

TE Verg Bescheid 2009/2/5 N/0164-BVA/11/2008-30

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.02.2009

Norm

ABGB §914

BVergG §131

BVergG §79 Abs9

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916
1. BVergG Art. 2 § 131 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006
1. BVergG Art. 2 § 79 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof und Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Erbringung von Integrated Facility Services in der Austro Control GmbH", der Auftraggeberin Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung, 1030 Wien, Schnirchgasse 11, X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof und Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Erbringung von Integrated Facility Services in der Austro Control GmbH", der Auftraggeberin Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung, 1030 Wien, Schnirchgasse 11, X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.)eins,
Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird abgewiesen.
2. 2.)2,
Den Anträgen auf Rückerstattung der Pauschalgebühren infolge fehlender gesetzlicher Grundlagen unabhängig von den Voraussetzungen des § 319 Abs 3 BVergG sowie in eventu auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 Abs 3 BVergG wird nicht stattgegeben. Den Anträgen auf Rückerstattung der Pauschalgebühren infolge fehlender

gesetzlicher Grundlagen unabhängig von den Voraussetzungen des Paragraph 319, Absatz 3, BVergG sowie in eventu auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG wird nicht stattgegeben.

Begründung

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde durch die Auftraggeberin am 22.5.2008 als zweistufiges Verhandlungsverfahren im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, ZI 2008/S 98-132419, zur Vergabe von prioritären Dienstleistungen gemäß Kategorie 14 des Anhangs III zum BVergG europaweit bekanntgemacht. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde durch die Auftraggeberin am 22.5.2008 als zweistufiges Verhandlungsverfahren im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, ZI 2008/S 98-132419, zur Vergabe von prioritären Dienstleistungen gemäß Kategorie 14 des Anhangs römisch drei zum BVergG europaweit bekanntgemacht.

Ausschreibungsgegenstand ist im Wesentlichen der Abschluss eines Vertrages über die Erbringung von Leistungen der Haustechnik, von Reinigungsleistungen sowie des Objektschutzes.

Die Antragstellerin beteiligte sich am vorliegenden Vergabeverfahren durch Erstellung eines Angebotes. Mit Fax vom 25.11.2008 teilte die Auftraggeberin mit, dass sie beabsichtige, der B*** (in der Folge: präsumtive Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag zu erteilen. Die Auftraggeberin führte wie folgt aus:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir danken für die Übermittlung Ihres Angebotes zu Los 2 zur Ausschreibung "Erbringung von Integrated Facility Services in der Austro Control GmbH" und teilen Ihnen mit, dass Ihr Angebot zwar bei der schlussendlichen Bewertung der Variante 2 als das beste Angebot hervorgegangen ist und daher für die Bewertung der Variante 2 herangezogen wurde. Leider ist die Variante 2 nicht als die beste Variante für ein IFS in der ACG hervorgegangen. Wir möchten Sie informieren, dass wir mit dem von Ihnen übermittelten Angebot für das Los 2 die Bewertung gem. unserer Ausschreibungsunterlage wie folgt vorgenommen haben:

1. 1.Ziffer eins

Preis mit einer Gewichtung von 50%:

Am besten bewertet wurde das Angebot mit dem billigsten Preis gem. der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Formel. Nachdem Ihr Angebot das billigste im ggstdl. Los war, haben Sie in der Bewertung von 100 möglichen Punkten 100 Punkte erreicht, entsprechend der Gewichtung mit 50 % ergeben dies 50 Punkte für die Gesamtwertung.

1. 2.Ziffer 2

Betriebskonzept mit einer Gewichtung von 40 %:

Beim Kriterium "Betriebskonzept" wurden die eingereichten Angebote durch eine Sachverständigenjury des Auftraggebers bewertet, je nachdem wie weit die Subkriterien erfüllt werden, wurden Punkte nach einem in der Ausschreibungsunterlage festgelegten Bewertungsschema vergeben. In der Bewertung haben Sie von 100 möglichen Punkten 81 Punkte erreicht, entsprechend der Gewichtung mit 40% ergeben dies 32 Punkte für die Gesamtwertung.

1. 3.Ziffer 3

Organisation, Berichte mit einer Gewichtung von 10%:

Beim Kriterium "Organisation, Berichte" war maßgeblich, dass eine regelmäßige Information (Logbuch der Tages-, Monats-, Jahresberichte) an den AG - FM erfolgt. Diese hätte zumindest in elektronischer Form zu erfolgen. Ein Sicherstellen der Übermittlung der tagesaktuellen Daten bei Dienstübergabe/Dienstschluss (maximal 50 ungewichtete Punkte) und eine Schnittstelle zu dem in der ACG in Verwendung befindlichen "HP - open - view" Tool (maximal 50 ungewichtete Punkte) führte zu einer besseren Bewertung.

Gemäß den von Ihnen vorgelegten Unterlagen erreichte Ihr Angebot hier 50 von 100 möglichen Punkten, sodass hierfür entsprechend der Gewichtung mit 10%, 5 Punkte in die Gesamtbewertung eingehen.

Für die Gesamtbewertung im Los 2 haben Sie somit 87 Punkte erreicht und hier das beste Angebot gelegt.

In der Entscheidung für Variante 1 oder 2 gem. Pkt 4.7. unserer Ausschreibungsunterlage, haben Sie gemeinsam mit dem Bestbieter aus Los 3 (Bietergemeinschaft C*** mit 87 Punkten als Bestgereihter im Los 3) insgesamt 87 Punkte für die Variante 2 erreicht, liegen jedoch im Vergleich zur Variante 1 deutlich nach dem Bestgereihten aus Los1, B***.

Dies begründet sich maßgeblich in dem angebotenen Lösungsvorschlag hinsichtlich Qualitätsverbesserungsmaßnahmen bei der integrativen Erbringung der Leistungen im Facility Management.

Wir haben entschieden, der Variante 1 mit dem Bestbieter für Los 1, B*** den Zuschlag zu erteilen, welche mit einem Preis von Euro xxx angeboten hat. Die gesetzlich vorgesehene Stillhaltefrist endet am 9.12.2008, das zum Angebot gestellte Vadium werden wir nach Ablauf der Stillhaltefrist retournieren.

Wir bedauern, dass wir aus den oben genannten Gründen Ihr Angebot für unser Vergabeverfahren nicht berücksichtigen können und unsere Geschäftsbeziehungen vorerst beenden werden.

Ungeachtet dessen, möchten wir es bei dieser Gelegenheit nicht verabsäumen, uns für die langjährige gute Zusammenarbeit herzlich zu bedanken und Sie einladen, an unseren künftigen Ausschreibungen wieder teilzunehmen."

Über Anfrage der Antragstellerin vom 28.11.2008 erteilte die Auftraggeberin mit Aufklärungsschreiben vom 2.12.2008 weitere Informationen im Bezug auf die Angebotsbewertung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin und führte aus wie folgt:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir haben Ihr Schreiben vom 28.11.2008 erhalten und möchten Ihnen die zusätzlichen Informationen zu der Bewertung Ihres Angebotes wie folgend bekannt geben:

1. 1.Ziffer eins

Für die Bewertung des Preises wurde der Angebotspreis inkl. aller Optionen und exkl. UST wie in der Ausschreibungsunterlage gefordert herangezogen. (siehe Pkt. 6 LV/Preisblatt).

1. 2.Ziffer 2

Der Bestbieter B*** hat für das Los 1 das beste Angebot gelegt und in der Bewertung für die beste Variante, mit "Variante 1" die meisten Punkte erzielt - nämlich 99 Punkte. Für den Preis wurden 50 gewichtete Punkte erreicht, für das Betriebskonzept 39 gewichtete Punkte und für das Kriterium Berichte/Organisation 10 gewichtete Punkte.

Ad Preis: das Bestangebot B*** ist mit Euro xxx fast gleichwertig zum Bestangebot oder Variante 2 (Los 2+3) mit Euro xxx; die Differenz bei der Gewichtung der Bewertungspunkte ist gleich null, da nur ganze Punkte vergeben werden.

Ad Betriebskonzept:

B*** hat hier in der Variante 1, 39 Punkte von 40 möglichen erreicht. B*** wurde von der ACG - Fachjury (D***, E***, F***) wie folgt beurteilt:

- -Strichaufzählung
Übersichtliche und leicht nachvollziehbare Präsentation des Betriebskonzeptes
- -Strichaufzählung
Mögliche Synergien (integrativer Ansatz) und Schnittstellen innerhalb der Lose gut beschrieben
- -Strichaufzählung
Ein Ansprechpartner als Facilitymanager - dieses Konzept zeichnet den Bestbieter aus und wurde sonst von keinem Anbieter vorgeschlagen!
- -Strichaufzählung
Einheitliches Berichtswesen
- -Strichaufzählung
Leicht nachvollziehbare und praxistaugliche Mustereinsatzpläne
- -Strichaufzählung
Hinsichtlich HKLS wurden ein Nutzungsdauerkatalog und ein übersichtliches Live Cycle Betrachtungskonzept vorgelegt, besonders die Qualitätssicherung des bestehenden Leckwarnsystems hat überzeugt
- -Strichaufzählung
Für die Reinigung wurden alle Qualitätserfordernisse bestätigt und ausführlich dargestellt.

- -Strichaufzählung

Im Bereich Objektschutz wurde ein Wächterkontrollsystem mit Chipcodefunktion vorgestellt, die Rufbereitschaft für mindestens drei Mitarbeiter innerhalb von weniger als einer Stunde garantiert und grundsätzlich ein Mitarbeiterpool von mehr als sieben Personen angeboten

Ad Berichte, Organisation:

Der Bestbieter hat hier alle Erfordernisse erfüllt und 10 von 10 möglichen Punkten erreicht. Konkret wurde angeboten, dass tagesaktuelle Berichte in elektronischer Form, als auch eine Schnittstelle zu dem in der ACG bestehenden System "HP - Open-View" zur Verfügung stehen.

1. 3.Ziffer 3

Die Einsicht zu den Ergebnissen der Bewertung Ihres Angebots ist vor Ort möglich und wurde bereits am 2. 12.08 von G*** vorgenommen.

Wir verstehen durchaus Ihre Enttäuschung, dass wir den Zuschlag nicht Ihrem Angebot erteilen können, ersuchen Sie jedoch zur Kenntnis zu nehmen, dass aufgrund der Variantenbewertung die Variante 1 im Vergleich zur Variante 2 als die beste Variante hervorgezogen ist."

Gegen die oben wiedergegebene Zuschlagsentscheidung richtet sich der vorliegende Antrag, in welchem die Antragstellerin vorbringt, dass sie sich aufgrund der rechtswidrigen Vorgehensweise der Auftraggeberin im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und zwar insbesondere in ihrem Recht darauf, dass rechtens eine Vergabe nur der Variante 2 und dabei eine Zuschlagserteilung im Los 2 nur an ihr Unternehmen in Betracht komme, auf Gleichbehandlung insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, auf Beachtung der vergaberechtlichen Selbstbindung der Auftraggeberin an ihre eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, auf Ausschluss der B*** wegen Vorliegens eines allfälligen Ausschluss - oder Ausscheidensgrundes sowie auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes entspreche, verletzt erachte. Begründend führt die Antragstellerin aus, die Auftraggeberin habe ihre eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen bei der Bestbieterermittlung in gravierender Weise unberücksichtigt gelassen. Sie habe nämlich für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Punkte vergeben, die nach den eindeutigen Festlegungen in ihren Ausschreibungsunterlagen keinesfalls zu vergeben gewesen wären. So sei in Punkt 4.6.3 VB das Zuschlagskriterium "Betriebskonzept" durch drei Zuschlagskriterien (Schnittstellen, Mustereinsatzplan und Qualitätserfordernisse zu HKLS/Reinigung und Objektschutz) konkretisiert. Dabei seien für die Bewertung im Rahmen der Bestbieterermittlung beim ersten Subzuschlagskriterium "Schnittstellen" festgelegt:

"Bewertet werden, ob die Inhalte klar und verständlich dargestellt sind und die Potentiale für ein IFS dargestellt sind; Im Fall von Los 2 oder Los 3 klare Darlegung der Schnittstellen zu anderen Losen; besser bewertet werden jedenfalls personalschonende Koordinationsmöglichkeiten zwischen Los 2 + 3 (zum Beispiel Koordinierung von übergreifenden Tätigkeiten wie zum Beispiel Rundgänge, Schadensmeldungen); (maximal 50 ungewichtete Punkte)"

Eine darüber hinaus gehende Festlegung für die Bewertung des Subzuschlagskriteriums "Schnittstellen" sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten. Dies bedeute, dass bei diesem Subzuschlagskriterium ausschließlich für die Lose 2 und 3 maximal 50 ungewichtete Punkte vergeben werden könnten, nicht jedoch für das Los 1. Eine Punktevergabe für das Los 1 sei bei diesem Subzuschlagskriterium nicht vorgesehen. Sohin dürften nach den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen bei der Bestbieterermittlung im Los 1 nach dem Subzuschlagskriterium "Schnittstellen" keine Punkte vergeben werden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte sohin von der dabei vorgesehenen Höchstpunktezahl 50 keinesfalls Punkte erhalten dürfen. Die Auftraggeberin habe jedoch mit Fax vom 2.12.2008 mitgeteilt, die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte beim Zuschlagskriterium "Betriebskonzept" 39 von 40 gewichteten Punkten erreicht. Diese Punktezahl sei jedoch nach den dargelegten Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen unmöglich. In diesem Zusammenhang sei auch festzuhalten, dass beim Zuschlagskriterium "Betriebskonzept" folgendes Subzuschlagskriterium samt nachstehenden ungewichteten Punkten vorgesehen sei:

Schnittstellen

maximal 50 ungewichtete Punkte

Mustereinsatzplan

maximal 20 ungewichtete Punkte

Qualitätserfordernisse zu HKLS/Reinigung und Objektschutz

Los 1

maximal 30 ungewichtete Punkte

Los 2

maximal 30 ungewichtete Punkte

Los 3

maximal 30 ungewichtete Punkte

Reinigung

maximal 15 ungewichtete Punkte

Objektschutz

maximal 15 ungewichtete Punkte

Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin beim Zuschlagskriterium "Betriebskonzept" nahezu die volle Punktezahl (39 von 40 gewichteten Punkten) erhalten habe, stehe fest, dass die Auftraggeberin für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch beim Subzuschlagskriterium "Schnittstellen" entweder die volle oder beinahe die volle Punktezahl vergeben habe. Dies sei jedoch aufgrund der fehlenden Festlegungen aufgrund der Punktevergabe beim Los 1 vergaberechtswidrig. Die Auftraggeberin habe sohin für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beim Zuschlagskriterium "Betriebskonzept" Punkte vergeben, die nach den ausdrücklichen Festlegungen nicht zu vergeben gewesen wären.

