jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Verg Bescheid 2010/4/30 N/0022-BVA/08/2010-68

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.04.2010

Norm

BVergG 2006 §129
BVergG 2006 §131
BVergG 2006 §140
BVergG 2006 §320
BVergG 2006 §325

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 140 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 140 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 140 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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/0022- 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 versandten Widerrufsentscheidung vom

12.3.2010 über den diesbezüglich von der Antragstellerin, der Bietergemeinschaft bestehend aus der A1*** einerseits und der A2*** andererseits am 22.3.2010 gestellten Nichtigerklärungsantrag und über die gestellten Pauschalgebührenersatzanträge je vom 22.3.2010 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/0022- 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 versandten Widerrufsentscheidung vom 12.3.2010 über den diesbezüglich von der Antragstellerin, der Bietergemeinschaft bestehend aus der A1*** einerseits und der A2*** andererseits am 22.3.2010 gestellten Nichtigerklärungsantrag und über die gestellten Pauschalgebührenersatzanträge je vom 22.3.2010 wie folgt entscheiden:

Spruch

I. Die am 12.3.2010 im nicht offenen Vergabeverfahren nach vorheriger Bekanntmachung "S07 Fürstenfelder Schnellstraße, Abschnitt West, Örtliche Bauaufsicht - Freiland" namens der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft versandte Widerrufsentscheidung wird hiermit nichtig erklärt.römisch eins. Die am 12.3.2010 im nicht offenen Vergabeverfahren nach vorheriger Bekanntmachung "S07 Fürstenfelder Schnellstraße, Abschnitt West, Örtliche Bauaufsicht - Freiland" namens der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft versandte Widerrufsentscheidung wird hiermit nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 313 und 325 Abs 1 BVergG 2006,BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15Rechtsgrundlage: 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 mit ihrem Nachprüfungs- und eV - Antrag obsiegenden Bietergemeinschaft, bestehend aus der A1*** einerseits und aus der A2*** andererseits, binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution 2490,00 Euro zu bezahlen.römisch zwei. Die Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft ist schuldig, der mit ihrem Nachprüfungs- und eV - Antrag obsiegenden Bietergemeinschaft, bestehend aus der A1*** einerseits und aus der A2*** andererseits, binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution 2490,00 Euro zu bezahlen.

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

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. Die Bietergemeinschaft A1*** einerseits und A2*** andererseits tritt gegenständlich als Antragstellerin auf.

1.3. Die Erstgesellschafterin dieser Bietergemeinschaft, die A1***, hat ihren Unternehmenshauptsitz in Fürstenfeld, womit die geographische Nähe zum streitigen Straßenbauvorhaben aktenkundig ist.

Diese Erstgesellschafterin befasste bereits 2008 einen Rechtsanwalt mit der Beurteilung dahin, ob und inwieweit Vortätigkeiten bei insb auch dem gegenständlichen Straßenbauvorhaben eine nachmalige Teilnahme an weiteren Vergabeverfahren betreffend das gleiche Straßenbauvorhaben im Lichte des § 20 Abs 5 BVergG 2006 ausschließen.Diese Erstgesellschafterin befasste bereits 2008 einen Rechtsanwalt mit der Beurteilung dahin, ob und inwieweit Vortätigkeiten bei insb auch dem gegenständlichen Straßenbauvorhaben eine nachmalige Teilnahme an weiteren Vergabeverfahren betreffend das gleiche Straßenbauvorhaben im Lichte des Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 ausschließen.

1.4. Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wurde nunmehr antragstellerinnenseits diesbezüglich nachfolgend in ihren wesentlichen Teilen wiedergegebene anwaltliche Stellungnahme vorgelegt, die gegenüber der Auftraggeberin historisch und vor dieser streitigen ÖBA - Vergabe offengelegt worden ist:

A1**

[...]

Wien, am 27.10.2008

Betreff: Von der Teilnahme am Vergabeverfahren

Auszuschließende Unternehmer

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zur Frage, welche Unternehmer aus vergaberechtlicher Sicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen sind, erstatte ich nachstehende rechtliche Stellungnahme:

1. 1.Ziffer eins

Diesbezügliche Bestimmungen finden sich im BVergG 2006, u.a. in § 20 Abs. 5, § 68 Abs. 1 und § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG.Diesbezügliche Bestimmungen finden sich im BVergG 2006, u.a. in Paragraph 20, Absatz 5,, Paragraph 68, Absatz eins und Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 1 sind Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 BVergG auszuschließen sind, auszuscheiden.Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, sind Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 20, Absatz 5, BVergG auszuschließen sind, auszuscheiden.

§ 20 Abs. 5 BVergG no[r]miert wie folgt:Paragraph 20, Absatz 5, BVergG no[r]miert wie folgt:

"Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, sowie mit diesen Unternehmen verbunden sind, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren um die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann."

1. 2.Ziffer 2

Mit § 21 Abs. 3 BVergG 2002 wurde eine neue Festlegung der Voraussetzungen für einen Ausschluss von Bietern mit unlauteren Wettbewerbsvorlagen wegen "Mitwirkung an der Erarbeitung von Unterlagen für das Vergabeverfahren" umgesetzt. Diese Regelung unterscheidet sich in einigen Punkten wesentlich von der Vorgängerregelung in § 16 Abs. 4 BVergG 1997. Die Bestimmung des BVergG 1997 ist seit der Novelle 2002 nicht mehr in Kraft.Mit Paragraph 21, Absatz 3, BVergG 2002 wurde eine neue Festlegung der Voraussetzungen für einen Ausschluss von Bietern mit unlauteren Wettbewerbsvorlagen wegen "Mitwirkung an der Erarbeitung von Unterlagen für das Vergabeverfahren" umgesetzt. Diese Regelung unterscheidet sich in einigen Punkten wesentlich von der Vorgängerregelung in Paragraph 16, Absatz 4, BVergG 1997. Die Bestimmung des BVergG 1997 ist seit der Novelle 2002 nicht mehr in Kraft.

Die Regelung gemäß BVergG 2002 unterscheidet sich von der Regelung des § 16 Abs. 4 BVergG 1997 dahingehend, dass es sich nicht mehr um eine Beteiligung an "Vorarbeiten für eine Ausschreibung" handelt, sondern um eine Beteiligung an der "Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren." Weiters wurde nomiert, dass tatbestandsmäßig durch die Beteiligung an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren ein Ausschluss des Wettbewerbs bewirkt sein muss, bevor ein Bieter von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen ist.Die Regelung gemäß BVergG 2002 unterscheidet sich von der Regelung des Paragraph 16, Absatz 4, BVergG 1997 dahingehend, dass es sich nicht mehr um eine Beteiligung an "Vorarbeiten für eine Ausschreibung" handelt, sondern um eine Beteiligung an der "Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren." Weiters wurde nomiert, dass tatbestandsmäßig durch die Beteiligung an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren ein Ausschluss des Wettbewerbs bewirkt sein muss, bevor ein Bieter von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen ist.

Damit erfolgte eine wesentliche Differenzierung zum Vorarbeitenbegriff des Bundesvergabegesetzes 1997. Der Begriff "Vorarbeiten" des Bundesvergabegesetzes aus dem Jahr 1997 konnte sehr weit ausgelegt werden und umfasste nicht nur eine Beteiligung an der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen, sondern auch zeitlich oder sachlich weiter entfernte Vorarbeiten, wie zB Standortanalysen, Marketingstudien oder die Projektentwicklung.

Die Änderung im BVergG 2002 auf "Erarbeitung von Unterlagen" ist wesentlich enger anzusehen, dies sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht zum Vergabeverfahren. Eine Projektentwicklung, eine allgemeine Machbarkeitsstudie oder andere Beauftragungen fallen nicht mehr unter die Bestimmung.

1. 3.Ziffer 3

Die Bestimmung des § 21 Abs. 3 BVergG 2002 findet sich unverändert in § 20 Abs. 5 BVergG 2006 idF Vergaberechtsnovelle 2007 und stellt das BVergG 2006 i.d.g.F. die aktuelle Rechtssituation für Vergaben ab 01.01.2008 dar.Die Bestimmung des Paragraph 21, Absatz 3, BVergG 2002 findet sich unverändert in Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 in der Fassung Vergaberechtsnovelle 2007 und stellt das BVergG 2006 i.d.g.F. die aktuelle Rechtssituation für Vergaben ab 01.01.2008 dar.

Ein Ausschluss von Bietern hängt somit gemäß § 20 Abs. 5 BVergG 2006 davon ab, ob durch die Teilnahme des Bieters ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre. Weitere Konkretisierungen sind im Bundesvergabegesetz 2006 nicht erfolgt.Ein Ausschluss von Bietern hängt somit gemäß Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 davon ab, ob durch die Teilnahme des Bieters ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre. Weitere Konkretisierungen sind im Bundesvergabegesetz 2006 nicht erfolgt.

Ein allfälliger Wettbewerbsvorteil kann auch dahingehend neutralisiert werden, dass die betreffenden Erkenntnisse des Bieters den anderen Teilnehmern zur Verfügung gestellt werden. So auch die deutsche Entscheidung des VK Berlin, 13.08.2004, B-2-34/04, in welcher festgehalten wird, dass ein Bieter, der bei einem Dienstleistungsauftrag im Vorfeld der Ausschreibung mit wesentlichen Teilen der späteren Ausschreibung befasst war, nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden muss, wenn der Auftraggeber allen anderen Bietern durch umfassende Informationen den gleichen Wissenstand vermittelt, wie dem im Vorfeld befassten Bieter.

Durch die Neuregelung des § 20 BVergG 2006 werden marginale Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch allfällige Beteiligung an Vorarbeiten toleriert. Werden seitens des Auftragsgebers die gewonnenen Erkenntnisse publik gemacht oder sind diese sowieso offenkundig, so kommt die Bestimmung des § 20 Abs. 5 BVergG 2006 nicht zur Anwendung.Durch die Neuregelung des Paragraph 20, BVergG 2006 werden marginale Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch allfällige Beteiligung an Vorarbeiten toleriert. Werden seitens des Auftragsgebers die gewonnenen Erkenntnisse publik gemacht oder sind diese sowieso offenkundig, so kommt die Bestimmung des Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 nicht zur Anwendung.

Sofern ein Bieter beispielsweise im Vorfeld mit der Projektsteuerung beauftragt gewesen ist, wird dieser Bieter nicht unter die Bestimmung des § 20 Abs. 5 BVergG 2006 fallen, wenn er nicht an der Erstellung der Unterlagen für das Vergabeverfahren mitgewirkt hat.Sofern ein Bieter beispielsweise im Vorfeld mit der Projektsteuerung beauftragt gewesen ist, wird dieser Bieter nicht unter die Bestimmung des Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 fallen, wenn er nicht an der Erstellung der Unterlagen für das Vergabeverfahren mitgewirkt hat.

Meines Erachtens ist auch von keinen Wettbewerbsvorteil oder Wissensvorsprung auszugehen, da der Auftraggeber bei der Neuausschreibung die Leistungsbeschreibung so durchführen bzw. halten wird, dass dieser Bieter keinen Wissensvorsprung hat.

Selbst wenn ein Bieter einen Wissensvorsprung aus anderen Tätigkeiten im Vorfeld hätte, kann der Auftraggeber diesen dahingehend neutralisieren, indem alle Informationen in der Ausschreibung enthalten sind, sodass alle Bieter im Wettbewerb um den Auftrag gleiche Chancen haben.

Für die Auftragsvergabe im Sektorenbereich verweise ich auf die gleichartige Regelung in § 188 Abs. 5 BVergG 2006Für die Auftragsvergabe im Sektorenbereich verweise ich auf die gleichartige Regelung in Paragraph 188, Absatz 5, BVergG 2006.

Für allfällige weitere Fragen stehe ich jederzeit gerne zur Verfügung und verbleibe

Mit freundlichen Grüßen

[RA ...]

1.5. Punkt 1.2.4. der Teilnahmeantragsunterlagen im streitigen Vergabeverfahren, der unstrittig auch Bedeutung für die zweite Vergabeverfahrensstufe hat und im Nachprüfungsverfahren im Punkte der Antragslegitimation angezogen wurde, lautet:

1.2.4 Teilnehmer im Vergabeverfahren

Wir weisen Sie darauf hin, dass aufgrund bestehender Vertragsverhältnisse bei dem gegenständlichen Projekt Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten vorliegen können, die zum Ausschluss vom Vergabeverfahren bzw. zum Ausscheiden des Angebotes führen. Dies gilt insbesondere für prüfende und kontrollierende Tätigkeiten, die die hier ausgeschriebene Leistung betreffen.

Von diesem Vergabeverfahren sind insbesondere die Auftragnehmer für folgende Leistungen ausgeschlossen:

* Unternehmen die mit wesentlichen Planungsleistungen in der Ausschreibungs- und Bauphase beauftragt sind.

An dem Vergabeverfahren können Bewerber, die über die entsprechende Befugnis für die Realisierung des gegenständlichen Projektes verfügen und deren Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß §§ 69 ff BVergG gegeben ist, teilnehmen.An dem Vergabeverfahren können Bewerber, die über die entsprechende Befugnis für die Realisierung des gegenständlichen Projektes verfügen und deren Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß Paragraphen 69, ff BVergG gegeben ist, teilnehmen.

Es können Bewerbergemeinschaften gebildet werden, welche sich im Falle einer Aufforderung zur Angebotslegung zu einer Bietergemeinschaft und im Auftragsfall zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammenschließen müssen, wobei für jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft bzw. der späteren Bietergemeinschaft / Arbeitsgemeinschaft die Eignung gemäß § 70 Abs. 5 BVergG nachgewiesen werden muss.Es können Bewerbergemeinschaften gebildet werden, welche sich im Falle einer Aufforderung zur Angebotslegung zu einer Bietergemeinschaft und im Auftragsfall zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammenschließen müssen, wobei für jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft bzw. der späteren Bietergemeinschaft / Arbeitsgemeinschaft die Eignung gemäß Paragraph 70, Absatz 5, BVergG nachgewiesen werden muss.

