

**Entscheidende Behörde**

UVS Steiermark

**Entscheidungsdatum**

17.08.2010

**Geschäftszahl**

443.8-5/2010

**Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark hat durch die Kammermitglieder Dr. Renate Merl, Mag. Manja Schlossar-Schiretz und Dr. Erik Hanel im Nachprüfungsverfahren gemäß § 4 Abs 1 Steiermärkisches Vergabe-Rechtsschutzgesetz-StVergRG, LGBI 154/2006, betreffend das Vergabeverfahren Ankauf von Niederflurbetten (GGZ 181/2010-13) durch die S G, Ge Gh, A Sc, Gr, über den Antrag der D P Handels- und Service GmbH, K, L, vertreten durch Dr. N Kl, Rechtsanwältin, Sg, W, wie folgt entschieden:

I.

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 28.07.2010 zu Gunsten der M T O KG, Wg, V, für nichtig erklärt.

Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt € 2.490,00 zu ersetzen.

Gemäß § 15 Abs 3 StVergRG tritt die einstweilige Verfügung vom 12.08.2010, GZ: UVS 453.8-5/2010-5 mit der gegenständlichen Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark außer Kraft.

**Text**

A.

Mit Eingabe vom 05.08.2010 hat die D P Handels- und Service GmbH, K, L, vertreten durch Dr. N Kl, Rechtsanwältin, Sg, W (im Folgenden: die Antragstellerin) einen Antrag auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung und zugleich einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren der S G, Mt Lh Gr, vertreten durch die vergebende Stelle Ge Gh der Landeshauptstadt Gr, A Sc, Gr, (im Folgenden: die Auftraggeberin), mit der Bezeichnung Ankauf von Niederflurbetten (GGZ 181/2010/13) gestellt. Begründet wurde dieser Nachprüfungsantrag im Wesentlichen damit, dass eine Begründung der Zuschlagsentscheidung fehle, die Stillhaltefrist fehlerberechnet worden sei und das Angebot der M T O KG (präsumtive Bestbieterin) trotz Nichterfüllung der Muss-Kriterien, der Mindestkriterien, die laut Leistungsbeschreibung und Leistungsverzeichnis erfüllt werden müssen, berücksichtigt worden sei. Das Angebot der präsumtiven Bestbieterin verfehle die Ausschreibung in mehreren Punkten. Die Antragstellerin wende sich gegen die Berücksichtigung dieses ausschreibungswidrigen Angebots, zumal es den Grundsätzen des Vergabeverfahrens, insbesondere dem Gebot der Fairness und der Gleichbehandlung aller Bieter widerspreche. Der in der Ausschreibung definierte hohe Qualitätsstandard sei bei der Ermittlung des Bestbieters seitens der Auftraggeberin selbst nicht mehr beachtet und zu Gunsten eines billigeren Preises aufgegeben worden. Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 sei das Ausscheiden des ausschreibungswidrigen Angebotes der präsumtiven Bestbieterin zwingend. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung der Bieter (unter Wahrung der Transparenz und Einhaltung des fairen Wettbewerbs), auf Beachtung der bestandfestgewordenen Ausschreibung durch die Auftraggeberin, auf nachvollziehbare Begründung der Zuschlagsentscheidung, auf Einhaltung der rechtskonformen Stillhaltefrist und auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens. Das zentrale Tätigkeitsfeld der Antragstellerin sei der Handel mit Einrichtungen für Pflegeeinrichtungen und Krankenhäuser. Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss habe sie durch die Abgabe des ausschreibungskonformen Angebotes vom 28.05.2010 dokumentiert. Auf Grund ihrer bisherigen Aufwendungen seien Kosten in der Höhe von zumindest € 5.000,00 angefallen (Kosten für die Rechtsverfolgung und sonstigen mit der Verfahrensteilnahme verknüpften Aufwendungen). Bestandteil dieses Betrages sei die entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von € 2.490,00. Bei

Aufrechterhaltung der rechtswidrigen und gegenständlich bekämpften Zuschlagsentscheidung und Erteilung des Zuschlags an die präsumtive Bestbieterin entstände der Antragstellerin ein erheblicher Schaden durch den Entgang des angemessenen Gewinns. Bei Vorliegen einer branchenüblichen Gewinnspanne von annäherungsweise etwa 3 %, sei ein Schaden von zumindest € 9.000,00 zu befürchten. Darüber hinaus drohe der Entgang eines wichtigen Referenzprojektes, wodurch die Chance auf Erlangung künftiger Aufträge reduziert werde.

