

TE Verg Bescheid 2007/9/18 SVKS/56/24

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.09.2007

Norm

BVergG 2006 §20

1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Der Vergabekontrollsenat des Landes Salzburg - Kammer B erlässt durch die Richterinnen Dr. Elisabeth Schmidbauer als Vorsitzende und Dr. Franz Hirnsperger und Mag. Dr. Manfred Huber als Beisitzer in der Vergabesache "Dienstleistungsauftrag Statische und konstruktive Bearbeitung Umbau, Sanierung und Erweiterung des Krankenhauses C***", Antragstellerin A***, vertreten durch B***, Antragsgegnerin Stadtgemeinde C***, vertreten durch D***, mitbeteiligte Partei ARGE E***, vertreten durch F***, nach öffentlicher Verhandlung am 18.9.2007 folgenden

B E S C H E I D B E S C H E römisch eins D

Der Antrag vom 16.8.2007 mit dem Inhalt, der Vergabekontrollsenat möge die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 2.8.2007 im Vergabeverfahren "Statische und konstruktive Bearbeitung Umbau, Sanierung und Erweiterung des Krankenhauses C***" für nichtig erklären, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2, 14, 20 und 26 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 – S.VKG 2007, LGBl Nr 28/2007 iVm Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl II Nr 193/2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, 2, 14, 20 und 26 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 – S.VKG 2007, Landesgesetzblatt Nr 28 aus 2007, in Verbindung mit Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 193 aus 2006,.

Begründung:

Das allgemein öffentliche Krankenhaus der C*** führt im Rahmen des Krankenhausumbaus ein Vergabeverfahren in Form eines 2- stufigen Verhandlungsverfahrens mit öff. Bekanntmachung betreffend den Dienstleistungsauftrag "Statische und konstruktive Bearbeitung Umbau, Sanierung und Erweiterung des Krankenhauses C***" durch. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union am 8.5.2007. In der 1. Stufe war die Auswahl von 3 Teilnehmern - neben einem dritten Bieter die Antragstellerin und die mitbeteiligte E*** - erfolgt, welche zur Angebotsabgabe aufgefordert worden waren.

Mit Schreiben vom 2.8.2007 gab die Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der E*** bekannt.

Am 16.8.2007 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung und beantragte, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung gründe sich auf ein Unterbleiben des Ausscheidens der für die Zuschlagserteilung ausersehenen Bietergemeinschaft sowie auf eine nicht nachvollziehbare Bestbieterermittlung.

Hinsichtlich Ihres Schadens seien aufgrund der bisherigen Beteiligung am Vergabeverfahren Kosten in Höhe von zumindest €

2.500,00 (exkl USt) angefallen. Dazu drohe der Entgang des unternehmerischen Gewinns in der Höhe von € 40.000,00 (exkl USt; 15% der Angebotssumme). Weiters seien bisher auch Kosten der rechtsanwaltlichen Vertretung von ca € 2.000,00 (exkl USt) angefallen. Letztlich entgehe der Antragstellerin die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse durch fristgerechte Angebotslegung dargelegt. Bei richtiger Angebotsprüfung und Bewertung sei das Angebot der für die Zuschlagserteilung ausersehenen E*** wegen eines nicht wettgemachten Wissensvorsprungs auszuschneiden und der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen. Sie erachte sich dadurch in folgenden Rechten verletzt: Im Recht auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, im Recht auf Durchführung einer ordnungsgemäßen Angebotsprüfung, im Recht auf Ausscheiden eines Mitbieters, im Recht auf Zuschlagserteilung bzw im Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens.

In der Sache führte die Antragstellerin aus, sie habe ein Angebot mit einer Angebotssumme von € 275.675,40 (exkl USt) gelegt. Als Zuschlagskriterien seien in der Ausschreibung der Preis (35 Punkte), "Referenzen Projektleiter" (25 Punkte) und ein "Hearing" (40 Punkte) vorgegeben worden. Beim Zuschlagskriterium "Hearing" sei lediglich die Befragung des Projektleiters durch eine Kommission angekündigt worden, wobei allen Bietern getrennt die gleichen 4 facheinschlägigen Fragen gestellt würden. Am 30.7.2007 habe das Hearing vor einer Kommission des Krankenhauses stattgefunden. Aus der Punktebewertung der Antragstellerin sei zu ersehen, dass sie sowohl beim Kriterium "Preis" als auch beim Kriterium "Referenzen Projektleiter" die Maximalpunktzahl erreicht habe. Beim Kriterium "Hearing" seien 29 von 40 möglichen Punkten zugesprochen worden.

Die H*** habe an der Grundlagenhebung und Bestandsanalyse für die Ausschreibung mitgewirkt. Sie habe im April 2006 eine statisch konstruktive Vorprüfung durchgeführt. Dies sei zumindest als mittelbare Beteiligung an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren zu werten. Die Teilnahme eines Unternehmens, das mittelbar an der Ausgestaltung eines Vergabeverfahrens mitgewirkt habe, sei dann nicht möglich, wenn dadurch ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen sei.

Dem Hearing sei mit 40% ein besonderes Gewicht eingeräumt worden. Von den vier gestellten Fragen seien drei im Zuge der statisch konstruktiven Vorprüfung durch die H*** thematisiert worden. Die Setzungen, die Übergangsanschlüsse vom Neu- zum Altbau und die Verwendung von Katzenberger-Fertigteildecken im Bettentrakt seien in den Ausführungen des Mitbieters vom April 2006 teils eingehend behandelt worden. Es sei daher von einem beträchtlichen Wissensvorsprung der H*** auszugehen, der Auswirkungen auf die Bestbieterermittlung nach sich gezogen habe. Von der Antragsgegnerin seien keine Maßnahmen zur Beseitigung dieses Wissensvorsprungs gesetzt worden. Überdies sei weder eine entsprechende Verlängerung der Angebotsfrist noch die Möglichkeit einer Ortsbesichtigung eingeräumt worden, um einen weitgehenden Gleichstand des Wissens für das Hearing zu erzielen. Weiters begnüge sich die Antragsgegnerin beim Zuschlagskriterium "Hearing" mit der Festlegung, dass allen Bietern die gleichen facheinschlägigen Fragen gestellt würden, wobei pro Frage maximal 10 Punkte zu erreichen seien. Was konkret bei der Fragenbeantwortung im Hearing bewertet werde, sei weder in den Ausschreibungsunterlagen noch zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt offen gelegt worden. Die Bewertung von 80 % Fachbewertung und 20 % Präsentation sei den Bietern weder vor noch während des Hearings und auch nicht danach bekannt gegeben worden, diese widerspreche dem Transparenzgebot, der Bieter habe sich daher auf das Hearing nicht entsprechend vorbereiten können. Es sei zwar einzugestehen, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht fristgerecht angefochten worden seien und nach der Systematik des BVergG Präklusion eingetreten sei. Allerdings stoße die Präklusion dort an ihre Grenzen, wo eine Zuschlagsentscheidung nur unter Verletzung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens getroffen werden könne. Die Ausschreibung sei zwar als bestandsfest anzusehen, in ihrer Bestandswirkung sei sie jedoch einer Bestbietermittlung unter Ausschluss jeglichen Willkürelements nicht zugänglich.

