

TE Verg Bescheid 2009/8/19 N/0071-BVA/13/2009-29

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.08.2009

Norm

BVergG 2006 §328

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, MR Mag. Thomas Gruber, sowie Dr. Michael Fruhmann als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Generalplanerleistungen Faulturm AWW "An der Traisen"" des Auftraggebers Abwasserverband "An der Traisen", Rathausplatz 1, 3100 St. Pölten , vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Dem Antrag vom 15. Juli 2009 "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers (datiert mit 1.7.2009) im Vergabeverfahren "Auslobung des Generalplaners und Projektabwicklers für den Ausbau der Schlammstabilisierung des Abwasserverbandes "An der Traisen" für nichtig erklären" wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers datiert mit 1.7.2009 wird gem § 325 BVergG 2006 für nichtig erklärt. Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers datiert mit 1.7.2009 wird gem Paragraph 325, BVergG 2006 für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag vom 15. Juli 2009 "das Bundesvergabeamt möge den Auftraggeber zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt EUR 2.400,- (EUR 1.600,- für den Nachprüfungsantrag und EUR 800,- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin gem § 319 BVergG verpflichten" wird stattgegeben. Dem Antrag vom 15. Juli 2009 "das Bundesvergabeamt möge den Auftraggeber zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt EUR 2.400,- (EUR 1.600,- für den Nachprüfungsantrag und EUR 800,- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin gem Paragraph 319, BVergG verpflichten" wird stattgegeben.

Der Abwasserverband "An der Traisen" ist gem § 319 BVergG 2006 verpflichtet, der A*** die Pauschalgebühr in Höhe von € Der Abwasserverband "An der Traisen" ist gem Paragraph 319, BVergG 2006 verpflichtet, der A*** die Pauschalgebühr in Höhe von €

2.400,- (€ 1.600,- für den Nachprüfungsantrag und € 800,- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Händen der Antragstellervertreterin zu bezahlen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 15. Juli 2009 (beim BVA am selben Tag eingelangt) das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Akteneinsicht und auf Gebührenersatz.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Auftraggeber beabsichtige, die Kapazität der Schlammstabilisierung der bestehenden Verbandskläranlage in 3133 Traismauer von 180.000 EW auf 300.000 EW zu vergrößern. Mit EU-weiter Bekanntmachung habe der Auftraggeber ein zweistufiges Verhandlungsverfahren betreffend die Erlangung von Planungs- und Bauüberwachungsleistungen für die angedachte Anlagenerweiterung eingeleitet. Die Baufertigstellung und Inbetriebnahme sei für das zweite Quartal 2013 angedacht. Die Antragstellerin habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben. In weiterer Folge sei sie neben vier weiteren Bewerbern für die Teilnahme an der zweiten Verfahrensstufe ausgewählt worden. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein vollständiges Erstangebot eingereicht. Am 11. Mai 2009 habe die Antragstellerin fristgerecht ein "Last and Best Offer" gelegt. Am 3. Juli 2009 sei bei der Antragstellerin ein RSb-Schreiben eingelangt. Dieses habe eine Zuschlagsentscheidung vom 1. Juli 2009 lautend auf B*** enthalten. Die Antragstellerin habe ein Interesse an der Erlangung des Auftrages. Durch Rechtswidrigkeiten des Auftraggebers sei ein Schaden entstanden. An Vergabeverstößen zählt die Antragstellerin folgende auf:

1. 1.Ziffer eins

Die Zuschlagsentscheidung sei formwidrig ergangen, da sie mittels RSb-Brief mitgeteilt worden sei. Die Zustellung der Zuschlagsentscheidung mittels RSb-Brief sei ein sachlich nicht gerechtfertigtes Abgehen von § 131 BVergG. Dies sei wesentlich für den Verfahrensausgang, weil dadurch die Möglichkeit der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung faktisch um bis zu zwei Tage verkürzt werde. Die Zuschlagsentscheidung sei formwidrig ergangen, da sie mittels RSb-Brief mitgeteilt worden sei. Die Zustellung der Zuschlagsentscheidung mittels RSb-Brief sei ein sachlich nicht gerechtfertigtes Abgehen von Paragraph 131, BVergG. Dies sei wesentlich für den Verfahrensausgang, weil dadurch die Möglichkeit der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung faktisch um bis zu zwei Tage verkürzt werde.