Aus den ausgeführten Gründen müssten bei der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erreichten Gesamtpunktezahl von 99 zumindest die beim Subzuschlagskriterium "Schnittstellen" vergebenen Punkte gestrichen werden. Gehe man davon aus, dass die Auftraggeberin an die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei diesem Subzuschlagskriterium die volle Punktezahl vergeben habe, bedeute dies, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin beim Zuschlagskriterium "Betriebskonzept" nicht 39 gewichtete Punkte, sondern lediglich 19 gewichtete Punkte hätte erreichen dürfen. Im Ergebnis habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher nicht 99, sondern lediglich 79 gewichtete Gesamtpunkte erreicht. Damit sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen keinesfalls Bestbieterin. Die Zuschlagsentscheidung wäre also für die Variante 2 und dabei zu Gunsten der Antragstellerin für das Los 2 bekanntzugeben gewesen. Die Zuschlagsentscheidung sei wegen Vergaberechtswidrigkeit daher jedenfalls für nichtig zu erklären.

Eine weitere Vergaberechtswidrigkeit liege vor, da ein befangener Sachverständiger beigezogen worden sei. So habe H*** als Autor an der Erstellung der Ausschreibungsunterlage mitgewirkt. Öffentliche Auftraggeber dürften gemäß § 79 Abs 9 BVergG ausschließlich unbefangene Sachverständige zur Unterstützung bei der Abwicklung von Vergabeverfahren beiziehen. Bei H*** handle es sich im Bezug auf die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch um keinen unbefangenen Sachverständigen im Sinne des § 79 Abs 9 BVergG. H*** stehe nämlich in einem ständigen Auftragsverhältnis zu der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Er sei Projektleiter des Projektes "Integrated Facility Services" an der technischen Universität Wien, welches sich im Rahmen einer Auftragsforschung unmittelbar mit dem vorliegenden Ausschreibungsgegenstand befasse und von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Geldgeber finanziert werde. H*** forsche also im Auftrag und eine weitere Vergaberechtswidrigkeit liege vor, da ein befangener Sachverständiger beigezogen worden sei. So habe H*** als Autor an der Erstellung der Ausschreibungsunterlage mitgewirkt. Öffentliche Auftraggeber dürften gemäß Paragraph 79, Absatz 9, BVergG ausschließlich unbefangene Sachverständige zur Unterstützung bei der Abwicklung von Vergabeverfahren beiziehen. Bei H*** handle es sich im Bezug auf die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch um keinen unbefangenen Sachverständigen im Sinne des Paragraph 79, Absatz 9, BVergG. H*** stehe nämlich in einem ständigen Auftragsverhältnis zu der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Er sei Projektleiter des Projektes "Integrated Facility Services" an der technischen Universität

Wien, welches sich im Rahmen einer Auftragsforschung unmittelbar mit dem vorliegenden Ausschreibungsgegenstand befasse und von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin als Geldgeber finanziert werde. H*** forsche also im Auftrag und

auf Kosten der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im Bezug auf den hier relevanten Ausschreibungsgegenstand. Das Auftragsverhältnis zwischen H*** und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sei nach wie vor aufrecht, da die Laufzeit dieses Auftrages mit 1.3.2005 bis 31.12.2009 festgelegt sei. H*** erbringe also für die präsuntive Zuschlagsempfängerin über viele Jahre unmittelbar Dienstleistungen. In Berücksichtigung des erklärten Zieles dieses Forschungsprojektes sei die Teilnahme von H*** am vorliegenden Vergabeverfahren im Bezug auf die präsuntive Zuschlagsempfängerin offenkundig unvereinbar. Das Ziel dieser Auftragsforschung sei nämlich, die Arbeitssynergien zwischen den einzelnen Facility Services aufzuzeigen und damit sowohl für die präsuntive Zuschlagsempfängerin als Anbieter von Facility Services als auch für die Kunden der präsuntiven Zuschlagsempfängerin Qualitätsverbesserungen und Kosteneinsparungen durch den Einsatz von Facility Services zu ermöglichen. Durch die Auftragsforschung solle der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ein Wettbewerbsvorteil verschafft werden. Eine Situation, bei der die Interessenlage eines Sachverständigen der Auftraggeberin und eines sich am Vergabeverfahren beteiligenden Bieters gleichgeschaltet sei, sei jedoch nicht zulässig. Diese Unvereinbarkeit zeige sich insbesondere auch daran, dass auf Basis der vom befangenen Sachverständigen erstellten Ausschreibungsunterlagen die präsuntive Zuschlagsempfängerin von maximal zu erreichenden 50 Qualitätspunkten nahezu die volle Punktezahl, nämlich 49, erreicht habe. Durch den vorliegenden Sachverhalt werde § 79 Abs 9 BVergG verletzt, darüber hinaus widerspreche dieser Sachverhalt auch den allgemeinen Vergaberechtsgrundsätzen des Diskriminierungsverbotes, des freien und lautereren Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung aller Bieter im Sinne des § 19 Abs 1 BVergG. auf Kosten der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im Bezug auf den hier relevanten Ausschreibungsgegenstand. Das Auftragsverhältnis zwischen H*** und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sei nach wie vor aufrecht, da die Laufzeit dieses Auftrages mit 1.3.2005 bis 31.12.2009 festgelegt sei. H*** erbringe also für die präsuntive Zuschlagsempfängerin über viele Jahre unmittelbar Dienstleistungen. In Berücksichtigung des erklärten Zieles dieses Forschungsprojektes sei die Teilnahme von H*** am vorliegenden Vergabeverfahren im Bezug auf die präsuntive Zuschlagsempfängerin offenkundig unvereinbar. Das Ziel dieser Auftragsforschung sei nämlich, die Arbeitssynergien zwischen den einzelnen Facility Services aufzuzeigen und damit sowohl für die präsuntive Zuschlagsempfängerin als Anbieter von Facility Services als auch für die Kunden der präsuntiven Zuschlagsempfängerin Qualitätsverbesserungen und Kosteneinsparungen durch den Einsatz von Facility Services zu ermöglichen. Durch die Auftragsforschung solle der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ein Wettbewerbsvorteil verschafft werden. Eine Situation, bei der die Interessenlage eines Sachverständigen der Auftraggeberin und eines sich am Vergabeverfahren beteiligenden Bieters gleichgeschaltet sei, sei jedoch nicht zulässig. Diese Unvereinbarkeit zeige sich insbesondere auch daran, dass auf Basis der vom befangenen Sachverständigen erstellten Ausschreibungsunterlagen die präsuntive Zuschlagsempfängerin von maximal zu erreichenden 50 Qualitätspunkten nahezu die volle Punktezahl, nämlich 49, erreicht habe. Durch den vorliegenden Sachverhalt werde Paragraph 79, Absatz 9, BVergG verletzt, darüber hinaus widerspreche dieser Sachverhalt auch den allgemeinen Vergaberechtsgrundsätzen des Diskriminierungsverbotes, des freien und lautereren Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung aller Bieter im Sinne des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG.

Die Entscheidung der Auftraggeberin zu Gunsten der Variante 1 oder 2 sei im Wesentlichen auf Basis eines Vergleiches des im Los 1 bestgereihten Angebotes mit den bestgereihten Angeboten der Lose 2 und 3 erfolgt. Es habe also ein Vergleich stattgefunden, dass das bestgereichte Angebot des Loses 1 technisch und wirtschaftlich günstiger sei als die beiden bestgereihten Angebote der Lose 2 und 3 zusammen. Zur Nachvollziehbarkeit der Entscheidung zu Gunsten der Variante 1 oder Variante 2 sei die Kenntnis sowohl des bestgereihten Angebotes in Los 1 als auch der beiden bestgereihten Angebote in den Losen 2 und 3 notwendig. Nur mit Kenntnis in Bezug auf diese 3 Angebote könne nachvollzogen werden, ob die vorliegende Entscheidung der Auftraggeberin zu Gunsten der Variante 1 den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen entspreche. Die Auftraggeberin wäre also verpflichtet gewesen, die Mindestinhalte des § 131 BVergG bei Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung für diese drei Angebote offen zu legen. Es wäre insbesondere erforderlich gewesen, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes im Los 3 mitzuteilen. Die Entscheidung der Auftraggeberin zu Gunsten der Variante 1 oder 2 sei im Wesentlichen auf Basis eines Vergleiches des im Los 1 bestgereihten Angebotes mit den bestgereihten Angeboten der Lose 2 und 3 erfolgt. Es habe also ein Vergleich stattgefunden, dass das bestgereichte Angebot des Loses 1 technisch und wirtschaftlich günstiger sei

als die beiden bestgereihten Angebote der Lose 2 und 3 zusammen. Zur Nachvollziehbarkeit der Entscheidung zu Gunsten der Variante 1 oder Variante 2 sei die Kenntnis sowohl des bestgereihten Angebotes in Los 1 als auch der beiden bestgereihten Angebote in den Los 2 und 3 notwendig. Nur mit Kenntnis in Bezug auf diese 3 Angebote könne nachvollzogen werden, ob die vorliegende Entscheidung der Auftraggeberin zu Gunsten der Variante 1 den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen entspreche. Die Auftraggeberin wäre also verpflichtet gewesen, die Mindestinhalte des Paragraph 131, BVergG bei Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung für diese drei Angebote offen zu legen. Es wäre insbesondere erforderlich gewesen, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes im Los 3 mitzuteilen.

Eine solche Mitteilung habe die Auftraggeberin jedoch unterlassen. Sie habe vielmehr lediglich in der Zuschlagsentscheidung vom 25.11.2008 mitgeteilt, dass die Bietergemeinschaft C*** mit 87 Punkten Bestgereichte in Los 3 sei. Die Auftraggeberin habe jedoch weder die Vergabesumme noch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes in Los 3 offengelegt. Eine Nachvollziehbarkeit der vorliegenden Zuschlagsentscheidung sei im Sinne des § 131 BVergG daher nicht gegeben und die bekämpfte Zuschlagsentscheidung sohin auch aus diesem Grund vergaberechtswidrig. Darüber hinaus könnten die für das Los 1 bekannt gegebenen Merkmale und Vorteile des Angebotes im Sinne des § 131 BVergG inhaltlich nicht nachvollzogen werden. Die mit Aufklärungsschreiben vom 2.12.2008 bekannt gegebene Liste von Begründungen sei in objektiver Sicht nicht nachvollziehbar, da daraus die inhaltlichen Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nicht abgeleitet werden könnten. Klar sei lediglich, auf welche Subzuschlagskriterien sich die aufgelisteten Begründungen beziehen. Darüber hinaus sei jedoch nicht nachvollziehbar, wie viele Punkte bei den drei Subzuschlagskriterien (Schnittstellen, Mustereinsatzplan und Qualitätserfordernisse zu HKLS/Reinigung und Objektschutz) für das Betriebskonzept der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vergeben worden seien. Eine solche Mitteilung habe die Auftraggeberin jedoch unterlassen. Sie habe vielmehr lediglich in der Zuschlagsentscheidung vom 25.11.2008 mitgeteilt, dass die Bietergemeinschaft C*** mit 87 Punkten Bestgereichte in Los 3 sei. Die Auftraggeberin habe jedoch weder die Vergabesumme noch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes in Los 3 offengelegt. Eine Nachvollziehbarkeit der vorliegenden Zuschlagsentscheidung sei im Sinne des Paragraph 131, BVergG daher nicht gegeben und die bekämpfte Zuschlagsentscheidung sohin auch aus diesem Grund vergaberechtswidrig. Darüber hinaus könnten die für das Los 1 bekannt gegebenen Merkmale und Vorteile des Angebotes im Sinne des Paragraph 131, BVergG inhaltlich nicht nachvollzogen werden. Die mit Aufklärungsschreiben vom 2.12.2008 bekannt gegebene Liste von Begründungen sei in objektiver Sicht nicht nachvollziehbar, da daraus die inhaltlichen Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nicht abgeleitet werden könnten. Klar sei lediglich, auf welche Subzuschlagskriterien sich die aufgelisteten Begründungen beziehen. Darüber hinaus sei jedoch nicht nachvollziehbar, wie viele Punkte bei den drei Subzuschlagskriterien (Schnittstellen, Mustereinsatzplan und Qualitätserfordernisse zu HKLS/Reinigung und Objektschutz) für das Betriebskonzept der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vergeben worden seien.