Das Angebot der E*** sei somit gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG auszuschneiden, da eines ihrer Mitglieder über einen

nicht beseitigten Wissensvorsprung, der unmittelbaren Einfluss auf die Bestbieterermittlung genommen hat, verfügt habe. Das Angebot der E*** sei somit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG auszuschneiden, da eines ihrer Mitglieder über einen nicht beseitigten Wissensvorsprung, der unmittelbaren Einfluss auf die Bestbieterermittlung genommen hat, verfügt habe.

Die Zuschlagsentscheidung sei sowohl wegen des Unterbleibens des Ausscheidens des Angebots der potentiellen Zuschlagsempfängerin als auch wegen einer nicht nachvollziehbaren Bestbieterermittlung für nichtig zu erklären. Die besondere Schwere der Rechtswidrigkeit ergebe sich dabei aus der Zusammenschau der beiden dargelegten Vergabeverstöße. Einerseits nehme ein Unternehmen mit beträchtlichem Wissensvorsprung am Vergabeverfahren teil, andererseits werde dieses Wissen im Zuge eines mit 40% gewichteten Zuschlagskriteriums bewertet, wobei die näheren Beurteilungsparameter (Subkriterien) zu keinem Verfahrenszeitpunkt offen gelegt worden seien.

In ihrer Stellungnahme vom 14.9.2007 führte die Antragstellerin weiter aus, dass die Vorkenntnisse der Bodenverhältnisse durch die H*** nicht auf ein generelles Tätigwerden im C*** - Becken, sondern auf bisherige statische Planungen für die Antragsgegnerin zurückzuführen sei. Die H*** habe in den Jahren 1996 und 1997 mehrere Zu- und Neubauten zum KH C*** statisch-konstruktiv geplant und berechnet. In den Jahren 2002 und 2003 habe sie die statische Planung der Bezirksleitstelle des Roten Kreuzes wahrgenommen, welche unmittelbar beim KH G*** situiert sei. Dies belege die spezifischen, einem fairen Wettbewerb abträglichen Vorkenntnisse auf Seiten der potentiellen Zuschlagsempfängerin, welche nicht vollumfänglich offen gelegt worden seien. Diesen Vorarbeiten komme in der gegenständlichen Konstellation ein nahezu beispielloses Gewicht zu, da gerade diese Vorkenntnisse im Rahmen der Zuschlagskriterien in entscheidendem Ausmaß beurteilt worden seien.

Hinsichtlich der Bestbieterermittlung ergebe sich aus dem Hearingprotokoll, dass beim entscheidenden Zuschlagskriterium eine den Ausschreibungsinhalten zuwider laufende Beurteilung erfolgt sei. Diese sei in wesentlichen Bereichen in unsachlicher Form erfolgt, was sich auch nicht durch das subjektive Empfinden, das einer kommissionellen Beurteilung regelmäßig innewohne, erklären ließe. Die nachträglich erfolgte Ausgestaltung dieses Kriteriums stelle eine Ungleichbehandlung dar, da einen Bieter bevorzugende Aspekte beurteilt worden und der Antragstellerin teils Punkte vorenthalten worden seien.

Die mitbeteiligte Partei brachte vor, dass die H*** im Februar 2006 beauftragt worden sei, eine grobe statische Bestandaufnahme vorzunehmen. Als Kostenrahmen seien für den gesamten Aus- und Umbau € 20 Mio bekannt gegeben worden. Die H*** sei lediglich mit der statischen Beurteilung unter den Gesichtspunkten statischer Machbarkeit (statische KO-Kriterien) und Bauzustand beauftragt worden. Sie habe eine grobe statische Befundaufnahme zum Bauvorhaben Umbau, Sanierung und Erweiterung Krankenhaus C*** ausgearbeitet und dafür einen Betrag in Höhe von € 4.300,00 (netto) verrechnet. Zu einer Beauftragung von ursprünglich angebotenen weiteren Leistungen sei es nicht mehr gekommen. Herr J*** habe in die grobe statische Befundaufnahme seine gesamte Kenntnis über die Problematik des Allgemeinen öffentlichen Krankenhauses C*** eingearbeitet. Zu diesem Zeitpunkt sei nicht bekannt gewesen, dass es sich bei der gegenständlichen Vergabesache um das Projekt 2000 Tranche 2 handeln werde. Darüber hinaus habe kein sonstiger Informationsfluss der Antragsgegnerin in Richtung H*** stattgefunden.

Die grobe statische Befundaufnahme sei ohne Hinzufügungen bzw Weglassungen in die Unterlagen der Ausschreibung eingearbeitet und an sämtliche Bieter versendet worden. Da in die Befundaufnahme sämtliche relevanten/wesentlichen Informationen Eingang gefunden hätten, komme der H*** kein uneinholbarer Wettbewerbsvorteil in Form eines beträchtlichen Wissensvorsprungs zu.

Hinzu komme, dass in der auch der Antragstellerin bekannten Befundaufnahme drei der vier im Rahmen des Hearings gestellten Fragen thematisiert seien, so dass es auch der Antragstellerin möglich gewesen sein müsse, die an sie gestellten Fragen auch unter Hinzuziehung allfälliger weiterer Lösungsansätze zu beantworten.

Die H*** sei seit 1986 in C*** bzw rund um den C*** - See und in angrenzenden Umlandgemeinden intensiv mit statisch-konstruktiven Maßnahmen befasst. Sie habe am Nordufer des C*** - Sees Projekte mit ähnlich schlechten Bodenverhältnissen statisch begleitet, wodurch sie ein ausgezeichnetes Wissen über die Untergrundverhältnisse rund um den C*** - See und insbesondere im Bereich des Nordufers des C*** - Sees erworben habe. Kenntnisse mit "Katzenberger-Decken" habe die H*** nicht im Zuge der Erstellung der groben statischen Befundaufnahme, sondern mit Projekten im Großraum C*** gesammelt.

Es könne daher einem Bieter nicht zum Nachteil gereichen, wenn er aufgrund jahrzehntelanger Tätigkeit vor Ort und damit einhergehender detaillierter Kenntnis über spezielle Untergrundverhältnisse Bescheid wisse.

Hinsichtlich der in der Ausschreibung angeführten Kriterien führte die mitbeteiligte Partei aus, dass die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens nicht verletzt seien, solange anhand der konkret aufgestellten Kriterien zumindest eine im Nachhinein objektiv nachvollziehbare, plausible Bestbieterermittlung unter Zugrundlegung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens möglich bleibe.

Dass das Krankenhaus in einem Trinkwasserschongebiet liege, ergebe ich aus dem Wasserbuch. Es sei Stand der Technik, Verpresspfähle zu verwenden, wenn man eine Vermischung der Grundwasserhorizonte vermeiden will.

Von der Frage nach dem Hubschrauberlandeplatz sei auch die mitbeteiligte Partei überrascht worden. Dipl. Ing. J*** habe sich aber an Informationen zu dem Thema aus einem Vorbereitungskurs für die Ziviltechnikerprüfung erinnert und zwar insbesondere an eine Verordnung zum Zivilluftfahrtgesetz und die darin enthaltenen Bestimmungen zur Tragfähigkeit derartiger Landeplätze.

