

TE Verg Bescheid 2010/12/23 N/0095-BVA/08/2010-90

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.12.2010

Norm

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §122

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 122 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Mitglied der Auftraggeberseite Dr Clemens Mayr und Mitglied der Auftragnehmerseite Mag Matthias Wohlgemuth) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 betreffend das Nachprüfungsverfahren N/0095-BVA/08/2010 bezüglich des nicht offenen Vergabeverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich "S07 Fürstenfelder Schnellstraße, Abschnitt West, Örtliche Bauaufsicht - Freiland" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) und der im bezeichneten Vergabeverfahren im Oktober an andere Bieter und im November 2010 an die Antragstellerin versandten Zuschlagsentscheidung über den diesbezüglich von der Antragstellerin, der Bietergemeinschaft bestehend aus der A1*** Ziviltechniker Gesellschaft m.b.H. einerseits und der A2*** ZT GmbH andererseits, am 12.11.2010 gestellten Nichtigerklärungsantrag und über die gestellten Pauschalgebührenersatzanträge je vom 12.11.2010 wie folgt entscheiden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Mitglied der Auftraggeberseite Dr Clemens Mayr und Mitglied der Auftragnehmerseite Mag Matthias Wohlgemuth) gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 betreffend das Nachprüfungsverfahren N/0095-BVA/08/2010 bezüglich des nicht offenen Vergabeverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich "S07 Fürstenfelder Schnellstraße, Abschnitt West, Örtliche Bauaufsicht - Freiland" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) und der im bezeichneten Vergabeverfahren im Oktober an andere Bieter und im November 2010 an die Antragstellerin versandten Zuschlagsentscheidung über den diesbezüglich von der Antragstellerin, der Bietergemeinschaft bestehend

aus der A1*** Ziviltechniker Gesellschaft m.b.H. einerseits und der A2*** ZT GmbH andererseits, am 12.11.2010 gestellten Nichtigerklärungsantrag und über die gestellten Pauschalgebührenersatzanträge je vom 12.11.2010 wie folgt entscheiden:

Spruch

I. Die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) im nicht offenen Vergabeverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich "S07 Fürstenfelder Schnellstraße, Abschnitt West, Örtliche Bauaufsicht - Freiland", die der Antragstellerin am 4.11.2010 übermittelt wurde und zu Gunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus der B1*** ZT GmbH einerseits und der B2*** Ziviltechniker G.m.b.H. andererseits lautet, wird hiermit nichtigerklärt. römisch eins. Die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) im nicht offenen Vergabeverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich "S07 Fürstenfelder Schnellstraße, Abschnitt West, Örtliche Bauaufsicht - Freiland", die der Antragstellerin am 4.11.2010 übermittelt wurde und zu Gunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus der B1*** ZT GmbH einerseits und der B2*** Ziviltechniker G.m.b.H. andererseits lautet, wird hiermit nichtigerklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 313 und 325 Abs 1 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15
Rechtsgrundlage: Paragraphen 313 und 325 Absatz eins, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15

II. Die Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft ist schuldig, der Bietergemeinschaft, bestehend aus der A1*** Ziviltechniker Gesellschaft m.b.H. einerseits und der A2*** ZT GmbH andererseits, binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution 2490,00 Euro zu Handen deren Rechtsvertretung X*** Rechtsanwälte OG als Pauschalgebührenersatz zu bezahlen. römisch zwei. Die Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft ist schuldig, der Bietergemeinschaft, bestehend aus der A1*** Ziviltechniker Gesellschaft m.b.H. einerseits und der A2*** ZT GmbH andererseits, binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution 2490,00 Euro zu Handen deren Rechtsvertretung X*** Rechtsanwälte OG als Pauschalgebührenersatz zu bezahlen.

Rechtsgrundlage: §§ 20 Abs 2 und 319 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15; § 19a RAO.
Rechtsgrundlage: Paragraphen 20, Absatz 2 und 319 BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15; Paragraph 19 a, RAO.

Begründung

1. Sachverhalt und Verfahrensgang

1.1. Die streitverfangene Auftraggeberin führt seit Sommer 2009 das im Spruch bezeichnete Vergabeverfahren durch, wobei als vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH (= ASFINAG BMG) tätig wird.