Die Mitgliederanzahl einer Bewerbergemeinschaft ist auf 3 Unternehmen beschränkt.

1.6. Die Antragstellerin wurde seitens der Auftraggeberin gegenständlich für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen und bislang nicht gemäß § 129 BVergG 2006 ausgeschieden. Im Punkte der Antraglegitimation besteht allerdings nunmehr im Nachprüfungsverfahren darüber Streit, ob die Antragstellerin auszuscheiden gewesen wäre, weil insb allenfalls ein Sachverhalt vorliegt, der wertungsmäßig demjenigen vergleichbar ist, der im Bescheid des BVA v 29.1.2010, N/0116-BVA/14/2009-39 behandelt wurde.1.6. Die Antragstellerin wurde seitens der Auftraggeberin gegenständlich für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen und bislang nicht gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 ausgeschieden. Im Punkte der Antraglegitimation besteht allerdings nunmehr im Nachprüfungsverfahren darüber Streit, ob die Antragstellerin auszuscheiden gewesen wäre, weil insb allenfalls ein Sachverhalt vorliegt, der wertungsmäßig demjenigen vergleichbar ist, der im Bescheid des BVA v 29.1.2010, N/0116-BVA/14/2009-39 behandelt wurde.

1.6.1. Die Auftraggeberin bestritt die Antragslegitimation der Antragstellerin insoweit erstmals nachhaltig mit ihrer Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag, lfd Nr 21; legte mit der Eingabe lfd Nr 22 vom 1.4.2010 als Beilage ./4 ihr eigenes Qualitätsangebotsformular betreffend den Dienstleistungsauftrag "Technische Projektsteuerung in der Planungsphase" vor; und schließlich mit der Eingabe, lfd Nr 50 mit den Beilagen ../ 5 bis 10 ein Konvolut von (Zusatz-) Auftragsbestätigungen für die Technische Projektsteuerung" betreffend die S 7, Fürstenfelder Schnellstraße, aus denen zwar die Projektsteuerungstätigkeit der Erstgesellschafterin der Antragstellerin, jedoch nicht die Projektsteuerungstätigkeit der Antragstellerin selbst in Bezug auf das streitige Straßenbauvorhaben ersichtlich ist.

1.6.2. In Gegenüberstellung der streitgegenständlichen Unvereinbarkeitsbestimmung lautete die vergleichend diskutierte Unvereinbarkeitsbestimmung im angezogenen Vorbescheid des BVA - anders - wie folgt:

"(1) Bewerber sowie mit dem Bewerber verbundene Unternehmen, die im Projekt Skylink Auftragnehmer für andere Leistungsbereiche sind (zB Planungsleistungen, Ausführungsleistungen), sind von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen.

(2) Ebenso sind Unternehmer, die in der Vergangenheit beim Projekt Skylink in verantwortlichen Funktionen tätig waren (zB ÖBA, Projektsteuerung, Begleitende Kontrolle), auf Grund ihres spezifischen Wissensvorsprungs von der Teilnahme an diesem Vergabeverfahren ausgeschlossen".

1.7. Das streitgegenständliche Straßenbauvorhaben S 7 Fürstenfelder Schnellstraße gliedert sich in drei Abschnitte mit den Kurzbezeichnungen Ost, Mitte und West, wobei die Erstgesellschafterin der Antragstellerin alleine bzw innerhalb anderer Bietergemeinschaften bereits mit der diesbezüglichen Projektsteuerung in der Planungsphase befasst war bzw befasst ist. Die Projektsteuerungstätigkeit der Erstgesellschafterin der Antragstellerin beim Abschnitt West, der in diesem Nachprüfungsverfahren nunmehr insb betreffend die Leistungen der örtlichen Bauaufsicht strittig ist, wurde Ende des Jahres 2009 beendet.

1.7.1. Unstrittig haben lediglich Mitarbeiter des Konzerns der Auftraggeberin und insb der für das ÖBA - Projekt bei der vergebenden Stelle verantwortliche Ing Gr*** die Vergabeunterlagen für das streitige ÖBA - Vergabeverfahren erstellt, nicht jedoch der Sphäre der Antragstellerin zurechenbare Personen.

1.7.2. Wenn idS der ÖBA - Projektleiter im Konzern der Auftraggeberin, Herr Ing Gr***, in der mündlichen Verhandlung am 22.4.2010 (= MVh) vor dem Hintergrund des insoweit streitrelevanten Punkts 1.2.4 der Teilnahmeantragsbestimmungen ausführt, dass mit "wesentlichen Planungsleistungen in der Ausschreibungs- und Bauphase" auftraggeberinnenseits "im Wesentlichen die Ausschreibungsplanung für das Bauprojekt" gemeint wäre; und zudem Herr DD*** - als geschäftsführender Gesellschafter der Erstgesellschafterin und Bevollmächtigten für die antragstellende Bietergemeinschaft - bestätigt durch Herrn Gr*** - summarisch und auch sonst unwidersprochen angibt, dass eine Bietergruppe von Zivilingenieursbüros, aber gerade nicht die Antragstellerin bzw auch gerade nicht deren beide Gesellschafterinnen mit diesen "wesentlichen Planungsleistungen in der Ausschreibungs- und Bauphase" beauftragt sind,

waren auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens gerade keine Tatsachen feststellbar, die diesem jedenfalls absolut formulierten Ausschlussgrund der präkludierten Teilnahmeantragsunterlagen zuordenbar gewesen wären.

Ausdrücklich ist dabei zu wiederholen, dass die Auftraggeberin unter Punkt 1.2.4 der Teilnahmeantragsunterlagen beim gerade diskutierten absoluten Ausschlussgrund einleitend formuliert: "Von diesem Vergabeverfahren sind insbesondere die Auftragnehmer für folgende Leistungen ausgeschlossen".

1.7.3. Die Auftraggeberin brachte im Nachprüfungsverfahren im Punkte der Bestreitung der Antragslegitimation nunmehr zentral vor, die Antragstellerin wäre wegen der ersten Textpassagen des Punkts 1.2.4. der Teilnahmeantragsunterlagen auszuscheiden, weil die Erstgesellschafterin der Antragstellerin Projektsteuerungstätigkeiten iZm dem streitigen Schnellstraßenprojekt vorgenommen hat bzw auch weiter vornimmt; und diese Unvereinbarkeit bzw dieser Interessenskonflikt auf die hier antragstellende Bietergemeinschaft durchschlagen würde. Die insoweit einschlägigen Textpassagen der Teilnahmeantragsunterlagen seien idZ nochmals wiederholt:

"Wir weisen Sie darauf hin, dass aufgrund bestehender Vertragsverhältnisse bei dem gegenständlichen Projekt Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten vorliegen können, die zum Ausschluss vom Vergabeverfahren bzw. zum Ausscheiden des Angebotes führen. Dies gilt insbesondere für prüfende und kontrollierende Tätigkeiten, die die hier ausgeschriebene Leistung betreffen. Von diesem Vergabeverfahren sind insbesondere die Auftragnehmer für folgende Leistungen ausgeschlossen. ..."

Wenn nach dem ersten Satz aufgrund bestehender Vertragsverhältnisse bei dem gegenständlichen Projekt Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten vorliegen können, die zum Ausschluss vom Vergabeverfahren bzw. zum Ausscheiden des Angebotes führen, ist es maW Voraussetzung, dass Vertragsverhältnisse bestehen, aus denen sich Interessenskonflikte und Unvereinbarkeiten tatsächlich ergeben, damit die Rechtsfolge des Ausschlusses bzw des Ausscheidens eintritt. Der Ausschluss sollte insb bei prüfenden und kontrollierenden Tätigkeiten eintreten, die die streitgegenständlich ausgeschriebene ÖBA - Leistung betreffen.

Der Rechtsvertreter der Antragstellerin brachte in der Verhandlung am 22.4.2010 insoweit zusammenfassend vor, dass die teilweise und insb beim Abschnitt West seitens der Erstgesellschafterin der Antragstellerin bereits abgeschlossene Projektsteuerung in der Planungsphase kein Vertragsverhältnis ist, mit dem die künftige, hier streitige ÖBA - Leistung geprüft bzw kontrolliert worden sein könnte.

Der Projektleiter der Auftraggeberin, Herr Gr*** hat, was idZ zusätzlich als rechtserheblicher Sachverhalt festzustellen ist, in der MVh, siehe Seite 8 der diesbezüglichen Niederschrift, laufende Nr (= lfd Nr) 59 des Verwaltungsakts, ausdrücklich angegeben, dass die - anderweitigen - Vergabeunterlagen betreffend die Projektsteuerung dem BVA nicht vorgelegt worden und damit nicht Bestandteil der für das BVA insoweit relevanten Aktenlage geworden sind.

Die Unterlagenvorlagen der Auftraggeberin mit ihren Eingaben , lfd Nri 21, 22 und 50 des Verwaltungsakts, dokumentieren aber lediglich grundsätzlich Projektsteuerungstätigkeiten der Erstgesellschafterin der Antragstellerin in (teilweiser) Kooperation mit anderen UnternehmerInnen als der Zweitgesellschafterin.

Sohin ist in der auftraggeberinnenseits geschaffenen und von der Auftraggeberin dem BVA gemäß § 313 BVergG 2006 vorgelegten Aktenlage des Vergabeverfahrens gerade keine Unterlage enthalten, in der die Auftraggeberin schlüssig hergeleitet hätte, dass die Antragstellerin im Lichte des Punkts 1.2.4 der Teilnahmeantragsunterlagen auszuschließen bzw deren Angebot auszuscheiden wäre, weil historisch die Erstgesellschafterin der Antragstellerin mit irgendwelchen Projektsteuerungsaufträgen befasst war bzw befasst ist.Sohin ist in der auftraggeberinnenseits geschaffenen und von der Auftraggeberin dem BVA gemäß Paragraph 313, BVergG 2006 vorgelegten Aktenlage des Vergabeverfahrens gerade keine Unterlage enthalten, in der die Auftraggeberin schlüssig hergeleitet hätte, dass die Antragstellerin im Lichte des Punkts 1.2.4 der Teilnahmeantragsunterlagen auszuschließen bzw deren Angebot auszuscheiden wäre, weil historisch die Erstgesellschafterin der Antragstellerin mit irgendwelchen Projektsteuerungsaufträgen befasst war bzw befasst ist.

IdZ ist vielmehr festzustellen, dass in einem Aktenvermerk bzw Aktenvermerkskonzept der Auftraggeberin, welches erst in der MVh als weitere Dokumentenvorlage angekündigt worden war und am 23.4.2010 elektronisch an das BVA vorgelegt wurde, festgehalten ist wie folgt:

5) Weiters wurde im Vorfeld abgeklärt, inwieweit die Tätigkeit des Büro Depisch als Projektsteuerung im gegenständlichen Projekt sich als Vorteile / Nachteil für die Zulassung als ÖBA erweist.

Diese Passage aus dem gerade besagten und am 23.4.2010 vorgelegten nicht unterschriebenen Aktenvermerk zeigt, dass auch in diesem mit 25.2.2010 datierten Dokument gerade keine schlüssige Deduktion der Verwirklichung des Ausschlussgrunds gemäß Punkt 1.2.4 der Teilnahmeantragsunterlagen in der auftraggeberinnenseits vorgelegten Aktenlage enthalten ist.

Das Angebot der Antragstellerin wurde zudem gegenständlich auch formal noch nicht gemäß § 129 Abs 1 Z 1 und Z 7 BVergG 2006 ob des im Nachprüfungsverfahrens angezogenen Ausschlussgrunds ausgeschieden, womit gleichfalls eine entsprechende Prüfung des angezogenen Ausscheidenssachverhalts durch die Auftraggeberin vor einer Widerrufsentscheidung und eine diesbezügliche Dokumentation gemäß § 128 Abs 1 BVergG 2006 in den Vergabeunterlagen zu vermissen ist.Das Angebot der Antragstellerin wurde zudem gegenständlich auch formal noch nicht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins und Ziffer 7, BVergG 2006 ob des im Nachprüfungsverfahrens angezogenen Ausschlussgrunds ausgeschieden, womit gleichfalls eine entsprechende Prüfung des angezogenen Ausscheidenssachverhalts durch die Auftraggeberin vor einer Widerrufsentscheidung und eine diesbezügliche Dokumentation gemäß Paragraph 128, Absatz eins, BVergG 2006 in den Vergabeunterlagen zu vermissen ist.

1.8. Im gegenständlichen Vergabeverfahren war in der zweiten Stufe bei der Bestbieterauswahl ein Bewertungschema vorgesehen, bei dem 30% der Bewertungspunkte beim Preis; 40% dieser Punkte insb bei Referenzkriterien; und weitere 30% der Bewertungspunkte über ein Bieterhearing vor einer Kommission zu erlangen waren.

1.8.1. Die insb von den drei Mitgliedern der Bewertungskommission festgestellten Ähnlichkeiten bei Antworten auf zwei Fragen der Hearing - Kommission ließ bei der Auftraggeberin den Verdacht aufkeimen, dass der die insoweit inkriminierten Antworten beim Hearing gebende Mitarbeiter der Erstgesellschafterin der Antragstellerin, Herr Ai***, über unlautere Vorinformationen darüber verfügt haben könnte, was die Kommission bei diesen Fragen eigentlich hören wollte, um möglichst viele Punkte zu erlangen.