Die Antragsgegnerin brachte vor, dass sie am 29.6.2007 die beiden Anlagen A.3 und A.4 per E-Mail an alle Bieter übermittelt und die Gelegenheit eingeräumt habe, die übrigen Anlagen im Büro der Verfahrensbetreuung N*** einzusehen. Keiner der Bieter habe von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht oder um eine Verlängerung der Angebotsfrist ersucht oder um eine Ortsbesichtigung oder um zusätzliche Informationen oder Unterlagen zu dem ausgeschriebenen Projekt ersucht. Lediglich der dritte Bieter habe drei Fragen gestellt, welche am 5.7.2007 an alle Bieter beantwortet worden seien.

Vor Beginn des Hearing habe Herr Dipl. Ing. L*** jedem Kommissionsmitglied für die Bewertung einen vorbereiteten Fragenkatalog einschließlich einer auszufüllenden Tabelle für die Bewertung jeder einzelnen Frage überreicht. Darüber hinaus sei allen Kommissionsmitgliedern eine Bewertungsmatrix überreicht worden, in welcher die Zuteilung der einzelnen Punkte detailliert geregelt gewesen sei. In dieser Bewertungsmatrix sei festgelegt worden, dass die "Wissenstiefe und Wissensbreite (Fachkompetenz)" mit 80 Prozent der Punkte und die kommunikativen Fähigkeiten ("Präsentation/Fähigkeit der Wissensvermittlung") mit 20 Prozent der Punkteanzahl bewertet würden.

Zur Vorarbeitenproblematik führte die Antragsgegnerin aus, Hintergrund der Beauftragung vom Februar 2006 sei die damalige Diskussion um die Frage der Sanierung oder des Neubaus des Bettentraktes des Krankenhauses C*** gewesen. Dabei seien Präsentationsunterlagen des KH C*** überreicht und die damalige Kostenschätzung der Sanierungs- bzw. Neubaumaßnahmen bekannt gegeben und die Anforderungen an die Bestandsaufnahme skizziert worden. Die H*** habe am 20.4.2006 die Vorstudie überreicht, der Auftragswert habe € 4.300,00 betragen. Darüber hinaus gehende schriftliche Ausarbeitungen oder mündliche oder sonstige Informationen habe die H*** nicht geleistet. Darüber hinaus existiere keine weitere relevante Bestandsaufnahme oder sonstige Unterlage der H***.

Weiters sei durch die Teilnahme der E*** ein "fairer und lauterer Wettbewerb" im Sinn des § 20 Abs 5 BVergG keinesfalls ausgeschlossen. Daher sei danach zu fragen, worin der angebliche Wettbewerbsvorsprung konkret liegen solle. Die Antragsgegnerin habe die Ergebnisse der "statisch-konstruktiven Vorprüfung" in der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Vorstudie, Seiten 50ff) zusammen gefasst und sämtliche relevanten Unterlagen allen Bietern übermittelt. Weiters sei durch die Teilnahme der E*** ein "fairer und lauterer Wettbewerb" im Sinn des Paragraph 20, Absatz 5, BVergG keinesfalls ausgeschlossen. Daher sei danach zu fragen, worin der angebliche Wettbewerbsvorsprung konkret liegen solle. Die Antragsgegnerin habe die Ergebnisse der "statisch-konstruktiven Vorprüfung" in der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Vorstudie, Seiten 50ff) zusammen gefasst und sämtliche relevanten Unterlagen allen Bietern übermittelt.

Die gleiche Ausgangslage aller Bieter zeige sich auch daran, dass der dritte Bieter - ein deutsches Zivilingenieurbüro - im Zuschlagskriterium "Hearing" 38 Punkte erreicht habe. Dies, weil der nominierte Projektleiter sowohl herausragende kommunikative Fähigkeiten als auch Fachwissen unter Beweis stellen können.

Zur Transparenz bei der Bestbieterermittlung hielt die Antragsgegnerin fest, es liege in der Natur der Sache, dass die konkreten Fragestellungen nicht vorab in der Aufforderung zur Angebotsabgabe bekannt gegeben worden seien. Diene doch ein Hearing gerade der Prüfung, ob der von den Bietern zu nominierende Projektleiter zu facheinschlägigen Fragen der statischen und konstruktiven Bearbeitung sattelfest sei. Hätte die Antragsgegnerin die Fragen vorab mitgeteilt, hätten alle Projektleiter die konkreten Antworten vorbereiten können und alle Projektleiter

wären mit gleich hoher (voller) Punkteanzahl zu bewerten gewesen. Die Differenzierungs- und Auswahlfunktion des Zuschlagskriteriums wäre ad absurdum geführt worden. Dies entspreche auch der gängigen Praxis der Ausschreibung von Planungsleistungen und anderen stark personenbezogenen Dienstleistungen.

Entscheidend für die Rechtmäßigkeit von Zuschlagskriterien sei vielmehr, dass die Bestbieterwahl für die Vergabekontrolle im Nachhinein objektiv nachvollziehbar sei. Der Auftraggeber dürfe im Rahmen dieses Zuschlagskriteriums keinen willkürlichen Ermessensspielraum haben. Dies ist hier der Fall, habe doch die Verfahrensbetreuung zu Beginn des Hearings eine klare und verbindliche Bewertungsmatrix ausgeteilt, nach welchen (Sub-)Kriterien die Kommissionsmitglieder wie viele Punkte zuzuteilen hätten. Darüber hinaus sei die Punktezurechnung verbal zu begründen gewesen.

Auf Grund der aufgenommenen Beweise wird folgender

entscheidungs wesentlicher Sachverhalt festgestellt: Auf Grund der aufgenommenen Beweise wird folgender, entscheidungs wesentlicher Sachverhalt festgestellt:

Das Krankenhaus C*** steht im Wasserschongebiet nahe dem C*** - See auf sehr schlechtem Baugrund. Das Krankenhaus besteht aus mehreren Bauteilen, die teilweise in den 70iger Jahren und teilweise im Zuge eines Um- und Zubaus 1996/97 errichtet wurden. Bei den älteren Bauteilen erfolgte die Fundierung als Flachgründung auf Streifen- oder Einzelfundamenten, während die in den 90iger Jahren errichteten Bauteile auf Tiefgründung mittels Pfählen gegründet wurden. Am Gebäude traten ungleichmäßige Setzungen bis zu 20 - 30 cm auf, die bis jetzt nicht beendet sind (Statisch konstruktive Vorprüfung).

A) Chronologie des Vergabeverfahrens:

Das allgemein öffentliche Krankenhaus der C*** führt im Rahmen eines Krankenhausumbaus ein Vergabeverfahren betreffend den Dienstleistungsauftrag "Statische und konstruktive Bearbeitung Umbau, Sanierung und Erweiterung des Krankenhauses C***" durch. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union am 8.5.2007.

