

TE Verg Bescheid 2011/8/17 N/0062-BVA/06/2011-28

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.08.2011

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §2 Z49

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §141 Abs2

BVergG 2006 §141 Abs5

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

B-VG Art14b Abs2 z1 litc

RL 89/665/EWG idF RL 2007/66 EG Art 2a Abs2

RL 89/665/EWG idF RL 2007/66 EG Art 2c

RL 2004/18/EG Art41 Abs2

ABGB §§914ff

AVG §74 Abs1

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

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
1. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 303 BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie durch Mag. Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite und Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien" der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, vertreten durch RA X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch RA Y***, vom 4. Juli 2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 303, BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie durch Mag. Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite und Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien" der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, vertreten durch RA X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch RA Y***, vom 4. Juli 2011, wie folgt entschieden:

SPRUCH

I. römisch eins.

Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung vom 22. Juni 2011 im Vergabeverfahren 'ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien' für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin, Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, vom 22. Juni 2011 im Vergabeverfahren "ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien" wird für nichtig erklärt.

II. römisch zwei.

Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 1.660,00 für den Antrag auf Nichtigerklärung und EUR 830,00 für die einstweilige Verfügung, sohin insgesamt EUR 2.490,00, binnen 2 Wochen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin gemäß § 319 BVergG und § 19a RAO verpflichten", wird stattgegeben. Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 1.660,00 für den Antrag auf Nichtigerklärung und EUR 830,00 für die einstweilige Verfügung, sohin insgesamt EUR 2.490,00, binnen 2 Wochen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin gemäß Paragraph 319, BVergG und Paragraph 19 a, RAO verpflichten", wird stattgegeben.

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Arbeitsmarktservice Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, ist verpflichtet, der A*** die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 1.660,- und die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr

in der Höhe von Euro 830,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Händen ihres ausgewiesenen Vertreters, RA Y***, zu ersetzen.

III.römisch drei.

Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin den Ersatz aller übrigen Kosten dieses Vergabekontrollverfahrens auferlegen, dies binnen 2 Wochen bei sonstiger Exekution zu Händen der Antragstellervertreterin gemäß § 19a RAO", wird zurückgewiesen. Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin den Ersatz aller übrigen Kosten dieses Vergabekontrollverfahrens auferlegen, dies binnen 2 Wochen bei sonstiger Exekution zu Händen der Antragstellervertreterin gemäß Paragraph 19 a, RAO", wird zurückgewiesen.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 4. Juli 2011 beehrte die Antragstellerin neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, weiters den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren sowie aller übrigen Kosten dieses Vergabekontrollverfahrens, sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Akteneinsicht.

Begründend führte die Antragstellerin im verfahrenseinleitenden Schriftsatz, mit Schriftsatz vom 1. August 2011 sowie in der mündlichen Verhandlung vom 10. August 2011 im Wesentlichen aus: Das Arbeitsmarktservice Wien, in Vertretung der Republik Österreich und des Arbeitsmarktservice Österreich führe ein Vergabeverfahren über den Einkauf von Schulungs- und Trainerleistungen für die Geschäftsstelle Laxenburger Straße des Arbeitsmarktservice Wien durch. Gemäß den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen handle es sich um ein Standardverfahren des AMS mit Bekanntmachung zur Vergabe eines nicht prioritären Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, der am 18. Februar 2011 veröffentlicht worden sei. Die ausgeschriebene Leistung werde in einem Bestbieterverfahren vergeben.

Die Antragstellerin habe sich fristgerecht durch Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Mit Telefax vom 22. Juni 2011 habe die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, wonach beabsichtigt sei, den Zuschlag der B*** zu erteilen.

Auf Basis dieser Zuschlagsentscheidung sei das Ergebnis der Angebotsbewertung nicht nachvollziehbar. Eine Einsicht in die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin sei seitens der Auftraggeberin erst infolge Kontaktaufnahme mit der Auftraggeberin für den 4. Juli 2011, 15.30 Uhr, gewährt worden. Damit wäre angesichts der Amtsstunden des BVA keine erfolgsversprechende Anfechtung der betreffenden Auftraggeberentscheidung mehr möglich gewesen.

Einerseits sei die gegenständliche Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend begründet und damit mangelhaft bzw. vergaberechtswidrig. Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung enthalte lediglich den wenig aussagekräftigen Hinweis darüber, dass das Angebot der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin "hohe Werte" aufweise, "hoch" bewertet worden sei oder dass ein "Punktemaximum" erreicht worden sei. Es könne vereinzelt nur geraten werden, welche Zuschlagskriterien damit gemeint seien. Selbst ein versierter Bieter könne nicht erkennen, wie sein Angebot in den Unterkriterien bewertet worden sei. Die Antragstellerin habe kein Bewertungsverhältnis gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erhalten. Der Zuschlagsentscheidung mangle es damit an den Punkteangaben bezüglich der Bewertung sowie an einer vergabekonformen verbalen Begründung, insbesondere nämlich an einer inhaltlichen Begründung der Nachteile sowie der Gründe für die jeweilige Bewertung. Die Antragstellerin verfüge damit nicht bereits am Beginn der Stillhaltefrist über jene Informationen, welche sie für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötige. Ein Abgehen von der Bekanntgabe der betreffenden Informationen stelle einen Verstoß gegen das BVergG dar, der nach der Judikatur des VfGH als für den Ausgang des Vergabeverfahrens potenziell wesentlich einzustufen sei. Die Gefahr der Manipulation genüge. Obwohl die gegenständliche Ausschreibung von der Vergabe einer nicht prioritären Dienstleistung handle, treffe nach der Rechtsprechung des BVA den Auftraggeber auch bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen die gleiche Begründungstiefe bei der Zuschlagsentscheidung wie bei den übrigen öffentlichen Aufträgen. So ordne der auch hinsichtlich der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen geltende Art 2a Abs 2 4. UA RL89/665/EWG idF RL 2007/66/EG (in der Folge RechtsmittelRL) an, dass der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an jeden betroffenen Bieter und Bewerber vorbehaltlich des Art 41 Abs 3 RL 2004/18/EG eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Art 41 Abs 2 RL 2004/18/EG und eine genaue Angabe der konkreten Stillhaltefrist beigelegt werden. Gleichzeitig mit der Zuschlagsentscheidung sollten - entsprechend der 6. Begründungserwägung der RL 2004/18/EG - die relevanten Informationen übermittelt werden, die für die Bieter unerlässlich sind, um eine wirksame Nachprüfung zu beantragen. Im Zweifelsfall gehe die Regelung der

RechtsmittelRL innerstaatlichem Recht vor. Einerseits sei die gegenständliche Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend begründet und damit mangelhaft bzw. vergaberechtswidrig. Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung enthalte lediglich den wenig aussagekräftigen Hinweis darüber, dass das Angebot der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin "hohe Werte" aufweise, "hoch" bewertet worden sei oder dass ein "Punktemaximum" erreicht worden sei. Es könne vereinzelt nur geraten werden, welche Zuschlagskriterien damit gemeint seien. Selbst ein versierter Bieter könne nicht erkennen, wie sein Angebot in den Unterkriterien bewertet worden sei. Die Antragstellerin habe kein Bewertungsverhältnis gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erhalten. Der Zuschlagsentscheidung mangle es damit an den Punkteangaben bezüglich der Bewertung sowie an einer vergabekonformen verbalen Begründung, insbesondere nämlich an einer inhaltlichen Begründung der Nachteile sowie der Gründe für die jeweilige Bewertung. Die Antragstellerin verfüge damit nicht bereits am Beginn der Stillhaltefrist über jene Informationen, welche sie für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötige. Ein Abgehen von der Bekanntgabe der betreffenden Informationen stelle einen Verstoß gegen das BVergG dar, der nach der Judikatur des VwGH als für den Ausgang des Vergabeverfahrens potenziell wesentlich einzustufen sei. Die Gefahr der Manipulation genüge. Obwohl die gegenständliche Ausschreibung von der Vergabe einer nicht prioritären Dienstleistung handle, treffe nach der Rechtsprechung des BVA den Auftraggeber auch bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen die gleiche Begründungstiefe bei der Zuschlagsentscheidung wie bei den übrigen öffentlichen Aufträgen. So ordne der auch hinsichtlich der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen geltende Artikel 2 a, Absatz 2, 4. UA RL89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG (in der Folge RechtsmittelRL) an, dass der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an jeden betroffenen Bieter und Bewerber vorbehaltlich des Artikel 41, Absatz 3, RL 2004/18/EG eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Artikel 41, Absatz 2, RL 2004/18/EG und eine genaue Angabe der konkreten Stillhaltefrist beigefügt werden. Gleichzeitig mit der Zuschlagsentscheidung sollten - entsprechend der 6. Begründungserwägung der RL 2004/18/EG - die relevanten Informationen übermittelt werden, die für die Bieter unerlässlich sind, um eine wirksame Nachprüfung zu beantragen. Im Zweifelsfall gehe die Regelung der RechtsmittelRL innerstaatlichem Recht vor.

Andererseits sei unter Punkt 9.11. der Verdingungsunterlage vorgesehen, dass Bieter, welche die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen nicht einhalten, vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Angesichts des deutlichen Unterschiedes der Angebotspreise (398.000,00 Euro der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu 466.039,88 Euro der Antragstellerin) müsse die Antragstellerin davon ausgehen, dass das Angebot nicht den geforderten arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen entsprechen könne. Es sei gegenständlich nicht möglich, eine derartige Angebotssumme iVm den geforderten qualifizierten Trainer/innen (Punkt 11.1.1 "Formale Qualifikation" der Leistungsbeschreibung) unter Einhaltung zumindest des Kollektivvertrages der privaten Bildungsanbieter (BABE-KV) zu legen. Das Vorbringen der Auftraggeberin zur vertieften Angebotsprüfung sei eine reine Schutzbehauptung, die nicht durch entsprechende Beweise belegt werde. Es sei etwa nicht nachvollziehbar vorgebracht worden, dass alle Vordienstzeiten der angeblich angestellten Trainer/innen auch tatsächlich iSd BABE-KV von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beachtet worden sind. Es sei nicht richtig, dass die Auftraggeberin mangels gegenteiliger Anhaltspunkte von der Richtigkeit der Bieterangaben ausgehen durfte bzw. konnte, da der Auftraggeberin einerseits die beachtliche Differenz der Angebotspreise bekannt war und ihr andererseits als Expertin des antragsgegenständlichen Leistungsbereichs die Marktpreise bekannt sein mussten. Schließlich hätte auch im Hinblick auf die hohe Differenz des geschätzten Auftragswertes zum Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine vertiefte Angebotsprüfung stattfinden müssen, die sich nicht - wie hier offenbar - auf die bloßen Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte stützen dürfen. Es wären die Anstellungsverhältnisse der Trainer/innen zu prüfen gewesen. Die (vertiefte) Angebotsprüfung sei daher nicht vergabekonform erfolgt. Auch gehe die Antragstellerin davon aus, dass die Selbstbewertung der Trainer/innen von der Auftraggeberin bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht überprüft worden sei, da diese andernfalls erkennen hätte müssen, dass die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen iSd BABE-KV nicht eingehalten worden seien. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher bei rechtskonformer Überprüfung auszuschneiden gewesen. Andererseits sei unter Punkt 9.11. der Verdingungsunterlage vorgesehen, dass Bieter, welche die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen nicht einhalten, vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Angesichts des deutlichen Unterschiedes der Angebotspreise (398.000,00 Euro der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu 466.039,88 Euro der Antragstellerin) müsse die Antragstellerin davon ausgehen, dass das Angebot nicht den geforderten arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen entsprechen könne.

Es sei gegenständlich nicht möglich, eine derartige Angebotssumme in Verbindung mit den geforderten qualifizierten Trainer/innen (Punkt 11.1.1 "Formale Qualifikation" der Leistungsbeschreibung) unter Einhaltung zumindest des Kollektivvertrages der privaten Bildungsanbieter (BABE-KV) zu legen. Das Vorbringen der Auftraggeberin zur vertieften Angebotsprüfung sei eine reine Schutzbehauptung, die nicht durch entsprechende Beweise belegt werde. Es sei etwa nicht nachvollziehbar vorgebracht worden, dass alle Vordienstzeiten der angeblich angestellten Trainer/innen auch tatsächlich iSd BABE-KV von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beachtet worden sind. Es sei nicht richtig, dass die Auftraggeberin mangels gegenteiliger Anhaltspunkte von der Richtigkeit der Bieterangaben ausgehen durfte bzw konnte, da der Auftraggeberin einerseits die beachtliche Differenz der Angebotspreise bekannt war und ihr andererseits als Expertin des antragsgegenständlichen Leistungsbereichs die Marktpreise bekannt sein mussten. Schließlich hätte auch im Hinblick auf die hohe Differenz des geschätzten Auftragswertes zum Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine vertiefte Angebotsprüfung stattfinden müssen, die sich nicht - wie hier offenbar - auf die bloßen Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte stützen dürfen. Es wären die Anstellungsverhältnisse der Trainer/innen zu prüfen gewesen. Die (vertiefte) Angebotsprüfung sei daher nicht vergabekonform erfolgt. Auch gehe die Antragstellerin davon aus, dass die Selbstbewertung der Trainer/innen von der Auftraggeberin bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht überprüft worden sei, da diese andernfalls erkennen hätte müssen, dass die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen iSd BABE-KV nicht eingehalten worden seien. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher bei rechtskonformer Überprüfung auszuschneiden gewesen.