1.8.2. Insb durch die Aussage des Zeugen Ni***, der bei der ÖBB - Infrastruktur AG angestellt ist, aber bei der hier streitigen Vergabe als externes Kommissionsmitglied herangezogen worden ist, ist klar, dass zB auch im ÖBB - Konzern vergleichbare Leistungen wie die hier strittige ÖBA - Leistung mitunter über ähnlich gelagerte Hearing - Veranstaltungen vergeben werden. Damit erscheint es aber nunmehr dem erkennenden Senat nicht unwahrscheinlich, dass es zumindest möglich ist, dass sich ein Bieter auf ein Hearing auf Grund längerer Berufserfahrung derart

vorbereiten kann, dass er danach in einem Hearing zumindest teilweise Antworten bzw Darstellungen gibt, die nahezu ident wie vom Auftraggeber vorbereitete Musterlösungen sind, ohne dass insoweit zwingend kollusive Informationsweitergaben zu einem "exakt gemäß Musterlösung" antwortenden Bieter gegeben sein müssen. Herr Ni*** hielt dies in seiner Zeugenaussage für höchst unwahrscheinlich, was aber nicht darüber hinwegführt, dass die Variante der partiell branchenbekannten "gewünschten Hearing - Antworten" in den Unterlagen des Vergabeverfahrens bislang noch nicht schlüssig deduktiv als unwahrscheinliche Sachverhaltsvariante nachprüfbar dargestellt worden ist.

1.8.3. Die als Zeugen vernommenen Mitglieder der Hearing - Kommission, Herr Ni***, Herr Gr*** und der weitere Mitarbeiter des ASFINAG - Konzern, Herr Ps***, verwiesen in ihren handschriftlichen Anmerkungen auf den Hearing - Protokollen auf die insoweit für sie auffälligen Ähnlichkeiten bei zwei Fragen und den dabei gegebenen Antworten, wobei das Hearing am 17.12.2009 stattfand.

1.8.4. Herr Gr*** gab am 22.4.2010 idZ an, dass der gegenständlich streitige Verdacht der unlauteren Informationsweitergabe an die Antragstellerin - abseits der Hearing - Protokolle - in einem Aktenvermerk über das geplante Beiziehen der Rechtsabteilung dokumentiert wäre.

Dieser Aktenvermerk, der wie bereits erwähnt erst seit 23.4.2010 im Wege einer nachmaligen Urkundenvorlage der Auftraggeberin zu der gemäß § 313 BVergG 2006 relevanten Aktenlage des Vergabeverfahrens gehört, ist nicht unterschrieben und lautet in den hier interessierenden Teilen:Dieser Aktenvermerk, der wie bereits erwähnt erst seit 23.4.2010 im Wege einer nachmaligen Urkundenvorlage der Auftraggeberin zu der gemäß Paragraph 313, BVergG 2006 relevanten Aktenlage des Vergabeverfahrens gehört, ist nicht unterschrieben und lautet in den hier interessierenden Teilen:

Gesellschaft: ASFINAG Bau Management GmbH Erstelldatum: 25.02.2010

Abteilung / Ersteller: NG / TGr, TPI/ergänzt durch ASN

Fortlaufende Nr.:

Aktenvermerk

Betreff

S7 Fürstenfelder Schnellstraße, Abschnitt West Örtliche

Bauaufsicht

Freie Strecke

Verteiler

Bdt***, Lz***, Ps***, Br***, Sn***, Gr***

Themenbereich

1. 1.Ziffer eins
   Allgemeines

Für die Dienstleistung Örtliche Bauaufsicht Freie Strecke wurde ein zweistufiges Verfahren mit Hearing im Oberschwellenbereich (NoVmB) gewählt.

Die Bewertungskriterien wurden mit 30% Preis und 70% Qualität festgelegt, wobei der Faktor Qualität in 40% Referenzen und 30% Hearing unterteilt wurde.

Die Hearings wurden am 17.12.2009 in Graz unter Bewertung durch eine Kommission bestehend aus Ni***-ÖBB, Ps***-BMG, Gr***-BMG durchgeführt. Als Beobachter war Hr. Br*** FBW anwesend.

Die Kostenschätzung erfolgte auf Basis der vorangegangenen Ausschreibung für die ÖBA Tunnelbau und ergab Schätzkosten in der Höhe von € 4.960.000,-.

Nach Öffnung der Angebote wurden Angebotssummen in einer Höhe von 3.712.125,- (billigstes Angebot) und 4.595.920,- (teuerstes Angebot) protokolliert.

Nach Prüfung der Angebote und Korrektur der angegebenen Selbstdeklarationen (Prüfung durch PL Gr***, Überprüfung durch GL Ps***, Freigabe durch FBW Br***), sowie Einbeziehung der Ergebnisse aus den Hearings ergab sich eine Bieterreihung wie sie im Vergabebericht dargestellt ist.

1. 2.Ziffer 2
   Besonderheiten

Im Zuge des Hearings der BIGE A1***-A2*** wurde eine auffallende Übereinstimmung bei der Beantwortung von zwei Fragen durch Hr. Ai*** (Ablauf Vergabeprozess und Besonderheiten des ggst. Bauvorhabens) festgestellt und auch von allen Kommissionsmitgliedern am Bewertungsbogen dokumentiert.

Bei der Fragenbeantwortung von Herrn Ai*** wurde eine auffällige Übereinstimmung mit der vom AG definierten idealen Antwort in Reihenfolge und Wortwahl festgestellt, womit der Verdacht naheliegt, dass zumindest für diese Fragen eine Vorinformation der BIGE vorliegt.

1. 3.Ziffer 3
   Prüfung

Nachdem der Sachverhalt der Abteilungsleitung und der Geschäftsführung vorgetragen wurde, wurde der Fachbereich Vergabe beauftragt eventuelle Widerrufsgründe zu prüfen bzw. zu beurteilen. Diesbezüglich fand am 23.02.2010 ein Gespräch unter Teilnahme von Br***, Sn*** und Gr*** statt, bei der die Unterlagen gesichtet wurden und über die weitere Vorgehensweise beraten wurde.

Als Ergebnis für dieses Gespräch kann folgendes zusammengefasst werden:

Der AG kann ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Die Verletzung der geltenden fundamentalen Grundsätze des 19 BVergG, respektive das Gleichbehandlungsgebot, stellen sachliche Widerrufsgründe dar. Der Gesetzgeber sieht auch die Möglichkeit des Widerrufs vor, wenn begründete Verdachtsmomente gegen den Verstoß der oa. Grundsätze vorliegen.

Auch wenn kein strenger Maßstab bei den Widerrufs Gründen anzulegen ist, so besteht dennoch ein gewisses Risiko, dass das BVA im gegenständlichen Fall keine sachliche Rechtfertigung für einen Widerruf sieht (z. B. Verdachtsmomente sind nicht ausreichend begründet) und wir den Zuschlag dennoch an den derzeitigen präsumtiven Bestbieter erteilen müssten.

Weitere Widerrufsgründe werden geprüft. Der Preis befindet sich im Rahmen der Kostenschätzung.

Die Referenzen der Bieter wurden geprüft und konnten entsprechend gewertet werden (siehe Vergabevorschlag).

Um auf den vorliegenden Verdacht entsprechend zu reagieren, wurde der Vorschlag besprochen die BIGE mit den beobachteten Ungereimtheiten in einem Gespräch zu konfrontieren und [...].

Weiters wurde im Vorfeld abgeklärt, inwieweit die Tätigkeit des Büro Depisch als Projektsteuerung im gegenständlichen Projekt sich als Vorteile / Nachteil für die Zulassung als ÖBA erweist.

1.8.5. Als Aktenlage des Vergabeverfahrens stellen sich betreffend den Widerruf und insbesondere den Widerufsgrunds des Verdachts iZm dem Hearing zusammenfassend folgende aus der Auftraggeberinnensphäre konkretisierte Bestandteile der Vergabeunterlagen dar:

1.8.5.1. - Die Hearing - Protokolle, wie seitens der Auftraggeberin mit der Eingabe, lfd Nr 21 vorgelegt; wobei der jeweilige handschriftliche Hinweis auf "auffallende Ähnlichkeiten" am Seitenende leserlich ist. In der rechten Spalte bei diesen Hearing - Protokollen hatte dabei jedes Hearing - Kommissions - Mitglied handschriftliche Anmerkungen in Relation zu den in der linken Spalte dieser Protokolle ersichtlichen Musterlösungen gemacht.

1.8.5.2. - Die angefochtene Widerrufsentscheidung, die lautet:

TELEFAX MESSAGE

BIGE

A1***-A2***

[...]

S7 Fürstenfelder Schnellstraße

Abschnitt West

Örtliche Bauaufsicht - Freiland

Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung nach Ablauf der Angebotsfrist

gemäß § 139 BVergG 2006 idgFgemäß Paragraph 139, BVergG 2006 idgF

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir nehmen Bezug auf das oben angeführte Vergabeverfahren und bedanken uns zunächst für Ihre Teilnahme an diesem Vergabeverfahren.

Wir teilen Ihnen mit, dass beabsichtigt ist, die gegenständliche Ausschreibung gemäß §§ 139 Abs 1 Z 2 und Abs 2 Z 3 BVergG 2006 zu widerrufen.Wir teilen Ihnen mit, dass beabsichtigt ist, die gegenständliche Ausschreibung gemäß Paragraphen 139, Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 zu widerrufen.

Die für die Widerrufserklärung einzuhaltende 14-tägige Stillhaltefrist endet am 26.03.2010 um 24:00 Uhr, sofern die Faxmitteilung am 12.03.2010 verschickt wurde. Eine spätere Absendung erstreckt die Frist im selben Ausmaß.

Der beabsichtigte Widerruf gem. § 139 Abs 1 Z 2 BVergG ist darin begründet, dass sich die Rahmenbedingungen für die Erbringung der Leistungen erheblich geändert haben. Der für den Beginn der Bauleistung notwendige § 4 BStG-Bescheid liegt noch nicht vor, somit kann der Baubeginn für das Freiland wie in den Ausschreibungsunterlagen mit Februar 2011 angegeben /siehe Teil D.2 Pkt. 2.1.3) nicht mehr eingehalten werden kann. Der Baubeginn verschiebt sich voraussichtlich auf Mitte 2011.Der beabsichtigte Widerruf gem. Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist darin begründet, dass sich die Rahmenbedingungen für die Erbringung der Leistungen erheblich geändert haben. Der für den Beginn der Bauleistung notwendige Paragraph 4, BStG-Bescheid liegt noch nicht vor, somit kann der Baubeginn für das Freiland wie in den Ausschreibungsunterlagen mit Februar 2011 angegeben /siehe Teil D.2 Pkt. 2.1.3) nicht mehr eingehalten werden kann. Der Baubeginn verschiebt sich voraussichtlich auf Mitte 2011.

Der gemäß § 139 Abs 2 Z 3 BVergG für den beabsichtigten Widerruf eines Vergabeverfahrens erforderliche sachliche Grund besteht darin, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die geplante Vergabe gegen die im Rahmen eines jeden Vergabeverfahrens zu beachtenden Grundsätze des fairen und des lauteren Wettbewerb gemäß § 19 BVergG verstößt. Es bestehen Verdachtsmomente dahingehend, dass im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens Handlungen gesetzt wurden, die gegen das Wettbewerbsprinzip respektive das Gleichbehandlungsgebot verstoßen haben.Der gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG für den beabsichtigten Widerruf eines Vergabeverfahrens erforderliche sachliche Grund besteht darin, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die geplante Vergabe gegen die im Rahmen eines jeden Vergabeverfahrens zu beachtenden Grundsätze des fairen und des lauteren Wettbewerb gemäß Paragraph 19, BVergG verstößt. Es bestehen Verdachtsmomente dahingehend, dass im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens Handlungen gesetzt wurden, die gegen das Wettbewerbsprinzip respektive das Gleichbehandlungsgebot verstoßen haben.

Eine Verdachtsäußerung über den Verrat der Musterantworten bei den relevanten Hearing - Fragen an einen Bieter bzw an die Antragstellerin ist in dieser Widerrufsentscheidung im gegenständlichen nicht einmal ansatzweise erkennbar.

1.8.5.3. Die vergabeaktsinterne Dokumentation des Widerrufs, die soweit hier interessierend lautet:

[...]

2 ANGEBOTSERGEBNIS

2.1 Angebotseröffnung

Folgende Bieter haben ein Angebot abgegeben:

1

BIGE

T***-I***

2

BIGE

W***-G***

3

MP***

1010 Wien

4

BIGE

GT***-K***

5

BIGE

A1***-A2***

2.2 Ungeprüftes Angebotsergebnis

Nr. Bieter Angebotssumme

netto EUR

4 GT***-K*** 3.712.125,00

2 T***-I*** 3.889.630,00

1 W***-G*** 4.231.652,00

3 MP*** 4.299.075,00

5 A1***-A2*** 4.595.920,00

3. GRÜNDE FÜR DEN WIDERRUF

Ein Widerruf ist gem. § 139 Abs 2 Z 3 BVergG zulässig, wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Es liegen folgende sachliche Gründe für den Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung vor:Ein Widerruf ist gem. Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG zulässig, wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Es liegen folgende sachliche Gründe für den Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung vor:

Die Bewertungskriterien für die Vergabe der gegenständlichen Dienstleistung wurden mit 30% Preis und 70% Qualität festgelegt, wobei der Faktor Qualität in 40% Referenzen und 30% Hearing unterteilt wurde.

Die Hearings fanden am 17.12.2009 in Graz statt. Die Kommission bestehend aus Hrn. Ni*** (ÖBB), Hrn. Ps*** (BMG) und Hrn. Gr*** (BMG) führte die Bewertungen der Bieter gem. den Ausschreibungsbestimmungen durch. Als Beobachter war Hr. Br*** (Fachbereich Vergabe) anwesend.

Im Zuge des Hearings der BIGE A1***-A2*** wurde eine auffallende Übereinstimmung bei der Beantwortung von zwei Fragen durch Hr. Ai*** (Ablauf Vergabeprozess und Besonderheiten des ggst. Bauvorhabens) festgestellt. Dieser Umstand wurde von allen Kommissionsmitgliedern am Bewertungsbogen dokumentiert.