1.2. Im Frühjahr 2010 versandte die ASFINAG in diesem Vergabeverfahren eine erste Widerrufsentscheidung, die iZm einem zwingenden Widerrufsgrund iZm einem noch nicht erlassenen § 4 - BStG -Bescheid und einem fakultativen Widerrufsgrund iZm einem Verdacht betreffend Verstöße gegen Vergabegrundsätze begründet wurde. Diese erste Widerrufsentscheidung wurde vom Bundesvergabeamt (= BVA) im Nachprüfungsverfahren N/0022-BVA/08/2010 mangels ausreichender Entscheidungsbegründung nichtigerklärt, wobei dieser Nichtigerklärungsbescheid seitens der Auftraggeberin beim VwGH aufrecht angefochten ist. 1.2. Im Frühjahr 2010 versandte die ASFINAG in diesem Vergabeverfahren eine erste Widerrufsentscheidung, die iZm einem zwingenden Widerrufsgrund iZm einem noch nicht erlassenen Paragraph 4, - BStG -Bescheid und einem fakultativen Widerrufsgrund iZm einem Verdacht betreffend Verstöße gegen Vergabegrundsätze begründet wurde. Diese erste Widerrufsentscheidung wurde vom Bundesvergabeamt (= BVA) im Nachprüfungsverfahren N/0022-BVA/08/2010 mangels ausreichender Entscheidungsbegründung nichtigerklärt, wobei dieser Nichtigerklärungsbescheid seitens der Auftraggeberin beim VwGH aufrecht angefochten ist.

1.3. Die ASFINAG versandte schließlich im Juni 2010 eine zweite Widerrufsentscheidung, die neuerlich von der Antragstellerin zu N/0022- BVA/08/2010, nunmehr zu N/0049-BVA/08/2010, bekämpft wurde. In dieser zweiten Widerrufsentscheidung wurde der Widerufswille - ausführlicher - insb mit Verdachtsmomenten betreffend den Verrat von Fragen bzw Musterantworten für das Bewertungshearing an die Antragstellerin zu N/0022-BVA/08/2010 begründet, ohne dass der ursprünglich angezogene zwingende Widerrufsgrund iZm dem noch nicht erlassenen § 4 - BStG - Bescheid noch aufgeschienen wäre. In diesem zweiten Nachprüfungsverfahren legte nunmehr die ASFINAG

dem BVA erstmals am 14.7.2010 einen e-mail - Verkehr gelegentlich der anberaumten mündlichen Verhandlung vor, der indizierte, dass der Angebotsprüfer Ing G*** vor einem Hearing zur Bewertung der Angebote, bei dem es um 30% der absolut erlangbaren Bewertungspunkte im Vergabeverfahren geht, Fragen bzw Musterantworten an das Büro einer Gesellschafterin der zu N/0022 und 0049- BVA/08/2010 antragstellenden Bietergemeinschaft geschickt hatte. Im Gefolge wurde am 15.7.2010 der zweite zur GZ N/0049-BVA/08/2010 gestellte Nachprüfungsantrag zurückgezogen, war damit die zweite Widerrufsentscheidung bestandfest, wurde Herr Ing G*** von der ASFINAG entlassen und existieren anderweitig justizstrafrechtlich relevante bzw arbeitsgerichtliche Verfahrensakten, über welche sich das BVA gelegentlich dieses Verfahrens im Amtshilfeweg unter Berücksichtigung von anderweitigen Geheimhaltungsinteressen iSv EuGH C-450/06 "Varec" informiert hat.1.3. Die ASFINAG versandte schließlich im Juni 2010 eine zweite Widerrufsentscheidung, die neuerlich von der Antragstellerin zu N/0022- BVA/08/2010, nunmehr zu N/0049-BVA/08/2010, bekämpft wurde. In dieser zweiten Widerrufsentscheidung wurde der Widerrufswille - ausführlicher - insb mit Verdachtsmomenten betreffend den Verrat von Fragen bzw Musterantworten für das Bewertungshearing an die Antragstellerin zu N/0022-BVA/08/2010 begründet, ohne dass der ursprünglich angezogene zwingende Widerrufsgrund iZm dem noch nicht erlassenen Paragraph 4, - BStG - Bescheid noch aufgeschienen wäre. In diesem zweiten Nachprüfungsverfahren legte nunmehr die ASFINAG dem BVA erstmals am 14.7.2010 einen e-mail - Verkehr gelegentlich der anberaumten mündlichen Verhandlung vor, der indizierte, dass der Angebotsprüfer Ing G*** vor einem Hearing zur Bewertung der Angebote, bei dem es um 30% der absolut erlangbaren Bewertungspunkte im Vergabeverfahren geht, Fragen bzw Musterantworten an das Büro einer Gesellschafterin der zu N/0022 und 0049-BVA/08/2010 antragstellenden Bietergemeinschaft geschickt hatte. Im Gefolge wurde am 15.7.2010 der zweite zur GZ N/0049-BVA/08/2010 gestellte Nachprüfungsantrag zurückgezogen, war damit die zweite Widerrufsentscheidung bestandfest, wurde Herr Ing G*** von der ASFINAG entlassen und existieren anderweitig justizstrafrechtlich relevante bzw arbeitsgerichtliche Verfahrensakten, über welche sich das BVA gelegentlich dieses Verfahrens im Amtshilfeweg unter Berücksichtigung von anderweitigen Geheimhaltungsinteressen iSv EuGH C-450/06 "Varec" informiert hat.

