

TE Bwvg Beschluss 2019/2/11 W123 2211644-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.02.2019

Entscheidungsdatum

11.02.2019

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §163

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §344

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

Spruch

W123 2211644-2/20E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michel ETLINGER als Vorsitzenden und den fachkundigen Laienrichtern Dr. Friedrich RÖDLER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX GmbH, XXXX, vertreten durch Huber | Berchtold Rechtsanwälte OG, Getreidemarkt 14, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "4040 Linz, Johannes Kepler Universität Linz, Neubau Science Park Bauteil 4+5 Leistungen der Fachbauaufsicht TGA (HKLS inkl. MSR/GLT, ET und FT)" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/5, 1010 Wien, vom 21.12.2018, beschlossen:

A)

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 11.12.2018 für nichtig erklären", wird gemäß § 342 Abs. 1 BVergG 2018 iVm § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 zurückgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 21.12.2018 stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren und brachte zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 11.12.2018 im Wesentlichen folgendes vor:

Die präsumentiven Zuschlagsempfänger hätten nachweislich weniger Arbeitsstunden als die gesetzlich vorgeschriebene Normalarbeitszeit angeboten; damit auch ein unzulässiges wirtschaftliches Alternativangebot gelegt. Es liege ein "unterpreisiges" Angebot vor, weshalb die Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen hätte müssen. Ferner liege ein unzulässiger nachträglicher Bieterwechsel vor, da aus der ursprünglichen, rechtlich nicht existenten "XXXX GmbH" nunmehr die rechtlich existente "XXXX GmbH" geworden sei. Schließlich sei einem Mitglied der Bietergemeinschaft durch das Verhalten ihres Alleingeschafters und Geschäftsführers ein Verstoß gegen berufsrechtliche Vorschriften anzulasten, womit aber die Eignung dieser Bietergemeinschaft nicht mehr gegeben sei.

2. Am 28.12.2018 erteilte die Auftraggeberin zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und erstattete ferner eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag. Die fortgesetzte vertiefte Angebotsprüfung habe ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden wäre, wovon aber Abstand genommen worden sei, weil die Antragstellerin ohnehin keine Chance auf die Zuschlagserteilung habe. Dies sei der Antragstellerin auch in der Zuschlagsentscheidung vom 11.12.2018 bekannt gegeben worden. In den Ausschreibungsunterlagen sei an mehreren Stellen zwingend gefordert gewesen, dass der Personaleinsatzplan mit dem Angebot abzugeben gewesen sei. Der Personaleinsatzplan sei jedoch von der Antragstellerin nicht abgegeben worden, wie der Auszug aus dem Angebot durch den gesetzten Vermerk "im Auftragsfall" zeige. Ein mit dem Angebot geforderter fehlender Personaleinsatzplan sei jedenfalls ein unbehebbarer Mangel, weil dieser Vertragsbestandteil werde und deren Behebung die Wettbewerbsstellung des Bieters verbessern würde. Der Antragstellerin komme daher keine Antragslegitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung zu. Verwiesen wurde auf die Entscheidung des VWGH vom 29.01.2018, Ra 2016/04/0086. Ein vergleichbarer Sachverhalt Fall wie in den EuGH-Judikaten Fastweb und PFE liege gegenständlich nicht vor, da die Antragstellerin keinen Sachverhalt vorgebracht habe, der darauf schließen ließe, dass die Auftraggeberin jedenfalls zu einer Neuausschreibung gezwungen wäre.

3. Am 31.01.2019 übermittelte die Auftraggeberin eine ergänzende Stellungnahme und wies nochmals auf die fehlende Antragslegitimation der Antragstellerin hin. Inhaltlich trat sie den Ausführungen der Antragstellerin, wonach eine rechtswidrige Zuschlagsentscheidung vorliege, entgegen.