Bei der Fragenbeantwortung von Herrn Ai*** wurde eine auffällige Übereinstimmung mit der vom AG im vorhinein definierten idealen Antwort sowohl in der Reihenfolge als auch in der Wortwahl festgestellt, womit der Verdacht naheliegt, dass zumindest für diese Fragen eine Vorinformation der BIGE vorliegt.

Es kann daher die kann die Vermutung, dass die geplante Vergabe gegen die Grundsätze des fairen und des lauteren Wettbewerb des § 19 BVergG verstößt, nicht ausgeschlossen werden. Es bestehen Verdachtsmomente dahingehend, dass im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens Handlungen gesetzt wurden, die gegen das Wettbewerbsprinzip respektive das Gleichbehandlungsgebot verstoßen haben; gänzlich verifiziert konnte dies jedoch nicht werden. Da der Auftraggeber schon begründete Verdachtsmomente als ausreichende Verstöße gegen die für jeden Vergabeverfahren geltenden fundamentalen Grundsätzen des § 19 BVergG wertet, bestehen vertretbare

sachliche Gründe, die zum Widerruf des Vergabeverfahrens berechtigen.Es kann daher die kann die Vermutung, dass die geplante Vergabe gegen die Grundsätze des fairen und des lauteren Wettbewerb des Paragraph 19, BVergG verstößt, nicht ausgeschlossen werden. Es bestehen Verdachtsmomente dahingehend, dass im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens Handlungen gesetzt wurden, die gegen das Wettbewerbsprinzip respektive das Gleichbehandlungsgebot verstoßen haben; gänzlich verifiziert konnte dies jedoch nicht werden. Da der Auftraggeber schon begründete Verdachtsmomente als ausreichende Verstöße gegen die für jeden Vergabeverfahren geltenden fundamentalen Grundsätzen des Paragraph 19, BVergG wertet, bestehen vertretbare sachliche Gründe, die zum Widerruf des Vergabeverfahrens berechtigen.

Im Übrigen haben sich zwischenzeitlich die Rahmenbedingungen für die Erbringung der Leistung erheblich geändert. Voraussetzung für den Beginn der Bauleistungen ist der Bescheid gem. § 4 BStG. Bis dato liegt dieser Bescheid noch nicht vor, so dass der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Baubeginn im Februar 2011 (siehe Teil D.2 Pkt. 2.1.3) nicht mehr eingehalten werden kann. Der Baubeginn verschiebt sich voraussichtlich auf Mitte 2012.Im Übrigen haben sich zwischenzeitlich die Rahmenbedingungen für die Erbringung der Leistung erheblich geändert. Voraussetzung für den Beginn der Bauleistungen ist der Bescheid gem. Paragraph 4, BStG. Bis dato liegt dieser Bescheid noch nicht vor, so dass der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Baubeginn im Februar 2011 (siehe Teil D.2 Pkt. 2.1.3) nicht mehr eingehalten werden kann. Der Baubeginn verschiebt sich voraussichtlich auf Mitte 2012.

Auch aus diesem Grund ist ein Widerruf der Ausschreibung gem. § 139 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 möglich und zulässig.Auch aus diesem Grund ist ein Widerruf der Ausschreibung gem. Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 möglich und zulässig.

[...]

In dieser mit den Vergabeunterlagen vorgelegten Unterlage findet sich am Ende des Dokuments eine handschriftliche Anmerkung wie folgt:

Anm: Ps***/Gr***: Was ist damit gemeint? Sind davon auch die Mitglieder der Kommission betroffen bzw der Angebotsprüfer betroffen?Anmerkung, Ps***/Gr***: Was ist damit gemeint? Sind davon auch die Mitglieder der Kommission betroffen bzw der Angebotsprüfer betroffen?

Diese handschriftliche Anmerkung wurde durch den Zeugen Ps*** anlässlich der Unterfertigung der gerade beschriebenen Widerrufsdokumentation auf selbiger angebracht. Diese Anmerkung indiziert beweiswürdigend, dass damit die Zeugen Ps*** und Gr*** am 12.3.2010 die auftraggeberinnenintern diskutierten Verdachtsmomente jedenfalls nicht als solche auch zu Ihren Lasten verstanden wissen wollten.

1.8.5.4. Der oben bereits dargestellte, mit 25.2.2010 datierte und nicht unterschriebene Aktenvermerk wurde dem BVA am 23.4.2010 vorgelegt.

1.8.5.5. Es sind keine Vergabeunterlagen aktenkundig, aus denen schlüssig seitens der Nachprüfungsbehörde nachvollzogen werden könnte, dass - ohne plausiblen Grund, daran zu zweifeln - der durch die Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren gegenüber der Antragstellerin erst nach dem 12.3.2010 konkretisierte Verdacht die überwiegend wahrscheinliche Sachverhaltsvariante dafür ist, dass ein Mitarbeiter aus der Sphäre der Antragstellerin auffallend mit einer Musterlösung übereinstimmende Antworten gibt. Die Auftraggeberin hat in ihrer Widerrufsdokumentation insb nicht schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass im vorliegenden Fall ausgeschlossen werden kann bzw dass es auf Grund der gegebenen Umstände unwahrscheinlich ist, dass ein branchenerfahrener Bieter durch entsprechende Berufserfahrungen die von der Auftraggeberin erwarteten und gut bewerteten Antworten wegen seiner sonstigen "Hearing - Erfahrung" bereits vorhersehen kann,

zumal insoweit auch nicht aufbereitet ist, warum objektiviert zwingend ein Verdacht gehegt werden muss,

obwohl nur einzelne von mehreren Fragebeantwortungen verdächtig erscheinen;

und zudem vergabeaktsintern auch nicht schlüssig aufbereitet ist, warum die in einem - vorläufigen - Vergabevorschlag der Auftraggeberin erstgereihte Antragstellerin bei den in den Vergabeunterlagen im Ordner 5 dokumentierten Bewertungspunkten betreffend Referenzen absolut die meisten Punkte erhalten hat, während die Antragstellerin bei dem den Verdacht auslösenden Hearing- Bewertungskriterium sogar schlechter als eine andere Bieterin abgeschnitten hat.

Die Auftraggeberin hat bislang ausweislich der Vergabeunterlagen noch nicht von ihrem Recht gemäß§ 80 StPO zur Strafanzeige wegen des Verdachts von hier in Betracht kommenden Handlungen zB gemäß §§ 307 bzw 307a StGB Gebrauch gemacht; sie ist ausweislich dieser Unterlagen auch nicht im Wege bestimmter Privatanklagedelikte zB gemäß § 123 StGB bzw § 11 UWG eben wegen des erwogenen Musterlösungsverrats aktiv geworden; zumal ein hinreichend konkreter Verdacht des Verrats von Musterlösungen bei Bewertungshearings der Auftraggeberin die Möglichkeit zu einem solchen Vorgehen gegeben hätte.Die Auftraggeberin hat bislang ausweislich der Vergabeunterlagen noch nicht von ihrem Recht gemäß Paragraph 80, StPO zur Strafanzeige wegen des Verdachts von hier in Betracht kommenden Handlungen zB gemäß Paragraphen 307, bzw 307a StGB Gebrauch gemacht; sie ist ausweislich dieser Unterlagen auch nicht im Wege bestimmter Privatanklagedelikte zB gemäß Paragraph 123, StGB bzw Paragraph 11, UWG eben wegen des erwogenen Musterlösungsverrats aktiv geworden; zumal ein hinreichend konkreter Verdacht des Verrats von Musterlösungen bei Bewertungshearings der Auftraggeberin die Möglichkeit zu einem solchen Vorgehen gegeben hätte.

1.10. In den Vergabeunterlagen befindet sich ein mit Februar 2010 datierender Vergabevorschlag, der allerdings noch nicht alle für seine Effektuierung notwendigen Unterschriften aufweist.

1.11. Am 12.2.2010 fand bei der Auftraggeberin ein Aufklärungsgespräch mit der Antragstellerin statt, in welchem insb die Gültigkeit des Angebotspreises wegen des absehbar nicht wie geplant ergehenden Bescheids gemäß § 4 BStG hinterfragt wurde. In den Vergabeunterlagen und insb in den ausdrücklich hinterfragten Dokumenten zur Dokumentation der Genese der Widerrufsentscheidung sind idZ auch keine Unterlagen bekannt geworden, aus denen nachprüfend schlüssig nachvollzogen werden könnte, warum die zeitliche Verzögerung der Ausstellung des Bescheids gemäß § 4 BStG bei der hier vorliegenden Vergabe ein zwingender Widerrufsgrund sein soll, während die Auftraggeberin bei einer anderen Vergabe, die vom Zuwarten auf den gleichen § 4 BStG - Bescheid betroffen ist, die Rechtsfolge des zwingenden Widerrufs bislang nicht effektuiert hat - siehe Seiten 20 und 21 der Niederschrift, lfd Nr 59 des Verwaltungskats.1.11. Am 12.2.2010 fand bei der Auftraggeberin ein Aufklärungsgespräch mit der Antragstellerin statt, in welchem insb die Gültigkeit des Angebotspreises wegen des absehbar nicht wie geplant ergehenden Bescheids gemäß Paragraph 4, BStG hinterfragt wurde. In den Vergabeunterlagen und insb in den ausdrücklich hinterfragten Dokumenten zur Dokumentation der Genese der Widerrufsentscheidung sind idZ auch keine Unterlagen bekannt geworden, aus denen nachprüfend schlüssig nachvollzogen werden könnte, warum die zeitliche Verzögerung der Ausstellung des Bescheids gemäß Paragraph 4, BStG bei der hier vorliegenden Vergabe ein zwingender Widerrufsgrund sein soll, während die Auftraggeberin bei einer anderen Vergabe, die vom Zuwarten auf den gleichen Paragraph 4, BStG - Bescheid betroffen ist, die Rechtsfolge des zwingenden Widerrufs bislang nicht effektuiert hat - siehe Seiten 20 und 21 der Niederschrift, lfd Nr 59 des Verwaltungskats.

IdS sind insb noch keine Vergabeunterlagen bekannt, dass wegen der Verzögerung iZm der ausstehenden Bescheidausfertigung hinsichtlich Leistungszeit; Leistungsort; Leistungsinhalt bzw Gegenleistung an den nachmaligen Auftragnehmer der Leistungsvertrag der gegenständlichen Vergabe im Abgleich zu den Ausschreibungsunterlagen nachträglich derart geändert werden müsste, dass darin wesentliche Leistungsänderungen iSd Kriterien § 139 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 vorgenommen werden müssten.IdS sind insb noch keine Vergabeunterlagen bekannt, dass wegen der Verzögerung iZm der ausstehenden Bescheidausfertigung hinsichtlich Leistungszeit; Leistungsort; Leistungsinhalt bzw Gegenleistung an den nachmaligen Auftragnehmer der Leistungsvertrag der gegenständlichen Vergabe im Abgleich zu den Ausschreibungsunterlagen nachträglich derart geändert werden müsste, dass darin wesentliche Leistungsänderungen iSd Kriterien Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vorgenommen werden müssten.

1.12. Die Auftraggeberin versandte am 12.3.2010 die nunmehr angefochtene Widerrufsentscheidung per Telefax an die Antragstellerin.

1.13. Erst am 17.3.2010 wurde den bei der Auftraggeberin vorstellig werdenden Repräsentanten der Antragstellerin - zeugenschaftlich bestätigt - insb auch durch einen Geschäftsführer der vergebenden Stelle eröffnet, worin der in der Widerrufsentscheidung angedeutete Verdacht besteht.

Datiert mit 18.3.2010 ist danach ein Auskunftsschreiben der Auftraggeberin an die Antragstellerin betreffend die Widerrufsgründe aktenkundig.

1.14. Es sind bislang auch keine Tatsachen behauptet worden, dass die Aussage des Zeugen Pk***, einem mit der Sache befassten leitenden Angestellten im Konzern der Auftraggeberin, vom 22.4.2010 nachweislich unrichtig wäre,

dass - nach der Aussage des Zeugen Pk*** - für die Antragstellerin erst (nach Datumskottektur durch den Zeugen:) 17.3.2010 bekannt war, worin die in der Widerrufsentscheidung angedeutete Verdachtslage bestünde. Diese Verdachtslage wurde der Antragstellerin also erst am 17.3.2010 auf Tatsachenebene verbal eröffnet.

Die Auftraggeberin hat dieses Gespräch vom 17.3.2010 betreffend die Verdachtskonkretisierung gegenüber der Antragstellerin in keiner Niederschrift bzw auch sonst nicht unterlagenmäßig näher dokumentiert, zumindest soweit dies in den bislang an das BVA vorgelegten Vergabeunterlagen ersichtlich wäre.

1.15. Übereinstimmung besteht zwischen den Streitteilen dahin, dass die ausgeschriebenen Leistungen typische Leistungen von Zivilingenieursbüros darstellen. Es liegen keine Bestandteile in den vorgelegten Vergabeunterlagen vor, die dies evident als eine zumindest partielle Arbeitskräfteüberlassungstätigkeit nach § 135 GewO widerlegen würden.1.15. Übereinstimmung besteht zwischen den Streitteilen dahin, dass die ausgeschriebenen Leistungen typische Leistungen von Zivilingenieursbüros darstellen. Es liegen keine Bestandteile in den vorgelegten Vergabeunterlagen vor, die dies evident als eine zumindest partielle Arbeitskräfteüberlassungstätigkeit nach Paragraph 135, GewO widerlegen würden.

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 der mündlichen Verhandlung vom 22.4.2010; wobei insbesondere auf die ausdrücklich bezogenen Unterlagen und Aktenstücke verwiesen wird.