Im Zuge der Durchführung des zweistufigen Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung forderte die Antragsgegnerin in der

1. 2. Ziffer 2

Phase die drei zuvor ausgewählte Bieter mit Schreiben vom 26.6.2007 auf, ein Angebot bis 10.7.2007 abzugeben. Diesem Schreiben waren als Beilage die "Ausschreibung Stufe 2 statische und konstruktive Bearbeitung" und die "Vorstudie zum Gesamtkonzept - Stand 20.9.2006, Revision 05" angeschlossen. Nach Urgenz durch die Antragstellerin vom 27.6.2007 und 28.6.2007 übermittelte die Antragsgegnerin am 29.6.2007 an die Bieter zwei als Beilage zur Vorstudie gehörige Anlagen "A3 (Setzungsmessungen [Wiederholungsmessungen] des Geometers M*** vom März 2006)" und "A4 (statisch-konstruktive Vorprüfung der H*** vom April 2006)". Hinsichtlich der übrigen Anlagen (A1, A2, A5 - A9) hielt die Antragsgegnerin fest, dass keine Relevanz für die Angebotsstellung vorliege, aber bei Bedarf sei eine Einsichtnahme nach vorheriger Anmeldung im Büro der N*** gewährleistet.

Die Antragstellerin nahm in die übrigen Unterlagen keine Einsicht, sie stellte keine Fragen, und begehrte weder eine Besichtigung des Krankenhauses noch eine Verlängerung der Angebotsfrist.

Die Antragstellerin übermittelte ihr Angebot am 6.7., eingelangt bei der Antragsgegnerin am 9.7.2007. Die mitbeteiligte Partei übermittelte ihr Angebot mit Schreiben vom 10.7., eingelangt bei der Antragsgegnerin am 10.7.2007.

Mit Schreiben vom 23.7.2007 lud die Antragsgegnerin alle Bieter zum Hearing mit anschließender letzter Verhandlungsrunde am 30.7.2007 in die Verwaltungsdirektion des Krankenhauses C*** ein.

Am 30.7.2007 erfolgten von 09:00 Uhr bis 11:15 Uhr das Hearing und eine Verhandlungsrunde. Für jeden Bieter war eine Zeiteinheit von 45 Minuten vorgesehen. Jeder Bieter wurde begrüßt, ihm wurde die Vorgangsweise erklärt, es wurde erläutert, dass es bei der Bewertung der Kommission auch um Teamfähigkeit und Vertrauenswürdigkeit gehe, es erfolgte ein Hinweis, dass das Krankenhaus ein besonders sensibler Bereich sei und sich der Projektleiter möglichst gut präsentieren sollte (Zeugen O***, J***, P***). Alle Teilnehmer erklärten sich mit der Vorgangsweise einverstanden. Dann wurden die vorbereiteten Fragen gestellt, die Antworten präsentiert und am Ende erfolgte die Verhandlungsrunde.

Der Vergabevorschlag der Verfahrensbetreuung enthält folgende Bewertung für die Bestbieterermittlung:

A***: Preis 35 Punkte, Referenzen 25 Punkte, Hearing 29 Punkte, gesamt 89 Punkte

E***: Preis 35 Punkte, Referenzen 25 Punkte, Hearing 39 Punkte, gesamt 99 Punkte

R***: Preis 0 Punkte, Referenzen 25 Punkte, Hearing 38 Punkte, gesamt 63 Punkte.

Mit Schreiben vom 2.8.2007 gab die Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der E*** an die Bieter bekannt.

B) Vorarbeiten und frühere Arbeiten:

Die H*** war bereits in früheren Jahren im Bereich des Krankenhauses C*** tätig. In den Jahren 1996/97 fand ein Zu- und Umbau statt, bei welchem die H*** den Auftrag zur statisch konstruktiven Bearbeitung des Projektes erhielt. Im gleichen Umfang war die H*** auch bei der Errichtung der im Bereich des Krankenhauses situierten Bezirksleitstelle des Roten Kreuzes im Jahr 2002 tätig (Zeuge J***). Aus Anlass dieser Projekte wurden Probebohrungen, Pfahlfundierungen oder Pfahlprobelastungen durchgeführt. Die H*** war aber auch bei diversen anderen Projekten (zB Müllentsorgung S***)tätig, in denen das Problem der Tiefgründung in einem Bereich, in dem die Grundwasserhorizonte nicht vermischt werden dürfen, eine Rolle spielte oder in welchen der Einsatz von Verpresspfählen zumindest angedacht wurde (zB Wohnobjekt T***).

Mit Schreiben vom 16.2.2006 hatte die H*** der Antragsgegnerin folgendes Pauschalangebot gelegt, welches zu dem Auftrag, eine statische Vorprüfung durchzuführen, führte:

"Ausbauplanung Krankenhaus C***

Statische Beurteilung

Sehr geehrte Damen und Herren!

Mit Bezug auf das mit Herrn Dipl. Ing. P*** und Herrn Architekt U*** am 10.2.2006 geführte Gespräch können wir Ihnen für eine grundsätzliche statische Beurteilung der insgesamt

8 Aus- und Umbaustapen nachfolgenden Honorarvorschlag unterbreiten:

A) Grundlagen

- -Strichaufzählung
Besprechung vom 10.2.2006
- -Strichaufzählung
Präsentationsunterlage vom Büro N*** zu den Aus- und Umbauphasen
- -Strichaufzählung
Kostenrahmen des gesamten Aus- und Umbauprogramms ca €

20,000.000.--

B) Bearbeitungsumfang

Zu den insgesamt 8 Aus- und Umbauphasen soll eine statische Beurteilung unter folgenden Gesichtspunkten erfolgen:

- -Strichaufzählung
Statische Machbarkeit (statische KO-Kriterien)
- -Strichaufzählung
Bauzustand und Belastbarkeit der Bestandskonstruktion
- -Strichaufzählung
Zusatzkosten Sonderkonstruktionen und Spezialgründungen
- -Strichaufzählung
Vorgaben an die Planung

C) Honorarermittlung

Der oben beschriebene Bearbeitungsumfang entspricht ca dem halben Umfang der Teilleistung eines statisch-konstruktiven Vorentwurfes gemäß HOB-S. Entsprechend der beiliegend, gemäß der Gebührenordnung der Bundesingenieurkammer, aufgestellten Honorarermittlung ergibt sich unter Berücksichtigung eines 25%igen

Nachlasses für die Stadtgemeinde ein Bearbeitungshonorar von € 14.275,08. Die Honorarsumme versteht sich zuzüglich 20% Mehrwertsteuer, beinhaltet jedoch sämtliche Nebenkosten für Teilnahme an Projektbesprechungen bzw Vervielfältigung von Projektunterlagen.

Wir danken für das entgegengebrachte Vertrauen und würden uns über eine Zusammenarbeit sehr freuen.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Dipl. Ing. J***

Beilage erwähnt".

Die von der H*** am 20.4.2006 verfasste "Statisch-Konstruktive Vorprüfung" umfasst 12 Seiten und entspricht inhaltlich genau der Anlage "A4 - Vorstudie zum Gesamtkonzept - Stand 20.9.2006, Revision 05". Diese wurde am 29.6.2007 an die Bieter übermittelt.

Am 16. 5. 2007 stellte die H*** der Stadtgemeinde C*** für die Vorprüfung ein "1. Teilhonorar (30%)" über netto € 4.300,00 in Rechnung. Die Rechnung wurde mit dem Begriff "Teilhonorar" überschrieben, weil zu diesem Zeitpunkt nicht feststand, ob es zu weiteren Aufträgen an die H*** kommen würde. Dies war aber nicht der Fall.