B.

In ihrer Stellungnahme vom 09.08.2010, dem Unabhängigen Verwaltungssenat für die Steiermark am 10.08.2010 per E-Mail übermittelt, führte die Auftraggeberin aus, dass am 08.07.2010 die Bemusterung stattgefunden habe, im Zuge derer bei allen, von den Firmen angebotenen Betten, in der Ausschreibung genannten Kriterien (Muss- und Mindestkriterien) überprüft worden seien. Die Bemusterung der Niederflurbetten der präsumtiven Bestbieterin habe ergeben, dass die Firma M T O KG zwei Betten vorgeführt habe, wobei das zweite Bett nicht den Ausschreibungskriterien entsprochen habe. Das Bett Belvita Base habe den Ausschreibungskriterien entsprochen. Über die Bemusterung lägen eine Niederschrift in Form eines von Frau H Wr am 09.07.2010 unterfertigten Aktenvermerks und die Benotungsprotokolle vor. Die Bemusterung sei durch ein Komitee erfolgt. Die Gewichtung bei dieser Ausschreibung sei bei 60 % Preis und 40 % Qualität gelegen. Auf Grund des Preises sei die Antragstellerin 11,69 Punkte hinter dem Angebot der präsumtiven Bestbieterin gelegen. Die präsumtive Bestbieterin sei beim Qualitätsfaktor um 6,66 Punkte vor der Antragstellerin gelegen. Insgesamt habe sich eine Differenz von 18,35 Punkten ergeben. Auf Grund der in der Ausschreibung festgelegten Gewichtung und Gleichbehandlung der Angebote sei somit die Firma M T O KG als Bestbieterin aus der Ausschreibung hervorgegangen. Die bei der Bemusterung vorgeführten Betten der präsumtiven Bestbieterin hätten im Kopfbereich, nicht aber in den anderen, von der Ausschreibung verlangten, einen Notakkubetrieb aufgewiesen. Durch Rückfragen, warum nicht alle beweglichen Teile diesen Notakkubetrieb aufwiesen, habe das Bemusterungskomitee eine Rücksprache mit der Firma M T O vorgenommen. Daraufhin sei dem Bemusterungskomitee am selben Tag seitens des Geschäftsführers der präsumtiven Bestbieterin Herrn Sb Ok, mündlich bestätigt worden, dass die präsumtive Bestbieterin alle 167 Niederflurbetten ausschreibungskonform mit einem Notakku in allen Bereichen liefern könne. Dies habe die präsumtive Bestbieterin auch mit E-Mail vom 08.07.2010 an die Auftraggeberin noch einmal schriftlich bestätigt. In diesem E-Mail vom 08.07.2010 würden zwar nicht ausdrücklich die Bereiche der Notabsenkung angeführt, jedoch ergebe sich dies aus dem Zusammenhang des zwischen dem Bemusterungskomitee und Herrn Ok geführten Aufklärungsgesprächs. Bei Alternativ- und Abänderungsangeboten seien Erörterungen, die unumgängliche Änderungen geringen Umfangs und sich daraus ergebende geringfügige Änderungen des Preises gemäß § 127 Abs 2 BVergG 2006 unter Wahrung der Grundsätze des § 19 BVergG 2006 zulässig. Das vorgestellte Produkt der präsumtiven Bestbieterin habe bei der Bemusterung die geforderten geteilten Seitengitter auf beiden Seiten aufgewiesen, die manuelle Längenverstellung des Bettes sei gegeben, hiezu müsse man am Fußende je links und rechts eine Schraube aufdrehen, den unteren Teil herausziehen und dann wieder fixieren. Die Auftraggeberin habe mit Telefax vom 28.07.2010 die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006 an sämtliche verbleibenden Bieter übersendet. Die in dieser Mitteilung enthaltenen Informationen, wonach die Stillhaltefrist am 08.07.2010 ende, die Angebotsprüfung ergeben habe, dass die Firma M T O mit ihrem Angebot als Bestbieterin aus dem Verfahren hervorgehe und die Gesamtangebotssumme laut Angebotsöffnung vom 07.07.2010 auf € 256.736,67 laute, würden von der Auftraggeberin im Sinne des § 131 BVergG 2006 als ausreichend angesehen. Da nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Juryentscheidung keiner detaillierten Begründung bedürfe, wenn die einzelnen Jurymitglieder jeder für sich entschieden haben und dann aus dieser Beurteilung ein Mittelwert gebildet wurde, sei das Fehlen einer Begründung der Bewertungsergebnisse im Detail nicht als Anlass für Nachprüfungsverfahren heranzuziehen. Die Antragstellerin sei durch die unrichtige Bekanntgabe des Endes der Stillhaltefrist nicht in ihrem Rechtsschutzinteresse berührt, da trotz Ablauf der Stillhaltefrist noch keine Zuschlagserteilung durch die Auftraggeberin erfolgt sei.