Darüber hinaus fehle auch jeder Hinweis, warum von den zu vergebenden Höchstpunkten bei diesen drei Subzuschlagskriterien eine bestimmte Punktezahl vergeben worden sei. Die fehlende Transparenz der Zuschlagsentscheidung bestehe auch im Bezug auf die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin. Dies gelte insbesondere für das Bewertungsergebnis beim Zuschlagskriterium "Betriebskonzept", bei dem die Auftraggeberin nur eine inhaltsleere Information bekanntgegeben habe. Aus dieser Mitteilung ließen sich keine Inhaltspunkte entnehmen, warum die Antragstellerin nur 81 ungewichtete von insgesamt 100 möglichen Punkten erreicht habe. Im vorliegenden Fall habe jedoch eine ausführliche Begründungspflicht bestanden, weil sich die Auftraggeberin mit den sehr vagen Festlegungen in Punkt 4.6.3. VB einen sehr umfangreichen Bemessungsspielraum vorbehalten habe. Auf Grund dieser Festlegungen wäre die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, ihre Entscheidung konkret zu begründen.

Trotz eines ausdrücklichen Antrages im Aufforderungsschreiben der Antragstellerin vom 28.11.2008 seien dieser auch nicht jene Teile der Niederschrift über die Angebotsprüfung übermittelt worden, die ihr Angebot betreffen. Das Wertungsergebnis sei daher für die Antragstellerin inhaltlich nicht nachvollziehbar. Eine Einsichtnahme in einige Exceltabellen betreffend die Niederschrift über die Angebotsprüfung habe ergeben, dass eine verbale Begründung für die jeweilige Punktevergabe im Vergabeakt nicht enthalten sei. Die Begründung beschränke sich lediglich darauf, dass in den Exceltabellen wenige Stichworte enthalten seien, die jedoch einer ausführlichen verbalen Begründung im Sinne der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden nicht entsprächen. Auch aus diesem Grund sei die bekämpfte Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig.

Durch die bekämpfte Zuschlagsentscheidung drohe der Antragstellerin ein Schaden, der jedenfalls aus frustrierten Kosten für die Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren sowie aus entgangenem Gewinn und dem Entgang eines wichtigen Referenzprojektes bestehe.

Mit Schriftsatz von 16.12.2008 gab die Auftraggeberin zu diesem Antragsvorbringen eine Stellungnahme ab und führte aus, es sei richtig, dass die Auftraggeberin die Technische Universität Wien unter Federführung von H*** mit der Erstellung des Leistungsverzeichnisses beauftragt habe. Mitgewirkt hätten weiters seitens der Technischen Universität Wien auch noch I*** und J***. Das von der Technischen Universität unter Federführung von H*** erarbeitete Leistungsverzeichnis sei jedoch anschließend durch die Auftraggeberin einer gründlichen Überarbeitung unterzogen worden, namentlich durch die internen Experten E*** und F***. Die Autoren des Leistungsverzeichnisses seien auf der ersten Seite als solche auch für jedermann ersichtlich.

Die Auftraggeberin habe dem Inhalt des § 79 Abs 9 BVergG im Hinblick auf die Einbindung von H*** zu 100% entsprochen. H*** stehe und stand in keinem gemäß § 20 Abs 5 BVergG vergleichbaren Verhältnis zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Weder die Technische Universität Wien noch eines ihrer Institute noch H*** oder sein Team seien jemals mittelbar oder unmittelbar an der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beteiligt oder die präsumtive Zuschlagsempfängerin an diesen. § 129 Abs 1 Z 1 in Verbindung mit § 20 Abs 5 BVergG finde daher keine Anwendung. Die Einbindung eines "befangenen" Sachverständigen, was jedoch von der Auftraggeberin ausdrücklich bestritten werde, rechtfertige lediglich die Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen, an denen H*** mitgewirkt habe. Im Hinblick darauf, dass die Mitwirkung von H*** an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen jedoch für die Bieter transparent gewesen sei und dies auch nachweislich der Antragstellerin bekannt gewesen sei, wäre die Antragstellerin jedoch verpflichtet gewesen, die vermeintliche Befangenheit von H*** spätestens bis Abgabe des ersten Angebotes geltend zu machen. Bei H*** handle es sich um die anerkannte Größe in Österreich im Bereich Facility Services, einem Forschungsschwerpunkt gerade der gegenständlichen Integrated Facility Services. Die Technische Universität Wien habe durch das Institut Facilitymanagement und dessen Institutsleiter H*** in diesem Bereich auch mehrere Forschungsarbeiten abgewickelt, so auch eine von der Auftraggeberin finanzierte Studie. An diesen Forschungsarbeiten der Technischen Universität Wien hätten unter anderem auch die präsumtive Bestbieterin so wie die Lufthansa Gebäudemanagement oder die Siemens Gebäudemanagement teilgenommen. Diese Forschungsarbeiten seien jedoch weder in einen unmittelbaren noch mittelbaren Zusammenhang mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren gestanden. Diese Forschungsarbeiten seien auch seit dem Ende 2005 abgeschlossen. Die von der Antragstellerin selbst vorgelegte Beilage 7, welche einen Auszug aus der allgemein abrufbaren Projektdatenbank der Technischen Universität darstelle, sei ein Beleg für die Transparenz der Forschungsarbeiten der Technischen Universität Wien von H***. Diese Forschungsarbeit sei auch der Antragstellerin zugänglich gewesen. Herr H*** habe lediglich an der Erstellung des Leistungsverzeichnisses und an der Erarbeitung der Eignungs- und Auswahlkriterien (1. Stufe) mitgewirkt. Die endgültigen Festlegungen einschließlich einer gründlichen Überarbeitung seien von der Auftraggeberin selbst vorgenommen worden. Die Zuschlagskriterien seien ausschließlich von der Auftraggeberin festgelegt worden, an der Vergabejury bzw. an der Bewertung der Angebote bzw. dem Verhandlungsverfahren selbst habe H*** nicht teilgenommen. Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung sei sohin auch nicht von H*** beeinflusst. Die von der Antragstellerin vorgebrachten Rechtswidrigkeiten im Zuge der Bestbieterermittlung trafen nicht zu. Die Antragstellerin unterstelle den Zuschlagskriterien einen unrichtigen Inhalt und seien als Variante 1 (auch als Los 1 bezeichnet) die Integrated Facility Services als Einheit ausgeschrieben. Zur Vermeidung einer unnötigen Einschränkung des Vergabeverfahrens auf lediglich jene Bieter, die derartige Integrated Facility Services als Einheit zur Gänze erbringen könnten, hätte die Auftraggeberin auch eine Teilvergabe in "Haustechnik" (Los 2) und "Reinigung und Gebäudesicherung" (Los 3) zugelassen (Variante 2). Der Variante 1 sei die Variante 2, "Teilvergabe" mit den Losen 2 und 3 gegenübergestellt. Um diese beiden Varianten auch in qualitativer Hinsicht vergleichen zu können, sei das Zuschlagskriterium "Inhalte klar und verständlich dargestellt, Potenziale für ein IFS dargestellt" festgelegt worden. Nach den Ausschreibungsunterlagen sollten beide Varianten nach diesem Kriterium bewertet werden. Die von der Antragstellerin nunmehr gewählte Auslegung widerspreche nicht nur dem ausbeschriebenen Leistungsgegenstand (Integrated Facility Services) und dem Gleichbehandlungsgebot (nach der von der Antragstellerin gewählten Auslegung hätten Bieter zur Variante 1 keine Möglichkeit, Punkte zu diesem Kriterium zu erhalten), sondern vor allem dem Wortlaut und dem Schriftbild zu diesem Zuschlagskriterium. Die Antragstellerin lasse dabei auch die den Ausschreibungsunterlagen angeschlossenen Tabellen außer Betracht, denen unmissverständlich zu entnehmen sei, dass sowohl Variante 1 als auch Variante 2 zum Kriterium "Inhalte klar und verständlich

nachvollziehbar, Potenziale für IFS aufgezeigt und dargestellt" bewertet würden. Die Antragstellerin lasse bei Punkt 6.1.2 bewusst das unterschiedliche Schriftbild außer Acht. Dem Zuschlagskriterium Punkt 4.6.3. "Betriebskonzept" sei zu entnehmen, dass der "Fall von Los 2 und 3" vom zu bewerteten Kriterium "Inhalte klar und verständlich dargestellt / Potenziale von IFS aufgezeigt" eingerückt und mit einem Aufzählungszeichen versehen sei. Auch der Wortlaut, "Im Fall von Los 2 und 3" zeige, dass das Kriterium "Inhalte klar und gegenständlich dargestellt / Potenziale für ein IFS dargelegt" allgemein gelte (selbstverständlich auch für den Fall "Los 1") und der eingerückte Text eine Sonderregelung für den Fall Los 2 und 3 vorsehe. Auch die angeschlossene Tabelle mache klar, dass es keine Differenzierungen der Bewertung zum Kriterium "Inhalte klar und verständlich dargestellt / Potenziale von IFS aufgezeigt" gebe. Wenn die Antragstellerin das gegenständliche mit 50 Punkten bewertete Subkriterium "Potenziale für IFS" dahin auslege, dass lediglich Variante 2 positiv zu bewerten wäre und die auf Integrated Facility Services als Einheit ausgerichteten Angebote nicht bewertet werden dürften, beantrage sie, dass ein auf Integrated Facility Services als Einheit spezialisiertes Angebot 0 Punkte erhalten sollte, wohingegen ein sich aus Los 2 und 3 zusammengesetztes Angebot im Punkt Integrated Facility Services mit maximal 50 Punkten bewertet werden sollte. Dies widerspreche sowohl dem Gleichbehandlungsgebot als auch dem offenkundigen Inhalt des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Die Auftraggeberin habe dem Inhalt des Paragraph 79, Absatz 9, BVergG im Hinblick auf die Einbindung von H*** zu 100% entsprochen. H*** stehe und stand in keinem gemäß Paragraph 20, Absatz 5, BVergG vergleichbaren Verhältnis zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Weder die Technische Universität Wien noch eines ihrer Institute noch H*** oder sein Team seien jemals mittelbar oder unmittelbar an der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beteiligt oder die präsumtive Zuschlagsempfängerin an diesen. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 20, Absatz 5, BVergG finde daher keine Anwendung. Die Einbindung eines "befangenen" Sachverständigen, was jedoch von der Auftraggeberin ausdrücklich bestritten werde, rechtfertige lediglich die Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen, an denen H*** mitgewirkt habe. Im Hinblick darauf, dass die Mitwirkung von H*** an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen jedoch für die Bieter transparent gewesen sei und dies auch nachweislich der Antragstellerin bekannt gewesen sei, wäre die Antragstellerin jedoch verpflichtet gewesen, die vermeintliche Befangenheit von H*** spätestens bis Abgabe des ersten Angebotes geltend zu machen. Bei H*** handle es sich um die anerkannte Größe in Österreich im Bereich Facility Services, einem Forschungsschwerpunkt gerade der gegenständlichen Integrated Facility Services. Die Technische Universität Wien habe durch das Institut Facilitymanagement und dessen Institutsleiter H*** in diesem Bereich auch mehrere Forschungsarbeiten abgewickelt, so auch eine von der Auftraggeberin finanzierte Studie. An diesen Forschungsarbeiten der Technischen Universität Wien hätten unter anderem auch die präsumtive Bestbieterin so wie die Lufthansa Gebäudemanagement oder die Siemens Gebäudemanagement teilgenommen. Diese Forschungsarbeiten seien jedoch weder in einen unmittelbaren noch mittelbaren Zusammenhang mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren gestanden. Diese Forschungsarbeiten seien auch seit dem Ende 2005 abgeschlossen. Die von der Antragstellerin selbst vorgelegte Beilage 7, welche einen Auszug aus der allgemein abrufbaren Projektdatenbank der Technischen Universität darstelle, sei ein Beleg für die Transparenz der Forschungsarbeiten der Technischen Universität Wien von H***. Diese Forschungsarbeit sei auch der Antragstellerin zugänglich gewesen. Herr H*** habe lediglich an der Erstellung des Leistungsverzeichnisses und an der Erarbeitung der Eignungs- und Auswahlkriterien (1. Stufe) mitgewirkt. Die endgültigen Festlegungen einschließlich einer gründlichen Überarbeitung seien von der Auftraggeberin selbst vorgenommen worden. Die Zuschlagskriterien seien ausschließlich von der Auftraggeberin festgelegt worden, an der Vergabebewertung bzw. an der Bewertung der Angebote bzw. dem Verhandlungsverfahren selbst habe H*** nicht teilgenommen. Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung sei sohin auch nicht von H*** beeinflusst. Die von der Antragstellerin vorgebrachten Rechtswidrigkeiten im Zuge der Bestbieterermittlung trafen nicht zu. Die Antragstellerin unterstelle den Zuschlagskriterien einen unrichtigen Inhalt und seien als Variante 1 (auch als Los 1 bezeichnet) die Integrated Facility Services als Einheit ausgeschrieben. Zur Vermeidung einer unnötigen Einschränkung des Vergabeverfahrens auf lediglich jene Bieter, die derartige Integrated Facility Services als Einheit zur Gänze erbringen könnten, hätte die Auftraggeberin auch eine Teilvergabe in "Haustechnik" (Los 2) und "Reinigung und Gebäudesicherung" (Los 3) zugelassen (Variante 2). Der Variante 1 sei die Variante 2, "Teilvergabe" mit den Losen 2 und 3 gegenübergestellt. Um diese beiden Varianten auch in qualitativer Hinsicht vergleichen zu können, sei das Zuschlagskriterium "Inhalte klar und verständlich dargestellt, Potenziale für ein IFS dargestellt" festgelegt worden. Nach den Ausschreibungsunterlagen sollten beide Varianten nach diesem Kriterium bewertet werden. Die von der Antragstellerin nunmehr gewählte Auslegung widerspreche nicht nur dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand (Integrated Facility Services) und dem