Dipl. Ing. J*** empfahl Setzungsmessungen durchzuführen, um zu dokumentieren, dass die Setzungen auch jetzt noch nicht abgeschlossen sind. Das Büro M*** hielt mit Dipl. Ing. J*** Rücksprache, welche Bauteile vermessen werden sollten. Der Auftrag zu den Setzungsmessungen wurde nicht von der H***, sondern vom Krankenhaus erteilt.

Weitere Leistungen der H*** im Vorfeld der vorliegenden Ausschreibung und weitere Abrechnungen erfolgten nicht mehr.

C) Ausschreibung:

Die Ausschreibungsunterlagen enthalten u.a. folgende Bestimmungen:

"....

I. Gegenstand des Vertrages römisch eins. Gegenstand des Vertrages

Gegenstand des Vertrages ist die Tragwerksplanung (statische und konstruktive Bearbeitung) für das Projekt Umbau, Sanierung und Erweiterung KH C***...

III. Leistungen des Auftragnehmers römisch drei. Leistungen des Auftragnehmers

3.1. Vorleistungen/Grundlagenermittlung

- -Strichaufzählung
Analyse der Grundlagen und Klärung der Rahmenbedingungen. Grundsätzliche Erhebung der Baugrundeigenschaften (Kontaminierung, Grundwasser, Kennwerte) durch Einsicht in Bodenkataster bzw. vorhandene Dokumentationen.
- -Strichaufzählung
Überprüfung der tragenden Konstruktion des Bestandbaues durch Augenschein mit einfachen Hilfsmitteln aufgrund vorhandener Planunterlagen durch Aufnahme, Dokumentation und Beurteilung des Ist-Zustandes (inkl. Ausarbeitung allenfalls erforderlicher Sanierungsvorschläge).

...

5 Projektleiter

Für die Abwicklung des gegenständlichen Projektes wird als Projektleiter verbindlich genannt ...

Eine Auswechslung des genannten Projektleiters ist nur aus zwingenden Gründen möglich und bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Auftraggebers. Eine Auswechslung des Projektleiters, welcher nicht vom Auftraggeber zugestimmt wird, ist ein Vertragsauflösungsgrund.

Weiters wird darauf hingewiesen, dass der Projektleiter auch selbst persönlich die wichtigsten Aufgaben vor Ort wahrnehmen muss (zB regelmäßige Teilnahme an Planungsbesprechungen etc.). Wird dieser Projektleiter häufig von anderen Personen vertreten, kommt dies einem Projektleiterwechsel gleich (siehe oben angeführte Bestimmungen zu Projektleiterwechsel).

6 Zuschlagskriterien

6.1 Allgemeines

Von den gültigen Angeboten erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot entsprechend der Gewichtung der folgenden Kriterien den Zuschlag:

Preis 35 Punkte

Referenzen Projektleiter 25 Punkte

Hearing 40 Punkte

Maximal erreichbare Punktezahl 100 Punkte"

sowie

"6.4 Kriterien für das Hearing

Im Rahmen eines Hearings erfolgt die Befragung des unter Punkt 5 genannten Projektleiters durch eine Kommission mit den Themenschwerpunkten Statische und konstruktive Bearbeitungen. Dabei werden allen Bietern getrennt die gleichen 4 facheinschlägigen Fragen gestellt.

Die maximal zu erreichende Punkteanzahl pro Frage sind 10 Punkte. Somit kann im Rahmen des Hearings eine Gesamtpunkteanzahl von 40 Punkten erzielt werden.

Die Beurteilung erfolgt kommissionell.

Für den Fall, dass beim Hearing nicht der im Angebot unter Punkt 5 genannte Projektleiter erscheint, behält der Auftraggeber sich vor, das Hearing mit 0 Punkten zu bewerten. Ein Nichterscheinen beim Hearing hat 0 Punkte beim Kriterium Hearing zur Folge."

D) Hearing:

Für das Hearing wurde von der Verfahrensbetreuung Dipl. Ing. L*** folgender Fragenkatalog vorbereitet:

"Fragenkatalog des Hearing Statische und Konstruktive

Bearbeitung:

Fragenkomplex 1:

Beim gegenständlichen Bauvorhaben ist ua durch die Seenähe mit schlechten Bodenverhältnissen zu rechnen? Wie würden Sie bei der Bearbeitung vorgehen und was ist besonders zu beachten?

Maximal erreichbare Punkteanzahl: 10 Punkte

Fragenkomplex 2:

Was ist beim Anschluss der neuen Bauwerke an den Bestandsbau besonders zu beachten? Welche Vorkehrungen sind zu treffen?

Maximal erreichbare Punkteanzahl: 10 Punkte

Fragenkomplex 3:

Was ist bei der Berechnung eines Hubschrauberlandeplatzes am Dach besonders zu beachten?

Maximal erreichbare Punkteanzahl: 10 Punkte

Fragenkomplex 4:

Welche Sanierungsmaßnahmen schlagen Sie für die Sanierung der bestehenden Katzenberger-Decken vor? Wie können diese Decken saniert werden? Worin könnten die Gründe liegen, dass momentan einzelne Ziegel herausfallen?

Maximal erreichbare Punkteanzahl: 10 Punkte

Maximal erreichbare Gesamtpunkteanzahl: 40 Punkte"

Die Kommission beim Hearing setzte sich zusammen aus dem Verwaltungsdirektor des Krankenhauses, seinem

Stellvertreter sowie Dipl. Ing. L*** (Verfahrensbetreuung) und Dipl. Ing. P*** (Projektmanagement).

Gemäß Aktenvermerk der Verfahrensbetreuung vom 30.7.2007 wurden für das Hearing folgende Regeln für die Punktevergabe festgelegt:

"Aktenvermerk erstellt von Dipl.-Ing. L***

Projekt: Umbau, Sanierung und Erweiterung KH C***

Hearings - Kriterien bei der Beurteilung der Antworten

0-5 Punkte: ungenügende Beantwortung (geringe Wissenstiefe, geringe Wissensbreite, schlechte Präsentation)

6-8 Punkte: gute Beantwortung (mittlere Wissenstiefe, mittlere Wissensbreite, gute Präsentation)

9-10 Punkte: sehr gute und umfassende Beantwortung (große Wissenstiefe, große Wissensbreite, hervorragende Präsentation)

Alle Kommissionsmitglieder werden für die Hearings in der Art der Punktevergabe unterwiesen und folgende Gewichtung festgelegt:

- -Strichaufzählung
Wissenstiefe und Wissensbreite (Fachkompetenz) = 80% der Bewertung
- -Strichaufzählung
Präsentation / Fähigkeit der Wissensvermittlung = 20% der Bewertung

30.7.2007, Dipl. Ing. L***"

Die Kommissionsmitglieder hielten die Antworten und ihren Eindruck vom jeweiligen Teilnehmer in Stichworten handschriftlich fest und vergaben jeweils für jede Frage bis zu 10 Punkte. Bei den so vergebenen Punkten wurden dann für jede Frage ein Durchschnittswert gebildet und diese zuletzt addiert.