Die Antragstellerin bekämpfe daher diese Auftraggeberentscheidung. Dabei handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd BVergG. Bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen sei gemäß § 141 Abs 5 BVergG jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Inhaltlich entspreche diese Entscheidung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 49 BVergG. Die Antragstellerin bekämpfe daher diese Auftraggeberentscheidung. Dabei handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd BVergG. Bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen sei gemäß Paragraph 141, Absatz 5, BVergG jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Inhaltlich entspreche diese Entscheidung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 49, BVergG.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Übersendung der umfangreichen Angebotsunterlagen dargelegt. Aufgrund der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung würde der Antragstellerin ein (finanzieller) Schaden in Höhe der Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren, des entgangenen Deckungsbeitrages, der bisher angelaufenen Rechtsvertretungskosten und der entrichteten Pauschalgebühren sowie in Gestalt des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes drohen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, auf rechtskonforme Prüfung der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter, auf Vergleichbarkeit der Angebote, auf Nichtberücksichtigung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sowie auf Ausscheidung und Nichtberücksichtigung des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebotes verletzt.

Die Auftraggeberin, Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, vertreten durch RA X***, übermittelte am 7. Juli 2011 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren "ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien". Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen (nicht prioritären) Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 80400000), welcher nach Durchführung eines sogenannten "Standardverfahrens des AMS" nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 645.000,- (exkl. USt) bzw Euro 1.935.000,- (exkl. USt) einschließlich der Option der zweimaligen Wiederbeauftragung. Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 22. Juni 2011 per Telefax mitgeteilt worden. Das Vergabeverfahren befinde sich derzeit im Stadium nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und vor Erteilung des Zuschlages. Die Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden.

Zu den von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nahm die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 18. Juli 2011 und vom 8. August 2011 sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 10. August 2011 Stellung. Es sei zutreffend, dass die jüngste Judikatur des BVA auch bei Zuschlagsentscheidungen, die in Vergabeverfahren zur Beschaffung nicht prioritärer Dienstleistungen ergangen sind, eine gewisse Begründungstiefe fordere. Dies lasse

sich jedoch unmittelbar weder aus dem BVergG noch aus der VergRL 2004/18/EG ableiten. Vielmehr werde Rückgriff auf die Anforderungen des Rechtsschutzes und hier vor allem auf die RechtsmittelRL genommen. Art 2a Abs 2 der RechtsmittelRL, der diese Anforderungen des Rechtsschutzes definiere, spreche lediglich von einer Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Artikel 41 Abs 2 der VergRL. Dies sei aber per definitionem jedenfalls weniger als die VergRL verlange. Denn einerseits werde ausdrücklich nicht auf andere Umstände als die Gründe gemäß erstem und zweitem Spiegelstrich verwiesen. Andererseits habe es jedenfalls nur eine Zusammenfassung der Gründe zu geben, also ausdrücklich nicht deren Darlegung wie es Art 41 Abs 2 VergRL oder § 131 Abs 1 BVergG verlange. Im Ergebnis sei daher aus der durch die RechtsmittelRL abgeleiteten prinzipiellen Begründungspflicht nicht der Schluss zu ziehen, dass diese Begründung sodann gleich den umfassenden Anforderungen des § 131 Abs 1 BVergG bzw Art 41 Abs 2 VergRL entsprechen muss. Dies betreffe auch den Umstand, dass hier der Begriff der "Transparenz" wesentlich eingeschränkt sei gegenüber jenem im Vollenwendungsbereich der Richtlinien bzw des BVergG. Zu den von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nahm die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 18. Juli 2011 und vom 8. August 2011 sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 10. August 2011 Stellung. Es sei zutreffend, dass die jüngste Judikatur des BVA auch bei Zuschlagsentscheidungen, die in Vergabeverfahren zur Beschaffung nicht prioritärer Dienstleistungen ergangen sind, eine gewisse Begründungstiefe fordere. Dies lasse sich jedoch unmittelbar weder aus dem BVergG noch aus der VergRL 2004/18/EG ableiten. Vielmehr werde Rückgriff auf die Anforderungen des Rechtsschutzes und hier vor allem auf die RechtsmittelRL genommen. Artikel 2 a, Absatz 2, der RechtsmittelRL, der diese Anforderungen des Rechtsschutzes definiere, spreche lediglich von einer Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Artikel 41 Absatz 2, der VergRL. Dies sei aber per definitionem jedenfalls weniger als die VergRL verlange. Denn einerseits werde ausdrücklich nicht auf andere Umstände als die Gründe gemäß erstem und zweitem Spiegelstrich verwiesen. Andererseits habe es jedenfalls nur eine Zusammenfassung der Gründe zu geben, also ausdrücklich nicht deren Darlegung wie es Artikel 41, Absatz 2, VergRL oder Paragraph 131, Absatz eins, BVergG verlange. Im Ergebnis sei daher aus der durch die RechtsmittelRL abgeleiteten prinzipiellen Begründungspflicht nicht der Schluss zu ziehen, dass diese Begründung sodann gleich den umfassenden Anforderungen des Paragraph 131, Absatz eins, BVergG bzw Artikel 41, Absatz 2, VergRL entsprechen muss. Dies betreffe auch den Umstand, dass hier der Begriff der "Transparenz" wesentlich eingeschränkt sei gegenüber jenem im Vollenwendungsbereich der Richtlinien bzw des BVergG.

So stelle auch die jüngste Judikatur des EuGH in der Rechtssache C- 226/09, Kommission/Irland, wonach bei der Vergabe nicht prioritäre Dienstleistungen keine Verpflichtung bestehe, die relative Gewichtung der Zuschlagskriterien zueinander im Vorhinein den Bietern bekannt zu geben, einen Beleg dafür dar, dass das Vorliegen eines "verdünnten" Vergaberegimes ernst zu nehmen sei und bei Fehlen gesetzlicher Vorgaben nicht über einen Umweg weitergehende Pflichten für den Auftraggeber kreiert werden dürfen.

Die der Antragstellerin gegebenen Informationen würden die Anforderungen an eine "Zusammenfassung der Gründe" iSd Art 2a Abs 2 der RechtsmittelRL erfüllen, weswegen die Zuschlagsentscheidung ausreichend begründet sei. Nach der Judikatur seien den Bietern mit der Zuschlagsentscheidung jene Informationen mitzuteilen, die es ihnen ermöglichen, einzuschätzen, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen wurde und ob ihre Bekämpfung aussichtsreich ist. Dies korrespondiere damit, dass nach der Judikatur bei einer nicht ausreichenden Begründung einer Zuschlagsentscheidung die - für die Nichtigerklärung weiters erforderliche - Wesentlichkeit erst dann vorliege, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert werde, was zwar in der Regel anzunehmen sei. Dennoch sei die erforderliche Begründungstiefe unter den beiden genannten Aspekten ("Einschätzungserfordernis" und Wesentlichkeit) einer Einzelfallbetrachtung zu unterziehen. Die der Antragstellerin gegebenen Informationen würden die Anforderungen an eine "Zusammenfassung der Gründe" iSd Artikel 2 a, Absatz 2, der RechtsmittelRL erfüllen, weswegen die Zuschlagsentscheidung ausreichend begründet sei. Nach der Judikatur seien den Bietern mit der Zuschlagsentscheidung jene Informationen mitzuteilen, die es ihnen ermöglichen, einzuschätzen, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen wurde und ob ihre Bekämpfung aussichtsreich ist. Dies korrespondiere damit, dass nach der Judikatur bei einer nicht ausreichenden Begründung einer Zuschlagsentscheidung die - für die Nichtigerklärung weiters erforderliche - Wesentlichkeit erst dann vorliege, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert werde, was zwar in der Regel anzunehmen sei. Dennoch sei die erforderliche Begründungstiefe unter den beiden genannten Aspekten ("Einschätzungserfordernis" und Wesentlichkeit) einer Einzelfallbetrachtung zu unterziehen.

Vorliegend sei der Antragstellerin der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mitgeteilt worden. Die Berechnung der Preispunkte sei ein offen gelegter, rein mathematischer Rechenvorgang. Eine hier allfällig mangelnde Information könne sich daher ausschließlich auf die Qualitätsbewertung beziehen.

Um den Informationswert und damit die Begründungstiefe dieser Ausführungen zu erfassen, sei das Bewertungsschema des Auftraggebers näher zu betrachten. So seien die festgelegten Zuschlagskriterien weitgehend formaler Natur. Die Bewertung ergebe sich aus einer einfachen Zuordnung von angebotenen Umständen zu einer bestimmten im Kriterienkatalog angeführten Kategorie. Dies betreffe etwa die Beurteilung der Qualität des eingesetzten Personals. Eine Begründung könne hier nur lauten, dass die angebotenen Trainer/innen die für das Punktemaximum erforderlichen Voraussetzungen erfüllen. Dies sei aber überflüssig, da sich diese Information ohnehin aus der Zuschlagsentscheidung ergebe.

Eine Bewertung, die primär nicht auf einer schlichten Zuordnung beruht, gebe es vor allem zum 2. Kriterium "Konzeptive Qualität". Dazu habe die Antragstellerin das Bewertungsverhältnis gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erhalten. Wesentlich sei, dass (wie allgemein und daher auch der Antragstellerin bekannt) sich bei Schulungsmaßnahmen wie der hier gegenständlichen die Konzepte aller etablierten Schulungsträger stark ähneln würden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge im Hinblick auf ihre Tätigkeit im Rahmen

der Vorgängermaßnahme - was auch der Antragstellerin bekannt ist -

über Erfahrung mit den hier ausgeschrieben Tätigkeiten. Vor diesem Hintergrund besitze die Zuschlagsentscheidung zur Bewertung dieses Kriteriums einen ausreichenden Informationswert, um beurteilen zu können, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen wurde und ob ihre Bekämpfung aussichtsreich wäre. Denn dort sei herauszulesen, dass der Auftraggeber - in zu erwartender Weise - das Konzept der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ebenso wie das der Antragstellerin als annähernd gleich (hoch) bewertet habe.

Insgesamt sei daher das Bewertungsverhältnis entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin aus der Zuschlagsentscheidung, aus dem eigenen Angebotspreis der Antragstellerin und aus dem vom Auftraggeber mit den Ausschreibungsunterlagen publizierten Bewertungsschema (Punkt 8.7 der Verdingungsunterlage) ersichtlich.

Allgemein sei darauf zu verweisen, dass selbst im Vollenwendungsbereich des BVergG (und daher jedenfalls auch bei nicht prioritären Dienstleistungen) die Informationen des § 131 Abs 1 BVergG nur so weit bekannt zu machen sind, "sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen [...] den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterer Wettbewerb schaden würde". Um nähere Informationen zu den "Merkmale und Vorteilen des erfolgreichen Angebotes" erteilen zu können, müsste konkret auf die verbale Begründung der Bewertung, welche auf Grundlage des eingereichten Konzeptes erfolgt sei, rekuriert werden, wodurch auch die Konzeption zur vom Bieter erarbeiteten und eingereichten "Problemlösung" gegenüber allen anderen Bietern offen gelegt würde. Da manche verbale Begründungen überhaupt nur bei Kenntnis des Konzeptes des jeweiligen Bieters informativ und schlüssig seien, wäre auch der Bezug auf die entsprechende Stelle des Konzeptes erforderlich. Dies alles betreffe ureigenste Geschäftsgeheimnisse der einzelnen Bieter, einschließlich Knowhow und Immaterialgüterrechten (zB Verwertungsrechte aus dem Urheberrecht), sodass zu den hier relevanten Qualitätskriterien nur allgemeine Angaben gemacht werden können (und dürfen), ohne Details der Bewertung der einzelnen Angebote (Konzepte) zu nennen. Genau dies sei mit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung geschehen. Allgemein sei darauf zu verweisen, dass selbst im Vollenwendungsbereich des BVergG (und daher jedenfalls auch bei nicht prioritären Dienstleistungen) die Informationen des Paragraph 131, Absatz eins, BVergG nur so weit bekannt zu machen sind, "sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen [...] den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterer Wettbewerb schaden würde". Um nähere Informationen zu den "Merkmale und Vorteilen des erfolgreichen Angebotes" erteilen zu können, müsste konkret auf die verbale Begründung der Bewertung, welche auf Grundlage des eingereichten Konzeptes erfolgt sei, rekuriert werden, wodurch auch die Konzeption zur vom Bieter erarbeiteten und eingereichten "Problemlösung" gegenüber allen anderen Bietern offen gelegt würde. Da manche verbale Begründungen überhaupt nur bei Kenntnis des Konzeptes des jeweiligen Bieters informativ und schlüssig seien, wäre auch der Bezug auf die entsprechende Stelle des Konzeptes erforderlich. Dies alles betreffe ureigenste Geschäftsgeheimnisse der einzelnen Bieter, einschließlich

Knowhow und Immaterialgüterrechten (zB Verwertungsrechte aus dem Urheberrecht), sodass zu den hier relevanten Qualitätskriterien nur allgemeine Angaben gemacht werden können (und dürfen), ohne Details der Bewertung der einzelnen Angebote (Konzepte) zu nennen. Genau dies sei mit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung geschehen.

Selbst wenn die mit der Zuschlagsentscheidung erteilten Informationen als nicht ausreichend anzusehen wären, so führe dies vorliegend dennoch nicht zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Die Antragstellerin habe anhand der ihr vorliegenden Informationen jedenfalls die Entscheidung treffen können, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen worden sei und ob eine Anfechtung aussichtsreich wäre. Hinsichtlich des Aspektes eines zu geringen Angebotspreises, der Verletzung arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften oder hinsichtlich der Annahme, die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde nicht über genügend "10-Punkte-Trainerinnen" verfügen, sei die Antragstellerin nicht in ihrer Entscheidungshoheit beeinträchtigt. Weiters sei die Nichtinformation ausnahmsweise nicht wesentlich gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG, da keine Vorreihung vor die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erfolgen würde. Selbst wenn die mit der Zuschlagsentscheidung erteilten Informationen als nicht ausreichend anzusehen wären, so führe dies vorliegend dennoch nicht zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Die Antragstellerin habe anhand der ihr vorliegenden Informationen jedenfalls die Entscheidung treffen können, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen worden sei und ob eine Anfechtung aussichtsreich wäre. Hinsichtlich des Aspektes eines zu geringen Angebotspreises, der Verletzung arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften oder hinsichtlich der Annahme, die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde nicht über genügend "10-Punkte-Trainerinnen" verfügen, sei die Antragstellerin nicht in ihrer Entscheidungshoheit beeinträchtigt. Weiters sei die Nichtinformation ausnahmsweise nicht wesentlich gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, da keine Vorreihung vor die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erfolgen würde.