Gleichbehandlungsgebot (nach der von der Antragstellerin gewählten Auslegung hätten Bieter zur Variante 1 keine Möglichkeit, Punkte zu diesem Kriterium zu erhalten), sondern vor allem dem Wortlaut und dem Schriftbild zu diesem Zuschlagskriterium. Die Antragstellerin lasse dabei auch die den Ausschreibungsunterlagen angeschlossenen Tabellen außer Betracht, denen unmissverständlich zu entnehmen sei, dass sowohl Variante 1 als auch Variante 2 zum Kriterium "Inhalte klar und verständlich nachvollziehbar, Potenziale für IFS aufgezeigt und dargestellt" bewertet würden. Die Antragstellerin lasse bei Punkt 6.1.2 bewusst das unterschiedliche Schriftbild außer Acht. Dem Zuschlagskriterium Punkt 4.6.3. "Betriebskonzept" sei zu entnehmen, dass der "Fall von Los 2 und 3" vom zu bewerteten Kriterium "Inhalte klar und verständlich dargestellt / Potenziale von IFS aufgezeigt" eingerückt und mit einem Aufzählungszeichen versehen sei. Auch der Wortlaut, "Im Fall von Los 2 und 3" zeige, dass das Kriterium "Inhalte klar und gegenständlich dargestellt / Potenziale für ein IFS dargelegt" allgemein gelte (selbstverständlich auch für den Fall "Los 1") und der eingerückte Text eine Sonderregelung für den Fall Los 2 und 3 vorsehe. Auch die angeschlossene Tabelle mache klar, dass es keine Differenzierungen der Bewertung zum Kriterium "Inhalte klar und verständlich dargestellt / Potenziale von IFS aufgezeigt" gebe. Wenn die Antragstellerin das gegenständliche mit 50 Punkten bewertete Subkriterium "Potenziale für IFS" dahin auslege, dass lediglich Variante 2 positiv zu bewerten wäre und die auf Integrated Facility Services als Einheit ausgerichteten Angebote nicht bewertet werden dürften, beantrage sie, dass ein auf Integrated Facility Services als Einheit spezialisiertes Angebot 0 Punkte erhalten sollte, wohingegen ein sich aus Los 2 und 3 zusammengesetztes Angebot im Punkt Integrated Facility Services mit maximal 50 Punkten bewertet werden sollte. Dies widerspreche sowohl dem Gleichbehandlungsgebot als auch dem offenkundigen Inhalt des gegenständlichen Vergabeverfahrens.

Die präsumtive Bestbieterin habe die Übermittlung der geforderten Tagesberichte sowohl in elektronischer Form als auch in der Schnittstelle zu dem von der Auftraggeberin bestehenden System "HP-Open- View" angeboten. Dagegen habe weder die Antragstellerin noch die für Los 3 vorgesehene Bestbieterin diese Anbindung an das bestehende System "HP-Open- View" zur Verfügung stellen können. Allein diese Minderleistung der Antragstellerin und der Bestbieterin zu Los 3 zeige, dass die Antragstellerin keine Chance auf den gegenständlichen Auftrag habe. Diese Minderleistung habe einen Punkteabzug von 5 gewichteten Punkten zufolge, was bei der erreichten Punkteanzahl der Bestbieterin (99 gewichtete Punkte) belege, dass selbst bei der Erreichung von 100% der übrigen Punkte der Kombination aus Bestangebot aus Los 2 und Los 3 nicht der Auftrag erteilt werden könne. Die Antragstellerin habe selbst bei Gewährung der vollen Punkteanzahl zu den übrigen Kriterien keine Chance auf den Zuschlag bzw. auf den Bestbieterstatus.

Die Antragstellerin sehe sich auch durch die fehlende Transparenz der Zuschlagsentscheidung bzw. in den fehlenden Mindestinhalten der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung beschwert. Das Bundesvergabegesetz stelle zwar Anforderungen an die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, regle jedoch keine weiteren Sanktionen, für den Fall, dass diese nicht, bzw. nicht zur Gänze eingehalten würden. § 132 Abs 2 BVergG sehe lediglich die absolute Nichtigkeit für den Fall vor, dass es zu überhaupt keiner Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gekommen sei. Bloße Formverstöße ließen die Rechtskonformität der Zuschlagserteilung und damit auch der Zuschlagsentscheidung unberührt. Aus der Mitteilung der Auftraggeberin vom 25.11.2008 sei klar ersichtlich, dass der Zuschlag an die besser bewertete Variante 1 und das diesbezügliche Angebot der B*** zu erteilen sein werde. Bekannt gegeben werde auch der Bestbieter zu Los 3 und die von dieser Bietergemeinschaft erzielten 87 Punkte. Die Antragstellerin sehe sich auch durch die fehlende Transparenz der Zuschlagsentscheidung bzw. in den fehlenden Mindestinhalten der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung beschwert. Das Bundesvergabegesetz stelle zwar Anforderungen an die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, regle jedoch keine weiteren Sanktionen, für den Fall, dass diese nicht, bzw. nicht zur Gänze eingehalten würden. Paragraph 132, Absatz 2, BVergG sehe lediglich die absolute Nichtigkeit für den Fall vor, dass es zu überhaupt keiner Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gekommen sei. Bloße Formverstöße ließen die Rechtskonformität der Zuschlagserteilung und damit auch der Zuschlagsentscheidung unberührt. Aus der Mitteilung der Auftraggeberin vom 25.11.2008 sei klar ersichtlich, dass der Zuschlag an die besser bewertete Variante 1 und das diesbezügliche Angebot der B*** zu erteilen sein werde. Bekannt gegeben werde auch der Bestbieter zu Los 3 und die von dieser Bietergemeinschaft erzielten 87 Punkte.

Aufgrund einer Anfrage der Antragstellerin vom 28.11.2008 habe ein Vertreter der Antragstellerin am 2. 12.2008 in den Geschäftsräumlichkeiten der Auftraggeberin eine Einsichtnahme in den Vergabeakt vorgenommen sowie ein ausführliches Gespräch mit nochmaliger Erläuterung der Bewertungsergebnisse abgehalten. Mit Schreiben vom

2.12.2008 habe die Auftraggeberin vollständig und im Detail auf die Fragen der Antragstellerin vom 28.11.2008 geantwortet. Der nunmehr erhobene Vorwurf der gänzlich fehlenden Transparenz der Zuschlagsentscheidung sei vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. Dem Schreiben vom 2.12.2008 sei zu entnehmen, dass der Bestbieter die Schnittstelle zu dem in der ACG bestehenden System HP-Open-View zur Verfügung stellen könne, wohingegen die Antragstellerin keine Schnittstelle zu HP-Open-View anbieten habe können, weshalb sie in diesem Punkt nur 5 gewichtete Punkte erhalten habe. Dies sei bereits am 2.12.2008 offen gelegt worden und objektiv nachprüfbar.

Mit Schriftsatz vom 23.12.2008 erhob die B*** begründete Einwendungen und führte aus, in der Ausschreibungsunterlage sei unmissverständlich festgelegt, dass auch im Bezug auf das Los 1 für das Betriebskonzept maximal 50 ungewichtete Punkte vergeben werden könnten.

Zur Frage der angeblichen Befangenheit von H*** legt die präsumtive Zuschlagsempfängerin dar, dass eine derartige Befangenheit nicht vorliege. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bestehe Befangenheit in der Hemmung einer unparteiischen Entscheidung durch unsachliche psychologische Motive. Im Zusammenhang des § 79 Abs. 3 BVergG werde Befangenheit von Sachverständigen insbesondere dann angenommen, wenn diese wirtschaftliche Eigeninteressen an einem bestimmten Verfahrensergebnis, also an der Auftragsvergabe an einen bestimmten Bieter hätten. Gerade solche wirtschaftlichen Eigeninteressen, die zu Interessenskollisionen zwischen der Funktion als Experte einerseits und Geschäftsbeziehungen zu Bietern oder Bewerbern andererseits führen würden, lägen jedoch bei H*** nicht vor. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin stehe überdies entgegen den Behauptungen der Antragstellerin auch in keinem Auftragsverhältnis mit H***. Er sei außerordentlicher Universitätsprofessor am Institut für Interdisziplinäres Bauprozessmanagement bzw. am Departement für Raumentwicklung, Infrastruktur und Umweltplanung der Technischen Universität Wien. Im Rahmen seiner Tätigkeit an der Technischen Universität Wien sei er auch der Projektleiter des Projektteams Informations- und Facilitymanagement (IFM) der Technischen Universität Wien. Die Technische Universität Wien führe derzeit das Forschungsprojekt Integrated Facility Services (IFS) für die präsumtive Zuschlagsempfängerin durch. Dieses Projekt werde von der TU Wien unter der Leitung von K*** durchgeführt, der seinerseits H*** als die führende Kapazität in diesem Fachbereich in Österreich und als Bediensteten bzw. Mitarbeiter der TU Wien auf Kosten dieser, somit als hauseigenen Berater, in dieses Projekt miteingebunden habe. Es werde betont, dass auch keine Zuwendungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an H*** im Rahmen dieses Projektes geflossen seien bzw. weder fließen noch fließen würden. Die im Antrag aufgestellte Behauptung, es bestehe ein Auftragsverhältnis zwischen H*** und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, sei unzutreffend. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erwarte sich aus der wissenschaftlichen Forschung Erkenntnisse, die sie im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit nutzen könne, dies habe jedoch nichts mit konkreten Wettbewerbsvorteilen im laufenden Vergabeverfahren zu tun, zumal das Projekt Integrated Facility Services mit 31.12.2009 beendet sein werde. Mangels persönlicher geschäftlicher Beziehungen der beteiligten Forscher zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergäben sich keine wirtschaftlichen Eigeninteressen der beteiligten Forscher. Darüber hinaus sei Auftragsforschung gerade dadurch gekennzeichnet, dass die forschende Einrichtung nicht ständig für ein bestimmtes Unternehmen tätig werde. So habe auch das Projektteam Informations- und Facilitymanagement der TU Wien nicht bloß dieses eine Projekt und auch nicht nur für die präsumtive Zuschlagsempfängerin Forschungsaufträge übernommen. Überdies habe die Antragstellerin nicht dargelegt, in wie fern sachliche Bedenken gegen das Ergebnis der Tätigkeit des H***, nämlich die Ausarbeitungen der Leistungsbeschreibung, bestünden. Die Antragstellerin habe weder dargelegt, welche Vorgaben der Leistungsbeschreibung sie benachteiligt hätten noch habe sie dargelegt, in wie fern die Leistungsbeschreibung Vorgaben gemacht hätte, die sich zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgewirkt hätten. Zur Frage der angeblichen Befangenheit von H*** legt die präsumtive Zuschlagsempfängerin dar, dass eine derartige Befangenheit nicht vorliege. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bestehe Befangenheit in der Hemmung einer unparteiischen Entscheidung durch unsachliche psychologische Motive. Im Zusammenhang des Paragraph 79, Absatz 3, BVergG werde Befangenheit von Sachverständigen insbesondere dann angenommen, wenn diese wirtschaftliche Eigeninteressen an einem bestimmten Verfahrensergebnis, also an der Auftragsvergabe an einen bestimmten Bieter hätten. Gerade solche wirtschaftlichen Eigeninteressen, die zu Interessenskollisionen zwischen der Funktion als Experte einerseits und Geschäftsbeziehungen zu Bietern oder Bewerbern andererseits führen würden, lägen jedoch bei H*** nicht vor. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin stehe überdies entgegen den Behauptungen der Antragstellerin auch in keinem Auftragsverhältnis mit H***. Er sei außerordentlicher Universitätsprofessor am Institut für Interdisziplinäres Bauprozessmanagement bzw. am Departement für Raumentwicklung, Infrastruktur und Umweltplanung der