Für die Antragstellerin wurde Dipl. Ing. O*** als Projektleiter namhaft gemacht, welcher auch beim Hearing auftrat. Dipl. Ing. O*** zeigt eine eher zurückhaltend wirkende Persönlichkeit. Auf Fragen antwortet er öfter erst nach längerer Überlegungszeit, wodurch er etwas unbeweglich wirkt. Bei seinen Antworten fasst er sich kurz und legt seine Überlegungen nicht sogleich offen, erst auf Nachfragen offenbaren sich dann die Gedankengänge, die zu einer bestimmten Antwort führen. Dipl. Ing. O*** zeichnet sich nicht durch besondere Eloquenz aus. Manchmal verwendet er Ausdrücke wie "das ist nicht relevant" oder "darin sehe ich keine große Schwierigkeit", wenn er eigentlich meint, der angesprochene Punkt sei für ihn als Statiker oder für die statische Lösung nicht von Relevanz bzw sei ohnehin als selbstverständlich vorauszusetzen (Verhandlung vom 18.9.2007).

Die Antworten, welche Dipl. Ing. O*** beim Hearing gab, wurden – wenn auch nur stichwortmäßig – im Wesentlichen von den Kommissionsmitgliedern in der Fragebeantwortung festgehalten (Zeuge Dipl. Ing. O***). Die Fragen selbst waren für Dipl. Ing. O*** nicht überraschend, sie ergaben sich aus den Unterlagen. Nur mit der Frage nach dem Hubschrauberlandeplatz auf dem Dach hatte er nicht gerechnet. Dipl. Ing. O*** war aber bereits als Projektleiter mit der Konstruktion eines Hubschrauberlandeplatzes auf dem Dach des Krankhauses X*** beschäftigt gewesen. Er konnte sein Wissen aus dem damaligen Projekt verwerten und insbesondere auf die schalltechnische Trennung hinweisen. Zum Brandschutz befragt, sah er darin "kein spezielles Problem", da jeder tragende Bauteil einen Brandschutz F90 aufweisen muss. Nach Abschluss des Hearings hatte Dipl. Ing. O*** den Eindruck, dass dieses sehr gut verlaufen war, er war von der niedrigen Bewertung überrascht.

Dipl. Ing. O*** erzielte bei der ersten Frage (im Schnitt) 6 Punkte, zusammenfassend wurde festgehalten "etwas holprig, Wasserschutz nicht erkannt, zäh". Er hatte, als er auf das Thema "Wasserschongebiet" beim Hearing angesprochen wurde, erklärt, dass darauf zu achten sei, dass keine verunreinigenden Substanzen eingebracht werden. Die Notwendigkeit einer wasserrechtlichen Bewilligung sprach er nicht an, da ihm dies für ihn als Statiker nicht relevant erschien, zumal eine derartige Bewilligung bei der Einreichung zu überprüfen ist. Die drohende Vermischung der Grundwasserhorizonte und die mögliche Verwendung von Verpresspfählen wurden von ihm nicht angesprochen, wohl aber von den beiden anderen Teilnehmern.

Bei der zweiten Frage erhielt Dipl. Ing. O*** im Schnitt 8 Punkte, die Anmerkungen dazu lauten: "soweit ok, nicht hervorragend". Er sprach nicht über die Fugenbildung, da es sich hierbei nicht um ein Thema der Statik, sondern des Aufbaus handelt.

Bei der dritten Frage, die mit 6 Punkten bewertet wurde, lautet die Anmerkung: "etwas geschwommen, Brand nicht gewusst, keine Aussage zu Berechnungsarten". Dipl. Ing. O*** war als Projektleiter beim Krankenhaus X*** bereits mit der Konstruktion eines Hubschrauberlandeplatzes auf dem Dach befasst und wies darauf auch im Hearing hin. Auf Befragen der Kommission erläuterte er die dort gefundenen Lösungen, wobei er davon ausging, nur die Berechnung eines derartigen Landesplatzes darlegen zu müssen. Er wies besonders auf die schalltechnische Trennung vom Gebäude hin. Er führte aus, dass man eine normgemäße Belastung berechnen müsste, wie dies auch bei jedem Brückentragwerk der Fall ist.

Bei der vierten Frage erzielte Dipl. Ing. O*** 9 Punkte, die Anmerkung lautet: "ok sehr gut, aber nicht hervorragend"; bei der Beantwortung dieser Frage konnte Dipl. Ing. O*** auf seine Erfahrungen mit Katzenbergerdecken beim Krankenhaus der Y*** zurückgreifen.

Dipl. Ing. J*** zeigt sich Fragen gegenüber offen, seine Antworten gibt er ohne Verzögerung, direkt und ohne Umschweife. Dabei wirkt er gelassen, freundlich und umgänglich. Seine Antworten sind verständlich und präzise formuliert. In der Verhandlungssituation vor dem Vergabekontrollsenat zeigt er keine Nervosität und kann sich auf die verschiedenen Fragesteller einstellen. Er ging davon aus, dass er sich beim Hearing möglichst gut präsentieren muss.

Auf die erste Frage erhielt er 10 Punkte, die Anmerkung lautet:

"umfangreich, kompetent, umfassend". In seinen Ausführungen verwies er auf den Umstand, dass eine wasserrechtliche Bewilligung erforderlich ist, dass die Verwendung von Verpresspfählen erforderlich ist, da eine Vermischung der Grundwasserhorizonte vermieden werden müsse. Auf diese Umstände wies auch der dritte – aus der BRD stammende - Bewerber hin, welcher für die Frage 1 mit 9 Punkten bewertet wurde. Bei der zweiten Frage erhielt Dipl. Ing. J*** 10 Punkte mit derselben Anmerkung. Neben Ausführungen zu den unterschiedlichen Setzungen und der Schleppplattenkonstruktion zur Überbrückung führte er auch aus, dass auf die Fugenbildung zu achten sei. Auf diesen Umstand wies auch der deutsche Bewerber hin, welcher ebenfalls 10 Punkte auf Frage 2 erhielt. Die dritte Frage kam auch für Dipl. Ing. J*** überraschend. Neben der möglichen Konstruktion verwies er auf ÖNORMEN und LFG, Schalltechnik, Brandschutz und die Notwendigkeit, den Platz zu beheizen. Auch hier erhielt er 10 Punkte, der dritte Bieter hingegen 9. Bei der letzten Frage erhielt Dipl. Ing. J*** 9 Punkte, hier lautet die Anmerkung:

"Nicht so flüssig wie o. aber doch alle Punkte benannt", der dritte Bieter erhielt hier 10 Punkte.

Im Anschluss an das Hearing und dessen Bewertung wurde am selben Vormittag die Vergabe von zwei weiteren Gewerken bearbeitet.

Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf die Einsichtnahme in den Vergabeakt sowie auf die Ergebnisse der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 14.9.2007.

Dazu ist rechtlich auszuführen:

Die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates Salzburg, die Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit des Antrages sind unstrittiger Weise gegeben, sodass sich nähere Ausführungen dazu erübrigen.

Strittig sind die im Antrag angezogenen Verstöße, namentlich der begehrte Ausschluss der mitbeteiligten Partei auf Grund von Vorarbeiten der mitbeteiligten Partei sowie der behauptete Verstoß gegen das Transparenzprinzip, da die Bestbieterermittlung nicht nachvollziehbar sei.

Gemäß § 20 Abs 5 BVergG sind Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, sowie mit diesen verbundene Unternehmen, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren um die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann. Gemäß Paragraph 20, Absatz 5, BVergG sind Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, sowie mit diesen verbundene Unternehmen, soweit

durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren um die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann.