Zum Vorbringen der unzureichenden Angebotsprüfung bzw der Nichteinhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin führte die Auftraggeberin aus, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe bei der vertieften Prüfung mit Aufklärung vom 6. April 2011 dargelegt, dass alle zum Einsatz kommenden Trainer/innen nach dem Kollektivvertrag der Berufsvereinigung der ArbeitgeberInnen privater Bildungseinrichtungen ("BABE-KV") angestellt seien. Konkret seien im von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Zuge der vertieften Prüfung vorgelegten Formblatt "Kalkulation Personalaufwand echte Dienstnehmerinnen" die Namen der Trainer/innen, jeweils samt Trainerinnentyp, Vordienstzeiten, Bruttomonatsgehalt, Arbeitszeit laut Dienstvertrag, Lohnnebenkosten in %, anerkennbare Kosten pro Maßnahmenstunde, Anzahl der Maßnahmenstunden insgesamt und die Gesamtkosten angeführt. Weiters sei erläutert worden, dass die in der BABE-Gehaltstabelle vorgesehenen, sich durch die Vordienstzeiten ergebenden Mindestlöhne der Trainerinnen nicht unterschritten würden. Die Trainer/innen-Personalkosten seien bei der Gesamtkalkulation berücksichtigt worden und stehen mit den bekannt gegebenen und plausibilisierten Kosten in Einklang. Im Rahmen der Prüfung sei im Hinblick auf die Verfügbarkeit der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Trainer/innen auch ein Trainerinnenquercheck gemäß Punkt 7.1.15 mit weiteren ACE-Vergabeverfahren und anderen laufenden Aufträgen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durchgeführt worden, woraus sich die Plausibilität und Nachvollziehbarkeit der Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergeben habe. Die zunächst erfolgte Eigenbewertung zu den Trainer/innen bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei ausschreibungskonform überprüft worden. Es hätten sich daraus keine Auffälligkeiten ergeben, die etwa zu einem Ausscheiden des Angebotes gemäß Punkt 4.10 der Verdingungsunterlage oder zu einer anderen Beurteilung der Kalkulation des oben erwähnten Personalaufwandes geführt hätte.

Im Übrigen habe der Auftraggeber mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auf die Richtigkeit der Bieterangaben und auf deren Umsetzung im Falle der Zuschlagserteilung vertrauen können. Diese Richtigkeit sei nicht nur generell - allenfalls auch strafrechtlich, sondern auch speziell durch die Ausschreibungsunterlagen sanktioniert. Im Übrigen lässt auch das BVergG in verschiedenen Bereichen ausdrücklich Bietererklärungen als ausreichend gelten. In diesem Sinne sei es daher auch nicht erforderlich, sich von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Unterlagen über die konkrete kollektivvertragliche Einstufung der einzelnen Trainer/innen vorlegen zulassen. Schließlich sei bei der Preisprüfung lediglich der Preisplausibilität auf den Grund zu gehen, was auch in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt worden sei. Dabei müsse die Kalkulation nicht minutiös nachvollzogen werden. Es sei grob zu prüfen, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen könne.

Genau nach diesen Vorgaben sei die die Auftraggeberin vorgegangen. Die Auftraggeberin habe von der Einhaltung der

arbeits- und sozialrechtlichen Rahmenbedingungen und der Angemessenheit der angebotenen Personalkosten und des Gesamtpreises ausgehen können. Die Entlohnung nach dem einschlägigen Kollektivvertrag sei betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar.

Weiters werde im Hinblick auf die Differenz zum geschätzten Auftragswert angemerkt, dass derartige Abweichungen durchaus den Erfahrungswerten der Auftraggeberin entsprechen, wobei die Preise der Angebote jedoch für sich relativ nahe beisammen liegen würden. Das zweitbilligste Angebot habe lediglich einen Abstand von 6% zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Dies bedeute, dass selbst unter dem Blickwinkel des Angebotspreisvergleiches keine Bedenken gegen den Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bestehen.

Im Hinblick darauf, dass in einem "Parallel-Nachprüfungsverfahren" verschiedene Aspekte des Bewertungsverfahrens, etwa auch die Bewertung der Kompetenzmatrix, releviert worden sind, habe der Auftraggeber eine so genannte "Schattenbewertung" durchgerührt. Dabei wurden aus den der Zuschlagsentscheidung zu Grunde gelegten Bewertungen beim Kriterium "konzeptive Qualität" einerseits die Ergebnisse der Bewertung der Kompetenzmatrix und andererseits der Teil "Konzeptinhalte Vorteile/Nachteile" herausgenommen. Damit sei eine fiktive Beurteilung strikt und ausschließlich nach den publizierten Kriterien (samt Sub- und Sub-Subkriterien) des Auftraggebers gegeben. Danach sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin wiederum erstgereiht, die Antragstellerin liege an der letzten Stelle. Die Antragstellerin habe sohin von der Bewertung der Kompetenzmatrix und der "Konzeptinhalte Vorteile/Nachteile" profitiert und sei deshalb vorgereiht worden.

Das vorliegende Bewertungsschema sei bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens, jedenfalls vor der Bewertung der Angebote den Kommissionsmitgliedern vorgelegen und sei bis auf geringfügige Änderungen über die Jahre gleich geblieben. Dies betreffe auch die konkreten Fragestellungen. Die Bewertung sei konkret anhand dieses Bewertungsschemas erfolgt. Die Bewertungskommission sei bei sämtlichen Angeboten mit Herrn C*** und Frau D*** besetzt gewesen. Hinsichtlich der Bewertung der Kompetenzmatrix habe die Kommission aus zwei Personen der Fachabteilung (Abt 6), bei allen Angeboten in gleicher Besetzung, bestanden. Die Bewertung einer Kompetenzmatrix sei in diesem sowie in zwei weiteren Vergabeverfahren des AMS als Zusatzaspekt aufgenommen worden. Um der Darstellung der Kompetenzmatrix Gewicht zu verleihen, sei die Bewertung mit plus 2, 0 oder minus 2 Punkten gewählt worden und so in das standardisierte Bewertungsschema integriert worden. Die Bewertung sei daher beurteilungsrelevant, allerdings nicht in jedem Fall mit der gleichen Auswirkung. Eine Änderung der Gewichtung unter Einbeziehung der Kompetenzmatrix hätte eine Änderung des gesamten Bewertungssystems erfordert. Da es sich um ein methodisches Instrument handle, sei die Beurteilung im Kriterium "Methodik" erfolgt. Die Darstellung der Kompetenzmatrix sollte von den Bietern in Kapitel 7 "Inhalt" erfolgen, da hier keine Beschränkung der Seitenanzahl gegeben sei. Der Bewertungsaspekt "Vorteile/Nachteile Didaktik/Methodik" sei nicht ausschließlich für dieses Vergabeverfahren entwickelt worden. Die zu vergebenden bzw abzuziehenden Punkte seien variabel.

Im Ergebnis würden die relevierten Rechtswidrigkeiten sohin nicht vorliegen. Jedenfalls mangle es aber an der Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG. Die Antragstellerin würde auch bei Zutreffen der Rechtswidrigkeiten für den Zuschlag nicht in Betracht kommen. Die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages sei nicht erschwert oder behindert worden. Überdies sei die Antragstellerin durch die Bewertung der "Kompetenzmatrix" sowie der "Vorteile/Nachteile betreffend Didaktik/Methodik" nicht in ihren subjektiven Rechten verletzt. Im Ergebnis würden die relevierten Rechtswidrigkeiten sohin nicht vorliegen. Jedenfalls mangle es aber an der Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Die Antragstellerin würde auch bei Zutreffen der Rechtswidrigkeiten für den Zuschlag nicht in Betracht kommen. Die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages sei nicht erschwert oder behindert worden. Überdies sei die Antragstellerin durch die Bewertung der "Kompetenzmatrix" sowie der "Vorteile/Nachteile betreffend Didaktik/Methodik" nicht in ihren subjektiven Rechten verletzt.

Mit Schriftsatz vom 12. Juli 2011 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass sie zwar den genauen Inhalt der Zuschlagsentscheidung nicht kenne. Es sei aber darauf zu verweisen, dass bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen keineswegs dieselbe Begründungstiefe zu fordern sei wie bei den übrigen öffentlichen Aufträgen. Die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung des BVA vom 16. März 2011, N/0011-BVA/10/2011-40, stütze die Begründungspflicht im Wesentlichen auf die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG. Diese fordere lediglich eine "Zusammenfassung" der einschlägigen "Gründe" gemäß

Artikel 41 Abs 2 RL 2004/18/EG. Sohin seien bloß die Gründe für die Ablehnung, nicht aber die Vorteile und Merkmale des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Selbst wenn der Verweis auf die Gründe auch die Vorteile und Merkmale des erfolgreichen Angebotes erfassen sollte, so handle es sich aber jedenfalls lediglich um eine Zusammenfassung der Gründe und nicht um deren detaillierte Aufschlüsselung. Darüber hinaus sei die Mutmaßung der Antragstellerin, die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen nicht eingehalten, unsubstantiiert und werde bestritten. Abgesehen davon habe die Auftraggeberin, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in preislicher Hinsicht genau geprüft, was selbst bei prioritären Dienstleistungen nicht geboten sei. Mit Schriftsatz vom 12. Juli 2011 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass sie zwar den genauen Inhalt der Zuschlagsentscheidung nicht kenne. Es sei aber darauf zu verweisen, dass bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen keineswegs dieselbe Begründungstiefe zu fordern sei wie bei den übrigen öffentlichen Aufträgen. Die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung des BVA vom 16. März 2011, N/0011-BVA/10/2011-40, stütze die Begründungspflicht im Wesentlichen auf die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG. Diese fordere lediglich eine "Zusammenfassung" der einschlägigen "Gründe" gemäß Artikel 41 Absatz 2, RL 2004/18/EG. Sohin seien bloß die Gründe für die Ablehnung, nicht aber die Vorteile und Merkmale des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Selbst wenn der Verweis auf die Gründe auch die Vorteile und Merkmale des erfolgreichen Angebotes erfassen sollte, so handle es sich aber jedenfalls lediglich um eine Zusammenfassung der Gründe und nicht um deren detaillierte Aufschlüsselung. Darüber hinaus sei die Mutmaßung der Antragstellerin, die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen nicht eingehalten, unsubstantiiert und werde bestritten. Abgesehen davon habe die Auftraggeberin, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in preislicher Hinsicht genau geprüft, was selbst bei prioritären Dienstleistungen nicht geboten sei.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der darauf Bezug nehmenden Beilagen, der Unterlagen der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 10. August 2011 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, hat die gegenständliche Leistung in einem sogenannten "Standardverfahren des AMS" im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L- 485696-1222 sowie Verdingungsunterlage). Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 645.000,- (exkl. USt) bzw Euro 1.935.000,- (exkl. USt) einschließlich der Option der zweimaligen Wiederbeauftragung. Den Leistungsgegenstand bilden Schulungsmaßnahmen für langzeitbeschäftigungslose Personen bzw hiervon bedrohte Personen für die Geschäftsstelle Laxenburgerstraße.

Die Ausschreibungsunterlagen umfassen insbesondere folgende Dokumente, für welche keine Reihenfolge festgelegt wurde:

- -Strichaufzählung
die Verdingungsunterlage, samt den Unterlagen, auf die in der Verdingungsunterlage verwiesen wird, nämlich:
- -Strichaufzählung
die Leistungsbeschreibung,
- -Strichaufzählung
"Allgemeine Bestimmungen zur Gewährung von finanziellen Leistungen an Bildungsträger für die entstehenden Personal- und Sachkosten bei der Durchführung von Bildungsmaßnahmen, die vom AMS übertragen werden", in der anwendbaren Fassung vom 1. Jänner 2011,
- -Strichaufzählung
die "Definition zu den Unterkriterien der Zuschlagskriterien",
- -Strichaufzählung
diverse Formulare, einerseits zum Vergabeverfahren (zB zur Kalkulation, Punkt 6.4 der Verdingungsunterlage, oder zum Konzept, Punkt 9.8 der Verdingungsunterlage) und
andererseits für die Auftragsabwicklung (zB zur Abrechnung, Punkt 3.12 der Verdingungsunterlage).

Die hier maßgeblichen Passagen der Ausschreibungsunterlagen lauten wie folgt:

Verdingungsunterlage:

6.5 Maßnahmenkonzept

...

- -Strichaufzählung

Die vorgegebenen Formulare für die jeweiligen Kapitel im Maßnahmenkonzept sind verpflichtend zu verwenden (Muss-Kriterium). Der Import von Logos, Fotografien etc. ist möglich, verlängert jedoch nicht den Seitenumfang.

...

- -Strichaufzählung

Die Ausführungen zu den einzelnen (Unter-)Kapiteln (Maßnahmenkonzept) werden hinsichtlich der MUSS-Kriterien geprüft und der Zuschlagskriterien bewertet. Geprüft und bewertet wird ausschließlich im dafür vorgesehenen (Unter-) Kapitel - Ausführungen in anderen (Unter-)Kapiteln sind unzulässig, gegenstandslos und werden daher nicht gewertet (Ausnahme: Bewertung der Didaktik). ...

8 Zuschlagskriterien

8.1 Allgemeines

Von den als geeignet befundenen Bietern wird der Zuschlag dem wirtschaftlich und technisch (inhaltlich) günstigsten Angebot gemäß den folgenden Zuschlagskriterien und der angegebenen Gewichtung erteilt (die insgesamt maximal erreichbare Punkteanzahl beträgt analog zur Prozent-Gewichtung 1000 Punkte, davon entfallen 400 Punkte auf die Kosten der Bildungsmaßnahme), sofern das Angebot die Qualitätsgrenze von 700 Punkten zumindest erreicht.