1. 3.Ziffer 3
   Rechtliche Beurteilung

3.0. - Allgemeines
Die Eigenschaft der Auftraggeberin als eine der Vergabekontrolle des Bundesvergabeamts unterworfene 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 § 322 BVergG 2006.Die Eigenschaft der Auftraggeberin als eine der Vergabekontrolle des Bundesvergabeamts unterworfene 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 Paragraph 322, BVergG 2006.
Das BVergG 2006 ist hinsichtlich der einschlägigen Fassung gegenständlich differenziert anzuwenden.
Gemäß § 345 Abs 14 Z 1 und Z 2 BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15 ist das streitige Vergabeverfahren materiellrechtlich nach dem BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86 zu beurteilen, während 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 nach dem BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 zu beurteilen, während die Rechtsschutzbestimmungen des BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 Anwendung finden.
Zitate der §§ 1 bis 290 BVergG 2006 sind daher mangels gegenteiliger Angabe als solche auf das BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 zu verstehen, während Zitate der §§ 291ff BVergG 2006 grundsätzlich als solche auf das BvergG 2006 idFBGBl I 2010/15 zu verstehen sind.Zitate der Paragraphen eins bis 290 BVergG 2006 sind daher mangels gegenteiliger Angabe als solche auf das BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 zu verstehen, während Zitate der Paragraphen 291 f, f, BVergG 2006 grundsätzlich als solche auf das BvergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 zu verstehen sind.

3.1. Zur ausgesprochenen Nichtigerklärung ist auszuführen:

3.1.1. Zur bestrittenen Antragslegitimation ist vorerst auf die Rsp des VwGH hinzuweisen. Dieser hat am 18.3.2009 zu Zl 2007/04/0095, insb auch die diesbezüglich fragliche Aufgabenverteilung zwischen Auftraggeber und Vergabekontrolle klarstellend, wie folgt ausgeführt:

[...]

Von der Nachprüfungsbehörde kann jedoch nicht verlangt werden, fiktiv zu prüfen, wie sich der Antragsteller als Bieter

im Vergabeverfahren verhalten hätte. Ist daher das Angebot des Antragstellers mit einem behebbaren Mangel behaftet, so hat die Nachprüfungsbehörde (die selber insoweit keinen Mängelbehebungsauftrag erteilen kann) nicht zu beurteilen, ob ein solcher Auftrag rechtzeitig erfüllt worden wäre. Der Nachprüfungsantrag eines Bieters, der ein mangelhaftes Angebot gelegt hat, kann daher nur dann als unzulässig zurückgewiesen werden, wenn der Mangel unbehebbar ist oder trotz eines vom Auftraggeber erteilten Verbesserungsauftrages nicht behoben worden ist. Die Verpflichtung der Behörde, bei Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschließungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens (vgl. insbesondere das hg. Erkenntnis vom 28. März 2007, Zl. 2005/04/0200, mit Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, Slg. 2003, Seite I-6319, und die Ausführungen in den Schlussanträgen des Generalanwaltes in dieser Rechtssache). Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausschließungsgründe aufzugreifen, die für sie nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind. Im Erkenntnis vom 1. März 2005, Zl. 2003/04/0199, hat der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen, dass es nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde ist, bei der Prüfung der Antragslegitimation die - vom Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht bezweifelte - Plausibilität von Bieterangaben zu prüfen, wenn dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre.Von der Nachprüfungsbehörde kann jedoch nicht verlangt werden, fiktiv zu prüfen, wie sich der Antragsteller als Bieter im Vergabeverfahren verhalten hätte. Ist daher das Angebot des Antragstellers mit einem behebbaren Mangel behaftet, so hat die Nachprüfungsbehörde (die selber insoweit keinen Mängelbehebungsauftrag erteilen kann) nicht zu beurteilen, ob ein solcher Auftrag rechtzeitig erfüllt worden wäre. Der Nachprüfungsantrag eines Bieters, der ein mangelhaftes Angebot gelegt hat, kann daher nur dann als unzulässig zurückgewiesen werden, wenn der Mangel unbehebbar ist oder trotz eines vom Auftraggeber erteilten Verbesserungsauftrages nicht behoben worden ist. Die Verpflichtung der Behörde, bei Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschließungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens vergleiche insbesondere das hg. Erkenntnis vom 28. März 2007, Zl. 2005/04/0200, mit Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, Slg. 2003, Seite I-6319, und die Ausführungen in den Schlussanträgen des Generalanwaltes in dieser Rechtssache). Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausschließungsgründe aufzugreifen, die für sie nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind. Im Erkenntnis vom 1. März 2005, Zl. 2003/04/0199, hat der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen, dass es nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde ist, bei der Prüfung der Antragslegitimation die - vom Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht bezweifelte - Plausibilität von Bieterangaben zu prüfen, wenn dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre.

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 auszuscheiden gewesen wäre.

[...]

3.1.1.1. Wie oben festgestellt, ergibt sich aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens bislang nicht, dass die Antragstellerin bzw deren Gesellschafterinnen als Unternehmen zu bewerten wären, die mit wesentlichen Planungsleistungen in der Ausschreibungs- und Bauphase beauftragt sind. Insoweit scheidet eine Verneinung der Antragslegitimation gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 wegen dieses demonstrativ in Punkt 1.2.4 der Teilnahmeantragsunterlagen angeführten Sachverhalts aus.3.1.1.1. Wie oben festgestellt, ergibt sich aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens bislang nicht, dass die Antragstellerin bzw deren Gesellschafterinnen als Unternehmen zu bewerten wären, die mit wesentlichen Planungsleistungen in der Ausschreibungs- und Bauphase beauftragt sind. Insoweit scheidet eine Verneinung der Antragslegitimation gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 wegen dieses demonstrativ in Punkt 1.2.4 der Teilnahmeantragsunterlagen angeführten Sachverhalts aus.

3.1.1.2. In den - vorgelegten Vergabeunterlagen ist weiters bislang noch nicht schlüssig hergeleitet, dass die Antragstellerin und ihre Gesellschafterinnen im Falle der Vergabe der streitgegenständlichen Leistungen an die

Antragstellerin Leistungen erbringen würden, die zu Interessenskonflikten bzw Unvereinbarkeiten mit anderen mit der Antragstellerin bestehenden Vertragsverhältnissen führen würden. 3.1.1.2.1. Im Punkte der insoweit im Verfahren thematisierten Projektsteuerung in der Planungsphase bei der S7 hat die Antragstellerin in ihrer vorliegenden Konstellation kein derzeit aufrechtes Vertragsverhältnis mit der Auftraggeberin. Lediglich die Erstgesellschafterin der Antragstellerin hat derzeit noch teilweise aufrechte Vertragsverhältnisse, nicht jedoch beim Abschnitt West der S 7, so dass insoweit bislang in der Aktenlage des Vergabeverfahrens noch nicht schlüssig dargetan ist, warum die Antragstellerin insoweit auszuscheiden sein soll.

3.1.1.2.2. In den Vergabeunterlagen ist bislang auch noch nicht schlüssig nachprüfbar dargestellt, dass die Antragstellerin bzw auch die Erstgesellschafterin der Antragstellerin mit prüfenden und kontrollierenden Tätigkeiten aufrecht beauftragt wäre, die die Leistungserbringung der streitgegenständlich insb ÖBA - Leistungen bestreffen. Unstrittig ist im Verfahren letztlich geblieben, dass die Erstgesellschafterin der Antragstellerin beim Abschnitt West der S 7 die Projektsteuerung in der Planungsphase Ende 2009 beendet hat.

3.1.1.3. Die Antragstellerin hat, wie in der Verhandlung letztlich unstrittig vom Zeugen Gr*** ausgesagt, an der Erstellung der Vergabeunterlagen für das streitige Vergabeverfahren nicht mitgewirkt. Insoweit scheidet ein zur Verneinung der Antragslegitimation der Antragstellerin führender Ausschlussgrund nach dem Wortlaut des § 20 Abs 5 BVergG 2006 aus.3.1.1.3. Die Antragstellerin hat, wie in der Verhandlung letztlich unstrittig vom Zeugen Gr*** ausgesagt, an der Erstellung der Vergabeunterlagen für das streitige Vergabeverfahren nicht mitgewirkt. Insoweit scheidet ein zur Verneinung der Antragslegitimation der Antragstellerin führender Ausschlussgrund nach dem Wortlaut des Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 aus.

3.1.1.4. Unstrittig geblieben ist, dass in den Vergabeunterlagen, maW in der Aktenlage des Vergabeverfahrens, keine Dokumente vorliegen, die in rechtlicher Hinsicht das Nicht - Vorliegen von typischen Ziviltechnikerleistungen als vergabegegenständlich bedeuten würden. Mag daher auch auf Grund gewisser Passagen der Leistungsbeschreibung bei einigen Leistungsteilen vertretbar das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung gemäß den Wertungen des § 4 AÜG diskutierbar erscheinen, so ergibt sich dennoch aus § 2 Z 10 GewO, dass - wegen der unwiderlegt typischen Ziviltechnikerleistung - keine Berufsbefugnis iSd § 135 GewO zu verlangen ist. Der Antragstellerin konnte insoweit die Antragslegitimation auch nicht mangels Befugnis abgesprochen werden.3.1.1.4. Unstrittig geblieben ist, dass in den Vergabeunterlagen, maW in der Aktenlage des Vergabeverfahrens, keine Dokumente vorliegen, die in rechtlicher Hinsicht das Nicht - Vorliegen von typischen Ziviltechnikerleistungen als vergabegegenständlich bedeuten würden. Mag daher auch auf Grund gewisser Passagen der Leistungsbeschreibung bei einigen Leistungsteilen vertretbar das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung gemäß den Wertungen des Paragraph 4, AÜG diskutierbar erscheinen, so ergibt sich dennoch aus Paragraph 2, Ziffer 10, GewO, dass - wegen der unwiderlegt typischen Ziviltechnikerleistung - keine Berufsbefugnis iSd Paragraph 135, GewO zu verlangen ist. Der Antragstellerin konnte insoweit die Antragslegitimation auch nicht mangels Befugnis abgesprochen werden.

3.1.1.5. Da sohin zusammenfassend aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens (offenkundige) Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin nicht erkennbar sind, erscheint der gegenständliche Nachprüfungsantrag auch materiell - gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 - zulässig.3.1.1.5. Da sohin zusammenfassend aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens (offenkundige) Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin nicht erkennbar sind, erscheint der gegenständliche Nachprüfungsantrag auch materiell - gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 - zulässig.

3.1.2. Zur mangelhaften Begründung der angefochtenen Widerrufsentscheidung:

3.1.2.1. Im Verfahren ist inhaltlich nunmehr zentral strittig geworden, ob die angefochtene Widerrufsentscheidung ausreichend begründet ist.

Dabei ist zu beachten, dass der Gesetzgeber einem Auftraggeber den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Angebotseröffnung in den in § 139 Abs 1 BVergG 2006 genannten Fällen zwingend gebietet, während der Gesetzgeber einem Auftraggeber den Widerruf des Vergabeverfahrens in den in § 139 abs 2 BVergG 2006 genannten Fällen fakultativ ermöglicht.Dabei ist zu beachten, dass der Gesetzgeber einem Auftraggeber den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Angebotseröffnung in den in Paragraph 139, Absatz eins, BVergG 2006 genannten Fällen zwingend gebietet, während der Gesetzgeber einem Auftraggeber den Widerruf des Vergabeverfahrens in den in Paragraph 139, abs 2 BVergG 2006 genannten Fällen fakultativ ermöglicht.

3.1.2.2. Wenn der Gesetzgeber dabei in § 139 Abs 2 BVergG 2006 bloß fakultative Widerrufsgründe normiert, wegen

derer widerrufen werden kann, dokumentiert dieser Umstand, dass hier ein Willensakt des Auftraggebers notwendig ist, aus einem bestimmten Grund widerrufen zu wollen, den der Auftraggeber zu definieren hat. Das Bundesvergabeamt ist gesetzlich nicht befugt, fakultative Widerrufsgründe ersatzweise für einen Auftraggeber zu suchen und danach deshalb eine angefochtene Widerrufsentscheidung damit begründend zu rechtfertigen.3.1.2.2. Wenn der Gesetzgeber dabei in Paragraph 139, Absatz 2, BVergG 2006 bloß fakultative Widerrufsgründe normiert, wegen derer widerrufen werden kann, dokumentiert dieser Umstand, dass hier ein Willensakt des Auftraggebers notwendig ist, aus einem bestimmten Grund widerrufen zu wollen, den der Auftraggeber zu definieren hat. Das Bundesvergabeamt ist gesetzlich nicht befugt, fakultative Widerrufsgründe ersatzweise für einen Auftraggeber zu suchen und danach deshalb eine angefochtene Widerrufsentscheidung damit begründend zu rechtfertigen.

3.1.2.3. § 140 Abs 1 BVergG 2006 sieht nunmehr - grundsätzlich synchron zu dem die Zuschlagsentscheidung betreffenden §131 BVergG 2006 - vor, dass der Aufttraggeber in der vor der Widerrufserklärung zu versendenden Widerufsentscheidung die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt geben muss. Dies entspricht zudem den hier bereits einschlägigen Bestimmungen der Art 2a und 2c der RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG.3.1.2.3. Paragraph 140, Absatz eins, BVergG 2006 sieht nunmehr - grundsätzlich synchron zu dem die Zuschlagsentscheidung betreffenden §131 BVergG 2006 - vor, dass der Aufttraggeber in der vor der Widerrufserklärung zu versendenden Widerufsentscheidung die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt geben muss. Dies entspricht zudem den hier bereits einschlägigen Bestimmungen der Artikel 2 a und 2 c der RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG.