1.4. Die ASFINAG nahm sodann die zweite Widerrufsentscheidung zurück, verfasste - nach einem ersten Vergabebericht aus dem Frühjahr 2010 - nunmehr einen zweiten Vergabebericht aus dem Oktober 2010 und gab schließlich mit Telefaxen vom 15.10.2010 die hier angefochtene Zuschlagsentscheidung an die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bietergemeinschaft, B1*** ZT GmbH/B2*** Ziviltechniker G.m.b.H. (= Mitbeteiligte) selbst und an zwei weitere Bieterinnen des Vergabeverfahrens bekannt, nachdem zuvor das Angebot der Antragstellerin zu N/0022 und 0049-BVA/08/2010 ausgeschieden worden war. Die nunmehrige Antragstellerin erhielt die Zuschlagsentscheidung am 15.10.2010 nicht, erfuhr aber vom Zuschlagsprozedere auf einer Branchenveranstaltung und monierte dies bei der Auftraggeberin bzw deren vergebender Stelle. Schließlich wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mit einem mit 3.11.2010 datierten Begleitfax am 4.11.2010 vom Faxgerät des Hotes "E***-wirt" aus übermittelt.

1.5. Die Antragstellerin focht diese Zuschlagsentscheidung am 12.11.2010 beim BVA an und erwirkte eine einstweilige Verfügung mit einem Zuschlagsverbot für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, wobei dem Provisorialbegehren in einem geringfügigen, insoweit überschießenden Teil nicht stattgegeben wurde. Die Mitbeteiligte erhob Einwendungen gegen die beantragte Nichtigerklärung.

1.6. Am 14.12.2010 und 21.12.2010 fand- insb bedingt durch die zeitliche Verfügbarkeit von potentiell rechtserheblichen Beweispersonen - die mündliche Verhandlung an zwei Verhandlungsterminen statt.

Auf Basis der mündlichen Verhandlung und dem Inhalt des Vergabeakts sind folgende weitere Tatsachen festzustellen:

1.6.1. Herr Ing G*** hat von 2009 an und bis zu seiner Entlassung im Juli 2009 auf Seiten der ASFINAG das gegenständliche Vergabeverfahren als Projektleiter betreut und war insb auch mit der Ausarbeitung der Unterlagen für die erste und zweite Vergabeverfahrensstufe betraut.

1.6.2. Herr Ing G*** hat in der zweiten Jahreshälfte 2009 vor dem Bewertungshearing im Vergabeverfahren mit einem bzw mehreren Repräsentanten eines Gesellschafters der Antragstellerin zu N/0022-BVA/08/2010 Kontakte betreffend die Ausarbeitung von Hearing - Fragen und - Antworten gepflogen, die (scil: Hearingfragen) schließlich beim Bewertungshearing dann tatsächlich auch zumindest teilweise gestellt worden sind.

1.6.3. Der unmittelbare Vorgesetzte von Ing G***, DI P***, wusste zum Zeitpunkt des Hearings am 15.12.2009 nicht, dass Repräsentanten einer Bieterin an der Ausarbeitung jener Hearing - Fragen mitgearbeitet haben, die dann auch diese mit der Ausarbeitung teilweise befasste Bieterin selbst im Hearing zumindest teilweise zu beantworten hatte.

1.6.4. Die in der Angebotsunterlage vorgesehene Hearing - Kommission bestand aus drei Mitgliedern, wobei einerseits die Zahl 3 bestandfest in Teil D.1 der Angebotsunterlage festgelegt ist und andererseits neben DI P*** und Ing G*** auch der ÖBB - Mitarbeiter DI Ni*** Mitglied der Hearing - Kommission war.

1.6.5. Herr Ing G*** hat die Teilnahmeanträge und Angebote im Vergabeverfahren bei der ASFINAG materiell geprüft und maßgeblich am ersten Vergabebericht vom Frühjahr 2010 mitgewirkt, wobei Herr DI P*** den zweiten Vergabebericht vom Oktober 2010 asfinag - intern vorrangig zusammengestellt hat dabei im Wesentlichen auf dem ersten Vergabebericht aufgebaut hat. Der Vergabebericht vom Oktober 2010 wurde jedenfalls auch von der Geschäftsführung der vergebenden Stelle mitunterfertigt.

1.6.6. Herr DI P***, Herr Ing BÜ*** und teilweise Herr DI Fr*** waren neben der Rechtsabteilung der ASFINAG mit der Angebotsprüfung asfinag - intern nach den Tätigkeiten des Ing G*** im Vergabeverfahren bis zur hier angefochtenen Zuschlagsentscheidung befasst, ohne dass in den Unterlagen des Vergabeverfahrens über die Vergabeberichte und diverse Korrespondenz über die Aufklärung von diversen Angebotsangaben bzw über Protokolle über Aufklärungsgespräche hinaus eine Niederschrift über die Angebotsprüfung vorhanden wäre, aus der ersichtlich ist, dass nach Ing G*** jemand nicht bloß stichprobenartig die Angebotsprüfungstätigkeit des Herrn Ing G*** vollständig wiederholt worden hätte.