8.2 Bewertung

Die Bewertung wird anhand der in der Leistungsbeschreibung und der Verdingungsunterlage dargestellten Kriterien vorgenommen.

...,

Die Definition zu den Unterkriterien der Zuschlagskriterien steht unter

http://www.ams.at/_docs/900_unterkriterien_zuschlagskriterien_Vers051_0.pdf zum Download bereit.

8.3. Bewertung der Qualität des eingesetzten Personals Jede Trainerin/jeder Trainer (gilt auch für allfällige sozialpädagogische Betreuungspersonen) wird hinsichtlich der formalen Qualifikation und der Erfahrung einzeln bewertet.

Die Einzelwerte pro Trainer/in für die formale Qualifikation werden aufsummiert und die Summe durch die Anzahl der eingesetzten Trainerinnen dividiert. Der sich ergebende Durchschnittswert wird zur Nutzwertanalyse herangezogen und mit 60% als Unterkriterium gewichtet. Maximal können aus diesem Unterkriterium 150 Punkte erreicht werden.

Die Einzelwerte pro Trainerin) für die Erfahrung werden aufsummiert und die Summe durch die Anzahl der eingesetzten Trainerinnen dividiert. Der sich ergebende Durchschnittswert wird zur Nutzwertanalyse herangezogen und mit 40% als Unterkriterium gewichtet. Maximal können aus diesem Unterkriterium 100 Punkte erreicht werden. Aus beiden Unterkriterien ergeben sich daher maximal 250 Punkte. Es erfolgt keine Gewichtung nach Maßnahmenstundeneinsatz.

8.4. Berechnung der Kostenpunkte

Der Billigstbieter erhält die maximal mögliche Kostenpunkteanzahl (400). Alle Angebote, deren Kosten die des Billigstbieters (auf 2 Stellen gerundet) um bis zu 199,75 % überschreiten, erhalten entsprechend weniger Kostenpunkte; ab 199,76 % werden keine Kostenpunkte vergeben. Es ist daher möglich, dass zwei oder mehr Bieter die gleiche Zahl an Kostenpunkten erhalten.

...

8.6 Bewertungspunkte für MUSS - Kriterien im Raster

Bei den MUSS - Kriterien "Organisationsform", "räumliche Ausstattung" und "technische Ausstattung" wird die Maximalpunkteanzahl (wenn das MUSS - Kriterium erfüllt ist - sonst Ausschluss!) vergeben, um die mögliche Gesamtpunkteanzahl von 1.000 Punkten sicherzustellen. Hierbei handelt es sich ausschließlich um ein MUSS - Kriterium und es erfolgt keine Höherbewertung.

8.7. Raster

Bewertungskriterium	HK in %	UK in %
1. Qualität des eingesetzten Personals	25	
Formale Qualifikation	60	
Erfahrung	40	
2. Konzeptive Qualität	20	
Didaktik	40	
Methodik	50	
Organisationsform (siehe Pkt. 8.6)		10
3. Gleichstellungsorientierung	10	
Gleichstellungsfördernde Maßnahmen		40
Frauenanteil bei Trainerinnen		40
Teilnahmebestätigungen der TrainerInnen hinsichtlich des Besuchs eines Gender-Seminars		10
Teilnahmebestätigungen der TrainerInnen hinsichtlich des Besuchs eines Diversitätstrainings		10
4. Ausstattung und Verkehrsanbindung		
d. gepl. Schulungsortes	5	
Räumliche Ausstattung (siehe Pkt.8.6)		50
Technische Ausstattung (siehe Pkt.8.6)		40
Verkehrsanbindung		10
5. Kosten der Bildungsmaßnahme	40	
Angebotssumme (ohne Unterhalts- und Verpflegungskosten)	100,00	100
geringste Angebotssumme	100,00	
Überschreitung in % zu geringster Summe	0,00%	

HK: Hauptkriterium UK: Unterkriterium

9 Ausschlussgründe

Nur jene Angebote, die ALLE folgenden Kriterien erfüllen werden weiter berücksichtigt und einem Bewertungsverfahren unterzogen: ...

9.8 Inhaltliche Vorgaben

Das Angebot hat den inhaltlichen Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu entsprechen; das Konzept der Bildungsmaßnahme hat den unter

http://www.ams.at/_docs/900_Massnahmenkonzept_1Bezeichnung_Vers0110.doc

http://www.ams.at/_docs/900_Massnahmenkonzept_2Zielgruppe_Vers0110.doc

http://www.ams.at/_docs/900_Massnahmenkonzept_3TeilnehmerInnen_Vers0110.doc

http://www.ams.at/_docs/900_Massnahmenkonzept_4Ziel_Vers0110.doc

http://www.ams.at/_docs/900_Massnahmenkonzept_5Dauer_Ver0110.doc
http://www.ams.at/_docs/900_Massnahmenkonzept_6Schulungsort_Vers0110.doc
http://www.ams.at/_docs/900_Massnahmenkonzept_7Inhalt_Vers0110.doc
http://www.ams.at/_docs/900_Massnahmenkonzept_8Organisationsform_Vers0110.doc
http://www.ams.at/_docs/900_Massnahmenkonzept_9Gleichstellung_Vers0110.doc
http://www.ams.at/_docs/900_Massnahmenkonzept_10Didaktik_Vers0110.doc
http://www.ams.at/_docs/900_Massnahmenkonzept_11Methodik_Vers0110.doc
http://www.ams.at/_docs/900_Massnahmenkonzept_12Kurzfassung_Vers0110.doc

zum Download bereitstehenden Formularen zum Maßnahmenkonzept zu folgen.

Ein Abgehen von den Vorgaben des Punktes 6.5 ist

unzulässig und führt zum sofortigen Ausscheiden des Angebotes.

Leistungsbeschreibung:

8 Kompetenzmatrix

Während des Bewerbungstrainings (mit oder ohne EDV-Basissschulung) in der Gruppe ist vorzusehen, dass für jede Teilnehmerin/jeden Teilnehmer eine persönliche Kompetenzmatrix erarbeitet wird. ...

Seitens des Bieters muss verpflichtend ein Formular bzw. Formblatt einer Kompetenzmatrix als Anhang an das Konzept beigelegt werden, sowie eine ausgearbeitetes Beispiel einer Kompetenzmatrix einer Musterkundin/eines Musterkunden im Baugewerbe (unter der Annahme, dass jene Kundin/jener Kunde die geforderten Qualifikationen und persönlichen Eigenschaften mitbringt).

Eine Darstellung, wie die konkrete Handhabung der Umsetzung in der Maßnahme sowie die Rückmeldung an die regionale Geschäftsstelle hinsichtlich der Kompetenzmatrizen der einzelnen TeilnehmerInnen gehandhabt wird ist im Kapitel 7 Inhalt zu erläutern.

Dieser Punkt ist bei der Bewertung der Konzepte beurteilungsrelevant.

...

Hinsichtlich der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Qualität des eingesetzten Personals" werden in der Leistungsbeschreibung (Punkte 11.1 bis 11.3) für den zum Einsatz kommenden Trainer/innentyp jeweils genaue Festlegungen betreffend die Ausbildung und praktische Erfahrung der Trainer/innen getroffen, die eine entsprechende Zuordnung der Bewertungspunkte (0, 5 oder 10 Punkte) ermöglichen.

Weitere Determinierungen zur Bewertung der Zuschlagskriterien sind darüber hinaus in der einen Teil der Ausschreibungsunterlagen bildenden "Definition zu den Unterkriterien der Zuschlagskriterien" vorgesehen. So werden etwa die Prozentsätze des Frauenanteils der in der Bildungsmaßnahme eingesetzten Trainer/innen zur Vergabe der Punkte (0, 3, 7 oder 10 Punkte) exakt bestimmt. Im Hinblick auf die Unterkriterien "Didaktik", "Methodik", "Gleichstellungsfördernde Maßnahmen" und "Verkehrsanbindung" wird geregelt, dass die Bewertung durch eine Kommission erfolgt, "wodurch die subjektiven Entscheidungen der einzelnen Mitglieder durch die Gesamtbewertung der Kommission objektiviert werden und eine einheitliche verbale Begründung erstellt wird". Weiters ist festgelegt, dass die Bewertung der Didaktik gemäß den Ausführungen der Kapitel 7 "Inhalte" und 10 "Didaktik" des Maßnahmenkonzeptes erfolgt.

Die Kopfzeilen der gemäß Punkt 6.5. der Verdingungsunterlage verpflichtend zu verwendenden Formulare Kapitel 10 "Didaktik" und Kapitel 11 "Methodik" lauten wie folgt:

1. 10.Ziffer 10

Didaktik: Der Gesamtumfang dieses Kapitels inklusive vorgegebener Überschriften darf 8 DIN-A4-Seiten in Schriftgröße 12, TimesNewRoman, nicht überschreiten - MUSS-Kriterium (Überschreitung = Ausscheiden des Angebotes). Die Bewertung der Ausführungen zum Thema "Didaktik" erfolgt gemäß den Ausführungen der Kapitel 7 "Inhalte" und 10 "Didaktik" des Maßnahmenkonzeptes - Ausführungen dazu in anderen Kapiteln sind unzulässig, gegenstandslos und werden daher nicht gewertet.

11 Methodik: Der Gesamtumfang dieses Kapitels inklusive vorgegebener Überschriften darf 10 DIN-A4-Seiten in

Schriftgröße 12, TimesNewRoman, nicht überschreiten - MUSS-Kriterium (Überschreitung = Ausscheiden des Angebotes). Die Bewertung der Ausführungen zum Thema "Methodik" erfolgt ausschließlich in diesem Kapitel - Ausführungen dazu in anderen Kapiteln sind unzulässig, gegenstandslos und werden daher nicht gewertet.

Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 25. März 2011, 09.59 Uhr. Die Öffnung der Angebote erfolgte am selben Tag. Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot gelegt. Es langten insgesamt vier Angebote ein.

Die Bewertung der Angebote erfolgte durch eine Kommission unter Verwendung eines standardisierten Bewertungsschemas des AMS, welches um den Qualitätsaspekt "Kompetenzmatrix" erweitert wurde. Eine "Vollbewertung" durch die Kommission erfolgte bei dem Angebot der Antragstellerin, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie einer weiteren Bieterin. Dem vierten Angebot wurde die Selbstbewertung zugrunde gelegt. Bewertungsbögen der Angebote sowie eine zusammenfassende Bewertung mitsamt verbaler Begründung der Punktevergabe hinsichtlich der Subkriterien "Didaktik", "Methodik" und "Gleichstellungsfördernde Maßnahmen" sind im Prüfbericht der drei "voll" bewerteten Angebote enthalten. Dabei wurden die Subkriterien "Didaktik" und "Methodik" des Zuschlagskriteriums "Konzeptive Qualität" anhand detaillierter Fragestellungen bepunktet. Die maximal zu erreichende Punktezahl je Subkriterium beträgt dabei 10 Punkte. Die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin wurden in diesen Kriterien jeweils nicht gleich hoch bewertet.

Eine Beurteilung der in der Leistungsbeschreibung unter Punkt 8 geforderten Kompetenzmatrix wurde im Rahmen der Bewertung des Subkriteriums "Methodik" vorgenommen. Dabei war in dem der Angebotsbewertung zugrundeliegenden Bewertungsschema vorgesehen, dass hierfür plus 2, 0 oder minus 2 Punkte vergeben werden.

Am 22. Juni 2011 wurde den Bietern die Zuschlagsentscheidung mittels Telefax bekannt gegeben. Sie lautet auszugsweise wie folgt:

Sehr geehrte Frau E***,

das AMS Wien gibt bekannt, dass die B*** nach Durchführung eines Wettbewerbsverfahrens - Standardverfahren des AMS und der damit verbundenen Nutzwertanalyse hinsichtlich obgenannter Bildungsmaßnahme als Bestbieter hervorgegangen ist.

Das AMS Wien beabsichtigt daher, der B*** den Zuschlag zu erteilen (Zuschlagsentscheidung).

...

Das Angebot des Bestbieters beläuft sich auf EUR 398.000,00.

Folgende Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sind festzuhalten: Das Unterkriterium Didaktik wurde wie das Unterkriterium Methodik hoch bewertet, die übrigen Bewertungskriterien sehr hoch bzw. mit dem Punktemaximum. Dazu kommt der geringere Angebotspreis.

Das Angebot der A*** wurde beim Unterkriterium Didaktik mit einem hohen Wert, im Übrigen ebenfalls sehr hoch bzw. mit dem Punktemaximum bewertet. Dazu kommt der höhere Angebotspreis. Insgesamt sind dies auch die Gründe für die Nichtberücksichtigung (wegen Reihung) des Angebots der A***. ...