Technischen Universität Wien. Im Rahmen seiner Tätigkeit an der Technischen Universität Wien sei er auch der Projektleiter des Projektteams Informations- und Facilitymanagement (IFM) der Technischen Universität Wien. Die Technische Universität Wien führe derzeit das Forschungsprojekt Integrated Facility Services (IFS) für die präsumtive Zuschlagsempfängerin durch. Dieses Projekt werde von der TU Wien unter der Leitung von K*** durchgeführt, der seinerseits H*** als die führende Kapazität in diesem Fachbereich in Österreich und als Bediensteten bzw. Mitarbeiter der TU Wien auf Kosten dieser, somit als hauseigenen Berater, in dieses Projekt miteingebunden habe. Es werde betont, dass auch keine Zuwendungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an H*** im Rahmen dieses Projektes geflossen seien bzw. weder fließen noch fließen würden. Die im Antrag aufgestellte Behauptung, es bestehe ein Auftragsverhältnis zwischen H*** und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, sei unzutreffend. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erwarte sich aus der wissenschaftlichen Forschung Erkenntnisse, die sie im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit nutzen könne, dies habe jedoch nichts mit konkreten Wettbewerbsvorteilen im laufenden Vergabeverfahren zu tun, zumal das Projekt Integrated Facility Services mit 31.12.2009 beendet sein werde. Mangels persönlicher geschäftlicher Beziehungen der beteiligten Forscher zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergäben sich keine wirtschaftlichen Eigeninteressen der beteiligten Forscher. Darüber hinaus sei Auftragsforschung gerade dadurch gekennzeichnet, dass die forschende Einrichtung nicht ständig für ein bestimmtes Unternehmen tätig werde. So habe auch das Projektteam Informations- und Facilitymanagement der TU Wien nicht bloß dieses eine Projekt und auch nicht nur für die präsumtive Zuschlagsempfängerin Forschungsaufträge übernommen. Überdies habe die Antragstellerin nicht dargelegt, in wie fern sachliche Bedenken gegen das Ergebnis der Tätigkeit des H***, nämlich die Ausarbeitungen der Leistungsbeschreibung, bestünden. Die Antragstellerin habe weder dargelegt, welche Vorgaben der Leistungsbeschreibung sie benachteiligt hätten noch habe sie dargelegt, in wie fern die Leistungsbeschreibung Vorgaben gemacht hätte, die sich zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgewirkt hätten.

Zur Frage der formalen Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung verweist die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf § 131 Abs. 4 BVergG, welcher ausdrücklich vorsehe, dass die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nur bekannt zu geben sind, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Information öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würden. Zur Frage der formalen Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung verweist die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf Paragraph 131, Absatz 4, BVergG, welcher ausdrücklich vorsehe, dass die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nur bekannt zu geben sind, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Information öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würden.

Im Hinblick auf die Zuschlagskriterien des vorliegenden Vergabeverfahrens stünden die Vorteile und Merkmale des erfolgreichen Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in untrennbarem Zusammenhang mit den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur Durchführung des Auftrages entwickelten Lösungsansätzen. Insbesondere die im Rahmen des Kriteriums "Betriebskonzept" abgefragten Ideen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien wesentlicher Bestandteil ihres unternehmerischen know how's. Gerade diese Kenntnisse bzw. die Inhalte der unter diesem Kriterium entwickelten Konzepte und Vorstellungen unterscheide das Leistungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von jenem der Antragstellerin bzw. der anderen Mitbewerber. Demnach handle es sich hierbei um Informationen, die als Geschäftsgeheimnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin anzusehen seien.

Mit Schriftsatz vom 12.01.2009 erstattete die Antragstellerin eine Replik zum Vorbringen der Auftraggeberin und führte aus sie bezweifle dass, wie von der Auftraggeberin ausgeführt, das Forschungsprojekt zwischen H*** und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bereits Ende 2005 abgeschlossen worden sei. So hätten sich H***, die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die Auftraggeberin im Rahmen eines Workshops mit dem hier relevanten Ausschreibungsgegenstand intensiv auseinandergesetzt. Demnach hätten die Auftraggeberin, die präsumtive Zuschlagsempfängerin und H*** bereits im Jahr 2006 intensiv den vorliegenden Ausschreibungsgegenstand erarbeitet. Auch die L***, die auf dem Deckblatt des Leistungsverzeichnisses ebenfalls als Autor der vorliegenden Ausschreibungsunterlage genannt werde, habe an diesem Workshop teilgenommen. Vor diesem Hintergrund sei festzuhalten, dass H*** und die L*** als Autoren der Ausschreibungsunterlagen ein nachweisbares Naheverhältnis zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätten. Ferner stehe fest, dass sowohl die Auftraggeberin als auch die R*** bereits im Jahr 2006 in einem Workshop von H*** über den vorliegenden Ausschreibungsgegenstand eingebunden gewesen seien. Dies zeige, dass die bekämpfte Zuschlagsentscheidung auf Grund der Verletzung der §§ 79 Abs. 9 und

19 Abs. 1 BVergG jedenfalls vergaberechtswidrig sei. Ob H*** tatsächlich nur die von der Auftraggeberin zitierte untergeordnete Rolle im vorliegenden Vergabeverfahren gespielt habe, sei aufgrund der Festlegung am Deckblatt des Leistungsverzeichnisses nicht nachzuvollziehen, da H*** ohne Einschränkung als Mitautor der Ausschreibungsunterlagen genannt sei. Es bestehe der massive Verdacht, dass die Beteiligung von H*** am vorliegenden Vergabeverfahren nachträglich bewusst heruntergespielt werde, um so dem Vorbringen der Antragstellerin entgegen zu treten. Es sei letztlich nicht nachzuvollziehen, warum ein anerkannter Experte gerade bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung nicht beigezogen werde. Mit Schriftsatz vom 12.01.2009 erstattete die Antragstellerin eine Replik zum Vorbringen der Auftraggeberin und führte aus sie bezweifle dass, wie von der Auftraggeberin ausgeführt, das Forschungsprojekt zwischen H*** und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bereits Ende 2005 abgeschlossen worden sei. So hätten sich H***, die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die Auftraggeberin im Rahmen eines Workshops mit dem hier relevanten Ausschreibungsgegenstand intensiv auseinandergesetzt. Demnach hätten die Auftraggeberin, die präsumtive Zuschlagsempfängerin und H*** bereits im Jahr 2006 intensiv den vorliegenden Ausschreibungsgegenstand erarbeitet. Auch die L***, die auf dem Deckblatt des Leistungsverzeichnisses ebenfalls als Autor der vorliegenden Ausschreibungsunterlage genannt werde, habe an diesem Workshop teilgenommen. Vor diesem Hintergrund sei festzuhalten, dass H*** und die L*** als Autoren der Ausschreibungsunterlagen ein nachweisbares Naheverhältnis zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätten. Ferner stehe fest, dass sowohl die Auftraggeberin als auch die R*** bereits im Jahr 2006 in einem Workshop von H*** über den vorliegenden Ausschreibungsgegenstand eingebunden gewesen seien. Dies zeige, dass die bekämpfte Zuschlagsentscheidung auf Grund der Verletzung der Paragraphen 79, Absatz 9 und 19 Absatz eins, BVergG jedenfalls vergaberechtswidrig sei. Ob H*** tatsächlich nur die von der Auftraggeberin zitierte untergeordnete Rolle im vorliegenden Vergabeverfahren gespielt habe, sei aufgrund der Festlegung am Deckblatt des Leistungsverzeichnisses nicht nachzuvollziehen, da H*** ohne Einschränkung als Mitautor der Ausschreibungsunterlagen genannt sei. Es bestehe der massive Verdacht, dass die Beteiligung von H*** am vorliegenden Vergabeverfahren nachträglich bewusst heruntergespielt werde, um so dem Vorbringen der Antragstellerin entgegen zu treten. Es sei letztlich nicht nachzuvollziehen, warum ein anerkannter Experte gerade bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung nicht beigezogen werde.

Des Weiteren bekräftigte die Antragstellerin ihr Vorbringen im Zusammenhalt mit den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage zu Pkt. 4.6.3.

In der mündlichen Verhandlung vom 3.2.2009 gab der Vertreter der Antragstellerin an, die Antragstellerin unterstütze zwar keine Forschungsprojekte der TU Wien, nehme jedoch regelmäßig als Zuhörer an von der TU Wien veranstalteten Kongressen teil. Die im Rahmen des Vergabeverfahrens mit Schriftsatz OZ 13 vorgelegten Unterlagen betreffend eine Seminarveranstaltung der TU Wien sei der Antragstellerin durch einen Mitbewerber zugespielt worden. An der Veranstaltung selbst hätte kein Mitarbeiter der Antragstellerin teilgenommen.

Der Zeuge H*** gibt an, dass die TU Wien Forschungsprojekte im Rahmen von Facility Management durchführe. Interessierte Firmen wie zB. B***, A***, N*** usw. würden für die Forschung Inputs liefern und die TU Wien, die ständig für neue Themen offen sei, beginne dann entweder selbst ein Forschungsprojekt oder trete gegebenenfalls auch an interessierte Firmen heran, um allenfalls Forschungsgelder gemäß § 27 UG lukrieren zu können. Die B*** habe bereits Forschungsprojekte finanziell unterstützt, dies jedoch in äußerst geringem Ausmaß. Die A*** habe bis jetzt keine finanzielle Unterstützung geleistet, nehme jedoch regelmäßig seit mehreren Jahren an Real Estate User Group - Treffen teil. Bei der Real Estate User Group handle es sich um einen losen Verband von Facility Managern und Anbietern sowie Interessenvertretern wie zB. die WKÖ. Im konkreten Vergabeverfahren habe der Zeuge auf Grund eines Vertrages zwischen der Auftraggeberin und der TU Wien mit einem Arbeiterteam einen Erstentwurf für das Leistungsverzeichnis erstellt. Es habe sechs Überarbeitungen des Leistungsverzeichnisses durch sein Team in Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin gegeben. Die 6. Fassung des Leistungsverzeichnisses sei der Auftraggeberin übergeben worden. In Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin sei auch noch ein Vorschlag für Eignungs- und Auswahlkriterien durch sein Team erstellt worden. Nach Übergabe dieser Unterlagen sei der Auftrag für die TU Wien erledigt gewesen. Der Zeuge H*** gibt an, dass die TU Wien Forschungsprojekte im Rahmen von Facility Management durchführe. Interessierte Firmen wie zB. B***, A***, N*** usw. würden für die Forschung Inputs liefern und die TU Wien, die ständig für neue Themen offen sei, beginne dann entweder selbst ein Forschungsprojekt oder trete gegebenenfalls auch an interessierte Firmen heran, um allenfalls Forschungsgelder gemäß Paragraph 27, UG lukrieren

zu können. Die B*** habe bereits Forschungsprojekte finanziell unterstützt, dies jedoch in äußerst geringem Ausmaß. Die A*** habe bis jetzt keine finanzielle Unterstützung geleistet, nehme jedoch regelmäßig seit mehreren Jahren an Real Estate User Group - Treffen teil. Bei der Real Estate User Group handle es sich um einen losen Verband von Facility Managern und Anbietern sowie Interessenvertretern wie zB. die WKÖ. Im konkreten Vergabeverfahren habe der Zeuge auf Grund eines Vertrages zwischen der Auftraggeberin und der TU Wien mit einem Mitarbeiterteam einen Erstentwurf für das Leistungsverzeichnis erstellt. Es habe sechs Überarbeitungen des Leistungsverzeichnisses durch sein Team in Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin gegeben. Die 6. Fassung des Leistungsverzeichnisses sei der Auftraggeberin übergeben worden. In Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin sei auch noch ein Vorschlag für Eignungs- und Auswahlkriterien durch sein Team erstellt worden. Nach Übergabe dieser Unterlagen sei der Auftrag für die TU Wien erledigt gewesen.

Wie sich aus dem in der Verhandlung vorgelegten Deckblatt der Leistungsbeschreibung (Beilage A des Verhandlungsprotokolls) ergibt, weist die 6. Fassung des Leistungsverzeichnisses den Stand 1.4.2008 aus.