2. 2.Ziffer 2

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei schon mit der Planung der bestehenden gegenständlichen Kläranlage beauftragt gewesen. Sie habe deshalb über Planunterlagen über den Bestand verfügt, die die Antragstellerin nicht gekannt habe, was ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil sei.

3. 3.Ziffer 3

Die Beurteilung des Angebotes der Antragstellerin sei fehlerhaft erfolgt. Insbesondere habe die Antragstellerin bei den Subkriterien "Verfahrenstechnische Darstellung", "Rohschlammeinmischung", "Bauform und Materialien", "Bauzeitplan" und "Angebotene Reaktionszeit" zu wenige Punkte erhalten und wäre bei richtiger Beurteilung an der ersten Stelle zu reihen gewesen.

Die Zuschlagsentscheidung vom 1. Juli 2009 sei sowohl aus formalen (fehlerhafte Mitteilung) als auch inhaltlichen Gründen (unzulässige Vorarbeiten, fehlerhafte Bestbieterermittlung) für nichtig zu erklären.

Mit Schreiben vom 17. Juli 2009 brachte der Auftraggeber im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren "Generalplanerleistungen Faulturm AWV "An der Traisen"" der Abwasserverband "An der Traisen" sei. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 833.678,- welcher im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt werde. Die Zuschlagsentscheidung sei am 1. Juli 2009 mittels Einschreiben/Rückschein

ergangen.

Mit Bescheid des BVA vom 22. Juli 2009, N/0071-BVA/13/2009-14, wurde dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 26. August 2009 untersagt.

Mit Schreiben vom 22. Juli 2009 brachte der Auftraggeber - zusammengefasst und soweit entscheidungswesentlich - vor, dass es richtig sei, dass der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung mittels RSb gleichzeitig an alle Bieter abgefertigt habe. Gerade im gegenständlichen Vergabeverfahren, in dem die Unterlagen auf Anfrage der Bieter auch per E-Mail übermittelt worden seien, habe sich gezeigt, dass der Zugang der elektronisch übermittelten Unterlagen nicht nachzuweisen sei. Der Auftraggeber habe immer wieder die Bestätigung des Zugangs der Unterlagen einfordern müssen, was im Ergebnis zwar gelungen sei; dies jedoch mit erheblicher Mühe. Bei der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung, die letztlich für alle Empfänger mit Ausnahme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von Nachteil sei, hätte befürchtet werden müssen, dass der Zugang des Schreibens nicht mehr bestätigt werde. Es sei daher, entsprechend der allgemeinen behördlichen Praxis, die Zustellung mittels RSb gewählt worden.

Mit Schreiben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin B*** vom 24. Juli 2009 hat diese begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung erhoben. Sie brachte - zusammengefasst und soweit entscheidungswesentlich - vor, dass die Zustellung der Zuschlagsentscheidung zwar nicht dem strengen Gesetzeswortlaut des Bundesvergabegesetzes, jedoch der üblichen Verwaltungspraxis entspreche. Es könne keine inhaltliche Beschwer der Antragstellerin durch die Zustellung per Brief erblickt werden.

Am 31. Juli 2009 fand ihm Bundesvergabebeamte eine mündliche Verhandlung statt. Der Auftraggeber hat dabei vorgebracht, dass er keinen Versuch unternommen habe, die Zuschlagsentscheidung vom 1. Juli 2009 per Fax oder per E-Mail an die Bieter zu übermitteln.

Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin in der Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend dargestellt seien und insbesondere keinerlei Begründung für die behauptete unplausible Reaktionszeit genannt worden sei. Der Auftraggeber hat dies bestritten und darauf hingewiesen, dass zu den Zuschlagskriterien Preis und Reaktionsfrist eine klare Gegenüberstellung der Angebote der Antragstellerin beziehungsweise präsumtiven Bestbieterin vorgenommen worden sei und zu den zwei weiteren Kriterien die jeweilige Gesamtpunkteanzahl bekannt gegeben worden sei.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2
Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Der Abwasserverband "An der Traisen" hat zur Beschaffung der Generalplanerleistungen Faulturm AWW "An der Traisen" einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip mit einem geschätzten Auftragswert von € 833.678,- ohne USt - somit im Oberschwellenbereich - ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 1. Juli 2009 eine Zuschlagsentscheidung getroffen. (Schreiben des Auftraggebers vom 17. Juli 2009, Akt des Vergabeverfahrens)

Die Zuschlagsentscheidung wurde mittels RSb-Brief am 2. Juli 2009 zur Post gegeben und ist der Antragstellerin am 3.7.2009 zugestellt worden. (RSb Zustellnachweis)

Der Auftraggeber hat keinen Versuch unternommen die Zuschlagsentscheidung vom 1. Juli 2009 per Fax oder per E-Mail an die Bieter zu übermitteln. (Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vom 31. Juli 2009)

Die Zuschlagsentscheidung vom 1. Juli 2009 lautet wie folgt:

"Der Abwasserverband an der Traisen hat zum Vergabeverfahren "Generalplanerleistung Faulturm AWW Traisen" die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** getroffen. Das Angebot der in Aussicht genommenen Bestbieter hat die nach den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien höchste gewichtete Gesamtpunkteanzahl von 78,24 Punkten erhalten. Die Vergabesumme beträgt netto EUR 376.000,00. Zur Bewertung ihres Angebots verweisen wir auf die angeschlossene Bewertungsmatrix. Das Angebot des Bestbieters zeichnet sich dadurch aus, dass es einerseits in Summe ein günstiges Angebot ist und andererseits das qualitativ höchste Angebot darstellt. Beim Kriterium "Qualität Vorentwurf" hat der Bestbieter mit 66 ungewichteten Punkten die höchste Punkteanzahl erreicht. Beim Kriterium "angebotene Zusatzleistung" hat der Bestbieter mit 95 ungewichteten Punkten die höchste Punkteanzahl erzielt. Beim

Kriterium "angebotene Reaktionszeit" wurden alle Bieter wegen ihrer gleichwertigen Angebote beziehungsweise wegen ihrer jeweils einzelnen unplausiblen Angebote mit 50 ungewichteten Punkten bewertet. Mit dem angebotenen Nettopauschalhonorar von EUR 376.000,00 hat der Bestbieter 99,79 ungewichtete Punkte erhalten." (Akt des Vergabeverfahrens)

Mit Schreiben vom 9. Juli 2009 hat die Antragstellerin den Auftraggeber um die Bekanntgabe der Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ersucht. Mit E-Mail des Auftraggebers vom 13. Juli 2009 wurde der Antragstellerin unter anderem ein Auszug des "Prüfbericht last and best offer" übermittelt. (Akt des Vergabeverfahrens)

1. 3.Ziffer 3

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung:

1. 3.Ziffer 3

a Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung:

§ 131 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007, lautet auszugsweise: Paragraph 131, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, lautet auszugsweise:

"§ 131. Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung hat elektronisch oder mittels Telefax zu erfolgen. Sofern eine nachweisliche Übermittlung elektronisch oder mittels Telefax nicht möglich ist, ist die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung brieflich zu übermitteln. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter 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, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauter Wettbewerb schaden würde." "§ 131. Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung hat elektronisch oder mittels Telefax zu erfolgen. Sofern eine nachweisliche Übermittlung elektronisch oder mittels Telefax nicht möglich ist, ist die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung brieflich zu übermitteln. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter 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, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauter Wettbewerb schaden würde."

