Auftraggeber aufgefordert wird.

Aus den Festlegungen in den Angebotsunterlagen ergibt sich sohin insgesamt, dass die Auftraggeberin beabsichtigt, nur mit einem Partner die Rahmenvereinbarung abzuschließen. Nur ein Mal wird erwähnt: "Die Auswahl der geeigneten Partner der Rahmenvereinbarung...", wobei es sich offensichtlich um einen Tippfehler handelt, da die Ausschreibungsunterlagen ansonsten stets von einem Partner für die abzuschließende Rahmenvereinbarung sprechen. Auch aus der Fragenbeantwortung der Auftraggeberin vom 22.04.2011 ergibt sich in Beantwortung der Frage 2, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung nicht die Erteilung eines Auftrages ist, sondern ausschließlich die Auswahl des Partners der Rahmenvereinbarung verbindlich festlegt. Weiters führt die Auftraggeberin aus, dass das im Bestangebot ausgewiesene Betreuungshonorar pro Monat monatlich, solange die Auftraggeberin Einzelaufträge aus der Rahmenvereinbarung abrufen, ausbezahlt werde. Im letzten Satz der Fragenbeantwortung führt die Auftraggeberin nochmals aus, dass der Partner der Rahmenvereinbarung ein konkretisiertes Angebot innerhalb der verbindlich angebotenen Höchstpreise legen und erst auf dieser Grundlage der jeweils konkrete Einzelauftrag erteilt werde.

In sämtlichen Ausschreibungsunterlagen wird immer wieder auf die Ermittlung des Bestbieters Bezug genommen bzw., dass jener Bieter den Zuschlag erhält, dessen Angebot die höchste Punkteanzahl aufweist. Es war sohin für die teilnehmenden Bieter sehr wohl erkennbar, dass im gegenständlichen Fall nur ein Partner von der Auftraggeberin für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung ausgewählt werden wird.

Conclusio:

Wie das vom Bundesvergabeamt durchgeführte Ermittlungsverfahren ergeben hat, ist die Antragstellerin einerseits mit ihrem Vorbringen präkludiert (Unzulässigkeit des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, Bewertungsschema sowie Wahl eines Partners für den Abschluss der Rahmenvereinbarung) und konnte andererseits auch betreffend die Bewertung ihres eigenen Angebotes keine rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin aufzeigen. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass das von der Antragstellerin nunmehr kritisierte Bewertungsschema für sämtliche Phasen des Vergabeverfahrens gegolten hat und auch sie selbst aufgrund der Bewertung auf Basis dieses Schemas zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde. Der Antragstellerin waren die Bewertungsmodalitäten sohin von Beginn des Vergabeverfahrens an bekannt und erschienen ihr erstmals rechtswidrig, als sie nicht als Bestbieterin aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren hervorging.

Da die Antragstellerin sohin insgesamt keinerlei Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens aufzeigen konnte, war ihr

Antrag abzuweisen.

Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 319 Abs. 1 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Die Nachprüfungsanträge wurden ab- bzw. zurückgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

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