Über Befragen des Antragstellervertreters, Y***, gibt der Zeuge weiters an, er habe den Auftrag, ein Leistungsverzeichnis zu erstellen, erfüllt und dieses Leistungsverzeichnis zur weiteren Verwendung an die Auftraggeberin übermittelt. Auf dem Deckblatt dieses Leistungsverzeichnisses seien seine Mitautoren ausgewiesen (siehe Beilage A zum Protokoll). Es entziehe sich seiner Kenntnis, ob und welche Änderungen die Auftraggeberin in weiterer Folge durchgeführt habe und in wie weit die von ihm erarbeitete Fassung letztlich in das endgültige Leistungsverzeichnis eingeflossen sei. Er habe auch bis vor dem gegenständlichen Nachprüfungsverfahren nicht gewusst, dass er auch in der endgültigen Fassung des Leistungsverzeichnisses als Mitautor namentlich aufscheine. Er habe ausschließlich in der ersten Stufe des Verfahrens am Entwurf des Leistungsverzeichnisses sowie an einem Entwurf für die Auswahl- und Eignungskriterien mitgearbeitet. An den Meetings zur Ausarbeitung hätten in wechselnden Konstellationen E***, F***, M*** und D*** sowie die Mitarbeiter der TU Wien J*** und I*** teilgenommen. Er führt hiezu aus, dass es auf Grund einer nichtgesponserten Dissertation bezüglich Synergiepotenzialen zu Workshops gekommen sei, in welchen mit unterschiedlichen Teilnehmern (zB. B***, O***, P***, A*** usw.) wissenschaftliche Hypothesen validiert worden seien. Bei diesen Workshops hätten unter anderem auch Mitarbeiter der Auftraggeberin E*** und D*** teilgenommen. Es sei nicht auszuschließen, dass an einem dieser Workshops sowohl Vertreter der Auftraggeberin, der B*** als auch der Antragstellerin teilgenommen haben. Grundsätzlich habe es sich jedoch um getrennte Workshops unter Teilnahme von ausschließlich entweder E*** oder B***, P*** oder andere gehandelt. Die Inhalte der Beilagen zu OZ 13 seien vielfach publiziert und diskutiert worden. Dies habe im Rahmen der Berichte über die Forschungsergebnisse der TU Wien in diesem Bereich stattgefunden. Sämtliche Forschungsergebnisse, die im Rahmen der TU Wien erarbeitet worden seien, seien auch bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses berücksichtigt worden.

Die Vertreterin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, Z***, hält dem Zeugen die mit OZ 11 vorgelegte Stellungnahme vom 16.12.2008 vor. Der Zeuge bestätigt, dass die von ihm genannte Auftragsforschung für die B*** ausschließlich die organisatorische Umsetzung der integrativen Leistungserbringung für die B*** beinhaltet habe. Ausschließlich für dieses konkrete Projekte seien auch Zahlungen der B*** geleistet worden. Die letzte Zahlung an die TU Wien sei im Jahr 2005 erfolgt. Seither hat es keinerlei Zahlungen mehr gegeben. Ein solches Forschungsprojekt habe es mit der B*** auch seit dem Jahr 2005 nicht mehr gegeben. Der mit OZ 1 vorgelegte Auszug aus der Datenbank der TU Wien sei nicht mehr den Tatsachen entsprechend. Er sei, wie auch aus dem Auszug hervorgehe, am 27.01.2007 letztmals geändert worden. Die Nennung des Geldgebers B*** beziehe sich ausschließlich auf das obengenannte Projekt betreffend die organisatorische Umsetzung der integrativen Leistungserbringung für die B***. Aus dem letzten Satz der Eintragung sei ersichtlich, dass es sich hier um eine organisatorische Umsetzung eines Projektes für die B*** gehandelt habe. Dieser organisatorische Ansatz komme auch aus der Bezeichnung "Job Enrichment" hervor. Der Zeuge hält darüber hinaus seine Aussagen in der Stellungnahme vom 16.12.2008 ausdrücklich aufrecht.

Die Zeugin D*** gibt an, sie habe H*** als einschlägigen Experten zu Vorgesprächen eingeladen. Die Auftraggeberin habe sich insbesondere in Bezug auf den Teil Los 2, für welchen sie über unzureichendes Datenmaterial bezüglich des integrativen Ansatzes verfügt habe, für die Forschungsergebnisse von H*** und seinem Team interessiert. Die Auftragsvergabe an die TU Wien habe im Dezember 2007 statt gefunden. Die Auftragserfüllung sei bis zum Abrechnungszeitpunkt Jänner 2008 erfolgt. In weiterer Folge habe die Auftraggeberin die Arbeiten der TU Wien in das Leistungsverzeichnis eingearbeitet und die Erstellung der Bewertungsmatrix, der Losregelungen und der

Zuschlagskriterien X***. Gemeinsam mit X*** sei sodann die endgültige Fassung der Ausschreibungsunterlage erstellt worden. An der Erstellung der Bewertungsmatrix, der Losregelungen und der Zuschlagskriterien habe H*** nicht mitgewirkt. Das Leistungsverzeichnis sei über Weihnachten innerhalb eines Monats erarbeitet worden. Die von Herrn E***, F*** und I*** in Heimarbeit erstellten Versionen seien per E-Mail ausgetauscht worden. Darüber hinaus habe es Meetings zwischen diesen Personen gegeben. H*** habe bei der Erstellung des integrativen Ansatzes beraten, schriftlich habe er das Los 2 erstellt. Die Anbindungen zu Los 3 seien durch die Auftraggeberin erarbeitet worden. Über Vorhalt des als Beilage A angeschlossenen Schriftstückes, das den Stand 1.4.2008 aufweist, gibt die Zeugin an, sie könne sich an eine weitere Zusammenarbeit in diesem Zusammenhang nicht mehr erinnern. Für sie sei der Auftrag im Jänner 2008 abgeschlossen gewesen. Ob es einen weiteren E-Mailverkehr gegeben habe, könne sie nicht sagen. Die Bekanntgabe der Ausschreibung sei im Mai 2008 erfolgt. Nach dem Jänner 2008 habe es keine inhaltliche Arbeit am Leistungsverzeichnis von H*** gegeben. Am universitätseigenen Forschungsprojekt (Beilage OZ 13) hätten E***, möglicherweise F*** sowie die Zeugin selbst teilgenommen. Die Auftraggeberin habe alle an der Erstellung des Leistungsverzeichnisses beteiligten Personen als Mitautoren nennen wollen. H*** sei nicht mehr gesondert um seine Zustimmung zur Letztfassung des Leistungsverzeichnisses gefragt worden. H*** sei auch in weiterer Folge nach dem Jänner 2008 nicht mehr im Rahmen dieses Vergabeverfahrens tätig geworden und habe auch nicht an der Bewertung teilgenommen. Das Leistungsverzeichnis für Los 3 sei von den Herrn F*** und E*** erstellt worden.

Die Haustechnik (Los 2) werde seit 10 Jahren durch die A*** betreut. Der Störungsmeldeprozess sei der Antragstellerin auf Grund ihrer Einbindung sehr gut bekannt. Qualitativ habe bei Los 2 keinerlei Änderung stattgefunden. Herr G*** habe in die Jurybögen der A*** bei der Auftraggeberin Einsicht genommen und eine Erläuterung der Bewertung der Firma A*** erhalten. Im Rahmen der Durchsicht dieser Jurybögen sei auch erörtert worden, dass, auch wenn die Firma A*** sämtliche Punkte für den Bereich Betriebskonzept erhalten hätte, sie auf Grund der mangelnden HP-Open-View Schnittstelle den Zuschlag nicht hätte erhalten können. Die mit Fax am 02.12.2008 übermittelte Antwort der Auftraggeberin stelle zugleich auch das Protokoll über dieses Gespräch dar. Das im Vergabeakt enthaltene Protokoll dokumentiere lediglich, dass und mit welchen Teilnehmern ein Gespräch stattgefunden habe. Die Zuschlagskriterien seien inhaltlich von F***, E***, M***, D*** sowie X*** erstellt worden und durch die Zeugin als Projektleiterin festgelegt worden. Grundlage für die von ihr vorgenommene Bewertung seien die Seiten 11-15 der Ausschreibung (Vergaberechtliche Bestimmungen). Auch die Jurybewertungsbögen seien durch das vorgenannte Team erarbeitet und letztlich durch die Zeugin als Projektleiterin festgelegt worden. In der Ausschreibungsunterlage seien die erreichbaren Maximalpunkte genannt sowie die Festlegung getroffen, dass keine Minuspunkte vergeben würden (Seite 9). Die Staffelung der zu vergebenden Punkte, wie sie in den Jurybewertungsbögen enthalten seien, finde sich in der Ausschreibungsunterlage nicht. Die Jurybewertungsbögen seien gleichzeitig mit den Ausschreibungsunterlagen selbst erstellt worden.

Über Befragung bezüglich des Datums, das die bereits ausgefüllten Jurybewertungsblätter aufweisen (8.9.2008), gibt die Zeugin an, es handle sich dabei um das Druckdatum. Die Divergenz zwischen den Daten der Jurybewertungsbögen und dem letzten Termin zur Anbotsabgabe erkläre sich dadurch, dass die Bewertungen händisch auf den Jurybewertungsbögen durch die einzelnen Kommissionsmitglieder eingefügt worden seien. Dies sei zu drei unterschiedlichen Zeitpunkten entsprechend dem Verhandlungsergebnissen und mit unterschiedlichen Farbstiften (grün, blau, rot) erfolgt. Angepasst an die Maximalpunktezahle seien die unterschiedlichen Intervalle bei den Punkten festgelegt. Die Punkte hätten bezogen auf die Maximalpunktezahle jeweils möglichst das gleiche Verhältnis. Die Punktezahl der einzelnen Staffeln sei entscheidend für die Bewertung. Eine Abänderung der jeweiligen Punktevergabe in den einzelnen Staffeln könne sich auf die Bewertung auswirken. Über den Jurybewertungsbogen von D*** selbst befragt, gibt die Zeugin zu Protokoll, dass die mit rotem Stift ausgeführte Korrektur vom 10.11.2008 auf Grund eines Gespräches stattgefunden habe und anstelle von 0 Punkten eine Vergabe von 20 Punkten (Lösungsansatz) bzw. bei Los 2 die Vergabe von 30 anstelle von 20 Punkten erfolgt sei. Die verbale Zusammenfassung der Beurteilung auf Seite 34 des Vergabeverkehrs sei durch M*** auf Basis der Verbalbeurteilungen der einzelnen Jurymitglieder erfolgt. Diese Zusammenfassung sei durch die Zeugin und die übrigen Jurymitglieder kontrolliert worden. Bezüglich der Aussage in der Verbalbeurteilung "nicht auf alle neuen Anforderungen im LV wurde in der gewünschten Qualität eingegangen" führt die Zeugin aus, dass hauptsächlich der von der Auftraggeberin gewünschte integrative Ansatz im Anbot der Antragstellerin gefehlt habe. Von der Auftraggeberin gewünscht seien für den HKLS-Betrieb das Aufzeigen von Schnittstellen und die Vorlage von Plänen und Berichten im Bezug auf das Agieren von Reinigung - und

Sicherheitsdienst im Zusammenhalt mit der Auftraggeberin gewesen. Als gute Ansätze, die nachgereicht worden seien, habe es von der Antragstellerin Objektberichte sowie insbesondere einen Vorschlag gegeben, wie das bestehende Berichtswesen ausgeweitet werden könnte und ein gemeinsames Berichtswesen kreiert werden könnte.

Zur Frage der Bewertung gibt D*** an, dass keine Schlechterbewertung der Antragstellerin stattgefunden habe. Die Jurymitglieder E*** und F*** hätten sogar in jenen Bereichen, wo sie laut ihrer stichwortartigen verbalen Randbemerkungen in den Jurybewertungsbögen Mängel des Angebotes festgestellt hätten, die volle Punktezahl vergeben. Das System HP-Open-View sei bei der Auftraggeberin seit März 2007 vorhanden. Die Antragstellerin habe sich mit diesem System erst über Urgenz der Auftraggeberin auseinandergesetzt, diese Schnittstelle jedoch nicht anbieten können.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Bei der Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Bundesvergabegesetzes.

Im gegenständlichen Fall soll ein Dienstleistungsauftrag im Rahmen eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens an den Bestbieter vergeben werden. Der geschätzte Auftragswert liegt im Oberschwellenbereich.

ad 1.):

1. a)Litera a

Zur Nichtberücksichtigung der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen:

Die Ausschreibung legt unter Pkt. 4.6.3. Folgendes fest:

"Betriebskonzept

Beim Kriterium "Betriebskonzept" werden die eingereichten Angebote durch eine Sachverständigenjury des Auftraggebers bewertet, je nachdem wie weit die Subkriterien erfüllt werden, werden Punkte gem. u.a. Tabelle vergeben

Bewertet werden ob:

- -Strichaufzählung
die Inhalte klar und verständlich dargestellt sind und die Potentiale für ein IFS dargestellt sind;
- -Strichaufzählung
im Fall von Los 2 oder Los 3 klare Darlegung der Schnittstellen zu anderen

Lösen; besser bewertet werden jedenfalls

personalschonende

Koordinationsmöglichkeiten zwischen Los 2+3 (zB.