II. Sachverhalt:

Die S G, Mt Lh Gr, Gr, hat durch die vergebende Stelle, Ge Gh der S G, A Sc, Gr, ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages hinsichtlich des Ankaufes von Niederflurbetten (GGZ 181/2010-13) nach dem Bestbieterprinzip (technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot) ausgeschrieben.

Mit Faxnachricht vom 28.07.2010 gab die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Firma M T O KG, Wg, V, mit einem Angebotspreis von € 256.736,67 bekannt. Nach Verständigung der Zuschlagsentscheidung vom 28.07.2010 brachte die Antragstellerin am 05.08.2010 den gegenständlichen Nachprüfungsantrag beim Unabhängigen Verwaltungssenat für die Steiermark ein.

Der Tag der Absendung der EU-weiten Bekanntmachung des Vergabeverfahrens Ankauf von Niederflurbetten (GGZ 181/2010-13) war der 12.04.2010.

Das Schreiben der Auftraggeberin vom 28.07.2010, der Antragstellerin am selben Tag per Telefax zugestellt, lautet wie folgt:

Sehr geehrter Herr Geschäftsführer Sw!

Wir geben bekannt, dass der Zuschlag im oben angegebenen Vergabeverfahren an die Firma M T O KG erteilt werden soll (Zuschlagsentscheidung). Diese Verständigung ist eine unverbindliche Absichtserklärung. Folgend weisen wir darauf hin, dass es sich bei dieser Verständigung um eine bloße Willenserklärung handelt, die den in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger noch zu keinerlei Handlungen im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages berechtigt. Weiters teilen wir gemäß § 131 BVergG Folgendes mit:

Die Stillhaltefrist endet am 08. August 2010, 24:00 Uhr. Die umfassende Prüfung der Angebote hat entsprechend der Vergabekriterien der Ausschreibung ergeben, dass die Firma M T O KG mit ihrem Angebot als Bestbieter aus dem Verfahren hervorgeht.

Die Gesamtangebotssumme lautet laut Angebotsöffnung vom 07. Juli 2010 auf € 256.736,67. Bei etwaigen Rückfragen steht ihnen Frau H Wr unter der Telefonnummer 0316 zur Verfügung. Wir danken für ihre Teilnahme und das große Engagement. Mit freundlichen Grüßen.

### III. Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen gründen sich in allen wesentlichen Punkten auf die vorliegenden schriftlichen Unterlagen des Vergabeverfahrens.

### IV. Rechtliche Beurteilung:

#### 1. Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark und Zulässigkeit des Antrages:

Gemäß § 28 a iVm § 29 a StVergRG ist die Novelle zum StVergRG LGBI. 28/2010 mit 17.04.2010 in Kraft getreten. Da die Absendung der Bekanntmachung im gegenständlichen Vergabeverfahren am 12.04.2010 erfolgte, unterliegt das gegenständliche Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Bestimmungen dem Steiermärkischen Vergabe-Rechtsschutzgesetz LBGl. Nr. 154/2006 (StVergRG) und hinsichtlich der materiellen Bestimmungen dem Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG) in der Fassung BGBl. 15/2010.

Die S G ist gemäß Artikel 14 b Abs 2 Z 2 lit a B-VG iVm § 1 StVergRG öffentlicher Auftraggeber und unterliegt gemäß §§ 1 und 2 StVergRG der Nachprüfung durch den Unabhängigen Verwaltungssenat für die Steiermark.

Da es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt, ist gemäß § 67 a Abs 2 Z 2 letzter Satz AVG e contrario der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark durch die im Spruch ersichtliche Kammer zur Entscheidung berufen.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde ordnungsgemäß vergebührt und entspricht auch den formalen und inhaltlichen Kriterien des § 6 StVergRG.

Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung wurde am 28.07.2010 per Telefax bekanntgegeben. Der gegenständliche, am 05.08.2010 eingebrachte Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 5 Abs 1 StVergRG rechtzeitig.

#### 2. Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Die §§ 131 und 132 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17, idF BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG 2006) lauten auszugsweise:

##### Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

§ 131. (1) Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.

(2) Eine Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung besteht nicht, wenn

1. der Zuschlag im einzigen bzw. dem einzigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bietererteilen werden soll, oder
2. ein Verhandlungsverfahren gemäß § 28 Abs 2 Z 3, § 29 Abs 2 Z 3, 6 oder 7 oder § 30 Abs 2 Z 3 durchgeführt wurde, oder
3. eine Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems vergeben werden soll.

#### Stillhaltefrist und Zuschlagserteilung

§ 132 (1) Der Auftraggeber darf den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen. Die Stillhaltefrist beginnt im Fall des § 131 Abs 1 mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Sie beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax 10 Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf 7 Tage.

In den Erläuterungen (EV 117 BLG Nr. XXII. GP85ff) wurde zu dem im Gegensatz zur Vorgangsbestimmung neu definierten § 131 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 ausgeführt wie folgt:

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

Auch wenn sich durch die Novellierung des Bundesvergabegesetzes (BGBl. 2010 I/15) der Wortlaut des § 131 leicht geändert hat, hat sich an der Intention des Gesetzgebers, den Bieterinnen die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes im Rahmen der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zukommen zu lassen, nichts geändert.

Der EuGH führt in seinem Erkenntnis vom 03.04.2008, C-444/06, Rz 38, 39, aus wie folgt:

38. Der umfassende Rechtsschutz, der somit vor dem Vertragsschluss gemäß Art. 2 Abs 1 der Nachprüfungsrichtlinien sicherzustellen ist, setzt außerdem insbesondere die Verpflichtung voraus, die Bieter vor dem Vertragsschluss von der Zuschlagsentscheidung zu unterrichten, damit diese über eine tatsächliche Möglichkeit verfügen, einen Rechtsbehelf einzulegen.
39. Dieser Rechtsschutz verlangt, dass für einen ausgeschlossenen Bieter die Möglichkeit vorgesehen wird, die Frage der Gültigkeit der Zuschlagsentscheidungen rechtzeitig prüfen zu lassen. In Anbetracht der Erfordernisse der praktischen Wirksamkeit der Nachprüfungsrichtlinie folgt daraus, dass ein angemessener Zeitraum zwischen dem Zeitpunkt, zu dem die Zuschlagsentscheidung den ausgeschlossenen Bieterinnen mitgeteilt wird, und dem Vertragsschluss liegen muss, damit diese insbesondere einen Antrag auf Erlass vorläufiger Maßnahmen bis zum Vertragsschluss stellen können.

Der Verfassungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 06.06.2005, B76/04, aus wie folgt: Ein Verständnis, wonach eine Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Erteilung der Auskunft für die Wirksamkeit der Zuschlagserteilung unbeachtlich sein soll, verkennt den offenkundigen Sinn und Zweck der Bestimmung, weil es diesfalls der Auftraggeber (als Antragsgegner des Verfahrens) in der Hand hätte, ein Nachprüfungsverfahren zu vereiteln oder ins Leere laufen zu lassen. (vgl. dazu Chvosta, Die verfassungsrechtliche Judikatur in Vergabesache, in Gruber/Gruber/Sax, Jahrbuch Vergaberecht 2008, 99 ff).

§ 131 Abs 1 BVergG normiert unmissverständlich, dass in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bieter näher bezeichnete Informationen (das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes) bekannt zu geben sind, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentliche Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde. Eine entgegen dieser Verpflichtung den Bieter abgegebene Zuschlagsentscheidung (§ 2 Z 48 BVergG 2006) ist daher eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers und verletzt den Bieter in dem ihm gemäß § 131 Abs 1 BVergG 2006 zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen. Dies umso mehr, als diese Bestimmung gewährleisten soll, dass ein nicht zum Zug kommender Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt (siehe VwGH 22.04.2009, ZI: 2009/04/0081 zu § 131 BVergG 2006, BGBl. 17 I/2006).