Insbesondere ist nicht dokumentiert, inwieweit von welchem ASFINAG - Mitarbeiter wann die Angaben der verbliebenen Bieter zu den Zuschlags - Qualitätskriterien abseits der Hearing - Kriterien nochmals vollständig geprüft worden sind.

1.6.7. In der angefochtenen Zuschlagsentscheidung sind zu Lasten der Antragstellerin drei Gesamtbewertungspunkte deshalb zu wenig ausgewiesen, weil es die ASFINAG unterlassen hat, nach dem Ausscheiden der Antragstellerin zu N/0022-BVA/08/2010 den anderen Bietern - mit Ausnahme der ohnehin beim Hearing bestbewerteten - Mitbeteiligten zusätzliche drei Gesamtbewertungspunkte gemäß der Angebotsunterlage zuzurechnen. Ohne diesen Fehler würde der Bewertungspunkteabstand zwischen nunmehriger - aktuell zweitgereihter - Antragsstellerin und Mitbeteiligter um drei Punkte verringert und nurmehr 1,23 von 100 Bewertungspunkten betragen.

Fest steht weiters, dass die Antragstellerin unter Weglassung der Bewertungspunkte für das mit Ing G*** durchgeführte Hearing sowohl bei der Antragstellerin als auch bei der Mitbeteiligten punktemäßig vor der Mitbeteiligten liegen würde, so dass die Hearing - Bewertungspunkte bietersturzrelevant sind - Bewertungsblätter im Rahmen des zweiten Vergabeberichts.

1.6.8. Herr DI P*** als maßgeblicher Verfasser des Vergabeberichts vom Oktober 2010 konnte in seiner Einvernahme am 21.12.2010 nicht angeben, warum sich die Gesamtbewertungspunkte bei den restlichen beiden Bieterinnen abseits der nunmehrigen Antragstellerin und der Mitbeteiligten in einem Gesamtbewertungsblatt im Vergleich zum ersten Vergabebericht geringfügig nach oben bewegt hatten; und führte dies letztlich auf offenbare Unzulänglichkeiten bei der edv - basierten Erstellung des Vergabeberichts bzw der insoweit bezug habenden Unterlagen zurück.

1.6.9. Auf Seite 12/27 des Teils D.1 der Angebotsunterlage ist im vorletzten Absatz bestandfest festgelegt, dass personenbezogene Referenzen nur dann gewertet werden, wenn der Bieter mit der eingereichten Beschreibung [der Referenz] eindeutig nachweist, dass die jeweils angegebene Person die als Referenz herangezogene Leistung erfüllt hat.

Derart hat zB die Mitbeteiligte für den in der Angebotsunterlage als bewertungsrelevantes Schlüsselpersonal vorgesehenen Techniker 1 dem eigenen Angebot selbst keine Unterlagen beigelegt, aus denen hervorgeht, dass diese seitens der Mitbeteiligten laut Seite 9/27 des Teils D.1. der Angebotsunterlage im Personaleinsatzplan mit Referenzen deklarierte Person jene Tätigkeiten verrichtet hat, die danach in der Bewertung der Referenz - Qualitätskriterien zu den dort lukrierten Bewertungspunkten geführt haben. Insoweit stehen hier zusätzliche drei von hundert Gesamtbewertungspunkten in Frage. Derart hat zB die Mitbeteiligte weiters für den in der Ausschreibung als bewertungsrelevantes Schlüsselpersonal vorgesehenen Techniker 2 dem Angebot selbst keine Unterlagen beigelegt, aus denen hervorgeht, dass diese seitens der Mitbeteiligten laut Seite 9/27 des Teils D.1. der Angebotsunterlage im

Personaleinsatzplan deklarierte Person jene Tätigkeiten verrichtet hat, die danach in der Bewertung der Referenz - Qualitätskriterien zu den dort lukrierten Bewertungspunkten geführt haben. Insoweit stehen hier nochmals weitere drei von hundert Gesamtbewertungspunkten in Frage.

Die fehlende eindeutige Herleitbarkeit dieser sechs Gesamtbewertungspunkte bei den Referenz - Zuschlagskriterien (hier bei der Mitbeteiligten) ist insb dadurch erwiesen, dass die Mitbeteiligte bei den beiden bewertungsrelevanten Personen in ihren Angebotsbestandteilen zwar auf die Referenzbeschreibungen laut Beilagen 5, 8 und 9 des Angebots verwiesen hat, jedoch mit dem Text dieser Referenzbeschreibungen nicht der eindeutige Nachweis erbracht ist, dass die beiden Personen die insoweit dargestellten Leistungen tatsächlich erbracht haben.