Koordinierung von

übergreifenden Tätigkeiten wie z.B. Rundgänge,

Schadensmeldungen);

(maximal 50 ungewichtete Punkte)

- der Lösungsansatz an Hand eines

Mustereinsatzplanes praktisch und leicht

umsetzbar erscheint - Ziel ist ein

Ansprechpartner für den Facility Manager des

AG; (maximal 20 ungewichtete Punkte).

- auf die Anforderungen für die

Qualitätserfordernisse zu HKLS/Reinigung und

Objektschutz eingegangen wurde:

- im Fall von Los 1 (IFS) siehe Anforderungen für HKLS gem. Los 2 (maximal 10 ungewichtete Punkte); Anforderungen für die Reinigung gem. Los 3 (maximal 10 ungewichtete Punkte); Anforderungen für den Objektschutz gem. Los 3 (maximal 10 ungewichtete Punkte); sohin sind in Summe max. 30 ungewichtete Punkte für Los 1 erreichbar.

- im Fall von Los 2 (HKLS): Welches "life cycle" - Konzept können Sie vorschlagen, um ideale Zeitpunkte für einen möglichen Ersatz von bestehenden Anlagenteilen mit dem AG zu planen?

Welche Normen gibt es hierzu? (maximal 30 ungewichtete Punkte);

- im Fall von Los 3: für die Reinigung: welche Maßnahmen der Qualitätskontrolle (ggf. elektronisch unterstützt) gibt es bei der Unterhaltsreinigung (wie wird z.B. gewährleistet, dass Büros regelmäßig gereinigt werden, die entweder urlaubsbedingt verschlossen sind oder in denen häufig Besprechungen abgehalten werden und daher nicht immer für den AN zugänglich sind?) und im Sanitärbereich? (maximal 15 ungewichtete Punkte);

für den Objektschutz: können Sie sicherstellen, dass Kontrollpunkte vorhanden sind (besser mit Magnet, am besten mit Chipcode), auch mehr als zumindest 4 Mitarbeiter fix im Pool zur Verfügung stehen (besser 6 MA, am besten 7 MA) und dass das geforderte Ersatzpersonal auch in weniger als einer Stunde verfügbar ist? Dies führt jedenfalls zu einer besseren Bewertung Ihres Anbots. (maximal 15 ungewichtete Punkte).

Sohin sind in Summe max. 30 ungewichtete Punkte für Los 3 erreichbar.

Von den im Kriterium "Konzept Qualitätskontrolle" erreichbaren Punkten fließen 40% in die Gesamtbewertung."

Die Bewertungstabelle unter 4.6.5 Gesamtbewertung je Los lautet wie folgt:

Wie aus den Festlegungen unter 4.6.3 "Betriebskonzept" im Zusammenhalt mit der unter Pkt. 4.6.5 "Gesamtbewertung je Los" enthaltenen Bewertungstabelle eindeutig hervorgeht, soll unter Betriebskonzept eine Bewertung mit 50 Punkten für "Inhalte klar und verständlich, nachvollziehbar, Potentiale für IFS aufgezeigt + dargestellt? HKLS; Reinigung + Objektschutz: Schnittstelle zu anderen Losen aufgezeigt?" vergeben werden.

Wenn die Antragstellerin nunmehr vorbringt, dass auf Grund des Punktes 4.6.3. der Ausschreibung nur für den Fall von Los 2 oder Los 3 50 ungewichtete Punkte zu vergeben wären, ist auf die folgende ständige Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zu verweisen.

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der § 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechtes, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst zum Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH 29.03.2006, Zl. 2004/04/0144, 0156, 0157, ebenso BVA 11.01.2008, N/0112- BVA/14/2007-20, 26.11.2008, N/0130-BVA/11/2008-28 uva). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraph 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechtes, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst zum Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 29.03.2006, Zl. 2004/04/0144, 0156, 0157, ebenso BVA 11.01.2008, N/0112- BVA/14/2007-20, 26.11.2008, N/0130-BVA/11/2008-28 uva).

Auch aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 04.12.2003, Rs C- 448/01 (Evn-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.02.2005, 2004/04/0030; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, ua.] war die Ausschreibungsunterlage dahingehend zu interpretieren, dass es bei der Bewertung zum Kriterium "Inhalte klar und deutlich verständlich nachvollziehbar, Potentiale von IFS aufgezeigt + dargestellt" keine Differenzierung gibt. Dies geht auch eindeutig aus der im Zusammenhalt zu lesenden unter Pkt. 4.6.5 enthaltenen Bewertungstabelle hervor. Auch der unter Pkt. 4.7 enthaltenen Tabelle betreffend die Gesamtbewertung ist eine der Interpretation der Antragstellerin entsprechende Differenzierung der Bewertungsmodalitäten zwischen Variante 1 und Variante 2 nicht zu entnehmen. Da die Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich in ihrer Gesamtheit zu lesen und als Interpretationsgrundlage heranzuziehen sind und sich aus dem Textzusammenhang eindeutig ergibt, dass die Ausschreibung eine Punktevergabe sowohl für Variante 1 als auch für Variante 2 vorsieht, erfolgte die Punktevergabe an die präsumtive Zuschlagsempfängerin entsprechend den Ausschreibungsunterlagen zu Recht.

Wie aus dem im Vergabeakt einliegenden umfangreichen Vergabebericht, der eine Dokumentation sämtlicher im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens vorgenommenen Bewertungen beinhaltet, hervorgeht, wurde die Bewertung der am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter durch drei Jurymitglieder, nämlich D***, F*** sowie E*** vorgenommen. Jedes einzelne Jurymitglied nahm die Bewertung anhand einer namentlich gekennzeichneten gesonderten Jurybewertungstabelle vor, die, wie die Zeugin D*** aussagte, zuvor durch das Team F***, E***, M***,

D*** und X*** gleichzeitig mit der Ausschreibungsunterlage erarbeitet worden war. Die Staffelung der Punkte zwischen den laut Ausschreibung erreichbaren Maximalpunkten und 0 Punkten wurde durch das Team offenbar festgelegt, um auch solche Angebote mit Punkten bewerten zu können, die nicht die Maximalpunktezah bzw gar keine Punkte erlangen konnten. Diese einheitlichen Jurybewertungstabellen führen zu einer besseren Vergleichbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Angebote und damit auch, entgegen der von der Antragstellerin vertretenen Ansicht, zu mehr Transparenz der Jurybewertung. Es schadet auch nicht, wenn die Punktestaffellung nicht bereits in der Ausschreibung bekannt gemacht wurde, da aus der Ausschreibung bereits ersichtlich war, dass zwischen den angegebenen erreichbaren Maximalpunkten und 0 Punkten auch eine abgestufte Bewertung vorzunehmen sein wird. Mit dieser Vorgangsweise wurden auch keine neuen Subkriterien eingeführt, was unzulässig wäre und zu einer Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen müsste. Vielmehr wurden die Punkte, wie von der Zeugin D*** bestätigt und anhand der Jurybewertungsbögen auch nachvollziehbar, bezogen auf die erreichbare Maximalpunktezah in möglichst gleichem Verhältnis festgelegt. Die Ausschreibung ist unstrittig bestandfest und bildet damit nunmehr die Grundlage für die Bewertung. So wie diese Bewertung in dem dem Bundesvergabeamt vorgelegten Vergabeakt der Auftraggeberin dokumentiert wurde, ist auch die Nachvollziehbarkeit dieser Vorgehensweise der Auftraggeberin gegeben.

Jede dieser Jurybewertungstabellen enthält sowohl eine punktuelle als auch eine schlagwortartige verbale Beurteilung. Wie D*** ausführte, wurden die Bewertungen der Kommissionsmitglieder auf den Jurybewertungsbögen, entsprechend den jeweiligen Verhandlungsergebnissen zu drei unterschiedlichen Zeitpunkten mit unterschiedlichen Farbstiften (grün, rot und blau) händisch eingetragen. Daraus erklärt sich auch die Divergenz zwischen den Daten der Jurybewertungsbögen und dem letzten Termin für die Anbotsabgabe. Diese Aussage der Zeugin ist auch auf Grund des Vergabeaktes nachvollziehbar und daher glaubwürdig. So nahm die Zeugin selbst nur auf dem die Antragstellerin betreffenden Jurybewertungsbogen mit Rotstift am 10.11.2008 eine Höherbewertung des Angebotes der Antragstellerin vor.

Auch eine Schlechterbewertung der Antragstellerin im Vergleich zu anderen Bietern liegt damit nicht vor. Vielmehr wurden der Antragstellerin trotz relativ schlechter handschriftlicher verbaler Beurteilungen durch die Jurymitglieder E*** und F*** sogar die Höchstpunktezah bzw. knapp darunter liegende Punktezahlen zugebilligt. Auch wurden, wie sich aus dem Vergabeakt ergibt, Korrekturen der Bewertung in Form einer höheren Punktevergabe lediglich bei der Antragstellerin, nicht jedoch bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgenommen.

Die einzelnen verbalen Beurteilungen wurden, wie die Zeugin D*** in der mündlichen Verhandlung am 3.2.2009 zu Protokoll gab, durch M*** in eine verbale Gesamtbeurteilung für jeden einzelnen Bieter zusammengefasst, die von den Jurymitgliedern nach Kontrolle freigegeben wurde.

Die Bewertung wurde auf der Grundlage der entsprechenden Festlegungen in der bestandfesten Ausschreibung (Pkt. 4.5., Pkt. 4.6. sowie Pkt. 4.7) im Zusammenhalt mit den auf den Seiten 13 und 21 des Vergabevermerkes enthaltenen Protokollen betreffend die mit den Bietern geführten Gespräche vorgenommen. Der Vergleich der verbalen Ausführungen zu den Bewertungen der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit den in den Tabellen enthaltenen Punkten ist schlüssig und nachvollziehbar. So erhielt die präsumtive Zuschlagsempfängerin z.B., wie in der Tabelle vorgesehen, die höchstmögliche Punktezah dafür, dass sie in ihrem Angebot einen Ansprechpartner für FM namhaft gemacht hat. Die Mustereinsatzpläne der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurden durch die Jury als praxistauglich und leicht nachvollziehbar beurteilt. Weiters wurde durch die Jury das gebotene Wächterkontrollsystem sowie die für die Rufbereitschaft vorgesehenen Personen positiv hervorgehoben.

Im Gegensatz dazu erachtete die Jury bei der Beurteilung der Antragstellerin die Bereiche Qualitätskontrolle und Lifecycle für zuwenig beleuchtet und zu wenig konkret, um von allen Jurymitgliedern die höchstmögliche Punktezah zu erhalten. Wie die Zeugin, D***, zur Verbalbeurteilung der Antragstellerin "nicht auf alle neuen Anforderungen im LV wurde in der gewünschten Qualität eingegangen", ausführte, habe hauptsächlich der von der Auftraggeberin gewünschte integrative Ansatz im Angebot der Antragstellerin gefehlt. So habe sich die Auftraggeberin für den HKLS – Betrieb das Aufzeigen von Schnittstellen und die Vorlage von Plänen und Berichten im Bezug auf das Agieren von Reinigungs – und Sicherheitsdienst im Zusammenhalt mit der Auftraggeberin vorgestellt. Ein guter Ansatz des Angebotes der Antragstellerin wäre hingegen der Vorschlag gewesen, das bestehende Berichtswesen auszuweiten und ein gemeinsames Berichtswesen zu schaffen. Darüber hinaus ist als grundlegender Unterschied der beiden Angebote der Bereich "Berichte - Organisation" zu nennen, wo als Beurteilungskriterien die Punkte "tagesaktuelle Berichte in

elektronischer Form" sowie "Schnittstelle zu HP Open View" in der Ausschreibung festgelegt sind. Für diese beiden Kriterien sind jeweils 50 erreichbare Punkte vorgesehen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat hier die Höchstpunktezahl erreicht, da sie im Gegensatz zur Antragstellerin, die nur tagesaktuelle Berichte in elektronischer Form bot, auch Schnittstellen zu dem bei der Auftraggeberin bestehenden System HP - Open - View zur Verfügung stellte.

Darüber hinaus ergab ein Vergleich der Bewertungen der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durch den erkennenden Senat, dass die Antragstellerin, auch wenn sie im Bereich "Betriebskonzept" die höchstmögliche Punktezahl erlangt hätte, keine Chance auf die Zuschlagserteilung hätte. Sie läge nämlich auch in diesem Fall unter der Punktezahl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, da sie zwar das preisliche Bestangebot gelegt hat, jedoch bei "Schnittstellen zu HP - Open - View" mangels Angebotes keine Punkte erreichen konnte.

Die Bewertung ist insgesamt sehr ausführlich dokumentiert und auch nachvollziehbar.