Es handelt sich dabei um eine Prognoseentscheidung des Auftraggebers, die dieser auf Grund der ihm zur Verfügung stehenden Entscheidungsgrundlagen zu treffen hat. Es ist kein kategorischer Ausschluss von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmen vorgesehen und es führt auch nicht jedwede Art der Beteiligung an Vorarbeiten zum Ausschluss iS dieser Bestimmung. Marginale Wettbewerbsvorteile werden toleriert. Es liegt am Auftraggeber, die durch Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse in nicht diskriminierender Weise den anderen Wirtschaftsteilnehmern zukommen zu lassen. Werden daher geeignete Maßnahmen getroffen, um die im Rahmen der Vorarbeiten gewonnen Erkenntnisse publik zu machen und haben alle Teilnehmer den gleichen Informationsstand in Bezug auf das Vergabeverfahren, so kommt diese Bestimmung nicht zum Tragen (EB zur RV zu § 20 Abs 5 BVergG 2006 1171 BlgNr XXII GP 41). Es handelt sich dabei um eine Prognoseentscheidung des Auftraggebers, die dieser auf Grund der ihm zur Verfügung stehenden Entscheidungsgrundlagen zu treffen hat. Es ist kein kategorischer Ausschluss von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmen vorgesehen und es führt auch nicht jedwede Art der Beteiligung an Vorarbeiten zum Ausschluss iS dieser Bestimmung. Marginale Wettbewerbsvorteile werden toleriert. Es liegt am Auftraggeber, die durch Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse in nicht diskriminierender Weise den anderen Wirtschaftsteilnehmern zukommen zu lassen. Werden daher geeignete Maßnahmen getroffen, um die im Rahmen der Vorarbeiten gewonnen Erkenntnisse publik zu machen und haben alle Teilnehmer den gleichen Informationsstand in Bezug auf das Vergabeverfahren, so kommt diese Bestimmung nicht zum Tragen (EB zur Regierungsvorlage zu Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 1171 BlgNr römisch 22 Gesetzgebungsperiode 41).

Die H*** hat wie festgestellt die statische Vorstudie angefertigt. Weitere Leistungen der H*** im Vorfeld der Ausschreibung erfolgten nicht. Das Ergebnis der Vorstudie stand allen Bietern zur Verfügung. In der Vorstudie sind die wesentlichen Probleme des Gebäudes, namentlich der schlechte Baugrund und die unterschiedliche Gründung der einzelnen Bauteile des Bestands sowie die daraus resultierenden unterschiedlichen Setzungen beschrieben und sowohl zur Notwendigkeit der Pfahlgründung als auch zur Problematik des Anschlusses Neu- an Altbestand (Schleppplatten) Ausführungen enthalten.

Durch die Erstellung der Vorstudie war die mitbeteiligte Partei an der Erarbeitung von Unterlagen beteiligt, die in diesem Vergabeverfahren Verwendung fanden. Dadurch ist für die mitbeteiligte Partei zweifellos ein Vorteil entstanden, der nicht nur in der längeren Kenntnis und Vertrautheit mit der Materie liegt, sondern auch in dem Umstand, dass bereits zum Auftraggeber Kontakte geknüpft wurden (worin auch immer ursprünglich der Verwendungszweck der Vorstudie gesehen wurde). Schutzobjekt der oben genannten Bestimmung ist der faire und laute Wettbewerb. Die Zulassung eines Bewerbers, der an einer derartigen Vorstudie gearbeitet hat, würde ohne weitere Maßnahmen des Auftraggebers möglicherweise zu einem Ausschluss des Wettbewerbs führen, worauf aber hier nicht einzugehen ist, da der Auftraggeber begleitende Maßnahmen getroffen hat, die Erkenntnisse aus der Studie allen Teilnehmern zugänglich zu machen.

Das Ergebnis der Vorstudie wurde zunächst in Form einer Zusammenfassung, die in den Ausschreibungsunterlagen enthalten war, und sodann auf Anfrage im Volltext den Bietern zur Verfügung gestellt. Damit wurde der Vorteil, der in der Kenntnis der besonderen Probleme des Gebäudes und des Baugrundes lag, jedenfalls soweit ausgeglichen, dass von einem Ausschluss des Wettbewerbs iS des § 20 Abs 5 BVergG nicht mehr gesprochen werden kann. Dies gerade im Zusammenhang mit dem Hearing. Die Antragstellerin führt in ihrem Schriftsatz selbst aus, dass von den vier beim Hearing gestellten Fragen drei im Zuge der statisch konstruktiven Vorprüfung durch die H*** thematisiert worden seien. Die Setzungen, die Übergangsanschlüsse vom Neu- zum Altbau und die Verwendung von Katzenberger-Fertigteildecken im Bettentrakt seien in den Ausführungen des Mitbieters vom April 2006 teils eingehend behandelt worden. Genau diese Ausführungen waren der Antragstellerin aber bekannt. Das Thema Hubschrauberlandeplatz kam für alle Teilnehmer überraschend und betraf auch die Vorstudie nicht. Das Ergebnis der Vorstudie wurde zunächst in Form einer Zusammenfassung, die in den Ausschreibungsunterlagen enthalten war, und sodann auf Anfrage im Volltext den Bietern zur Verfügung gestellt. Damit wurde der Vorteil, der in der Kenntnis der besonderen Probleme des Gebäudes und des Baugrundes lag, jedenfalls soweit ausgeglichen, dass von einem Ausschluss des Wettbewerbs iS des Paragraph 20, Absatz 5, BVergG nicht mehr gesprochen werden kann. Dies gerade im Zusammenhang mit dem Hearing. Die Antragstellerin führt in ihrem Schriftsatz selbst aus, dass von den vier beim Hearing gestellten Fragen drei

im Zuge der statisch konstruktiven Vorprüfung durch die H*** thematisiert worden seien. Die Setzungen, die Übergangsanschlüsse vom Neu- zum Altbau und die Verwendung von Katzenberger-Fertigteildecken im Bettentrakt seien in den Ausführungen des Mitbieters vom April 2006 teils eingehend behandelt worden. Genau diese Ausführungen waren der Antragstellerin aber bekannt. Das Thema Hubschrauberlandeplatz kam für alle Teilnehmer überraschend und betraf auch die Vorstudie nicht.