3.1.2.3. Damit verlangt der Gesetzgeber konform mit dem Nachprüfungskonzept der RL 89/665/EWG von einem Auftraggeber im Anwendungsbereich des 2. Teils des BvergG 2006, dass dieser die Entscheidungsgründe dartut, aus denen widerrufen werden soll, damit dann im Nachprüfungsverfahren diese Widerrufsgründe einer - nachprüfenden - Überprüfung zugeführt werden können. Wenn nunmehr idS der EuGH zB in der Rs C-275/08 den Nachweis der Rechtfertigung einer bestimmten Vergabeentscheidung bereits im Vergabeverfahren - und nicht erst im Nachprüfungsverfahren - auferlegt, ist an das sich aus § 19 Abs 1 BVergG 2006 iVm Art 2 RL 2004/18 ergebende Transparenzgebot zu erinnern, das einen vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber dazu verpflichtet, sein Vergabeverfahren in allen Phasen transparent abzuwickeln. Aus diesem Transparenzgebot ist damit ersichtlich, dass der Auftraggeber vor dem Nachprüfungsverfahren die Gründe einer bestimmten Vergabeentscheidung nachprüfbar zu dokumentieren hat, die nach Begründungsmitteilung Gegenstand der gesetzlich iSd Art 1 Abs 1 RL 89/665/EWG iVm § 326 BVergG 2006 rasch angestrebten - Vergabenachprüfung sind.3.1.2.3. Damit verlangt der Gesetzgeber konform mit dem Nachprüfungskonzept der RL 89/665/EWG von einem Auftraggeber im Anwendungsbereich des 2. Teils des BvergG 2006, dass dieser die Entscheidungsgründe dartut, aus denen widerrufen werden soll, damit dann im Nachprüfungsverfahren diese Widerrufsgründe einer - nachprüfenden - Überprüfung zugeführt werden können. Wenn nunmehr idS der EuGH zB in der Rs C-275/08 den Nachweis der Rechtfertigung einer bestimmten Vergabeentscheidung bereits im Vergabeverfahren - und nicht erst im Nachprüfungsverfahren - auferlegt, ist an das sich aus Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 in Verbindung mit Artikel 2, RL 2004/18 ergebende Transparenzgebot zu erinnern, das einen vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber dazu verpflichtet, sein Vergabeverfahren in allen Phasen transparent abzuwickeln. Aus diesem Transparenzgebot ist damit ersichtlich, dass der Auftraggeber vor dem Nachprüfungsverfahren die Gründe einer bestimmten Vergabeentscheidung nachprüfbar zu dokumentieren hat, die nach Begründungsmitteilung Gegenstand der gesetzlich iSd Artikel eins, Absatz eins, RL 89/665/EWG in Verbindung mit Paragraph 326, BVergG 2006 rasch angestrebten - Vergabenachprüfung sind.

3.1.3. Zur Pflicht zur ausreichenden Begründung einer anfechtbaren Auftraggeberentscheidung existieren mittlerweile folgende insb auch judikative Klarstellungen, die die Bedeutung einer Entscheidungsbegründung für den Rechtsschutz unterstreichen:

3.1.3.1. So hat der EuGH hat zB am 28.1.2010 in der Rs C-406/08 "Uniplex" in den Rdnri 29ff betreffend die Entscheidung über einen Rahmenvereinbarungsabschluss ausgeführt wie folgt:

[...]

2 6 Die Richtlinie 89/665 soll sicherstellen, dass bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die in Umsetzung dieses Rechts ergangen sind, Möglichkeiten einer wirksamen Nachprüfung bestehen, um die tatsächliche Anwendung der Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu gewährleisten. Sie enthält jedoch keine

Bestimmungen, die sich speziell auf die Fristregelung für die von ihr vorgesehenen Nachprüfungsverfahren beziehen. Die Regelung dieser Fristen ist daher Sache der internen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten (Urteil vom 12. Dezember 2002, Universale-Bau u. a., C-470/99, Slg. 2002, I-11617, Randnr. 71).

2 7 Die Modalitäten gerichtlicher Verfahren zum Schutz der Rechte, die das Gemeinschaftsrecht den durch Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber geschädigten Bewerbern und Bietern einräumt, dürfen die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 89/665 nicht beeinträchtigen (Urteil Universale-Bau u. a., Randnr. 72).

28 Unter diesem Blickwinkel ist zu prüfen, ob im Hinblick auf die Zielsetzung dieser Richtlinie eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nicht die Rechte beeinträchtigt, die dem Einzelnen vom Gemeinschaftsrecht verliehen sind (Urteil Universale-Bau u. a., Randnr. 73).

2 9 Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 sicherstellen müssen, dass rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch nachgeprüft werden können (Urteil Universale-Bau u. a., Randnr. 74).29 Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten nach Artikel eins, Absatz eins, der Richtlinie 89/665 sicherstellen müssen, dass rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch nachgeprüft werden können (Urteil Universale-Bau u. a., Randnr. 74).

3 0 Der Umstand, dass ein Bewerber oder Bieter erfährt, dass seine Bewerbung oder sein Angebot zurückgewiesen worden ist, versetzt ihn aber nicht in die Lage, wirksam mit einem Nachprüfungsantrag dagegen vorzugehen. Solche Informationen genügen für einen Bewerber oder Bieter nicht, um gegebenenfalls einen anfechtbaren Rechtsverstoß erkennen zu können.

3 1 Ein betroffener Bewerber oder Bieter kann sich erst dann darüber klar werden, ob etwa ein Verstoß gegen die anwendbaren Vorschriften vorliegt und die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens angebracht ist, nachdem er von den Gründen in Kenntnis gesetzt worden ist, aus denen seine Bewerbung oder sein Angebot in dem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags abgelehnt wurde.

3 2 Daraus folgt, dass das in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 gesetzte Ziel, das Bestehen wirksamer Nachprüfungsmöglichkeiten bei Verstößen gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge sicherzustellen, nur dann erreicht werden kann, wenn die Fristen, die für die Einleitung der Nachprüfung vorgeschrieben sind, erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, zu dem der Kläger von dem geltend gemachten Verstoß gegen die genannten Vorschriften Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen (vgl. in diesem Sinne Urteil Universale-Bau u. a., Randnr. 78).32 Daraus folgt, dass das in Artikel eins, Absatz eins, der Richtlinie 89/665 gesetzte Ziel, das Bestehen wirksamer Nachprüfungsmöglichkeiten bei Verstößen gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge sicherzustellen, nur dann erreicht werden kann, wenn die Fristen, die für die Einleitung der Nachprüfung vorgeschrieben sind, erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, zu dem der Kläger von dem geltend gemachten Verstoß gegen die genannten Vorschriften Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen vergleiche in diesem Sinne Urteil Universale-Bau u. a., Randnr. 78).

33 Bestätigung findet dies darin, dass nach Art. 41 Abs. 1 und 2 der zu der für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens maßgeblichen Zeit geltenden Richtlinie 2004/18 die öffentlichen Auftraggeber den abgelehnten Bewerbern und Bietern die Gründe für die sie betreffende Entscheidung mitteilen müssen. Solche Bestimmungen stehen in einem logischen Zusammenhang mit einer Ausschlussfristregelung, nach der Fristbeginn der Zeitpunkt ist, zu dem der Kläger von dem geltend gemachten Verstoß gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen.33 Bestätigung findet dies darin, dass nach Artikel 41, Absatz eins und 2 der zu der für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens maßgeblichen Zeit geltenden Richtlinie 2004/18 die öffentlichen Auftraggeber den abgelehnten Bewerbern und Bietern die Gründe für die sie betreffende Entscheidung mitteilen müssen. Solche Bestimmungen stehen in einem logischen Zusammenhang mit einer Ausschlussfristregelung, nach der Fristbeginn der Zeitpunkt ist, zu dem der Kläger von dem geltend gemachten Verstoß gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen.

3 4 Weiteren Rückhalt findet dieses Ergebnis in den Änderungen, die die Richtlinie 89/665 durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABl. L 335, S. 31) erfahren hat, obschon die Umsetzungsfrist für diese Richtlinie erst ablief, nachdem sich der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zugetragen hatte. Art. 2c der Richtlinie

89/665, der durch die Richtlinie 2007/66 eingefügt wurde, sieht nämlich vor, dass der Mitteilung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers an jeden Bewerber oder Bieter eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe beigefügt wird und dass die Fristen für die Beantragung einer Nachprüfung erst nach einer bestimmten Anzahl von Tagen nach dieser Mitteilung ablaufen.34 Weiteren Rückhalt findet dieses Ergebnis in den Änderungen, die die Richtlinie 89/665 durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge Amtsblatt L 335, S. 31) erfahren hat, obschon die Umsetzungsfrist für diese Richtlinie erst ablief, nachdem sich der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zugetragen hatte. Artikel 2 c, der Richtlinie 89/665, der durch die Richtlinie 2007/66 eingefügt wurde, sieht nämlich vor, dass der Mitteilung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers an jeden Bewerber oder Bieter eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe beigefügt wird und dass die Fristen für die Beantragung einer Nachprüfung erst nach einer bestimmten Anzahl von Tagen nach dieser Mitteilung ablaufen.

35 Somit ist auf die erste Frage zu antworten, dass nach den Anforderungen des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 für den Beginn der Frist für die Einleitung eines Verfahrens zur Feststellung eines Verstoßes gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge oder zur Erlangung von Schadensersatz wegen Verstoßes gegen diese Vorschriften auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem der Kläger von dem Verstoß Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen. [...]35 Somit ist auf die erste Frage zu antworten, dass nach den Anforderungen des Artikel eins, Absatz eins, der Richtlinie 89/665 für den Beginn der Frist für die Einleitung eines Verfahrens zur Feststellung eines Verstoßes gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge oder zur Erlangung von Schadensersatz wegen Verstoßes gegen diese Vorschriften auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem der Kläger von dem Verstoß Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen. [...]

Der EuGH knüpft an die fehlerhafte Entscheidungsbegründung in diesem Auslegungsurteil die Rechtsfolge der Verlängerung der Anfechtungsfrist und misst damit der Begründung einer anfechtbaren Auftraggeberentscheidung besondere - gemeinschaftsrechtliche - Bedeutung zu.

3.1.3.2. Der VwGH hat zur Frage der Begründungspflicht am 22.4.2009 zur Zl2009/04/0081 ausgeführt wie folgt:

[...]

1.3. Zur Rechtswidrigkeit der Verletzung von § 131 vierter Satz BVergG 20061.3. Zur Rechtswidrigkeit der Verletzung von Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006:

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

2006). Dies umso mehr, als diese Bestimmung nach den obzitierten Materialien gewährleisten soll, "dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt".

Dem Beschwerdeargument, § 132 Abs.2 BVergG 2006 stelle eine abschließende Regelung zu den Rechtsfolgen der Unterlassung von Informationen nach §131 vierter Satz BVergG 2006 dar, kann nicht gefolgt werden. Diese Bestimmung stellt nach den obzitierten Materialien ausdrücklich klar, dass bei unterbliebener, jedoch gesetzlich vorgeschriebener Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung ein nachfolgender Vertragsabschluss jedenfalls nichtig ist. Über die Frage, inwieweit ein Verstoß gegen § 131 vierter Satz BVergG 2006 eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nach § 325 BVergG 2006 bzw. § 15 K-VergRG nach sich ziehen kann, trifft diese Regelung keine Aussage.Dem Beschwerdeargument, Paragraph 132, Absatz 2, BVergG 2006 stelle eine abschließende Regelung zu den Rechtsfolgen der Unterlassung von Informationen nach §131 vierter Satz BVergG 2006 dar, kann nicht gefolgt werden. Diese Bestimmung stellt nach den obzitierten Materialien ausdrücklich klar, dass bei unterbliebener, jedoch gesetzlich vorgeschriebener Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung ein nachfolgender Vertragsabschluss jedenfalls nichtig ist. Über die Frage, inwieweit ein Verstoß gegen Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 325, BVergG 2006 bzw. Paragraph 15, K-VergRG nach sich ziehen kann, trifft diese Regelung keine Aussage.

Die Beschwerde ist der Auffassung, es sei zwischen der in § 131 BVergG 2006 geregelten Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und der Zuschlagsentscheidung selbst zu unterscheiden, was mit sich bringe, dass Mängel der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nach § 131 BVergG 2006 keinerlei Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung an sich hätten. Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass eine Zuschlagsentscheidung nach der Definition des Gesetzgebers im § 2 Z 48 BVergG 2006 die an Bieter abgegebene nicht verbindliche Absichtserklärung ist, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Konstituierendes Element der Zuschlagsentscheidung ist daher der Umstand, dass sie an Bieter abgegeben und in diesem Sinne mitgeteilt wird, was wiederum in § 131 BVergG 2006 geregelt ist (vgl. grundsätzlich zur Zuschlagsentscheidung nach BVergG 2002 und dem für deren Vorliegen erforderlichen nach außen getretenen, dem Auftraggeber zurechenbaren Erklärungswert das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2006, 2005/04/0202, mwN). In diesem Sinne erläutern auch die obzitierten Materialien, dass nach der neuen Rechtslage des § 131 BVergG 2006 die Bekanntgabepflicht nach der Zuschlagsentscheidung entfällt und somit die Zuschlagsentscheidung die "letzte" gesondert anfechtbare Entscheidung im Vergabeverfahren ist.Die Beschwerde ist der Auffassung, es sei zwischen der in Paragraph 131, BVergG 2006 geregelten Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und der Zuschlagsentscheidung selbst zu unterscheiden, was mit sich bringe, dass Mängel der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 131, BVergG 2006 keinerlei Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung an sich hätten. Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass eine Zuschlagsentscheidung nach der Definition des Gesetzgebers im Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG 2006 die an Bieter abgegebene nicht verbindliche Absichtserklärung ist, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Konstituierendes Element der Zuschlagsentscheidung ist daher der Umstand, dass sie an Bieter abgegeben und in diesem Sinne mitgeteilt wird, was wiederum in Paragraph 131, BVergG 2006 geregelt ist vergleiche grundsätzlich zur Zuschlagsentscheidung nach BVergG 2002 und dem für deren Vorliegen erforderlichen nach außen getretenen, dem Auftraggeber zurechenbaren Erklärungswert das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2006, 2005/04/0202, mwN). In diesem Sinne erläutern auch die obzitierten Materialien, dass nach der neuen Rechtslage des Paragraph 131, BVergG 2006 die Bekanntgabepflicht nach der Zuschlagsentscheidung entfällt und somit die Zuschlagsentscheidung die "letzte" gesondert anfechtbare Entscheidung im Vergabeverfahren ist.