Am 4. Juli 2011 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Mit Bescheid vom 8. Juli 2011, N/0062- BVA/06/2011-10, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. Ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des BVA und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe ua BVA vom 16. März 2011, N/0011- BVA/10/2011-40 mwN). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag. Ausgeschrieben ist eine nicht prioritäre Dienstleistung gemäß § 6 BVergG (CPV-Code 80400000), welche in einem sogenannten "Standardverfahren des AMS" nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. römisch eins. Zuständigkeit des BVA und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich, vertreten

durch das Arbeitsmarktservice Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe ua BVA vom 16. März 2011, N/0011-BVA/10/2011-40 mwN). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag. Ausgeschrieben ist eine nicht prioritäre Dienstleistung gemäß Paragraph 6, BVergG (CPV-Code 80400000), welche in einem sogenannten "Standardverfahren des AMS" nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des BVA zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des BVA zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Da das Vergabeverfahren nach Auskunft der Auftraggeberin weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das BVA in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da das Vergabeverfahren nach Auskunft der Auftraggeberin weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das BVA in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Der Antrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung, welche gemäß § 141 Abs 5 BVergG als gesondert anfechtbare Entscheidung zu qualifizieren ist. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich, sohin nicht in bereits aufgrund der Aktenlage ersichtlicher Weise, fehlen (vgl grundlegend VwGH vom 18. März 2009, 2007/04/0095; dem folgend ua BVA vom 11. Mai 2009, N/0020-BVA/09/2009-34 = ZVB 2009, 277 [Schlamadinger]; BVA vom 10. Oktober 2010, N/0119-BVA/04/2001-31 = RPA 2010, 145 [Etlinger]). Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Der Antrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung, welche gemäß Paragraph 141, Absatz 5, BVergG als gesondert anfechtbare Entscheidung zu qualifizieren ist. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht offensichtlich, sohin nicht in bereits aufgrund der Aktenlage ersichtlicher Weise, fehlen vergleiche grundlegend VwGH vom 18. März 2009, 2007/04/0095; dem folgend ua BVA vom 11. Mai 2009, N/0020-BVA/09/2009-34 = ZVB 2009, 277 [Schlamadinger]; BVA vom 10. Oktober 2010, N/0119-BVA/04/2001-31 = RPA 2010, 145 [Etlinger]).

II. Inhaltliche Beurteilung - Spruchpunkt I römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung - Spruchpunkt römisch eins

II.1 Da es sich bei dem ausgeschriebenen Auftrag um eine Dienstleistung mit dem CPV-Code 80400000 - Erwachsenenbildung und sonstiger Unterricht handelt, der nach der Entsprechungstabelle der CPV-Verordnung Nr 213/2008 der Kommission dem CPC-Code 92400 entspricht und damit in die Dienstleistungskategorie 24 der Richtlinie 2004/18/EG fällt, handelt es sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 24 in Anh IV zum BVergG. römisch zwei. 1 Da es sich bei dem ausgeschriebenen Auftrag um eine Dienstleistung mit dem CPV-Code 80400000 - Erwachsenenbildung und sonstiger Unterricht handelt, der nach der Entsprechungstabelle der CPV-Verordnung Nr 213 aus 2008, der Kommission dem CPC-Code 92400 entspricht und damit in die Dienstleistungskategorie 24 der Richtlinie 2004/18/EG fällt, handelt es sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 24 in Anh römisch vier zum BVergG.

Zu der hier verfahrensrelevanten Frage der Begründung der Zuschlagsentscheidung in einem Verfahren zur Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen hat das BVA jüngst entschieden, dass auch bei nicht prioritären Entscheidungen die Gründe für die getroffene Entscheidung jedem nicht erfolgreichen Bieter bekannt zu geben sind (BVA vom 16. März 2011, N/011-BVA/10/2011-40 = RPA 2011, 129f [Madl] = ZVB 2011, 240 [T. Gruber]; dem folgend BVA vom 31. Mai 2011, N/0029-BVA/12/2011-22). Das BVA gelangt insbesondere angesichts des Umstandes, dass die Verpflichtung zur

Bekanntgabe und zur Begründung der Zuschlagsentscheidung im speziellen und der Auftraggeberentscheidungen im allgemeinen in den Art 2a sowie 2c der RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG (in der Folge RechtsmittelRL) Regelung findet, zur Ansicht, dass diese Bestimmung dem Rechtsschutz zugehört, dient diese doch maßgeblich der Sicherung der Effektivität des Rechtsschutzes. Das BVA betont sodann, dass der Zweck der Begründung der Zuschlagsentscheidung demnach in der Hintanhaltung von Manipulationen im Vergabeverfahren durch den Auftraggeber, der Überprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung durch die Bieter und der Möglichkeit der Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages liegt. Im Ergebnis lässt sich sohin die Begründungspflicht aus der RechtsmittelRL ableiten, welche undifferenziert auch auf die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungsaufträge Anwendung findet (siehe Art 1 Abs 1 der RechtsmittelRL; idS auch BVA vom 31. Mai 2011, N/0029- BVA/12/2011-22). Neben die Pflicht zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 141 Abs 5 iVm § 2 Z 49 BVergG tritt sohin entsprechend den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auch die Pflicht des Auftraggebers zur Begründung der Zuschlagsentscheidung (in diesem Sinne ausführlich Madl in RPA 2011, 129f). Zu der hier verfahrensrelevanten Frage der Begründung der Zuschlagsentscheidung in einem Verfahren zur Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen hat das BVA jüngst entschieden, dass auch bei nicht prioritären Entscheidungen die Gründe für die getroffene Entscheidung jedem nicht erfolgreichen Bieter bekannt zu geben sind (BVA vom 16. März 2011, N/011-BVA/10/2011-40 = RPA 2011, 129f [Madl] = ZVB 2011, 240 [T. Gruber]; dem folgend BVA vom 31. Mai 2011, N/0029-BVA/12/2011-22). Das BVA gelangt insbesondere angesichts des Umstandes, dass die Verpflichtung zur Bekanntgabe und zur Begründung der Zuschlagsentscheidung im speziellen und der Auftraggeberentscheidungen im allgemeinen in den Artikel 2 a, sowie 2c der RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG (in der Folge RechtsmittelRL) Regelung findet, zur Ansicht, dass diese Bestimmung dem Rechtsschutz zugehört, dient diese doch maßgeblich der Sicherung der Effektivität des Rechtsschutzes. Das BVA betont sodann, dass der Zweck der Begründung der Zuschlagsentscheidung demnach in der Hintanhaltung von Manipulationen im Vergabeverfahren durch den Auftraggeber, der Überprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung durch die Bieter und der Möglichkeit der Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages liegt. Im Ergebnis lässt sich sohin die Begründungspflicht aus der RechtsmittelRL ableiten, welche undifferenziert auch auf die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungsaufträge Anwendung findet (siehe Artikel eins, Absatz eins, der RechtsmittelRL; idS auch BVA vom 31. Mai 2011, N/0029- BVA/12/2011-22). Neben die Pflicht zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 141, Absatz 5, in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 49, BVergG tritt sohin entsprechend den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auch die Pflicht des Auftraggebers zur Begründung der Zuschlagsentscheidung (in diesem Sinne ausführlich Madl in RPA 2011, 129f).

Die maßgebliche Bestimmung des Art 2a Abs 2 4. UA RechtsmittelRL ordnet an, dass der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an jeden betroffenen Bieter und Bewerber vorbehaltlich des Art 41 Abs 3 RL 2004/18/EG eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Art 41 Abs 2 RL 2004/18/EG und eine genaue Angabe der konkreten Stillhaltefrist, die gemäß den einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieses Absatzes anzuwenden ist, beigefügt werden. Art 41 Abs 2 der RL 2004/18/EG sieht vor, dass der Auftraggeber jedem nicht erfolgreichen Bewerber die Gründe für die Ablehnung seiner Bewerbung, jedem nicht erfolgreichen Bieter die Gründe für die Ablehnung seines Angebots einschließlich der Gründe für die fehlende Gleichwertigkeit angebotener Produkte sowie jedem Bieter, der ein ordnungsgemäßes Angebot gelegt hat, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie die Namen des Zuschlagsempfängers oder der Parteien der Rahmenvereinbarung mitteilt. Die maßgebliche Bestimmung des Artikel 2 a, Absatz 2, 4. UA RechtsmittelRL ordnet an, dass der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an jeden betroffenen Bieter und Bewerber vorbehaltlich des Artikel 41, Absatz 3, RL 2004/18/EG eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Artikel 41, Absatz 2, RL 2004/18/EG und eine genaue Angabe der konkreten Stillhaltefrist, die gemäß den einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieses Absatzes anzuwenden ist, beigefügt werden. Artikel 41, Absatz 2, der RL 2004/18/EG sieht vor, dass der Auftraggeber jedem nicht erfolgreichen Bewerber die Gründe für die Ablehnung seiner Bewerbung, jedem nicht erfolgreichen Bieter die Gründe für die Ablehnung seines Angebots einschließlich der Gründe für die fehlende Gleichwertigkeit angebotener Produkte sowie jedem Bieter, der ein ordnungsgemäßes Angebot gelegt hat, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie die Namen des Zuschlagsempfängers oder der Parteien der Rahmenvereinbarung mitteilt.

Der erkennende Senat sieht sich nicht veranlasst von dieser jüngsten Rechtsprechung des BVA abzuweichen. Es ist zwar richtig, dass die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen grundsätzlich einem "verdünnten" Vergaberegime unterworfen ist. Dies bestätigt auch die jüngere Rechtsprechung des EuGH zur Bekanntgabe von Zuschlagskriterien

und deren Gewichtung bei nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen (EuGH vom 18. November 2011, C-226/09, Kommission/Irland = RPA 2011, 46 [Reisner]). Allerdings hält der EuGH auch fest, dass Aufträge über nicht prioritäre Dienstleistungen den fundamentalen Regeln des Unionsrechtes, insbesondere den Grundsätzen des AEUV im Bereich des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit unterworfen sind (Rz 29 des og Urteiles; vgl auch § 141 Abs 2 BVergG sowie hierzu RV 1171 BlgNR 22. GP 91; ebenso ausführlich Grasböck in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel § 141 Rz 185 ff). Während nun aber mangels Geltung sekundärrechtlicher Bestimmungen über die Zuschlagskriterien bei nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen die Prüfung in der Rechtssache Kommission/Irland ausschließlich nach Maßgabe des Primärrechts der Union vorzunehmen war, so erübrigt sich vorliegend ein Rückgriff auf das Primärrecht. Die Pflicht zur Begründung der Zuschlagsentscheidung wie auch sonstiger Entscheidungen des Auftraggebers gründet auf der RechtsmittelRL, welche insofern dem auch bei nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen geltenden allgemeinen Diskriminierungsverbot und den daraus abzuleitenden Anforderungen an die Transparenz und Publizität des Vergabeverfahrens Rechnung trägt. Der erkennende Senat sieht sich nicht veranlasst von dieser jüngsten Rechtsprechung des BVA abzuweichen. Es ist zwar richtig, dass die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen grundsätzlich einem "verdünnten" Vergaberegime unterworfen ist. Dies bestätigt auch die jüngere Rechtsprechung des EuGH zur Bekanntgabe von Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bei nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen (EuGH vom 18. November 2011, C-226/09, Kommission/Irland = RPA 2011, 46 [Reisner]). Allerdings hält der EuGH auch fest, dass Aufträge über nicht prioritäre Dienstleistungen den fundamentalen Regeln des Unionsrechtes, insbesondere den Grundsätzen des AEUV im Bereich des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit unterworfen sind (Rz 29 des og Urteiles; vergleiche auch Paragraph 141, Absatz 2, BVergG sowie hierzu Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 91; ebenso ausführlich Grasböck in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Paragraph 141, Rz 185 ff). Während nun aber mangels Geltung sekundärrechtlicher Bestimmungen über die Zuschlagskriterien bei nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen die Prüfung in der Rechtssache Kommission/Irland ausschließlich nach Maßgabe des Primärrechts der Union vorzunehmen war, so erübrigt sich vorliegend ein Rückgriff auf das Primärrecht. Die Pflicht zur Begründung der Zuschlagsentscheidung wie auch sonstiger Entscheidungen des Auftraggebers gründet auf der RechtsmittelRL, welche insofern dem auch bei nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen geltenden allgemeinen Diskriminierungsverbot und den daraus abzuleitenden Anforderungen an die Transparenz und Publizität des Vergabeverfahrens Rechnung trägt.

In diesem Sinne wird in den Erwägungsgründen der RL zur Änderung der RechtsmittelRL (RL 2007/66/EG) ausgeführt, dass die mit diesen Richtlinien (RL 89/665/EWG und RL 92/13/EWG) angestrebten Garantien im Hinblick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung verstärkt werden sollen, um zu gewährleisten, dass die positiven Effekte der Modernisierung und Vereinfachung der Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen im Rahmen der Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG für die Gemeinschaft insgesamt voll zum Tragen kommen. Daher sollten gleichzeitig mit der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den betroffenen Bietern die relevanten Informationen übermittelt werden, die für sie unerlässlich sind, um eine wirksame Nachprüfung zu beantragen. Zu diesen einschlägigen Informationen zählen insbesondere - in zusammengefasster Form - die einschlägigen Gründe, die in Artikel 41 der RL 2004/18/EG und Art 49 der RL 2004/17/EG vorgesehen sind (siehe 3., 6. und 7. Erwägungsgrund der RL zur Änderung der RechtsmittelRL). In diesem Sinne wird in den Erwägungsgründen der RL zur Änderung der RechtsmittelRL (RL 2007/66/EG) ausgeführt, dass die mit diesen Richtlinien (RL 89/665/EWG und RL 92/13/EWG) angestrebten Garantien im Hinblick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung verstärkt werden sollen, um zu gewährleisten, dass die positiven Effekte der Modernisierung und Vereinfachung der Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen im Rahmen der Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG für die Gemeinschaft insgesamt voll zum Tragen kommen. Daher sollten gleichzeitig mit der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den betroffenen Bietern die relevanten Informationen übermittelt werden, die für sie unerlässlich sind, um eine wirksame Nachprüfung zu beantragen. Zu diesen einschlägigen Informationen zählen insbesondere - in zusammengefasster Form - die einschlägigen Gründe, die in Artikel 41 der RL 2004/18/EG und Artikel 49, der RL 2004/17/EG vorgesehen sind (siehe 3., 6. und 7. Erwägungsgrund der RL zur Änderung der RechtsmittelRL).

Entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vermag das BVA keine Beschränkung des Inhalts der Begründung auf die Gründe für die Ablehnung des Angebotes des nicht berücksichtigten Bieters bzw für die Ablehnung der Bewerbung des nicht erfolgreichen Bewerbers zu sehen. Art 41 Abs 2 3. Spiegelstrich der RL/2004/18/EG betrifft gerade jene Bieter als Adressaten der Zuschlagsentscheidung, deren Angebot zwar nicht ausgeschieden wurde, deren Angebot aber hinter dem am besten bewerteten Angebot geblieben ist (siehe

Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 131 Rz 29). Folgerichtig verweist der hier maßgebliche Art 2a Abs 2 4. UA der RechtsmittelRL unterschiedslos auf Art 41 Abs 2 der RL/2004/18/EG und trifft keine Einschränkung auf die ersten beiden Spiegelstriche des Art 41 Abs 2 der RL/2004/18/EG. Entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vermag das BVA keine Beschränkung des Inhalts der Begründung auf die Gründe für die Ablehnung des Angebotes des nicht berücksichtigten Bieters bzw für die Ablehnung der Bewerbung des nicht erfolgreichen Bewerbers zu sehen. Artikel 41, Absatz 2, 3. Spiegelstrich der RL/2004/18/EG betrifft gerade jene Bieter als Adressaten der Zuschlagsentscheidung, deren Angebot zwar nicht ausgeschieden wurde, deren Angebot aber hinter dem am besten bewerteten Angebot geblieben ist (siehe Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 131, Rz 29). Folgerichtig verweist der hier maßgebliche Artikel 2 a, Absatz 2, 4. UA der RechtsmittelRL unterschiedslos auf Artikel 41, Absatz 2, der RL/2004/18/EG und trifft keine Einschränkung auf die ersten beiden Spiegelstriche des Artikel 41, Absatz 2, der RL/2004/18/EG.

In Art 2a Abs 2 4. UA der RechtsmittelRL wird zwar auf die "Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Artikel 41 Abs 2" Bezug genommen. Eine allein den Wortlaut ("Gründe") als maßgeblich erachtende Auslegung ließe allerdings den Sinn und Zweck der betreffenden Regelung, welcher sich unmissverständlich in den oben genannten Erwägungsgründen manifestiert, gänzlich unberücksichtigt. Als einschlägige, eine wirksame Nachprüfung zulassende Informationen sind daher nach Ansicht des erkennenden Senates jedenfalls auch die Gründe für die Auswahl des erfolgreichen Angebotes, sohin dessen Vorteile und Merkmale, zu qualifizieren. Gerade diese Informationen gewähren in Zusammenhalt mit den mitgeteilten Gründen für die Ablehnung und gegebenenfalls für die mangelnde Gleichwertigkeit des eigenen Angebotes eine Nachvollziehbarkeit der die Entscheidung tragenden Überlegungen des Auftraggebers und damit die Einschätzung der Erfolgsaussichten eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens. Nur auf diese Weise wird ein Vergleich der Beurteilungen der nicht zum Zuge kommenden Angebote mit dem erfolgreichen Angebot möglich, wofür die Begründung des Auftraggebers dem Bieter die notwendige Informationsbasis geben muss (siehe Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 131 Rz 29). Dementsprechend hat das BVA bereits in der oben zitierten Entscheidung vom 16. März 2011, N/011-BVA/10/2011-40, ausgeführt, dass den Auftraggeber die gleiche "Begründungstiefe" - im Sinne der gleichen Anforderungen an den Inhalt der Begründung - wie bei den übrigen Aufträgen trifft (dem folgend BVA vom 31. Mai 2011, N/0029-BVA/12/2011-22; siehe auch EuG vom 25. Februar 2003, T-4/01, Renco/Rat). In Artikel 2 a, Absatz 2, 4. UA der RechtsmittelRL wird zwar auf die "Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Artikel 41 Absatz 2, Bezug genommen. Eine allein den Wortlaut ("Gründe") als maßgeblich erachtende Auslegung ließe allerdings den Sinn und Zweck der betreffenden Regelung, welcher sich unmissverständlich in den oben genannten Erwägungsgründen manifestiert, gänzlich unberücksichtigt. Als einschlägige, eine wirksame Nachprüfung zulassende Informationen sind daher nach Ansicht des erkennenden Senates jedenfalls auch die Gründe für die Auswahl des erfolgreichen Angebotes, sohin dessen Vorteile und Merkmale, zu qualifizieren. Gerade diese Informationen gewähren in Zusammenhalt mit den mitgeteilten Gründen für die Ablehnung und gegebenenfalls für die mangelnde Gleichwertigkeit des eigenen Angebotes eine Nachvollziehbarkeit der die Entscheidung tragenden Überlegungen des Auftraggebers und damit die Einschätzung der Erfolgsaussichten eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens. Nur auf diese Weise wird ein Vergleich der Beurteilungen der nicht zum Zuge kommenden Angebote mit dem erfolgreichen Angebot möglich, wofür die Begründung des Auftraggebers dem Bieter die notwendige Informationsbasis geben muss (siehe Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 131, Rz 29). Dementsprechend hat das BVA bereits in der oben zitierten Entscheidung vom 16. März 2011, N/011-BVA/10/2011-40, ausgeführt, dass den Auftraggeber die gleiche "Begründungstiefe" - im Sinne der gleichen Anforderungen an den Inhalt der Begründung - wie bei den übrigen Aufträgen trifft (dem folgend BVA vom 31. Mai 2011, N/0029-BVA/12/2011-22; siehe auch EuG vom 25. Februar 2003, T-4/01, Renco/Rat).

In der vorliegenden Konstellation bedeutet dies, dass mit den von der Auftraggeberin gewählten Formulierungen "hoch", "mit einem hohen Wert", "sehr hoch" sowie "Punktemaximum" lediglich grobe Hinweise auf die Punktevergabe erfolgt sind, welche die tatsächlich erreichte Punktezahl jedenfalls nicht ausdrücken. Dies verdeutlicht auch der Umstand, dass entsprechend der vorgenommenen Bewertung durch die Auftraggeberin die Bewertung "hoch" und "mit einem hohen Wert" nicht jedenfalls die gleiche erreichte Punktezahl bedeutet. Darüber hinaus bringt die Angabe, dass ein Kriterium "sehr hoch bzw mit dem Punktemaximum" bewertet wurde, angesichts der Bedeutung des verwendeten Bindewortes "beziehungsweise" nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Bewertung "sehr hoch" mit dem Punktemaximum gleich zu setzen ist. Daher musste die Antragstellerin nicht in jedem Fall eine idente

Bewertung ihres Angebotes und des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in diesen Kriterien annehmen. Auch wurden der Antragstellerin die jeweils erreichten Gesamtpunkte nicht mitgeteilt. Für die Antragstellerin sind diese Angaben zur Bewertung der Angebote sohin völlig unklar und nicht nachvollziehbar.

Aber auch die Angabe der exakten Punktebewertung sowohl der Antragstellerin als auch der präsumtiven Bestbieterin erfüllt die gesetzlichen Anforderungen an die Begründung der Zuschlagsentscheidung - zumindest hinsichtlich einzelner Kriterien - nicht. Nach den bestandsfesten Festlegungen der Ausschreibung ist der Bewertung der Subkriterien "Didaktik", "Methodik", "Gleichstellungsfördernde Maßnahmen" und "Verkehrsanbindung" eine einheitliche verbale Begründung durch eine Kommission zugrunde zu legen. In den übrigen Kriterien erfolgt die Bewertung (zB 0, 5 oder 10 Punkte) anhand von vorab definierten Vorgaben etwa hinsichtlich der formalen Qualifikation und der praktischen Erfahrung der Trainer/innen, welche durch entsprechende Nachweise zu belegen sind. Hat nun aber die Auftraggeberin eine verbale Begründung der Angebotsbewertung nicht bestandsfest ausgeschlossen, sondern wie vorliegend diese vielmehr in ihren Ausschreibungsunterlagen zumindest teilweise bestandskräftig festgelegt, so sind, will man dem oben aufgezeigten Zweck der Begründung der Zuschlagsentscheidung gerecht werden, die im Rahmen der Zuschlagsentscheidung mitzuteilenden Informationen diesbezüglich ebenfalls in entsprechende Worte zu fassen (siehe zur Beilage der Punktebewertung der Jury auch BVA vom 16. Oktober 2009, N/0071-BVA/13/2009-29 = RPA 2009, 314 [Etlinger] = ZVB 2010, [T. Gruber]). Dieses Erfordernis gründet auch darauf, dass die betreffenden Fragestellungen in den Subkriterien "Methodik" und "Didaktik" den Bietern vorab gar nicht bekannt waren und bloße Punkteangaben folgedessen keinerlei Informationswert zukommt.

Als "Begründung" iSd der gesetzlichen Vorgaben kann daher in der vorliegenden Konstellation bezüglich der verbal zu begründenden Kriterien nicht bloß das Ergebnis der Punktebewertung gesehen werden, sondern es sind gerade die Überlegungen der Auftraggeberin, weshalb sie wie viele Punkte vergeben hat, als einschlägige Gründe anzusehen. Erst durch diese Informationen werden die für die Beurteilung der Angebotes wesentlichen Faktoren transparent und die Entscheidung der Auftraggeberin überprüfbar (siehe auch Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1369). Neben der Mitteilung der erreichten Bewertungspunkte sind sohin auch die Gründe für die unterschiedliche Punktevergabe zu erläutern (Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 131 Rz 29). Als "Begründung" iSd der gesetzlichen Vorgaben kann daher in der vorliegenden Konstellation bezüglich der verbal zu begründenden Kriterien nicht bloß das Ergebnis der Punktebewertung gesehen werden, sondern es sind gerade die Überlegungen der Auftraggeberin, weshalb sie wie viele Punkte vergeben hat, als einschlägige Gründe anzusehen. Erst durch diese Informationen werden die für die Beurteilung der Angebotes wesentlichen Faktoren transparent und die Entscheidung der Auftraggeberin überprüfbar (siehe auch Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1369). Neben der Mitteilung der erreichten Bewertungspunkte sind sohin auch die Gründe für die unterschiedliche Punktevergabe zu erläutern (Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 131, Rz 29).

Dagegen kann sich hinsichtlich der anderen, keine verbale Begründung erfordernden Zuschlags- bzw. Unterkriterien die Begründung der Zuschlagsentscheidung auf exakte Angaben zu den erreichten Punkten beschränken, zumal auf Basis der Ausschreibungsunterlagen, in denen nähere Spezifikationen getroffen wurden, die Gründe für die erreichten Punkte im erforderlichen Ausmaß durch entsprechende Zuordnung nachvollzogen werden können.

Der Auftraggeberin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist in diesem Zusammenhang allerdings insofern zuzustimmen, als diese bekannt zu gebenden Informationen nicht den gesamten Umfang der verbalen Ausführungen der Bewertungskommission umfassen müssen und diese daher gewissermaßen eine bloße "Zusammenfassung der einschlägigen Gründe" darstellen. Aicher spricht etwa davon, dass es einer kurzen Erläuterung der Gründe für die Vergabe der Bewertungspunkte bedarf (Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 131 Rz 29). Dies bedeutet aber keine Einschränkung hinsichtlich des Inhalts der Begründung iSd Art 2a 4. UA der RechtsmittelRL. Der Auftraggeberin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist in diesem Zusammenhang allerdings insofern zuzustimmen, als diese bekannt zu gebenden Informationen nicht den gesamten Umfang der verbalen Ausführungen der Bewertungskommission umfassen müssen und diese daher gewissermaßen eine bloße "Zusammenfassung der einschlägigen Gründe" darstellen. Aicher spricht etwa davon, dass es einer kurzen Erläuterung der Gründe für die Vergabe der Bewertungspunkte bedarf (Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 131, Rz 29). Dies bedeutet aber keine Einschränkung hinsichtlich des Inhalts der Begründung iSd Artikel 2 a, 4. UA der RechtsmittelRL.

Zum Vorbringen der Auftraggeberin, dass es den ureigensten Geschäftsgeheimnissen der einzelnen Bieter widerspreche, wenn die verbale Begründung der Bewertungskommission, die auf Grundlage des eingereichten

Konzeptes erfolgt sei, offengelegt würde, ist festzuhalten, dass dieses im Vergabeverfahrensakt keinerlei Niederschlag findet und erstmals mit Schriftsatz vom 8. August 2011 ohne nähere Darlegungen erfolgt ist. Insofern kann sich der Senat nicht des Eindrucks verwehren, dass es sich hierbei um eine bloße "Behauptung" handelt. Auch verliert das Vorbringen im Hinblick auf die von der Auftraggeberin angesprochene Branchenkenntnis an Glaubhaftigkeit.

Der Auftraggeberin kann insofern beiegepflichtet werden, als es keineswegs darauf ankommt, die Inhalte der einzelnen Konzepte der Bieter im Detail offen zu legen. Vielmehr ist die Punktevergabe durch verbale Ausführungen zu belegen. Folgte man aber der Argumentation, so ließe sich im Falle der Bewertung von Konzepten, welche regelmäßig Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse beinhalten, nie eine rechtskonform begründete Zuschlagsentscheidung treffen. Davon ist jedoch nicht auszugehen. Die Berufung auf ein Geheimhaltungserfordernis stellt aber im Sinne der Effektivität des Rechtsschutzes eine restriktiv zu handhabende Ausnahme von der Begründungspflicht dar (Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 131 Rz 30; ebenso Merl, Rechtsfolgen einer fehlerhaften oder unzureichenden Begründung der Zuschlagsentscheidung, RPA, 2010, 321). Das BVA geht angesichts des von der RechtsmittelRL verfolgten Zwecks und des Umstandes, dass eine Mitteilung der Gründe in zusammengefasster Form genügt, nicht davon aus, dass bei der Beschaffung nicht prioritärer Dienstleistungen ein weniger strenger Maßstab anzusetzen wäre. Dies umso mehr als § 141 Abs 2 BVergG ausdrücklich die Beachtung des Diskriminierungsverbotes und damit des innewohnenden Transparenzgebotes fordert (siehe etwa Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 667). Der Auftraggeberin kann insofern beiegepflichtet werden, als es keineswegs darauf ankommt, die Inhalte der einzelnen Konzepte der Bieter im Detail offen zu legen. Vielmehr ist die Punktevergabe durch verbale Ausführungen zu belegen. Folgte man aber der Argumentation, so ließe sich im Falle der Bewertung von Konzepten, welche regelmäßig Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse beinhalten, nie eine rechtskonform begründete Zuschlagsentscheidung treffen. Davon ist jedoch nicht auszugehen. Die Berufung auf ein Geheimhaltungserfordernis stellt aber im Sinne der Effektivität des Rechtsschutzes eine restriktiv zu handhabende Ausnahme von der Begründungspflicht dar (Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 131, Rz 30; ebenso Merl, Rechtsfolgen einer fehlerhaften oder unzureichenden Begründung der Zuschlagsentscheidung, RPA, 2010, 321). Das BVA geht angesichts des von der RechtsmittelRL verfolgten Zwecks und des Umstandes, dass eine Mitteilung der Gründe in zusammengefasster Form genügt, nicht davon aus, dass bei der Beschaffung nicht prioritärer Dienstleistungen ein weniger strenger Maßstab anzusetzen wäre. Dies umso mehr als Paragraph 141, Absatz 2, BVergG ausdrücklich die Beachtung des Diskriminierungsverbotes und damit des innewohnenden Transparenzgebotes fordert (siehe etwa Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 667).