In den Erläuterungen (RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85ff) wird zu dieser Bestimmung wie folgt ausgeführt: den Erläuterungen Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 85ff) wird zu dieser Bestimmung wie folgt ausgeführt:

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"§ 131 vierter Satz BVergG 2006 normiert unmissverständlich, dass in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern näher bezeichnete Informationen (das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes)

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

...

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

Folgte man der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die Unterlassung der Informationen nach § 131 vierter Satz BVergG 2006 in keinem Fall die intern getroffene Auswahl des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers berühre, so hätte ein Verstoß gegen diese Verpflichtung des Auftraggebers nie einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Es kann aber dem Gesetzgeber, der in den Erläuterungen gerade jene Probleme anführt, die durch eine Nichtbegründung der Zuschlagsentscheidung entstehen - 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. Daher ist die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des § 325 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 bzw. § 15 Abs. 1 lit. b KVergRG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist."Gerade der von der Beschwerdeführerin aufgezeigte Umstand, dass der Gesetzgeber mit Paragraph 131, BVergG 2006 ganz bewusst die bisherige Holschuld (des Bieters und Nachprüfungswerbers) in eine Bringschuld (des öffentlichen Auftraggebers) umgewandelt hat, zeigt, dass dem Nachprüfungswerber nicht mehr zuzumuten ist, die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Daher ist die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 bzw. Paragraph 15, Absatz eins, Litera b, KVergRG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist."

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

1. 3. Ziffer 3

b Zur Zustellung der Zuschlagsentscheidung mittels RSb-Brief

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die Zustellung der Zuschlagsentscheidung mittels RSb-Brief ein sachlich nicht gerechtfertigtes Abgehen von § 131 BVergG sei. Dies sei wesentlich für den Verfahrensausgang, weil dadurch die Möglichkeit der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung faktisch um bis zu zwei Tage verkürzt werde. Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die Zustellung der Zuschlagsentscheidung mittels RSb-Brief ein sachlich nicht gerechtfertigtes Abgehen von Paragraph 131, BVergG sei. Dies sei wesentlich für den Verfahrensausgang, weil dadurch die Möglichkeit der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung faktisch um bis zu zwei Tage verkürzt werde.

Der Auftraggeber hat dazu zusammengefasst ausgeführt, dass er die Zustellung der Zuschlagsentscheidung mittels RSb-Brief vorgenommen und keinen Versuch unternommen habe, die Zuschlagsentscheidung vom 1. Juli 2009 per Fax oder per E-Mail an die Bieter zu übermitteln. Gerade im gegenständlichen Vergabeverfahren, in dem die Unterlagen auf Anfrage der Bieter auch per E-Mail übermittelt worden seien, habe sich gezeigt, dass der Zugang der elektronisch übermittelten Unterlagen nicht nachzuweisen sei. Der Auftraggeber habe immer wieder die Bestätigung des Zugangs der Unterlagen einfordern müssen, was im Ergebnis zwar gelungen sei; dies jedoch mit erheblicher Mühe. Bei der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung, die letztlich für alle Empfänger mit Ausnahme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von Nachteil sei, hätte befürchtet werden müssen, dass der Zugang des Schreibens nicht mehr

bestätigt werde.

Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 1. Juli 2009 eine Zuschlagsentscheidung getroffen. Die Zuschlagsentscheidung wurde mittels RSb-Brief am 2. Juli 2009 zur Post gegeben und ist der Antragstellerin am 3.7.2009 zugestellt worden. Gemäß § 131 BVergG hat die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung elektronisch oder mittels Telefax zu erfolgen. Lediglich sofern eine nachweisliche Übermittlung elektronisch oder mittels Telefax nicht möglich ist, ist die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung brieflich zu übermitteln. Der Auftraggeber hat jedoch - entsprechend seinen eigenen Angaben - keinen Versuch unternommen, die Zuschlagsentscheidung vom 1. Juli 2009 per Fax oder per E-Mail an die Bieter zu übermitteln. Somit hat der Auftraggeber seine Verpflichtungen gem § 131 BVergG verletzt, weil die Zuschlagsentscheidung vom 1. Juli 2009 ohne sachliche Rechtfertigung iSd § 131 BVergG nicht elektronisch oder mittels Telefax, sondern brieflich erfolgte. Die Befürchtung des Auftraggebers, dass der Zugang des Schreibens von den unterlegenen Bietern nicht mehr bestätigt werden könnte ist keine sachliche Rechtfertigung iSd § 131 BVergG für eine briefliche Übermittlung der Zuschlagsentscheidung, zumal eine Zustellung elektronisch oder mittels Telefax nicht einmal versucht wurde. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 1. Juli 2009 eine Zuschlagsentscheidung getroffen. Die Zuschlagsentscheidung wurde mittels RSb-Brief am 2. Juli 2009 zur Post gegeben und ist der Antragstellerin am 3.7.2009 zugestellt worden. Gemäß Paragraph 131, BVergG hat die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung elektronisch oder mittels Telefax zu erfolgen. Lediglich sofern eine nachweisliche Übermittlung elektronisch oder mittels Telefax nicht möglich ist, ist die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung brieflich zu übermitteln. Der Auftraggeber hat jedoch - entsprechend seinen eigenen Angaben - keinen Versuch unternommen, die Zuschlagsentscheidung vom 1. Juli 2009 per Fax oder per E-Mail an die Bieter zu übermitteln. Somit hat der Auftraggeber seine Verpflichtungen gem Paragraph 131, BVergG verletzt, weil die Zuschlagsentscheidung vom 1. Juli 2009 ohne sachliche Rechtfertigung iSd Paragraph 131, BVergG nicht elektronisch oder mittels Telefax, sondern brieflich erfolgte. Die Befürchtung des Auftraggebers, dass der Zugang des Schreibens von den unterlegenen Bietern nicht mehr bestätigt werden könnte ist keine sachliche Rechtfertigung iSd Paragraph 131, BVergG für eine briefliche Übermittlung der Zuschlagsentscheidung, zumal eine Zustellung elektronisch oder mittels Telefax nicht einmal versucht wurde.

§ 132 Abs 1 2. Satz BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007, lautet: Paragraph 132, Absatz eins, 2. Satz BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, lautet:

"Die Stillhaltefrist beginnt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax mit der Bekanntgabe der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung."

Im gegenständlichen Fall hat gem § 132 Abs 1 2. Satz BVergG die Stillhaltefrist aufgrund der Übermittlung auf brieflichem Weg mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, somit bereits am 2. Juli 2009, begonnen. Die Antragstellerin hat die Zuschlagsentscheidung jedoch erst am 3. Juli 2009 erhalten. Daher wurde aufgrund der Übermittlung auf brieflichem Weg die Anfechtungsfrist für die Antragstellerin um einen Tag verkürzt. Somit ist die Antragstellerin in einem ihr gemäß § 131 BVergG 2006 zustehenden Recht verletzt, da ohne sachliche Rechtfertigung nicht gewährleistet war, dass sie bereits am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen konnte, die es ihr ermöglichen die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen. Im gegenständlichen Fall hat gem Paragraph 132, Absatz eins, 2. Satz BVergG die Stillhaltefrist aufgrund der Übermittlung auf brieflichem Weg mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, somit bereits am 2. Juli 2009, begonnen. Die Antragstellerin hat die Zuschlagsentscheidung jedoch erst am 3. Juli 2009 erhalten. Daher wurde aufgrund der Übermittlung auf brieflichem Weg die Anfechtungsfrist für die Antragstellerin um einen Tag verkürzt. Somit ist die Antragstellerin in einem ihr gemäß Paragraph 131, BVergG 2006 zustehenden Recht verletzt, da ohne sachliche Rechtfertigung nicht gewährleistet war, dass sie bereits am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen konnte, die es ihr ermöglichen die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen.