Die Zuschlagsentscheidung ist nach der Definition des Gesetzgebers in § 2 Z 48 BVergG 2006, die an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Konstituierendes Element der Zuschlagsentscheidung ist daher der Umstand, dass sie an Bieter abgegeben und in diesem Sinne mitgeteilt wird, was wiederum in § 131 BVergG 2006 geregelt ist.

§ 131 BVergG 2006 verfolgt das Ziel, dass Bieter, die nicht zum Zug kommen, grundsätzlich bereits mit der Bekanntgabe der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, also am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen sollen, die es ihnen ermöglichen, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen (BVA 18.09.2009, N/0071-BVA/13/2009-29).

Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin in der Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend dargestellt seien und darüber hinaus mit der Zuschlagsentscheidung in keiner Weise die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt gegeben worden seien.

Ähnlich dem dem VwGH-Erkenntnis vom 22.04.2009, ZI: 2009/04/0081 zu Grunde liegenden Sachverhalt hat die Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren die Begründung der Zuschlagsentscheidung unterlassen. Lediglich die Auftragssumme wurde angeführt.

Die Formulierung die umfassende Prüfung der Angebote hat entsprechend der Vergabekriterien der Ausschreibung ergeben, dass die Firma M T O KG mit ihrem Angebot als Bestbieter aus dem Verfahren hervorgeht. Die Gesamtangebotssumme lautet laut Angebotsöffnung vom 07. Juli 2010 € 256.736,67... ist nicht geeignet im Sinne des § 131 Abs 1 BVergG 2006 den verbliebenen Bieter die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben.

Die Antragstellerin ist in ihrem Recht gemäß § 131 BVergG 2006 verletzt, da die Auftraggeberin nicht dafür Sorge getragen hat, dass die Antragstellerin bereits am Beginn der Stillhaltefrist über jene Informationen verfügte, die es ermöglicht hätten die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen.

### 3. Zur Relevanz für den Verfahrensausgang:

Gemäß § 9 Abs 1 StVergRG hat der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin, eines Auftraggebers, mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. diese Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin/den Antragsteller in dem von ihr/ihm nach § 6 Z 6 geltend gemachten Recht verletzt und
2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Bei Berücksichtigung der zitierten Judikatur von EuGH, VfGH und VwGH sowie den Erläuterungen zeigt sich, dass § 131 BVergG 2006 das Ziel verfolgt, dass Bieter, die nicht zum Zug kommen, grundsätzlich bereits mit der Bekanntgabe der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, also am Beginn der Stillhaltefrist über jene Informationen verfügen sollen, die es ihnen ermöglichen, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen. Ein Abgehen von diesem Grundsatz und damit eine Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter durch mangelnde Bekanntgabe der Informationen gemäß § 131 Abs 1 BVergG bedarf einer sachlichen Rechtfertigung.

Gerade der Umstand, dass der Gesetzgeber mit § 131 BVergG 2006 ganz bewusst eine Bringschuld des öffentlichen Auftraggebers vorgesehen hat, zeigt, dass dem Nachprüfungsrufer nicht zuzumuten ist, die vom

Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen.

Daher ist die mangelhafte Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen ausführen - in der Regel anzunehmen (VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081; BVA 18.09.2009, N/0071-BVA/13/2009-29; BVA 18.09.2009, N/0084-BVA/13/2009-41) und auch im gegenständlichen Fall im Sinne des § 9 Abs 1 Z 2 StVergRG eingetreten ist.

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

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

Da bereits aus der Aktenlage ersichtlich ist, dass den Anträgen der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und Kostenersatz aus den im Bescheid angeführten Gründen zu beheben ist, konnte von der Durchführung einer Verhandlung abgesehen werden.

#### 4. Zur Entscheidung in Spruchpunkt II.):

Gemäß § 26 StVergRG haben vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat - wenn auch nur teilweise - obsiegende Antragstellerinnen/Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 24 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin/den Auftraggeber. Die Antragstellerin/der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren, wenn sie/er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß Abs 2 leg cit besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Da die Antragstellerin im vorliegenden Fall zur Gänze obsiegt hat, war der Auftraggeberin der Ersatz der von der Antragstellerin für den Nachprüfungsantrag und die beantragte einstweilige Verfügung entrichteten Gebühren aufzuerlegen.

Gemäß § 15 Abs 3 StVergRG tritt die einstweilige Verfügung vom 12.08.2010 mit der gegenständlichen Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark außer Kraft.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.