Im Übrigen kommt einer allfälligen Berufung auf die Geheimhaltung berechtigter Geschäftsinteressen wohl kaum hinsichtlich der das eigene Angebot betreffenden Überlegungen Bedeutung zur. Diese Angaben hat die Auftraggeberin aber vorliegend ebenfalls unterlassen. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass es einem Auftraggeber obliegt, die Ausschreibung derart zu gestalten, dass den Bestimmungen des BVergG entsprochen werden kann. Das gilt auch für das "Zusammenspiel" zwischen zu bewertenden Angebotsinhalten und der transparenten Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung.

Aufgrund obiger Ausführungen entspricht die angefochtene Zuschlagsentscheidung nicht den dargestellten inhaltlichen Anforderungen und erweist sich sohin als rechtswidrig. Die Antragstellerin konnte nicht bereits am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen, die es ihr ermöglichen, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen (siehe grundlegend BVA vom 19. August 2009, N/0071-

BVA/13/2009-29 = RPA 2009, 314 [Etlinger] = ZVB 2010, 28 [T. Gruber];

BVA vom 18. September 2009, N/0084-BVA/13/2009-41 = RPA 2009, 327

[Rindler]; Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 701). Wie das BVA in seiner bereits zitierten Entscheidung vom 16. März 2011, N/0011-BVA/10/2011-40, ausgesprochen hat, lässt sich die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Unterlassung der Begründung einer Zuschlagsentscheidung auf die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen übertragen, als der Zweck der Mitteilung der Gründe für die Zuschlagsentscheidung - die Überprüfung der Zuschlagsentscheidung und die Vorbereitung eines Nachprüfungsantrags unter Vermeidung einer Verkürzung der zur Verfügung stehenden Frist - geschützt werden soll. Im Sinne der höchstgerichtlichen Judikatur ist die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des § 325 Abs 1 Z 2 BVergG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages

dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist (vgl. VwGH vom 22. April 2009, 2009/04/0081 = RPA 2009, 234 [Papst] = ZVB 2009, 324 [G. Gruber, Eisner]). Für die Wesentlichkeit reicht somit eine "lediglich" potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens aus (siehe auch Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 325 Rz 12 mwN). Die Verpflichtung zur Begründung der Zuschlagsentscheidung soll demnach die Einbringung eines Nachprüfungsantrages mit ausreichender Vorbereitungszeit ermöglichen und insofern auf bloße Vermutungen gestützten Nachprüfungsanträgen vorbeugen (siehe ebenso BVA vom 16. März 2011, N/0011-BVA/10/2011-40).[Rindler]; Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 701). Wie das BVA in seiner bereits zitierten Entscheidung vom 16. März 2011, N/0011-BVA/10/2011-40, ausgesprochen hat, lässt sich die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Unterlassung der Begründung einer Zuschlagsentscheidung auf die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen übertragen, als der Zweck der Mitteilung der Gründe für die Zuschlagsentscheidung - die Überprüfung der Zuschlagsentscheidung und die Vorbereitung eines Nachprüfungsantrags unter Vermeidung einer Verkürzung der zur Verfügung stehenden Frist - geschützt werden soll. Im Sinne der höchstgerichtlichen Judikatur ist die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist vergleiche VwGH vom 22. April 2009, 2009/04/0081 = RPA 2009, 234 [Papst] = ZVB 2009, 324 [G. Gruber, Eisner]). Für die Wesentlichkeit reicht somit eine "lediglich" potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens aus (siehe auch Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 325, Rz 12 mwN). Die Verpflichtung zur Begründung der Zuschlagsentscheidung soll demnach die Einbringung eines Nachprüfungsantrages mit ausreichender Vorbereitungszeit ermöglichen und insofern auf bloße Vermutungen gestützten Nachprüfungsanträgen vorbeugen (siehe ebenso BVA vom 16. März 2011, N/0011-BVA/10/2011-40).

Diese Voraussetzung der Wesentlichkeit liegt im gegenständlichen Fall entgegen der Ansicht der Auftraggeberin vor. Die Angaben der Auftraggeberin in der Zuschlagsentscheidung sind - abgesehen von der Angabe des Angebotspreises des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebotes - nicht geeignet, die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung in ausreichendem Maße und damit ein seriöses Abschätzen der Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrages zu gewährleisten. Die Auftraggeberin bleibt jegliche verbale Erklärung für die Herleitung der Punkte bei den verbal zu begründenden Kriterien schuldig. Es mag zwar stimmen, dass die Antragstellerin mit einer ähnlich hohen Bewertung des Konzeptes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin rechnen durfte. Dies ändert aber nichts daran, dass auch diese Bewertung transparent zu machen ist, um entsprechend nachvollzogen werden zu können. Schließlich vermag das Vorbringen aber auch insofern nicht zu überzeugen, als gegenständlich gerade mit dem Zusatzaspekt "Kompetenzmatrix" ein weiterer qualitativer Aspekt ergänzend in die Beurteilung des Konzeptes aufgenommen werden sollte, sodass der Qualität des Konzeptes sehr wohl mehr Bedeutung zukommt als es die Auftraggeberin darzustellen versucht. Somit kann auch die - erst mit Schriftsatz vom 8. August 2011 - vorgelegte "Schattenbewertung" vom 4. Juli 2011, welche auch das kommissionell gar nicht "voll" bewertete (!) Angebot eines vierten Bieters einbezieht, die Argumentation der Auftraggeberin, dass für die Antragstellerin mit dem Wissen um die Bewertung der konzeptiven Qualität nichts gewonnen wäre, da sie hier ohnehin wesentlich durch Bewertung der "Kompetenzmatrix" und "Konzeptinhalt" profitiert habe, nicht stützen. Überdies konnte die Antragstellerin ihren allfälligen "Vorteil" aus der Bewertung der "Kompetenzmatrix" und "Konzeptinhalte Vorteile/Nachteile" mangels entsprechender Erläuterungen der der Bewertung zugrundeliegenden Überlegungen gerade nicht erkennen. Der Antragstellerin war mangels entsprechender Informationen jegliche Argumentation betreffend die qualitative Beurteilung verwehrt.

Darüber hinaus hat die Auftraggeberin mit der Wortwahl "hoch", "sehr hoch" und "Punktemaximum" die jeweils erreichten Punkte keineswegs so klar ausgedrückt, dass dadurch die tatsächlich erreichten Punkte in sämtlichen Kriterien (Zuschlags- und Subkriterien) eindeutig bestimmt und nachvollzogen werden könnten. Schließlich ist festzuhalten, dass die Begründung der Zuschlagsentscheidung letzten Endes auch der Überprüfung der Zuschlagsentscheidung auf deren Übereinstimmung mit den Vorgaben der Ausschreibung dient (siehe auch Punkt II.2. der rechtlichen Beurteilung). Auch diese Überprüfung war der Antragstellerin mangels erläuternder Ausführungen zur konkreten Bewertung nicht möglich. Darüber hinaus hat die Auftraggeberin mit der Wortwahl "hoch", "sehr hoch" und "Punktemaximum" die jeweils erreichten Punkte keineswegs so klar ausgedrückt, dass dadurch die tatsächlich erreichten Punkte in sämtlichen Kriterien (Zuschlags- und Subkriterien) eindeutig bestimmt und nachvollzogen werden könnten. Schließlich ist festzuhalten, dass die Begründung der Zuschlagsentscheidung letzten Endes auch der

Überprüfung der Zuschlagsentscheidung auf deren Übereinstimmung mit den Vorgaben der Ausschreibung dient (siehe auch Punkt römisch zwei.2. der rechtlichen Beurteilung). Auch diese Überprüfung war der Antragstellerin mangels erläuternder Ausführungen zur konkreten Bewertung nicht möglich.

Es ist daher festzuhalten, dass die mit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung bekannt gegebenen Informationen nicht ausreichen, eine Einschätzung, ob die Zuschlagsentscheidung rechtmäßig getroffen wurde und ihre Bekämpfung aussichtsreich ist, zu ermöglichen.

Da somit die Voraussetzungen für die Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung vorliegen ist diese für nichtig zu erklären.

Darüber hinaus ist auf eine weitere Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung zu verweisen:

II. 2. Vorauszuschicken ist, dass die gegenständliche Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft erlangt hat und sohin nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzumutbar oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA vom 16. April 2008, N/0029-BVA/09/2008-27 = ZVB 2008, 209 [Hackl]). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA vom 25. November 2009, N/0110-BVA/09/2009-28 = RPA 2010, 81 [Rindler] = ZVB 2010, 60 [Hackl]; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem BVA verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054 = RPA 2005, 24 [Latzenhofer]; VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; zuletzt ua VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; für viele ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN). Folglich kann die Beurteilung der Frage, ob der Ausschreibung eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Festlegung der Zuschlagskriterien, insbesondere hinsichtlich deren Bestimmtheit, zugrunde liegt, grundsätzlich nicht mehr aufgegriffen werden. Zumal der Gesetzgeber nicht zwischen fundamentalen Rechtswidrigkeiten und sonstigen Fehlern differenziert, ist von einer umfassenden Präklusionswirkung auszugehen, die grundsätzlich jegliche Rechtswidrigkeit betrifft (siehe Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel § 312 Rz 186f; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1793). römisch zwei. 2. Vorauszuschicken ist, dass die gegenständliche Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft erlangt hat und sohin nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzumutbar oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA vom 16. April 2008, N/0029-BVA/09/2008-27 = ZVB 2008, 209 [Hackl]). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA vom 25. November 2009, N/0110-BVA/09/2009-28 = RPA 2010, 81 [Rindler] = ZVB 2010, 60 [Hackl]; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu Paragraph 321.). Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem BVA verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054 = RPA 2005, 24 [Latzenhofer]; VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; zuletzt ua VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; für viele ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN). Folglich kann die Beurteilung der Frage, ob der Ausschreibung eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Festlegung der Zuschlagskriterien, insbesondere hinsichtlich deren Bestimmtheit, zugrunde liegt, grundsätzlich nicht mehr aufgegriffen werden. Zumal der Gesetzgeber nicht zwischen fundamentalen Rechtswidrigkeiten und sonstigen Fehlern differenziert, ist von einer umfassenden Präklusionswirkung auszugehen, die grundsätzlich jegliche Rechtswidrigkeit betrifft (siehe Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Paragraph 312, Rz 186f; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1793).

Vorliegend ist nach Ansicht des erkennenden Senates nicht von einer Konstellation auszugehen, die eine im Nachhinein objektiv nachvollziehbare und den auch bei nicht prioritären Dienstleistungen gemäß § 141 Abs 2 BVergG zu berücksichtigenden allgemeinen Vergabegrundsätzen genügende Ermittlung des Bestbieters grundsätzlich unmöglich macht (vgl etwa VwGH vom 1. Oktober 2008, 2004/04/0237 = RPA 2008, 328 [Papst]). Die Auftraggeberin hat Zuschlagskriterien samt Subkriterien sowie deren Gewichtung festgelegt (siehe Punkt 8.7. der Verdingungsunterlage). Hinsichtlich der Zuschlagskriterien "Qualität des eingesetzten Personals", "Gleichstellungsorientierung" sowie des

Subkriteriums "Verkehrsanbindung" wurden im Vorhinein nähere Spezifikationen getroffen. Hinsichtlich der Subkriterien "Didaktik" und "Methodik" finden sich allgemeine Vorgaben zur Gestaltung des betreffenden Konzeptes. Jene im Vorfeld der Ausschreibung für die kommissionelle Bewertung der Subkriterien "Didaktik" und "Methodik" aufgestellten Fragestellungen im Rahmen des Bewertungsschemas sind prinzipiell geeignet, auf eine einheitliche Auslegung der betreffenden Kriterien abzielen (vgl. EuGH vom 18. November 2011, C-226/09, Kommission/Irland, Rz 46). In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an die vorab bekannt zu gebenden Informationen angesichts der jüngsten Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Kommission/Irland nicht überspannt werden dürfen. Vorliegend ist nach Ansicht des erkennenden Senates nicht von einer Konstellation auszugehen, die eine im Nachhinein objektiv nachvollziehbare und den auch bei nicht prioritären Dienstleistungen gemäß Paragraph 141, Absatz 2, BVerGG zu berücksichtigenden allgemeinen Vergabegrundsätzen genügende Ermittlung des Bestbieters grundsätzlich unmöglich macht (vergleiche etwa VwGH vom 1. Oktober 2008, 2004/04/0237 = RPA 2008, 328 [Papst]). Die Auftraggeberin hat Zuschlagskriterien samt Subkriterien sowie deren Gewichtung festgelegt (siehe Punkt 8.7. der Verdingungsunterlage). Hinsichtlich der Zuschlagskriterien "Qualität des eingesetzten Personals", "Gleichstellungsorientierung" sowie des Subkriteriums "Verkehrsanbindung" wurden im Vorhinein nähere Spezifikationen getroffen. Hinsichtlich der Subkriterien "Didaktik" und "Methodik" finden sich allgemeine Vorgaben zur Gestaltung des betreffenden Konzeptes. Jene im Vorfeld der Ausschreibung für die kommissionelle Bewertung der Subkriterien "Didaktik" und "Methodik" aufgestellten Fragestellungen im Rahmen des Bewertungsschemas sind prinzipiell geeignet, auf eine einheitliche Auslegung der betreffenden Kriterien abzielen (vergleiche EuGH vom 18. November 2011, C-226/09, Kommission/Irland, Rz 46). In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an die vorab bekannt zu gebenden Informationen angesichts der jüngsten Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Kommission/Irland nicht überspannt werden dürfen.