Insoweit hat die Auftraggeberin auch keine entsprechende Niederschrift über die Angebotsprüfung verfasst.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Die vorstehend geschilderten Tatsachen ergeben sich abseits offenkundiger Tatsachen aus dem Verwaltungsakt samt vorgelegten Vergabeunterlagen und insb aus den Aussagen in den mündlichen Verhandlungen vom 14.12.2010 und 21.12.2010; wobei insbesondere auf die ausdrücklich bezogenen Unterlagen und Aktenstücke verwiesen wird. Und weiters auf die Aktenbestandteile der Verwaltungsakten N/0022-BVA/08/2010 und N/0049-BVA/08/2010 samt dem Beschwerdeverfahrensakt beim VwGH zu ZI 2010/04/0064.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.0. - Allgemeines

Die Eigenschaft der Auftraggeberin als eine der Vergabekontrolle des Bundesvergabeamts unterworfenen Auftraggeberin gemäß den §§ 3 und 291 Abs 2 BVergG 2006 blieb unstrittig - § 313 BVergG 2006. Gleichfalls bestand kein sonstiger rechtserheblicher Streit über formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags gemäß §§ 321 und 322 BVergG 2006. Das BVergG 2006 ist hinsichtlich seiner einschlägigen Fassung hier zudem differenziert anzuwenden. Die Eigenschaft der Auftraggeberin als eine der Vergabekontrolle des Bundesvergabeamts unterworfenen Auftraggeberin gemäß den Paragraphen 3 und 291 Absatz 2, BVergG 2006 blieb unstrittig - Paragraph 313, BVergG 2006. Gleichfalls bestand kein sonstiger rechtserheblicher Streit über formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags gemäß Paragraphen 321 und 322 BVergG 2006. Das BVergG 2006 ist hinsichtlich seiner einschlägigen Fassung hier zudem differenziert anzuwenden.

Gemäß § 345 Abs 14 Z 1 und Z 2 BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15 ist das streitige Vergabeverfahren materiellrechtlich - wegen der Vergabeverfahrenseinleitung bereits 2009 - nach dem BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86 zu beurteilen, während - wegen der Nachprüfungsantragstellung im November 2010 - die Rechtsschutzbestimmungen des BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15 Anwendung finden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins und Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 ist das streitige Vergabeverfahren materiellrechtlich - wegen der Vergabeverfahrenseinleitung bereits 2009 - nach dem BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 zu beurteilen, während - wegen der Nachprüfungsantragstellung im November 2010 - die Rechtsschutzbestimmungen des BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 idF BGBl I 2010/15 Anwendung finden.

Zitate der §§ 1 bis 290 BVergG 2006 sind daher mangels gegenteiliger Angabe als solche gemäß BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 zu verstehen, während Zitate der §§ 291ff BVergG 2006 grundsätzlich als solche gemäß BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15 zu verstehen sind. Zitate der Paragraphen eins bis 290 BVergG 2006 sind daher mangels gegenteiliger Angabe als solche gemäß BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 zu verstehen, während Zitate der Paragraphen 291 f, f, BVergG 2006 grundsätzlich als solche gemäß BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 zu verstehen sind.

3.1. Zur ausgesprochenen Nichtigerklärung ist auszuführen:

3.1. Zur teilweise hinterfragten Antragslegitimation ist vorerst auf die Rsp des VwGH hinzuweisen. Dieser hat am 18.3.2009 zu ZI 2007/04/0095, insb auch die diesbezügliche Aufgabenverteilung zwischen Auftraggeber und Vergabekontrolle klarstellend, wie folgt ausgeführt:

[...]

Die Vergabekontrollbehörde hat also - auch auf Grund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bietern (nur dann) als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre.

[...]

Wenn die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin in der Verhandlung am 14.12.2010 ausdrücklich verneinte, dass betreffend eine unrichtige Angabe der Antragstellerin bei den Qualitätsbewertungskriterien eine vorsätzliche Falschangabe vorläge, sondern dass betreffend einen diesbezüglichen Vorsatz keine Anhaltspunkte bestanden hätten, ergibt sich auch für das BVA vor dem Hintergrund der bestandfesten Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung und den Angebotsunterlagen inklusive Berichtigungen kein Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens, zumal dies ansonsten gemäß § 128 Abs 1 BVergG 2006 dokumentiert hätte sein müssen. Wenn die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin in der Verhandlung am 14.12.2010 ausdrücklich verneinte, dass betreffend eine unrichtige Angabe der Antragstellerin bei den Qualitätsbewertungskriterien eine vorsätzliche Falschangabe vorläge, sondern dass betreffend einen diesbezüglichen Vorsatz keine Anhaltspunkte bestanden hätten, ergibt sich auch für das BVA vor dem Hintergrund der bestandfesten Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung und den Angebotsunterlagen inklusive Berichtigungen kein Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens, zumal dies ansonsten gemäß Paragraph 128, Absatz eins, BVergG 2006 dokumentiert hätte sein müssen.