Von der Verletzung des Bieters in dem ihm gemäß § 131 BVergG 2006 zustehenden Recht ist die Frage ihrer Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens zu unterscheiden. Gemäß § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 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.

Man kann dem Gesetzgeber, der in den Erläuterungen gerade anführt, dass nicht zum Zuge gekommene Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzen sollen, die sie für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigen, nun nicht unterstellen, 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 elektronisch oder mittels Telefax erfolgenden Mitteilung der Zuschlagsentscheidung - 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. (vgl. VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081) Von der Verletzung des Bieters in dem ihm gemäß Paragraph 131, BVergG 2006 zustehenden Recht ist die Frage ihrer Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens zu unterscheiden. Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 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. Man kann dem Gesetzgeber, der in den Erläuterungen gerade anführt, dass nicht zum Zuge gekommene Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzen sollen, die sie für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigen, nun nicht unterstellen, 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 elektronisch oder mittels Telefax erfolgenden Mitteilung der Zuschlagsentscheidung - 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. vergleiche VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081)

Da der Auftraggeber jedoch die Anfechtungsfrist für die Antragstellerin um einen Tag verkürzt hat, weshalb die Antragstellerin eben nicht schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besessen hat, die sie für einen Nachprüfungsantrag benötigt, ist im gegenständlichen Fall die aufgezeigte Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 von wesentlichem Einfluss, da die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages durch die Fristverkürzung erschwert und behindert wurde (vgl. VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081). Daher war die Zuschlagsentscheidung schon aus diesem Grund für nichtig zu erklären. Da der Auftraggeber jedoch die Anfechtungsfrist für die Antragstellerin um einen Tag verkürzt hat, weshalb die Antragstellerin eben nicht schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besessen hat, die sie für einen Nachprüfungsantrag benötigt, ist im gegenständlichen Fall die aufgezeigte Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 von wesentlichem Einfluss, da die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages durch die Fristverkürzung erschwert und behindert wurde vergleiche VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081). Daher war die Zuschlagsentscheidung schon aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

1. 3. Ziffer 3

c Zum Vorwurf der mangelnden Begründung der Zuschlagsentscheidung

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin in der Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend dargestellt seien und insbesondere keinerlei Begründung für die behauptete unplausible Reaktionszeit genannt worden sei.

Der Auftraggeber hat dazu im Wesentlichen ausgeführt, bei der Zuschlagsentscheidung sei bei den Zuschlagskriterien Preis und Reaktionsfrist eine klare Gegenüberstellung der Angebote der Antragstellerin beziehungsweise präsumtiven Bestbieterin vorgenommen worden und zu den zwei weiteren Kriterien die jeweilige Gesamtpunkteanzahl bekannt gegeben worden.

Dem VwGH Erkenntnis vom 22.04.2009, 2009/04/0081 lag der Sachverhalt zugrunde, dass der Auftraggeber die Begründung der Zuschlagsentscheidung (gänzlich) unterlassen hatte. Im gegenständlichen Fall wurde zwar nicht gänzlich auf eine "Begründung" verzichtet, aber unter anderem lediglich allgemein ausgeführt, dass sich das Angebot des Bestbieters dadurch auszeichne, dass es einerseits in Summe ein günstiges Angebot sei und andererseits das qualitativ höchste Angebot darstelle. Eine solche allgemeine Feststellung, die wohl für die meisten Angebote von Bestbieterinnen gelten wird, ist nicht geeignet iSd § 131 4. Satz BVergG 2006 den verbliebenen Bietern die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Dem VwGH Erkenntnis vom 22.04.2009, 2009/04/0081 lag der Sachverhalt zugrunde, dass der Auftraggeber die Begründung der Zuschlagsentscheidung (gänzlich) unterlassen hatte. Im gegenständlichen Fall wurde zwar nicht gänzlich auf eine "Begründung" verzichtet, aber unter anderem lediglich allgemein ausgeführt, dass sich das Angebot des Bestbieters

dadurch auszeichne, dass es einerseits in Summe ein günstiges Angebot sei und andererseits das qualitativ höchste Angebot darstelle. Eine solche allgemeine Feststellung, die wohl für die meisten Angebote von Bestbiestern gelten wird, ist nicht geeignet iSd Paragraph 131, 4. Satz BVergG 2006 den verbliebenen Biestern die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben.