Allerdings betont der EuGH in ständiger Rechtsprechung auch, dass "die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz der Vergabeverfahren für die öffentlichen Auftraggeber bedeuten, dass sie sich während des gesamten Verfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten müssen [...] Für die Zuschlagskriterien selbst gilt erst recht, dass sie während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden dürfen." (wiederum EuGH vom 18. November 2011, C- 226/09, Kommission/Irland, Rz 59 und 60). Entscheidend ist sohin, dass sich die Auftraggeberin an ihre bestandsfesten Festlegungen hält und diese im Zuge der Angebotsprüfung und -bewertung keine Änderungen erfahren (siehe Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1358; U. Hofer in Gast (Hrsg.), BVerGG-Leitsatzkommentar, E 11 zu § 141). Allerdings betont der EuGH in ständiger Rechtsprechung auch, dass "die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz der Vergabeverfahren für die öffentlichen Auftraggeber bedeuten, dass sie sich während des gesamten Verfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten müssen [...] Für die Zuschlagskriterien selbst gilt erst recht, dass sie während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden dürfen." (wiederum EuGH vom 18. November 2011, C- 226/09, Kommission/Irland, Rz 59 und 60). Entscheidend ist sohin, dass sich die Auftraggeberin an ihre bestandsfesten Festlegungen hält und diese im Zuge der Angebotsprüfung und -bewertung keine Änderungen erfahren (siehe Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1358; U. Hofer in Gast (Hrsg.), BVerGG-Leitsatzkommentar, E 11 zu Paragraph 141,).

Zur Auslegung von Ausschreibungsunterlagen sind die für rechtsgeschäftliche Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsunterlagen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen maßgeblich (siehe VwGH). Zur Auslegung von Ausschreibungsunterlagen sind die für rechtsgeschäftliche Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB anzuwenden (vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsunterlagen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen maßgeblich (siehe VwGH).

vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019 = RPA 2009, 79

[Etlinger] = ZVB 2009, 191 [G. Gruber, Eisner]; 29. März 2006,

2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112- BVA/14/2007-20; zuletzt auch BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011- 33 mwN).

In den verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen wird im Rahmen der Leistungsbeschreibung unter Punkt 8 festgelegt, dass die seitens der Bieter näher darzustellende Kompetenzmatrix im Konzept Kapitel 7 "Inhalt" zu erläutern ist und dass dieser Punkt bei der Bewertung der Konzepte beurteilungsrelevant (Hervorhebung im Original) ist. Für die Darstellung des Maßnahmenkonzeptes sind vom AMS näher bezeichnete Formulare verpflichtend zu verwenden (Punkt 6.5 "Maßnahmenkonzept" sowie Punkt 12 "Formulare" der Verdingungsunterlage). Den hier maßgeblichen Formularen Kapitel 10 "Didaktik" und 11 "Methodik" sowie Punkt 6.5 der Verdingungsunterlage ist ua zu entnehmen, dass die Bewertung der Ausführungen zum Thema "Didaktik" gemäß den Ausführungen der Kapitel 7 "Inhalte" und 10 "Didaktik" des Maßnahmenkonzeptes erfolgt. Ausführungen dazu in anderen Kapiteln sind unzulässig, gegenstandslos und werden daher nicht gewertet. Die Bewertung der Ausführungen zum Thema "Methodik" erfolgt ausschließlich (Hervorhebung im Original) im Kapitel 11 "Methodik" des Maßnahmenkonzeptes. Auch hier sind Ausführungen dazu in anderen Kapiteln unzulässig, gegenstandslos und werden daher nicht gewertet.

Unter Zugrundelegung des aufgezeigten Interpretationsmaßstabes sind die Ausschreibungsunterlagen dahingehend auszulegen, dass eine Beurteilung der vom Bieter darzustellenden und zu beschreibenden Kompetenzmatrix jedenfalls Auswirkungen auf das Ergebnis der Bewertung des jeweiligen Konzeptes hat und dass sich diese Auswirkungen in gleicher Weise auf alle Bieter erstrecken. Keine andere Bedeutung kann dem Wort "beurteilungsrelevant" zukommen, wenn dieses ohne jede nähere Ausführungen zur Vorgangsweise bei der Beurteilung verwendet wird. Ein Bieter muss nicht damit rechnen, dass sich die Beurteilung seines Konzeptes betreffend die Kompetenzmatrix nur dann positiv, nämlich werterhöhend auswirkt, wenn das Konzept nicht bereits hinsichtlich der anderen vom Auftraggeber beurteilten Aspekte das Punktemaximum erreicht hat. Der erkennende Senat teilt sohin nicht die Ansicht der Auftraggeberin, dass "beurteilungsrelevant" im gegebenen Zusammenhang bedeute, dass die Beurteilung nicht in jedem Fall die gleiche Auswirkung auf die Bewertung der Angebote haben muss.

Darüber hinaus hat die Auftraggeberin bestandsfest festgelegt, dass eine Darstellung, wie die konkrete Handhabung der Umsetzung in der Maßnahme sowie die Rückmeldung an die regionale Geschäftsstelle hinsichtlich der Kompetenzmatrizen der einzelnen Teilnehmer/innen gehandhabt wird, im Kapitel 7 "Inhalt" zu erläutern ist. Ausführungen in Kapitel 7 "Inhalt" dürfen keinesfalls im Rahmen der Bewertung der "Methodik" bewertet werden, da hier - entsprechend dem verpflichtend zu verwendenden Formular für das Kapitel 11 "Methodik" - ausschließlich die Ausführungen in diesem Kapitel maßgeblich sind. Eine Beurteilung der angebotenen Kompetenzmatrix kommt folgedessen nur im Rahmen der Bewertung des Subkriteriums "Didaktik" in Frage, welche auf Grundlage der Ausführungen in den Kapiteln 7 "Inhalt" und 10 "Didaktik" vorzunehmen ist.

Vorliegend hat sich die Auftraggeberin nicht an diese bestandskräftigen Festlegungen der Ausschreibung gehalten.

Zum einen werden die Darlegungen der Bieter zur angebotenen Kompetenzmatrix nicht im Rahmen der Bewertung der "Didaktik" sondern im Rahmen der Bewertung der "Methodik" berücksichtigt. Das Argument der Auftraggeberin, dass die Anordnung, die Darstellung der Kompetenzmatrix in Kapitel 7 "Inhalt" vorzunehmen, bloß aus der Überlegung erfolgt sei, dass in Kapitel 7 keine Seitenbeschränkung für die Bieter bestehe, ist zwar durchaus nachvollziehbar. Dabei hat die Auftraggeberin aber die verbindlichen Vorgaben betreffend die Bewertung der einzelnen Kapitel des Maßnahmenkonzeptes übersehen. Sohin ist es auch unerheblich, dass es sich bei Erstellung einer Kompetenzmatrix um ein methodisches Instrument handelt.

Andererseits bewirkt die von der Auftraggeberin im Bewertungsschema vorgesehene Vorgangsweise bei der Bewertung der Qualität der Kompetenzmatrix gerade nicht, dass diese jedenfalls von Relevanz für die Beurteilung ist. Die von der Bewertungskommission vorgenommene Bewertung mit plus 2 Bewertungspunkten bleibt nämlich ohne Bedeutung, wenn ein Bieter bereits anhand der im Subkriterium aufgestellten Fragestellungen die volle Punktezahl von 10 Punkten erhalten hat. Überdies kann in diesem Fall ein Bieter, welcher in den Sub-Subkriterien nicht die volle Punktezahl erreicht hat, durch eine gute Beurteilung der Kompetenzmatrix (plus 2 Punkte) ebenso das Punktemaximum (10 Punkte) erreichen wie jener Bieter, der bereits in den Sub-Subkriterien die volle Punktezahl erlangt hat. Auch wird die Kompetenzmatrix nicht in gleichem Maße beurteilt, wenn bereits neun Punkte erzielt wurden und daher für die Kompetenzmatrix nur noch ein Punkt verbleibt.

Die Angebotsbewertung der Auftraggeberin - und zwar einerseits die Berücksichtigung der Qualität der "Kompetenzmatrix" im Subkriterium "Methodik" und andererseits die fehlende Beurteilungsrelevanz dieses Qualitätsgesichtspunktes - steht sohin zum einen nicht im Einklang mit den bestandskräftigen Festlegungen der

Ausschreibung. Zum anderen führt der Umstand, dass die Beurteilung der Kompetenzmatrix nicht von gleichbedeutender Relevanz im Rahmen der Bewertung des betreffenden Unterkriteriums ist, zu einer Verletzung des gemäß § 141 Abs 2 BVergG auch bei nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatzes. Hinzuweisen ist, dass die Auftraggeberin sich mangels Publizität (Außenwirksamkeit) des angewandten Bewertungsschemas nicht auf dessen Bestandskraft berufen kann. Die Angebotsbewertung der Auftraggeberin - und zwar einerseits die Berücksichtigung der Qualität der "Kompetenzmatrix" im Subkriterium "Methodik" und andererseits die fehlende Beurteilungsrelevanz dieses Qualitäts Gesichtspunktes - steht sohin zum einen nicht im Einklang mit den bestandskräftigen Festlegungen der Ausschreibung. Zum anderen führt der Umstand, dass die Beurteilung der Kompetenzmatrix nicht von gleichbedeutender Relevanz im Rahmen der Bewertung des betreffenden Unterkriteriums ist, zu einer Verletzung des gemäß Paragraph 141, Absatz 2, BVergG auch bei nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatzes. Hinzuweisen ist, dass die Auftraggeberin sich mangels Publizität (Außenwirksamkeit) des angewandten Bewertungsschemas nicht auf dessen Bestandskraft berufen kann.

Die Vorgangsweise der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsbewertung erweist sich sohin als rechtswidrig, wobei angesichts der Ausführungen zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung aufgrund unzureichender Begründung derselben die Frage der Wesentlichkeit dieser Rechtswidrigkeit dahin gestellt bleiben kann.

III. Spruchpunkt II:römisch drei. Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der der vor dem BVA wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Über den Gebührenersatz hat gemäß § 319 Abs. 3 BVergG das BVA spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der der vor dem BVA wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Über den Gebührenersatz hat gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG das BVA spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme in der Höhe von insgesamt Euro 2.490,-, wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet. Das BVA erließ die beantragte einstweilige Verfügung und erklärte die Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren "ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien" antragsgemäß für nichtig. Die Auftraggeberin ist daher verpflichtet, die bezahlte Pauschalgebühr zu ersetzen.

IV. Spruchpunkt III:römisch vier. Spruchpunkt III:

Es besteht im Verfahren vor dem BVA keine Anwaltpflicht. Es gilt der Grundsatz des § 74 Abs 1 AVG, dass jede Verfahrenspartei ihre Kosten selbst zu tragen hat (BVA vom 15. Oktober 2008, N/0117-BVA/13/2008- 39). Es besteht keine andere Norm, nach der dem BVA die Zuständigkeit zukäme, über den Ersatz anderer Kosten als der Pauschalgebühren zu entscheiden, etwa die Kosten der anwaltlichen Vertretung. Ein solcher Antrag ist unzulässig und daher zurückzuweisen (zB BVA vom 22. Es besteht im Verfahren vor dem BVA keine Anwaltpflicht. Es gilt der Grundsatz des Paragraph 74, Absatz eins, AVG, dass jede Verfahrenspartei ihre Kosten selbst zu tragen hat (BVA vom 15. Oktober 2008, N/0117-BVA/13/2008- 39). Es besteht keine andere Norm, nach der dem BVA die Zuständigkeit zukäme, über den Ersatz anderer Kosten als der Pauschalgebühren zu entscheiden, etwa die Kosten der anwaltlichen Vertretung. Ein solcher Antrag ist unzulässig und daher zurückzuweisen (zB BVA vom 22.

Dezember 2008, N/0147-BVA/10/2008-39, RPA-Slg 2009/6 = ZVB 2009/20

[Hackl] = ZVB-LSK 2009/17 = ZVB-LSK 2009/18; BVA vom 5. März 2010,

N/0131-BVA/14/2009-35, RPA-Slg 2010/10 = RPA-Slg 2010/9 = ZVB-LSK

2010/58 = ZVB-LSK 2010/59). Die Kosten anwaltlicher Vertretung in

einem Nachprüfungsverfahren zur Nichtigerklärung einer Entscheidung des Auftraggebers können jedoch in einem Zivilverfahren als selbständiger Anspruch eingeklagt werden (OGH vom 10. Mai 2005, 1 Ob 85/05i, Schadenersatz vor Zuschlagserteilung in Wien, ecolex 2005/396 = RPA 2005, 328 [Katary] = RPA-Slg 2006/11; 14. 9. 2006, 6 Ob 85/06b, Jus-Extra OGH-Z 4262).

Schlagworte

nicht prioritäre Dienstleistung; Zuschlagsentscheidung; Begründung der Zuschlagsentscheidung; Bindung an die Ausschreibung

Zuletzt aktualisiert am

21.09.2011

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