Im Nachprüfungsverfahren wurde im Punkte der Antragslegitimation vor dem Hintergrund der zitierten VwGH - Rsp auch kurz erörtert, inwieweit sich daraus ein Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ergeben könnte, dass die Antragstellerin in der ersten Stufe des gegenständlich zweistufigen Vergabeverfahrens keinen Subunternehmer benannt hat, jedoch in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens in ihrem Angebot einen Subunternehmer benannte, aus dessen Unternehmen der in die Angebotsbewertung einfließende Techniker für den Brückenbau laut Angebotsunterlage stammte. Da aber insoweit auf Seite 6 der bestandfesten Teilnahmeantragsunterlage festgelegt ist, dass Subunternehmer nur für wesentliche Leistungsteile bereits in der ersten Stufe zu benennen sind, und dort Auftragsteile dann als wesentlich definiert sind, wenn der Bewerber für diese nicht über die erforderliche Eignung (insbesondere Befugnis und Leistungsfähigkeit) verfügt, jedoch in den auftraggeberseits gemäß § 313 BVergG 2006 vorgelegten Vergabeunterlagen, sohin in den Vergabeakten, keine Unterlagen enthalten sind, aus denen mit der durch § 128 Abs 1 BVergG 2006 geforderten Klarheit ableitbar wäre, dass die Antragstellerin nicht auch selbst hinreichend geeignet für jenen Leistungsteil gewesen wäre, der in der zweiten Vergabeverfahrensstufe nunmehr subvergeben werden soll, war auch insoweit aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens kein Ausscheidensgrund erkennbar, mit dem die Antragslegitimation der Antragstellerin verneint hätte werden können. Im Nachprüfungsverfahren wurde im Punkte der Antragslegitimation vor dem Hintergrund der zitierten VwGH - Rsp auch kurz erörtert, inwieweit sich daraus ein Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ergeben könnte, dass die Antragstellerin in der ersten Stufe des gegenständlich zweistufigen Vergabeverfahrens keinen Subunternehmer benannt hat, jedoch in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens in ihrem Angebot einen Subunternehmer benannte, aus dessen Unternehmen der in die Angebotsbewertung einfließende Techniker für den Brückenbau laut Angebotsunterlage stammte. Da aber insoweit auf Seite 6 der bestandfesten Teilnahmeantragsunterlage festgelegt ist, dass Subunternehmer nur für wesentliche Leistungsteile bereits in der ersten Stufe zu benennen sind, und dort Auftragsteile dann als wesentlich definiert sind, wenn der Bewerber für diese nicht über die erforderliche Eignung (insbesondere Befugnis und Leistungsfähigkeit) verfügt, jedoch in den auftraggeberseits gemäß Paragraph 313, BVergG 2006 vorgelegten Vergabeunterlagen, sohin in den Vergabeakten, keine Unterlagen enthalten sind, aus denen mit der durch Paragraph 128, Absatz eins, BVergG 2006 geforderten Klarheit ableitbar wäre, dass die Antragstellerin nicht auch selbst hinreichend geeignet für jenen Leistungsteil gewesen wäre, der in der zweiten Vergabeverfahrensstufe nunmehr subvergeben werden soll, war auch insoweit aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens kein Ausscheidensgrund erkennbar, mit dem die Antragslegitimation der Antragstellerin verneint hätte werden können.

3.2. Zur Nichtigerklärung an sich:

3.2.1. Die mit der Angebotsprüfung und -beurteilung befassten Mitarbeiter der Auftraggeberin haben genauso unbefangen zu sein wie externe Sachverständige. Dies ergibt sich aus einem Größenschluss zu § 122 BVergG, der

erforderlichenfalls die Beiziehung externer unbefangener und von den Bietern unabhängiger Sachverständiger verlangt.3.2.1. Die mit der Angebotsprüfung und -beurteilung befassten Mitarbeiter der Auftraggeberin haben genauso unbefangen zu sein wie externe Sachverständige. Dies ergibt sich aus einem Größenschluss zu Paragraph 122, BVergG, der erforderlichenfalls die Beiziehung externer unbefangener und von den Bietern unabhängiger Sachverständiger verlangt.

3.2.2. Ing G*** hat mit einem bzw mehreren Repräsentanten eines Gesellschafters der Antragstellerin zu N/0022-BVA/08/2010 vor dem Bewertungshearing Kontakte betreffend die Erstellung der Hearing - Fragen und - Antworten gepflogen, wobei diese Fragen, über die Repräsentanten der Antragstellerin zu N/0022-BVA/08/2010 bereits vorinformiert waren, schließlich beim Bewertungshearing tatsächlich zumindest teilweise gestellt worden sind.