Weiters wurde in der Zuschlagsentscheidung ausgeführt: "Beim Kriterium "angebotene Reaktionszeit" wurden alle Bieter wegen ihrer gleichwertigen Angebote beziehungsweise wegen ihrer jeweils einzelnen unplausiblen Angebote mit 50 ungewichteten Punkten bewertet." Auch diese Feststellungen sind nicht geeignet iSd § 131 4. Satz BVergG 2006 den verbliebenen Biestern die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, weil nähere Ausführungen, warum die Angaben im Angebot gleichwertig bzw. unplausibel sein sollen, fehlen. Weiters wurde in der Zuschlagsentscheidung ausgeführt: "Beim Kriterium "angebotene Reaktionszeit" wurden alle Bieter wegen ihrer gleichwertigen Angebote beziehungsweise wegen ihrer jeweils einzelnen unplausiblen Angebote mit 50 ungewichteten Punkten bewertet." Auch diese Feststellungen sind nicht geeignet iSd Paragraph 131, 4. Satz BVergG 2006 den verbliebenen Biestern die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, weil nähere Ausführungen, warum die Angaben im Angebot gleichwertig bzw. unplausibel sein sollen, fehlen.

In der Zuschlagsentscheidung wurde außerdem ausgeführt: "Beim Kriterium "Qualität Vorentwurf" hat der Bestbieter mit 66 ungewichteten Punkten die höchste Punktzahl erreicht. Beim Kriterium "angebotene Zusatzleistung" hat der Bestbieter mit 95 ungewichteten Punkten die höchste Punktzahl erzielt."

Weiters wurde der Zuschlagsentscheidung eine Tabelle "Jurybewertung vom 28. April 2009" angeschlossen, die die von der Jury für das Angebot der Antragstellerin vergebenen Punkte auflistet. Auch diese Feststellungen und Informationen sind nicht geeignet iSd § 131 4. Satz BVergG 2006 den verbliebenen Biestern die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Weiters wurde der Zuschlagsentscheidung eine Tabelle "Jurybewertung vom 28. April 2009" angeschlossen, die die von der Jury für das Angebot der Antragstellerin vergebenen Punkte auflistet. Auch diese Feststellungen und Informationen sind nicht geeignet iSd Paragraph 131, 4. Satz BVergG 2006 den verbliebenen Biestern die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben.

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

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

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

Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist (vergleiche VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081) und auch im gegenständlichen Fall eingetreten ist.

Die Zuschlagsentscheidung war daher auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Aufgrund dieses Ergebnisses erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren von der Antragstellerin gerügten Rechtswidrigkeiten.

1. 4.Ziffer 4

Gebührenersatz durch den Auftraggeber

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007, lautet: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, lautet:

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

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

1. 1.Ziffer eins

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag)

stattgegeben wird und

1. 2.Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung

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

Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 1.600,-- für den Nachprüfungsantrag und € 800,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insgesamt somit € 2.400,-- entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des BVA vom 22. Juli 2009, N/0071-BVA/13/2009- 14) als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gem § 319 BVergG 2006 der Gebührenersatz dem Auftraggeber aufzuerlegen. Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 1.600,-- für den Nachprüfungsantrag und € 800,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insgesamt somit € 2.400,-- entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des BVA vom 22. Juli 2009, N/0071-BVA/13/2009- 14) als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gem Paragraph 319, BVergG 2006 der Gebührenersatz dem Auftraggeber aufzuerlegen.

Zuletzt aktualisiert am

16.10.2009

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