1. b) Litera b

Zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung:

Gemäß § 131 BVergG hat die Zuschlagsentscheidung das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132, die Gründe für die Ablehnung des Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes zu enthalten, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Gemäß Paragraph 131, BVergG hat die Zuschlagsentscheidung das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132,, die Gründe für die Ablehnung des Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes zu enthalten, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde.

Im vorliegenden Fall wurde der Antragstellerin mit Fax vom 25.11.2008 die Zuschlagsentscheidung durch die Auftraggeberin bekannt gegeben. Diese Faxmitteilung ist wörtlich auf den Seiten 2ff in diesem Bescheid wiedergegeben. Aus diesem Schreiben geht sowohl hervor, wer als präsumtiver Zuschlagsempfänger durch die Auftraggeberin vorgesehen ist, als auch eine Zusammenfassung der Bewertung des Angebotes der Antragstellerin sowie eine Information betreffend die Grundlagen für die Entscheidung der Auftraggeberin, der Firma B*** als Bieterin der Variante 1 den Zuschlag erteilen zu wollen. In einem weiteren Schreiben vom 28.11.2008 (Seite 4ff dieses Bescheides) wurden der Antragstellerin weitere Informationen betreffend die Bewertung ihres Angebotes bekannt gegeben.

Die vorliegende Zuschlagsentscheidung stellt eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne von § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG dar. Es handelt sich um eine Zuschlagsentscheidung im Sinne des § 2 Z 48 BVergG und einen zulässigen Anfechtungsgegenstand gemäß § 322 Abs 1 Z 7 leg. cit. Unter diesem Gesichtspunkt bietet die Zuschlagsentscheidung keinen Anlass für eine Nichtigerklärung. Die vorliegende Zuschlagsentscheidung stellt eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne von Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG dar. Es handelt sich um eine Zuschlagsentscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG und einen zulässigen Anfechtungsgegenstand gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, leg. cit. Unter diesem Gesichtspunkt bietet die Zuschlagsentscheidung keinen Anlass für eine Nichtigerklärung.

1. c) Litera c

Zur Frage der Beiziehung von H*** als Sachverständigen zur Erstellung der Ausschreibungsunterlage:

Wie aus der Zeugenaussage von H*** in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 3.2.2009 hervorgeht, arbeitet er mit seinem Team an der TU Wien im Forschungsbereich Facility Management. Wie auch aus den übereinstimmenden Aussagen in den Schriftsätzen der am gegenständlichen Nachprüfungsverfahren beteiligten Parteien ersichtlich, handelt es sich bei H*** um den ausgewiesenen Experten auf diesem Forschungsgebiet in Österreich. Die TU Wien führt ihre Forschungsprojekte einerseits alleine durch, versucht jedoch andererseits auch Forschungsgelder gemäß § 27 UG zu erhalten. Zu diesem Zweck tritt die TU Wien auch an Firmen heran, die ein Interesse an einschlägigen Forschungsarbeiten haben könnten. Um die Forschungsergebnisse allen betroffenen Kreisen zugänglich zu machen, werden diese im Rahmen von Kongressen, Seminaren und Workshops publiziert sowie im Internet zugänglich gemacht. An solchen Veranstaltungen haben auch, wie in der mündlichen Verhandlung

übereinstimmend bestätigt wurde, sowohl Mitarbeiter der Antragstellerin als auch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin teilgenommen. Dies wird auch durch eine Einsichtnahme des erkennenden Senates im Internet (OZ 21 des Verfahrensaktes) bestätigt. Es ist daher nur logisch, wenn sich die Auftraggeberin zur Erstellung ihrer Ausschreibungsunterlage die Expertise der in diesem Bereich forschenden TU Wien einholte. So schloss sie mit der TU Wien einen Vertrag zur Erstellung eines Erstentwurfes für das Leistungsverzeichnis in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens, welches sodann am Institut von H*** von diesem und seinen Mitarbeitern ausgearbeitet wurde. Dabei wurden auch die allen Interessierten zugänglichen Forschungsergebnisse der TU Wien eingearbeitet. Wie aus den übereinstimmenden Aussagen von H*** sowie D***, der Projektleiterin für die Abwicklung des gegenständlichen Vergabeverfahrens, hervorgeht, wurden im Rahmen einer Teamarbeit des Universitätsinstitutes gemeinsam mit Mitarbeitern der Auftraggeberin insgesamt sechs Entwürfe eines Leistungsverzeichnisses sowie ein Entwurf für Eignungs – und Auswahlkriterien in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens erstellt. Diese Arbeiten wurden nach Aussage von D*** glaubhaft im Zeitraum Dezember 2007 bis Jänner 2008 durchgeführt. Mit Zumittlung dieser Entwürfe war der Auftrag aus Sicht von H*** erfüllt. Er hatte auch keine Kenntnis mehr, inwieweit und ob Änderungen dieser unter Mitarbeit seines Institutes erarbeiteten Entwürfe durch die Auftraggeberin vorgenommen wurden. Im Zusammenhalt mit den gleichlautenden Aussagen von D***, kann also davon ausgegangen werden, dass H*** ausschließlich an der Erarbeitung der Entwürfe für das Leistungsverzeichnis in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens sowie einer Liste für Auswahl – und Eignungskriterien beteiligt war. Die endgültige Erstellung des Leistungsverzeichnisses wurde nach übereinstimmenden Angaben der Zeugen durch die Auftraggeberin selbst, die Erstellung der Bewertungsmatrix, der Losregelungen sowie der Zuschlagskriterien nach der glaubwürdigen Aussage von D*** durch den Rechtsvertreter der Auftraggeberin, X***, durchgeführt. Nach Aussage von H*** wurde das Leistungsverzeichnis in Bezug auf Los 2 von H*** schriftlich ausgearbeitet, die Anbindungen zu Los 3 sind jedoch durch die Auftraggeberin selbst erfolgt. Eine alleinige oder überwiegende Autorenschaft von H*** im Rahmen der Erstellung des Leistungsverzeichnisses konnte im Ermittlungsverfahren nicht bewiesen werden. Wie aus der Zeugenaussage von H*** in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 3.2.2009 hervorgeht, arbeitet er mit seinem Team an der TU Wien im Forschungsbereich Facility Management. Wie auch aus den übereinstimmenden Aussagen in den Schriftsätzen der am gegenständlichen Nachprüfungsverfahren beteiligten Parteien ersichtlich, handelt es sich bei H*** um den ausgewiesenen Experten auf diesem Forschungsgebiet in Österreich. Die TU Wien führt ihre Forschungsprojekte einerseits alleine durch, versucht jedoch andererseits auch Forschungsgelder gemäß Paragraph 27, UG zu erhalten. Zu diesem Zweck tritt die TU Wien auch an Firmen heran, die ein Interesse an einschlägigen Forschungsarbeiten haben könnten. Um die Forschungsergebnisse allen betroffenen Kreisen zugänglich zu machen, werden diese im Rahmen von Kongressen, Seminaren und Workshops publiziert sowie im Internet zugänglich gemacht. An solchen Veranstaltungen haben auch, wie in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend bestätigt wurde, sowohl Mitarbeiter der Antragstellerin als auch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin teilgenommen. Dies wird auch durch eine Einsichtnahme des erkennenden Senates im Internet (OZ 21 des Verfahrensaktes) bestätigt. Es ist daher nur logisch, wenn sich die Auftraggeberin zur Erstellung ihrer Ausschreibungsunterlage die Expertise der in diesem Bereich forschenden TU Wien einholte. So schloss sie mit der TU Wien einen Vertrag zur Erstellung eines Erstentwurfes für das Leistungsverzeichnis in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens, welches sodann am Institut von H*** von diesem und seinen Mitarbeitern ausgearbeitet wurde. Dabei wurden auch die allen Interessierten zugänglichen Forschungsergebnisse der TU Wien eingearbeitet. Wie aus den übereinstimmenden Aussagen von H*** sowie D***, der Projektleiterin für die Abwicklung des gegenständlichen Vergabeverfahrens, hervorgeht, wurden im Rahmen einer Teamarbeit des Universitätsinstitutes gemeinsam mit Mitarbeitern der Auftraggeberin insgesamt sechs Entwürfe eines Leistungsverzeichnisses sowie ein Entwurf für Eignungs – und Auswahlkriterien in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens erstellt. Diese Arbeiten wurden nach Aussage von D*** glaubhaft im Zeitraum Dezember 2007 bis Jänner 2008 durchgeführt. Mit Zumittlung dieser Entwürfe war der Auftrag aus Sicht von H*** erfüllt. Er hatte auch keine Kenntnis mehr, inwieweit und ob Änderungen dieser unter Mitarbeit seines Institutes erarbeiteten Entwürfe durch die Auftraggeberin vorgenommen wurden. Im Zusammenhalt mit den gleichlautenden Aussagen von D***, kann also davon ausgegangen werden, dass H*** ausschließlich an der Erarbeitung der Entwürfe für das Leistungsverzeichnis in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens sowie einer Liste für Auswahl – und Eignungskriterien beteiligt war. Die endgültige Erstellung des Leistungsverzeichnisses wurde nach übereinstimmenden Angaben der Zeugen durch die Auftraggeberin selbst, die Erstellung der Bewertungsmatrix, der Losregelungen sowie der Zuschlagskriterien nach der glaubwürdigen Aussage

von D*** durch den Rechtsvertreter der Auftraggeberin, X***, durchgeführt. Nach Aussage von H*** wurde das Leistungsverzeichnis in Bezug auf Los 2 von H*** schriftlich ausgearbeitet, die Anbindungen zu Los 3 sind jedoch durch die Auftraggeberin selbst erfolgt. Eine alleinige oder überwiegende Autorenschaft von H*** im Rahmen der Erstellung des Leistungsverzeichnisses konnte im Ermittlungsverfahrens nicht bewiesen werden.

Auch wenn die Antragstellerin aus der Nennung des Namens von H*** als Mitautor auf dem Deckblatt des Leistungsverzeichnisses abzuleiten versucht, dass dieser allein bzw. hauptverantwortlich für die Inhalte des Leistungsverzeichnisses sein soll, so ist auf die übereinstimmenden diesbezüglichen Aussagen der oben genannten, glaubwürdigen Zeugen zu verweisen, denen die Antragstellerin bis auf Vermutungen, deren Beweis sie jedoch schuldig blieb, nichts entgegenzusetzen hat. Auch im von der Auftraggeberin vorgelegten Vergabeakt finden sich keinerlei Hinweise, die das Vorbringen der Antragstellerin stützen würden.

Auch eine Teilnahme von H*** an der Bewertung wurde sowohl von H*** selbst als auch von D*** bestritten. Aus dem Vergabeakt sind auch die mit der Bewertung befassten Jurymitglieder namentlich ersichtlich. Der Name von H*** scheint in diesem Zusammenhang ebenfalls nicht auf. Auch diesbezüglich konnten durch die Antragstellerin keine anderslautenden Beweise erbracht werden. Da die von der Antragstellerin behauptete Wettbewerbsverzerrung durch Beiziehung eines nicht unabhängigen Sachverständigen bei Erstellung des Leistungsverzeichnisses im gegenständlichen Fall nicht vorliegt, war die Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund nicht für nichtig zu erklären.

ad.2):

Gemäß § 318 BVergG sind für Anträge gemäß den §§ 320 Abs 1, 328 Abs 1 und § 331 Abs 1 und 2 nach den im Gesetz geregelten Maßgaben Pauschalgebühren zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, BVergG sind für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und Paragraph 331, Absatz eins und 2 nach den im Gesetz geregelten Maßgaben Pauschalgebühren zu entrichten.

Aus Absatz 1 Z 1 bis 7 dieser Bestimmung geht hervor, in welchen Fällen der Antragsteller geringere Pauschalgebühren zu bezahlen hat. Die derzeit bestehende Gesetzeslage liefert jedoch keinen Anhaltspunkt dafür, dass im Falle einer Antragstellung keine Pauschalgebühren zu entrichten wären. Das Gesetz bietet auch keine Grundlage für eine amtswegige Rückzahlung von auf Grund der geltenden gesetzlichen Bestimmungen ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren. Aus Absatz 1 Ziffer eins bis 7 dieser Bestimmung geht hervor, in welchen Fällen der Antragsteller geringere Pauschalgebühren zu bezahlen hat. Die derzeit bestehende Gesetzeslage liefert jedoch keinen Anhaltspunkt dafür, dass im Falle einer Antragstellung keine Pauschalgebühren zu entrichten wären. Das Gesetz bietet auch keine Grundlage für eine amtswegige Rückzahlung von auf Grund der geltenden gesetzlichen Bestimmungen ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller 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. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller 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.

Da – wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt – der Nachprüfungsantrag abgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, abzuweisen. Da – wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt – der Nachprüfungsantrag abgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, abzuweisen.

Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs 2 BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 16.12.2008, N/0164- BVA/11/2008-7, teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch unter Spruchpunkt 1 abgewiesen. Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 16.12.2008, N/0164- BVA/11/2008-7, teilweise stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch unter Spruchpunkt 1 abgewiesen.

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2009

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