Diese beratende Beiziehung von Repräsentanten eines Bieters bei der Ausarbeitung der Hearingfragen für die zweite Stufe macht Ing G*** gegenüber allen Bietern befangen, weil dadurch ein Bieter vor dem Hearing bereits über Hearing - Fragen - und Antworten Bescheid wusste; und insoweit die anderen Bieter - letztlich durch Ing G*** - benachteiligt waren.

3.2.3. Da Ing G*** einer von den drei bestandfest erforderlichen Hearing - Kommissionsmitgliedern gewesen ist, war die Hearing Kommission teilweise vergaberechtswidrig mit einem befangenen Mitglied besetzt. Ohne Ing G*** und dessen Bewertung gibt es aber keine Bewertungspunkte beim Hearing, die sich letztlich aus den Einzelpunktebewertungen der drei Hearingkommissionsmitglieder hinsichtlich der bieterseits jeweils gegebenen Antworten beim Hearing gemäß der Angebotsunterlage herleiten.

Mangels eines vergaberechtskonformen Hearings - dieses widerspricht wegen der

Teilnahme des befangenen Ing G*** in der Hearing - Kommission als Bewerter dem § 19 und insb den Wertungen des § 122 BVergG 2006 - ist die Angebotsbewertung noch nicht vergaberechtskonform abgeschlossen. Teilnahme des befangenen Ing G*** in der Hearing - Kommission als Bewerter dem Paragraph 19 und insb den Wertungen des Paragraph 122, BVergG 2006 - ist die Angebotsbewertung noch nicht vergaberechtskonform abgeschlossen.

Diese Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Hearings mit einem mitbewertenden, jedoch gegenüber den Bietern befangenen Bewertungskommissionsmitglied ist wegen des denkmöglich anderen Vergabeverfahrensausgangs bei einem Hearing mit einem dritten, jedoch unbefangenen Mitglied der Hearing - Kommission auch von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, Diese Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Hearings mit einem mitbewertenden, jedoch gegenüber den Bietern befangenen Bewertungskommissionsmitglied ist wegen des denkmöglich anderen Vergabeverfahrensausgangs bei einem Hearing mit einem dritten, jedoch unbefangenen Mitglied der Hearing - Kommission auch von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006,

zumal die Angebotsunterlage eben drei Kommissionsmitglieder vorgesehen hat und Ing G*** eines davon war.

3.2.5. Diese Befangenheit ist auch nach Ausscheiden des wissensmäßig begünstigten Bieters, also der ehemaligen Antragstellerin zu N/0022-BVA/08/2010, perpetuiert, weil bereits der äußere Anschein einer Abhängigkeit von einem Bieter die Befangenheit im gesamten Vergabeverfahren begründet. Der Wissensvorsprung des vorab beigezogenen Bieters, der durch Ing G*** verursacht wurde, führte im Ergebnis zu einer Benachteiligung aller anderen Bieter durch Ing G***. Vor diesem Hintergrund kann man von einer Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Ing G*** gegenüber den anderen Bietern nicht mehr ausgehen.

3.2.7. Überdies ist Ing G*** wegen seiner Befangenheit auch nicht geeignet gewesen, die sonstige Angebotsprüfung in wesentlichen Teilen durchzuführen, so dass die stichprobenartige Nachkontrolle durch andere Auftraggeber - Mitarbeiter nicht dazu führt, dass bislang insgesamt eine vergaberechtskonforme Angebotsprüfung durchgeführt wurde. Dass die Angebotsprüfung abseits des Hearings faktisch vor allem durch Ing G*** stattgefunden hat und andere Personen nur stichprobenartig geprüft haben, hat die Verhandlung am 14.12.2010 und 21.12.2010 ergeben.

Diese maßgebliche Angebotsprüfungstätigkeit des Ing G***, der wie aufgezeigt als befangen gegenüber den Bietern zu beurteilen ist, führt daher gemäß §§ 19, 122 und 123 BVergG 2006 wiederum zu einer auftraggeberseits noch nicht abgeschlossenen Angebotsprüfung auch bei den restlichen Qualitäts - Bewertungskriterien abseits des Hearings, wobei insoweit ein denkmöglich anderer Ausgang des Vergabeverfahrens nicht verneint werden kann, so dass auch insoweit die Voraussetzungen des § 325 Abs 1 BVergG 2006 vorliegen. Diese maßgebliche Angebotsprüfungstätigkeit

des Ing G***, der wie aufgezeigt als befangen gegenüber den Bietern zu beurteilen ist, führt daher gemäß Paragraphen 19, 122 und 123 BVergG 2006 wiederum zu einer auftraggeberseits noch nicht abgeschlossenen Angebotsprüfung auch bei den restlichen Qualitäts - Bewertungskriterien abseits des Hearings, wobei insoweit ein denkmöglich anderer Ausgang des Vergabeverfahrens nicht verneint werden kann, so dass auch insoweit die Voraussetzungen des Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 vorliegen.