1.4. Zur Wesentlichkeit der Verletzung von § 131 vierter Satz BVergG 2006 für den Ausgang des Vergabeverfahrens: 1.4. Zur Wesentlichkeit der Verletzung von Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 für den Ausgang des Vergabeverfahrens:

Von der Verletzung des Bieters in dem ihm gemäß § 131 vierter Satz BVergG 2006 zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen (§ 15 Abs. 1 lit. a K-VergRG bzw. § 325 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006) ist die Frage ihrer Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens zu unterscheiden.Von der Verletzung des Bieters in dem ihm gemäß Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser

Bestimmung enthaltenen Informationen (Paragraph 15, Absatz eins, Litera a, K-VergRG bzw. Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006) ist die Frage ihrer Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens zu unterscheiden.

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

Folgte man der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die Unterlassung der Informationen nach § 131 vierter Satz BVergG 2006 in keinem Fall die intern getroffene Auswahl des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers berühre, so hätte ein Verstoß gegen diese Verpflichtung des Auftraggebers nie einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Es kann aber dem Gesetzgeber, der in den Erläuterungen gerade jene Probleme anführt, die durch eine Nichtbegründung der Zuschlagsentscheidung entstehen - insbesondere die Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter - nun nicht unterstellt werden, er habe eine im Ergebnis durch den betroffenen Bieter nicht anfechtbare und somit "ins Leere" gehende Verpflichtung des Auftraggebers geschaffen.Folgte man der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die Unterlassung der Informationen nach Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 in keinem Fall die intern getroffene Auswahl des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers berühre, so hätte ein Verstoß gegen diese Verpflichtung des Auftraggebers nie einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Es kann aber dem Gesetzgeber, der in den Erläuterungen gerade jene Probleme anführt, die durch eine Nichtbegründung der Zuschlagsentscheidung entstehen - insbesondere die Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter - nun nicht unterstellt werden, er habe eine im Ergebnis durch den betroffenen Bieter nicht anfechtbare und somit "ins Leere" gehende Verpflichtung des Auftraggebers geschaffen.

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

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

Daher ist die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des § 325 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 bzw. § 15 Abs. 1 lit. b KVergRG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist. [...]Daher ist die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 bzw. Paragraph 15, Absatz eins, Litera b, KVergRG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist. [...]

Der VwGH nimmt also die mangelhafte Entscheidungsbegründung zum Anlass, um die angefochtene Entscheidung allein deshalb der Kassation anheim zu stellen, was unter Rechtssicherheitsgesichtspunkten - es verbleibt kein Schwebezustand, ob eine Anfechtungs- bzw Stillhaltefrist wegen allfällig mangelhafter Begründung bereits abgelaufen ist - zu befürworten ist; wobei zudem mit dieser Lösung des VwGH gleichfalls effektiver Vergaberechtsschutz eingeräumt wird.

3.1.3.3. Das Bundesvergabeamt hatte bereits zuvor richtungsgleich wie in der zitierten VwGH - E am 9.5.2007 im Bescheid N/0029- BVA/06/2007-112 ausgeführt wie folgt:

Der VfGH hat in seinem Erkenntnis v 12.6.2004, B 190/02, ergangen zu § 53a BVergG 1997, ausgeführt, dass ein Bieter auf die entsprechende Auskunft des Auftraggebers in der Begründung der Zuschlagsentscheidung angewiesen sein kann, um beurteilen zu können, ob die Zuschlagsentscheidung des Auftraggeber rechtens ist. Der VfGH hat danach zum BVergG 1997 die Rechtsfolge der Verlängerung der Stillhaltefrist bis zu einer ordnungsgemäß erfolgten Begründung der Zuschlagsentscheidung vertreten.Der VfGH hat in seinem Erkenntnis v 12.6.2004, B 190/02, ergangen zu Paragraph 53 a, BVergG 1997, ausgeführt, dass ein Bieter auf die entsprechende Auskunft des Auftraggebers in der Begründung der Zuschlagsentscheidung angewiesen sein kann, um beurteilen zu können, ob die Zuschlagsentscheidung des Auftraggeber rechtens ist. Der VfGH hat danach zum BVergG 1997 die Rechtsfolge der Verlängerung der Stillhaltefrist bis zu einer ordnungsgemäß erfolgten Begründung der Zuschlagsentscheidung vertreten.

Mag das BVergG 2006 nunmehr das Prozedere des Auskunftsersuchens des Bieters um entsprechende Gründe für die Zuschlagsentscheidung dahin novelliert haben, dass der Auftraggeber gemäß § 131 Abs 1 BVergG 2006 die Zuschlagsentscheidung von sich aus mangels Ausnahmetatbestands zu begründen hat, so ist damit umso mehr die ratio des genannten Erkenntnisses auf die aktuelle Rechtslage anzuwenden.Mag das BVergG 2006 nunmehr das Prozedere des Auskunftsersuchens des Bieters um entsprechende Gründe für die Zuschlagsentscheidung dahin novelliert haben, dass der Auftraggeber gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 die Zuschlagsentscheidung von sich aus mangels Ausnahmetatbestands zu begründen hat, so ist damit umso mehr die ratio des genannten Erkenntnisses auf die aktuelle Rechtslage anzuwenden.

Selbige ratio ist aber nach Auffassung des erkennenden Senats vorerst, dass die Begründung der Zuschlagsentscheidung Ausfluss der Transparenz des Vergabeverfahrens ist, wobei der Transparenzgrundsatz nach dem EuGH zB in der Rs C-19/00 SIAC, Rdnr 41 aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz abzuleiten ist. Damit ist der Transparenzgrundsatz innerstaatlich zB im Gleichbehandlungsgrundsatz des § 19 Abs 1 BVergG 2006 verankert; wobei dieser Grundsatz - hinsichtlich einer richtlinienkonformen Auslegung - in den Vergabegrundsätzen des Art 2 der RL 2004/18/EG ausdrücklich genannt ist.Selbige ratio ist aber nach Auffassung des erkennenden Senats vorerst, dass die Begründung der Zuschlagsentscheidung Ausfluss der Transparenz des Vergabeverfahrens ist, wobei der Transparenzgrundsatz nach dem EuGH zB in der Rs C-19/00 SIAC, Rdnr 41 aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz abzuleiten ist. Damit ist der Transparenzgrundsatz innerstaatlich zB im Gleichbehandlungsgrundsatz des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verankert; wobei dieser Grundsatz - hinsichtlich einer richtlinienkonformen Auslegung - in den Vergabegrundsätzen des Artikel 2, der RL 2004/18/EG ausdrücklich genannt ist.

Der Zweck dieser Begründungspflicht der Zuschlagsentscheidung führt nunmehr dazu, dass mangels anderweitiger Überprüfbarkeit für einen Bieter eine Zuschlagsentscheidung [...] aufzuheben ist, wenn ein Bieter zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung auf diese vom Auftraggeber zu prästierende Information angewiesen ist.

Sohin ist eine nicht gesetzmäßig begründete Zuschlagsentscheidung gemäß § 325 Abs 1 BVergG 2006 ergebnisrelevant rechtswidrig, weil ohne gesetzmäßige Begründung beim Versenden der Zuschlagsentscheidung [...].Sohin ist eine nicht gesetzmäßig begründete Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 ergebnisrelevant rechtswidrig, weil ohne gesetzmäßige Begründung beim Versenden der Zuschlagsentscheidung [...].

Mag § 131 Abs 1 BVergG 2006 auch Geheimhaltungsinteressen kennen, die die Begründungspflicht partiell entfallen lassen können, so bedeutet der Entfall der Begründungspflicht nicht, dass die Zuschlagsentscheidung damit auch für die Vergabekontrollbehörde unüberprüfbar zu sein hat.Mag Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 auch Geheimhaltungsinteressen kennen, die die Begründungspflicht partiell entfallen lassen können, so bedeutet der Entfall der Begründungspflicht nicht, dass die Zuschlagsentscheidung damit auch für die Vergabekontrollbehörde unüberprüfbar zu sein hat.

Wollte sich also ein öffentlicher Auftraggeber auf eine Ausnahme von der Begründungspflicht berufen, hat er gemäß § 130 BVergG 2006 erstens die Gründe für die Zuschlagsentscheidung dennoch gemäß § 130 Abs 2 BVergG 2006 mit einer detaillierten verbalen Begründung festzuhalten und zweitens dort auch festzuhalten, warum seines Erachtens im konkreten Fall Geheimhaltungsinteressen einen partiellen Entfall der Begründungspflicht gegenüber dem Bieter rechtfertigen könnten.Wollte sich also ein öffentlicher Auftraggeber auf eine Ausnahme von der Begründungspflicht berufen, hat er gemäß Paragraph 130, BVergG 2006 erstens die Gründe für die Zuschlagsentscheidung dennoch gemäß Paragraph 130, Absatz 2, BVergG 2006 mit einer detaillierten verbalen Begründung festzuhalten und zweitens dort auch festzuhalten, warum seines Erachtens im konkreten Fall Geheimhaltungsinteressen einen partiellen Entfall der Begründungspflicht gegenüber dem Bieter rechtfertigen könnten.

3.1.3.4. Zur Rechtserheblichkeit einer mangelhaften Entscheidungsbegründung ist zur Veranschaulichung weiters noch auf den auf VwGH 2009/04/0081 aufbauenden Bescheid des BVA v 19.8.2009, N/0071-BVA/13/2009-29 hinzuweisen.

3.1.4. Aus der hier angefochtenen Widerrufsentscheidung ist vom Wortlaut her keine eindeutige Herleitung jener Tatsachen möglich, die rechtlich jene in der Widerrufsentscheidung zitierten Widerrufstatbestände ohne damit einhergehende Erschwerung der Anfechtbarkeit darstellen könnten. Darauf wird nachstehend noch genauer eingegangen.

Für den erkennenden Senat ist es dabei geboten, genau jene Überlegungen, die insb der VwGH in seinem oben zitierten Erk 2009/04/0081 für die Begründungserfordernisse einer Zuschlagsentscheidung dargelegt hat, ident dazu heranzuziehen, um damit die Begründung (-serfordernisse) einer Widerrufsentscheidung gemäß § 325 Abs 1 BvergG 2006 zu prüfen.Für den erkennenden Senat ist es dabei geboten, genau jene Überlegungen, die insb der VwGH in seinem oben zitierten Erk 2009/04/0081 für die Begründungserfordernisse einer Zuschlagsentscheidung dargelegt hat, ident dazu heranzuziehen, um damit die Begründung (-serfordernisse) einer Widerrufsentscheidung gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BvergG 2006 zu prüfen.

Es ist nämlich kein sachlicher Grund ersichtlich, bei einer Widerrufsentscheidung die Rechtserheblichkeit einer allfällig fehlerhaften Entscheidungsbegründung anders als bei einer Zuschlagsbzw Ausscheidensentscheidung zu sehen.

Denn durch alle drei gerade genannten Entscheidungen aus dem Typenkatalog des § 2 Z 16 BvergG 2006 wird nämlich in einem bestimmten Vergabeverfahren für einen leistungsinteressierten Unternehmer nach dem für den vorliegenden Fall einschlägigen gesetzlichen Regelungskonzept des BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 im Falle der vergaberechtsschutzspezifischen Unaufhebbarkeit einer dieser drei Entscheidungen der weitere vergabespezifische bzw über § 341 BVergG 2006 auch zivilprozessuale Rechtsschutz vor Zuschlagserteilung bzw vor dem Widerruf für einen leistungsinteressierten Unternehmer im Wesentlichen faktisch beendet; und hat idS ab rechtskräftiger Ausscheidensentscheidung ein leistungsinteressierter Unternehmer insb häufig nicht einmal mehr den Anspruch auf Übermittlung der Zuschlags- bzw Widerrufsentscheidung - siehe dazu die §§ 131 und 140 Abs 1 BVergG 2006.Denn durch alle drei gerade genannten Entscheidungen aus dem Typenkatalog des Paragraph 2, Ziffer 16, BvergG 2006 wird nämlich in einem bestimmten Vergabeverfahren für einen leistungsinteressierten Unternehmer nach dem für den vorliegenden Fall einschlägigen gesetzlichen Regelungskonzept des BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 im Falle der vergaberechtsschutzspezifischen Unaufhebbarkeit einer dieser drei Entscheidungen der weitere vergabespezifische bzw über Paragraph 341, BVergG 2006 auch zivilprozessuale Rechtsschutz vor Zuschlagserteilung bzw vor dem Widerruf für einen leistungsinteressierten Unternehmer im Wesentlichen faktisch beendet; und hat idS ab rechtskräftiger Ausscheidensentscheidung ein leistungsinteressierter Unternehmer insb häufig nicht einmal mehr den Anspruch auf Übermittlung der Zuschlags- bzw Widerrufsentscheidung - siehe dazu die Paragraphen 131 und 140 Absatz eins, BVergG 2006.