Die H*** hatte zwar weiterhin – auch nach Übersendung der Vorstudie – gewisse Vorteile, aber jedenfalls keinen uneinholbaren Wettbewerbsvorsprung mehr. Die Unterlassung des Ausschlusses der mitbeteiligten Partei kann daher nicht zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen. Die Auftraggeberin hat durch die Übersendung der Vorstudie an alle Bieter dem sie treffenden Neutralisierungsgebot Genüge getan.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die H*** bereits bei früheren Bauprojekten für die Auftraggeberin beim selben Objekt tätig war und darüber hinaus ein besonderes Vorwissen aus dem Umstand ziehen mag, dass sie als ortsansässiges Statikbüro im Raum C*** bereits seit Jahren tätig ist und daher möglicherweise vermehrte Erfahrungen mit den besonderen örtlichen Bodenverhältnissen sammeln konnte. Solche Vorteile eines Mitbewerbers sind dem Wettbewerb nicht abträglich, sondern immanent. Den Auftraggeber trifft keine aus dem Gesetz ableitbare Verpflichtung, einen Wissens- oder Erfahrungsvorsprung eines Bieters, den dieser aus anderen, für denselben oder andere Auftraggeber durchgeführten Aufträgen hat, zu erforschen und gegenüber Mitbieter auszugleichen. Vielmehr sind solche Vorteile eines Bieters Umstände, die (zB über den Nachweis von Referenzprojekten oder bessere Antworten im Rahmen eines Hearings) zu einer höheren Bewertung gegenüber den Mitbewerbern führen können. Höherer Wissensstand eines Bewerbers an sich macht den Wettbewerb nicht unfair, sondern zeichnet diesen vor allen anderen aus. Es wäre geradezu absurd, zu fordern, dass der Auftraggeber solche Vorteile (höherer Wissensstand aus früheren Projekten sei es für denselben oder einen anderen Auftraggeber) unter Bieter eines Vergabeverfahrens ausgleichen soll oder dass ein besserer Wissenstand eines Bieters, den dieser aus anderen Arbeiten als Vorarbeiten zum konkreten Vergabeverfahren hat, zu seinem Ausschluss führen soll.

Eingangs der weiteren Ausführungen ist zur Klarstellung in Erinnerung zu rufen, dass sowohl Antragstellerin als auch mitbeteiligte Partei bei der Bewertung der Kriterien Preis und Referenzen die Höchstzahl der Punkte erhielten und damit alleine die Bewertung des Hearing den Ausschlag für die Ermittlung der mitbeteiligten Partei als Bestbieterin gab.

Der Antragstellerin ist ohne weiters darin Recht zu geben, dass Dipl. Ing. J*** objektiv mit den örtlichen Gegebenheiten im C***- Becken auf Grund anderer Aufträge und auch den speziellen Problemen im Bereich des Krankenhauses durch die früheren Aufträge beim Umbau des Krankenhauses und der Errichtung der Rot Kreuz-Leitstelle vertrauter sein mag als der Projektleiter der Antragstellerin.

Soweit die Antragstellerin argumentiert, dass Dipl. Ing. J*** seinen Erfahrungsvorsprung vor Ort besonders deshalb zu seinen Gunsten ausnutzen konnte, weil dem Hearing ein maßgebliches Gewicht (40%) beigemessen wurde, sodass aus der Zusammenschau Vorwissen und Hearing der Wettbewerb ausgeschlossen war, so versucht die Antragstellerin damit die unbekämpft gebliebenen Zuschlagskriterien außerhalb der Präklusionsfrist anzugreifen, worauf infolge Verfristung nicht mehr einzugehen ist.

Selbst wenn es dieser Wissensvorsprung gewesen ist, der die entscheidenden Punkte für die H*** beim Hearing erbrachte, wäre für die Antragstellerin mit einer derartigen Feststellung nichts gewonnen, da ein Ausschluss eines ortskundigen Unternehmers alleine aus dem Grund, dass dieser Ortskenntnisse haben mag, die einem anderen Bewerber fehlen, nicht in Frage kommt. Ein derartiger Ausschluss würde zu einer Diskriminierung örtlich dem Auftragsgegenstand näher gelegener Unternehmer oder bereits früher vom selben Auftragnehmer beauftragter bzw beim selben Auftragsobjekt früher tätiger Unternehmer führen.

Soweit die Antragstellerin versucht, darzulegen, dass nicht erkennbar ist, wie genau das Hearing bewertet würde und dass dies dem Transparenzgebot widerspreche, ist sie auf die Bestandfestigkeit der Ausschreibung zu verweisen. Bereits darin wurde von der Auftraggeberin betont, dass der Person der Projektleiters besondere Bedeutung zukommt und der Austausch von der Zustimmung der Antragsgegnerin abhängig gemacht. Überdies ist aus dem Umstand, dass neben Referenzen ein Hearing mit einer hohen Gewichtung Zuschlagskriterium ist, ohne weiteres erkennbar, dass die Bewertung nicht nur der Fachkenntnisse – diese sind ja auf Grund der nachzuweisenden Referenzprojekte ohnedies vorausgesetzt – des Teilnehmers, sondern seiner Person und Präsentation besonderes Gewicht zukommt.

Ein Hearing dient – und dieses Wissen ist jedem eine geistigschöpferische Dienstleistung anbietenden Unternehmers ohne weiteres und auch ohne weitere Ausführungen in der Ausschreibung zu unterstellen - auch der Verschaffung des unmittelbaren persönlichen Eindrucks von der Person, die nach der Ausschreibung als Projektleiter persönlich die wichtigsten Aufgaben vor Ort (etwa Teilnahme an Planerbesprechungen) wahrnehmen soll. Dass es daher notwendig ist, sein Wissen entsprechend gut zu präsentieren, bedarf keiner Erwähnung in einer Ausschreibung, sondern kann vorausgesetzt werden. Wäre es dem Auftraggeber nur um Frage der Fachkenntnisse des Projektleiters gegangen, hätte er sich mit dem Kriterium Referenzen oder mit der wesentlich weniger zeitaufwendigen schriftlichen Beantwortung von Fachfragen begnügen können. Darüber hinaus wurde jedem Teilnehmer der Zweck der Befragung noch einmal zu Beginn der Präsentation näher gebracht, wogegen kein Widerspruch erfolgte.

Die an die Bieter gestellten Fragen ergaben sich im Wesentlichen aus den Unterlagen und sind dem Auftrag angemessen. Dem Senat ist auf Grund der stichwortartigen Notizen der einzelnen Kommissionsmitglieder, welche offenbar von jedem einzeln formuliert keine auffallenden Widersprüche zeigen, und deren Zusammenfassung im Verein mit den vergebenen Punkten und dem persönlichen Eindruck, den die Projektleiter in der Verhandlung hinterließen, das Ergebnis des Hearing nachvollziehbar und plausibel. Aus dem Umstand, dass auch für nicht unmittelbar ins Fachgebiet des Statikers fallende Antworten (wasserrechtliche Bewilligung, Fugenausbildung; Belag des Landeplatzes) von den Kandidaten Punkte erzielt werden konnten, ist nicht auf eine unsachliche Bewertung zu schließen. Vielmehr ist die positive Bewertung von präsentiertem Wissens, das über das rein statische Fachwissens hinausreicht, aber durchaus in sinnvollem Zusammenhang mit der gestellten Frage zu sehen ist, nicht unsachlich, zeugt doch ein über den unmittelbaren Fachbereich hinausgehendes (Fach-)Wissen auch von einer am Gesamtprojekt interessierten Persönlichkeit.

Da somit zusammengefasst die Voraussetzungen für einen Ausschluss der mitbeteiligten Partei nicht vorlagen, die Ausschreibung bestandfest geworden ist und nicht im Umweg über die Zuschlagsentscheidung bekämpft werden kann, eine unsachliche Bewertung beim Hearing nicht hervorgekommen ist und auch eine nachvollziehbare Zuschlagsentscheidung erfolgte, war dem Nachprüfungsantrag keine Folge zu geben.

Schlagworte

An Vorarbeiten beteiligte Unternehmen

Zuletzt aktualisiert am

30.07.2010

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at