3.2.8. Sohin kann derzeit gemäß § 39 Abs 3 AVG dahingestellt bleiben, ob die Auftraggeberin zB durch die Unterlassung der Dokumentation der Herleitung der Bewertungspunkte bei den bewertungsrelevanten personenspezifischen Referenzen aus den Angebotsbestandteilen (- die insoweit geforderte Herleitbarkeit der Referenzbewertungspunkte bereits aus den Angebotsbestandteilen, Seite 12/27 des Teils D.1. der Angebotsunterlage, wurde im Verfahren kurz zB iZm den Referenzangaben der Mitbeteiligten für den Techniker 1 und 2 erörtert -) die Angebotsprüfung auch insoweit vergaberechtswidrig entgegen §§ 123 und 128 Abs 1 BVergG 2006 noch nicht abgeschlossen hat. 3.2.8. Sohin kann derzeit gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG dahingestellt bleiben, ob die Auftraggeberin zB durch die Unterlassung der Dokumentation der Herleitung der Bewertungspunkte bei den bewertungsrelevanten personenspezifischen Referenzen aus den Angebotsbestandteilen (- die insoweit geforderte Herleitbarkeit der Referenzbewertungspunkte bereits aus den Angebotsbestandteilen, Seite 12/27 des Teils D.1. der Angebotsunterlage, wurde im Verfahren kurz zB iZm den Referenzangaben der Mitbeteiligten für den Techniker 1 und 2 erörtert -) die Angebotsprüfung auch insoweit vergaberechtswidrig entgegen Paragraphen 123 und 128 Absatz eins, BVergG 2006 noch nicht abgeschlossen hat.

Die Nichtigerklärung wird nämlich bereits durch die vorstehenden Gründe getragen, nämlich durch Heranziehung einer Hearingbewertung mit einem befangenen Hearing - Kommissionsmitglied und damit durch die Unterlassung der Wiederholung des Hearings mit unbefangenen Kommissionsmitgliedern; und durch Unterlassung einer vollständigen Angebotsprüfung durch unbefangene Personen.

3.4. Zur Gebührenauflegung

Die Antragstellerin hat die mit diesem Bescheid der Auftraggeberin auferlegten, gemäß § 318 BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15 iVm der Verordnung BGBl II 2010/72 zu entrichtenden Gebühren an das Bundesvergabeamt bezahlt und mit dem Nachprüfungs- und eV - Antrag jeweils - jedenfalls auch - obsiegt, so dass die Auftraggeberin insoweit eine Ersatzpflicht trifft - § 319 BVergG 2006. Dass die Pauschalgebühren für den eV - Antrag zuzusprechen waren, obwohl insoweit in einem geringen Teilbereich keine Antragstattgabe erfolgte, ergibt sich daraus, dass § 319 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 einen Pauschalgebührenersatz für die eV - Gebühren bei einem Obsiegen mit dem Sicherungsbegehren vorsieht, und insoweit bei einer teilweisen Stattgabe gleichfalls ein Obsiegen der Antragstellerin - zumindest in einem Teilbereich des Sicherungsbegehrens - vorliegt. Die Antragstellerin hat die mit diesem Bescheid der Auftraggeberin auferlegten, gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 in Verbindung mit der Verordnung BGBl römisch zwei 2010/72 zu entrichtenden Gebühren an das Bundesvergabeamt bezahlt und mit dem Nachprüfungs- und eV - Antrag jeweils - jedenfalls auch - obsiegt, so dass die Auftraggeberin insoweit eine Ersatzpflicht trifft - Paragraph 319, BVergG 2006. Dass die Pauschalgebühren für den eV - Antrag zuzusprechen waren, obwohl insoweit in einem geringen Teilbereich keine Antragstattgabe erfolgte, ergibt sich daraus, dass Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 einen Pauschalgebührenersatz für die eV - Gebühren bei einem Obsiegen mit dem Sicherungsbegehren vorsieht, und insoweit bei einer teilweisen Stattgabe gleichfalls ein Obsiegen der Antragstellerin - zumindest in einem Teilbereich des Sicherungsbegehrens - vorliegt.

Die Zahlungspflicht zu Handen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin ergibt sich aus den gestellten Kostenersatzbegehren iVm § 19a RAO. Die Zahlungspflicht zu Handen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin ergibt sich aus den gestellten Kostenersatzbegehren in Verbindung mit Paragraph 19 a, RAO.

Schlagworte

Angebotsprüfer, Befangenheit durch selektive Bieterinformation, Hearing, nicht abgeschlossene Angebotsprüfung;

Zuletzt aktualisiert am

19.01.2011

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