In allen drei genannten Entscheidungen normiert der Gesetzgeber zudem eine Bringschuld des Auftraggebers für die die jeweilige Entscheidung tragenden Gründe - §§ 131, 129 Abs 1 und 140 Abs 1 letzter Satz BVergG 2006, womit es nochmals geboten erscheint, die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Entscheidungsbegründung bei allen drei genannten Auftraggeberentscheidungen gleich zu bewerten, zumal dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden kann, rechtsfolgenlose Begründungserfordernisse für anfechtbare Entscheidungen normiert zu haben, während der EuGH in C-406/08 und zB auch der VfGH in B 190/02 erst ab Bekanntgabe der Entscheidungsgründe die Rechtsbehelfsfristen zu laufen beginnen lassen und damit den Entscheidungsgründen besondere verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Bedeutung zuschreiben.In allen drei genannten Entscheidungen normiert der Gesetzgeber zudem eine Bringschuld

des Auftraggebers für die die jeweilige Entscheidung tragenden Gründe - Paragraphen 131, 129, Absatz eins und 140 Absatz eins, letzter Satz BVergG 2006, womit es nochmals geboten erscheint, die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Entscheidungsbegründung bei allen drei genannten Auftraggeberentscheidungen gleich zu bewerten, zumal dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden kann, rechtsfolgenlose Begründungserfordernisse für anfechtbare Entscheidungen normiert zu haben, während der EuGH in C-406/08 und zB auch der VfGH in B 190/02 erst ab Bekanntgabe der Entscheidungsgründe die Rechtsbehelfsfristen zu laufen beginnen lassen und damit den Entscheidungsgründen besondere verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Bedeutung zuschreiben.

3.1.5. Die Unterlassung der durch § 140 BvergG 2006 gebotenen Begründung der Widerrufsentscheidung ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne der gesetzlich zweitangeführten Kassationsvoraussetzung gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages eben gerade wegen der vergaberechtswidrigen Entscheidungsbegründung erschwert oder behindert wird, was mangels im Nachprüfungsverfahren eindeutig feststehender Tatsachen zur diesbezüglichen Nicht - Erschwerung bzw Nicht - Behinderung grundsätzlich anzunehmen ist.3.1.5. Die Unterlassung der durch Paragraph 140, BvergG 2006 gebotenen Begründung der Widerrufsentscheidung ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne der gesetzlich zweitangeführten Kassationsvoraussetzung gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages eben gerade wegen der vergaberechtswidrigen Entscheidungsbegründung erschwert oder behindert wird, was mangels im Nachprüfungsverfahren eindeutig feststehender Tatsachen zur diesbezüglichen Nicht - Erschwerung bzw Nicht - Behinderung grundsätzlich anzunehmen ist.

Selbst bei einer Nachholung der gebotenen Begründung der Widerrufsentscheidung nach dem 12.3.2010 würde insoweit mangels Zurücknahme der Entscheidung vom 12.3.2010 und mangels Versendung einer neuen - ausreichend begründeten - Widerrufsentscheidung das Wesentlichkeitserfordernis des § 325 Abs 1 Z BVergG 2006 erfüllt sein.Selbst bei einer Nachholung der gebotenen Begründung der Widerrufsentscheidung nach dem 12.3.2010 würde insoweit mangels Zurücknahme der Entscheidung vom 12.3.2010 und mangels Versendung einer neuen - ausreichend begründeten - Widerrufsentscheidung das Wesentlichkeitserfordernis des Paragraph 325, Absatz eins, Z BVergG 2006 erfüllt sein.

3.1.6. Daher sei nunmehr zur ersten Kassationsvorraussetzung gemäß § 325 Abs 1 Z 1 BVergG 2006, der geforderten Vergaberechtswidrigkeit ausgeführt wie folgt:3.1.6. Daher sei nunmehr zur ersten Kassationsvorraussetzung gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006, der geforderten Vergaberechtswidrigkeit ausgeführt wie folgt:

3.1.6.1. Da die Auftraggeberin in ihrer versandten Widerrufsentscheidung nicht schlüssig nachprüfbar dargelegt hat, warum und insbesondere auf Basis welcher dadurch verursachten Folgetatsachen die zeitlichen Verzögerungen mit der Ausstellung eines für das streitige Straßenbauvorhaben relevanten Bescheids nach § 4 BStG zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten bzw die Ausschreibung ausgeschlossen hätten, kann dieser von der Auftraggeberin gemäß § 139 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 angezogene Widerrufstatbestand nicht zu einer Rechtfertigung der Widerrufsentscheidung führen, zumal die Auftraggeberin trotz Zuwartens auf den auch hier fraglichen § 4 BStG - Bescheid in einem weiteren Vergabeverfahren dieses andere Vergabeverfahren dennoch nicht widerrufen hat.3.1.6.1. Da die Auftraggeberin in ihrer versandten Widerrufsentscheidung nicht schlüssig nachprüfbar dargelegt hat, warum und insbesondere auf Basis welcher dadurch verursachten Folgetatsachen die zeitlichen Verzögerungen mit der Ausstellung eines für das streitige Straßenbauvorhaben relevanten Bescheids nach Paragraph 4, BStG zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten bzw die Ausschreibung ausgeschlossen hätten, kann dieser von der Auftraggeberin gemäß Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 angezogene Widerrufstatbestand nicht zu einer Rechtfertigung der Widerrufsentscheidung führen, zumal die Auftraggeberin trotz Zuwartens auf den auch hier fraglichen Paragraph 4, BStG - Bescheid in einem weiteren Vergabeverfahren dieses andere Vergabeverfahren dennoch nicht widerrufen hat.

3.1.6.2. Der Auftraggeberin ist hinsichtlich des im Nachprüfungsverfahren diskutierten Widerrufsgrunds zuzugestehen, dass ein objektivierter Verdacht, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein oder mehrere Bieter unlauter in den Besitz von Musterantworten zu Fragen eines Bewertungshearings gekommen ist bzw sind, den faktulativen Widerrufsgrund des § 139 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 zu tragen vermag.3.1.6.2. Der Auftraggeberin ist hinsichtlich des im Nachprüfungsverfahren diskutierten Widerrufsgrunds zuzugestehen, dass ein objektivierter Verdacht, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein oder mehrere Bieter unlauter in den Besitz von Musterantworten zu Fragen

eines Bewertungshearings gekommen ist bzw sind, den faktulativen Widerrufsgrund des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 zu tragen vermag.

3.1.6.2.1. In der angefochtenen Widerufsentscheidung ist allerdings dieser Verdacht auf Tatsachenebene überhaupt nicht begründet. Die Auftraggeberin hat damit ihre Begründungspflicht gemäß § 140 Abs 1 BVergG 2006 verletzt.3.1.6.2.1. In der angefochtenen Widerufsentscheidung ist allerdings dieser Verdacht auf Tatsachenebene überhaupt nicht begründet. Die Auftraggeberin hat damit ihre Begründungspflicht gemäß Paragraph 140, Absatz eins, BVergG 2006 verletzt.

3.1.6.2.2. Im Nachprüfungsverfahren war auch nicht erweislich, dass die Antragstellerin auf Grund von anderweitig vorliegenden Informationen bereits am 12.3.2010 bei Zugang der angefochtenen Widerrufsentscheidung wissen musste, dass ein derartiger Verdacht besteht. Auf Basis der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens war eine derartige Information der Antragstellerin frühestens am 17.3.2010 erweislich, zumal bislang in den vorgelegten Vergabeunterlagen nicht schlüssig nachprüfbar dokumentiert ist, dass es auf Grund der auftraggeberintern bekannten Tatsachen überwiegend wahrscheinlicher ist, dass die Antragstellerin unlauter in den Besitz der Musterlösungen gekommen wäre als eben jene Sachverhaltsmöglichkeit, bei der die Antragstellerin auf Basis ihrer Berufserfahrung die zwei insoweit relevanten Fragen vor dem Hearing vorbereiten hätte können. Erst ab einer Gegenüberstellung dieser beiden Sachverhaltsvarianten und der schlüssig nachvollziehbaren Dokumentation in den Vergabeunterlagen, dass die Variante des unlauteren Informationsflusses die überwiegend wahrscheinlichere Sachverhaltsvariante ist, kann eine derartige Sachverhaltskonstellation teleologisch gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006 einen Widerruf nach § 139 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 tragen. Ungeachtet des der Auftraggeberin eingeräumten Spielraums bei einem Widerruf darf es nämlich der Auftraggeberin nicht möglich sein, durch kreatives Andenken von Verdachtsmomenten einen Widerruf entgegen den fundamentalen Grundsätzen der Transparenz und des § 19 Abs 1 BVergG 2006 durchzuführen.3.1.6.2.2. Im Nachprüfungsverfahren war auch nicht erweislich, dass die Antragstellerin auf Grund von anderweitig vorliegenden Informationen bereits am 12.3.2010 bei Zugang der angefochtenen Widerrufsentscheidung wissen musste, dass ein derartiger Verdacht besteht. Auf Basis der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens war eine derartige Information der Antragstellerin frühestens am 17.3.2010 erweislich, zumal bislang in den vorgelegten Vergabeunterlagen nicht schlüssig nachprüfbar dokumentiert ist, dass es auf Grund der auftraggeberintern bekannten Tatsachen überwiegend wahrscheinlicher ist, dass die Antragstellerin unlauter in den Besitz der Musterlösungen gekommen wäre als eben jene Sachverhaltsmöglichkeit, bei der die Antragstellerin auf Basis ihrer Berufserfahrung die zwei insoweit relevanten Fragen vor dem Hearing vorbereiten hätte können. Erst ab einer Gegenüberstellung dieser beiden Sachverhaltsvarianten und der schlüssig nachvollziehbaren Dokumentation in den Vergabeunterlagen, dass die Variante des unlauteren Informationsflusses die überwiegend wahrscheinlichere Sachverhaltsvariante ist, kann eine derartige Sachverhaltskonstellation teleologisch gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 einen Widerruf nach Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 tragen. Ungeachtet des der Auftraggeberin eingeräumten Spielraums bei einem Widerruf darf es nämlich der Auftraggeberin nicht möglich sein, durch kreatives Andenken von Verdachtsmomenten einen Widerruf entgegen den fundamentalen Grundsätzen der Transparenz und des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 durchzuführen.

3.1.6.2.3. Im Sinne der judizierten Entscheidungsbegründungspflicht hätte die Auftraggeberin danach bei Vorliegen eines überwiegend wahrscheinlichen Verdachts selbigen in der Entscheidungsbegründung transparent zu machen müssen, um damit die Nachprüfung gemäß der RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG zu ermöglichen.3.1.6.2.3. Im Sinne der judizierten Entscheidungsbegründungspflicht hätte die Auftraggeberin danach bei Vorliegen eines überwiegend wahrscheinlichen Verdachts selbigen in der Entscheidungsbegründung transparent zu machen müssen, um damit die Nachprüfung gemäß der RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG zu ermöglichen.

3.1.6.2.4. Die vorstehend geforderte transparente Entscheidungsbegründung wird dabei auch nicht dadurch gehindert, dass die Auftraggeberin bei derart gehegten Verdachtsmomenten natürlich auf die Unschuldsvermutung und insbesondere den wirtschaftlichen Ruf von Bietern Rücksicht nehmen muss. Gemeinschaftsrechtskonform unter Berücksichtigung des EuGH - Urteils

in der Rs C-450/06 "Varec" ist die Auftraggeberin nämlich

keinesfalls gehalten, in der Widerrufsentscheidung den Namen des verdächtigten Bieters zu nennen, soweit diese Entscheidung an andere Bieter versandt wird.

Der verdächtigte Bieter kann jedoch auf Grund der Begründungspflicht sehr wohl mit dem gegen ihn gehegten Verdacht konfrontiert werden, zumal die Auftraggeberin ja auch zB von ihrem Recht auf Erhebung einer Privatanklage gegenständlich gemäß §§ 12 iVm 123 StGB bzw zB gem § 12 StGB iVm § 11 UWG Gebrauch machen könnte; und damit im Größenschlusswege eine derartige bieterspezifische Entscheidungsbegründung ohne Anklageerhebung eben wegen eines Verdachts umso mehr möglich wäre.Der verdächtigte Bieter kann jedoch auf Grund der Begründungspflicht sehr wohl mit dem gegen ihn gehegten Verdacht konfrontiert werden, zumal die Auftraggeberin ja auch zB von ihrem Recht auf Erhebung einer Privatanklage gegenständlich gemäß Paragraphen 12, in Verbindung mit 123 StGB bzw zB gem Paragraph 12, StGB in Verbindung mit Paragraph 11, UWG Gebrauch machen könnte; und damit im Größenschlusswege eine derartige bieterspezifische Entscheidungsbegründung ohne Anklageerhebung eben wegen eines Verdachts umso mehr möglich wäre.

3.1.6.2.5. Wie dabei die je Bieter im Punkte der Ablehnungsgründe des eigenen Angebots in § 131 BVergG 2006 bieterspezifisch angestrebte Zuschlagsentscheidung zeigt, würde die Auftraggeberin dabei auch nicht die Bietergleichbehandlung verletzen, wenn sie nur dem konkret verdächtigtem Bieter die Verdachtslage genau gegen ihn offenbart, so dass auch insoweit nichts gegen eine entsprechend transparente und dennoch die sonstigen Rechte der Bieter wahrende Entscheidungsbegründung spricht.3.1.6.2.5. Wie dabei die je Bieter im Punkte der Ablehnungsgründe des eigenen Angebots in Paragraph 131, BVergG 2006 bieterspezifisch angestrebte Zuschlagsentscheidung zeigt, würde die Auftraggeberin dabei auch nicht die Bietergleichbehandlung verletzen, wenn sie nur dem konkret verdächtigtem Bieter die Verdachtslage genau gegen ihn offenbart, so dass auch insoweit nichts gegen eine entsprechend transparente und dennoch die sonstigen Rechte der Bieter wahrende Entscheidungsbegründung spricht.

3.2. Zur Gebührenauferlegung

Die Antragstellerin hat die mit diesem Bescheid der Auftraggeberin auferlegten, gemäß § 318 BVergG 2006 idF BGBl 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 obsiegt, so dass die Auftraggeberin insoweit eine Ersatzpflicht trifft - § 319 BVergG 2006.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 obsiegt, so dass die Auftraggeberin insoweit eine Ersatzpflicht trifft - Paragraph 319, BVergG 2006.

Schlagworte

Antragslegitimation, Widerrufsentscheidung, Begründungspflicht;

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2010

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