4. Am 04.02.2019 übermittelte die Antragstellerin einen Beweisantrag zum Nichtvorliegen eines Ausscheidungsgrundes bzw. eine Replik zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 31.01.2019 und führte insbesondere aus:

Die Auftraggeberin übersehe, dass die Behauptung zur mangelnden Antragslegitimation sowohl den Ausschreibungsbestimmungen als auch den Ausführungen der Prüfungskommission der Auftraggeberin im Zuge des Fachgespräches am 06.09.2018 widerspreche. Gemäß Punkt 1.2. der bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen habe die Auftraggeberin exakt beschrieben, welche "Einlagen" mit den Angebot verbindlich abzugeben seien. Diese seien mit einem Sternchen gekennzeichnet gewesen. Die Abgabe einer Personaleinsatzklärung gemäß Einlage 2.6 sei verbindlich gefordert gewesen und sei von der Antragstellerin auch beigebracht worden. Wenn die Auftraggeberin mit dem Angebot zusätzlich einen Personaleinsatzplan gewünscht hätte, so hätte sie dies entsprechend mit einem Sternchen ebenfalls kenntlich machen müssen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Auftraggeberin nachträglich und zusätzlich zur Personaleinsatzklärung einen Personaleinsatzplan wünsche, obwohl ein solcher gerade nicht als verbindlicher Teil des Angebots ausgewiesen gewesen sei. Offenkundig sei die Auftraggeberin selbst von einem vollständigen Angebot der Antragstellerin ausgegangen, andernfalls wäre es unverständlich gewesen, weshalb die Antragstellerin und deren Schlüsselpersonen zum Fachgespräch eingeladen worden wären. Im Zuge des Fachgespräches habe der Geschäftsführer der Antragstellerin ausdrücklich auf die Thematik eines Personaleinsatzplans auf Basis der Personaleinsatzklärung hingewiesen. Bei derartigen Dienstleistungen im Sinne

einer Bauüberwachung sollte der Personaleinsatz stets auf den Baufortschritt angepasst werden. Insofern sei der zukünftige Personaleinsatz einzig und allein von den Bauausführungsleistungen Dritter abhängig. Deswegen sei ein Personaleinsatz im Auftragsfall und in Abstimmungen mit den weiteren Projektbeteiligten (ausführenden Unternehmen) zu erstellen. Dies sei den Mitgliedern der Bewertungskommission und den anwesenden Bietervertreter erörtert worden. Letztlich sei im Fachgespräch einstimmig mit allen Beteiligten entschieden worden, dass ein Personaleinsatzplan im Auftragsfall abzustimmen und beizubringen sein werde. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Auftraggeberin behauptet, dass der Personaleinsatzplan bereits im Zuge des Angebotes abzugeben gewesen wäre, wenn im Zuge des Fachgespräches bestätigt worden sei, dass ein Personaleinsatzplan erst mit der Auftragsdurchführung zu verknüpfen sein werde.

Die Auftraggeberin habe im klaren Wortlaut die zwingenden Teile eines Angebots gemäß Punkt 1.2. der Ausschreibungsbestimmungen definiert. Ein Personaleinsatzplan sei entgegen der Behauptung der Auftraggeberin zweifellos - anders als die beigebrachte Personaleinsatzerklärung - nicht Teil des abzugebenden Angebotes gewesen. Die von der Auftraggeberin ins Treffen geführte Ausschreibungsbestimmung gemäß Punkt 2 gelte lediglich der "Form" der Angebote. Auch die "Einlage 3.3_Vertrag" und "06 Basis Personaleinsatzplan" würden gemäß Punkt 1.2. der Ausschreibungsbestimmungen nicht zu den zwingenden Teilen des Angebots gehören. Mit dieser Bestimmung würden offenkundig sämtliche Formblätter erwähnt, die jedoch nicht zwingend Teil des Angebots sein müssten. Ebenso zweifelhaft sei die von der Auftraggeberin aufgezeigte Ausschreibungsbestimmung zu Punkt 3.4. "Honorarangebot". Gemäß dieser Bestimmung würde die Auftraggeberin nunmehr die Excel-Datei "07 Basis Personaleinsatzplan" zu Unrecht als verbindlichen Angebotsbestandteil erkennen. Für die Bieter sei unklar, ob nun das Formblatt "06 Basis Personaleinsatzplan" oder doch die Excel-Datei "07 Basis Personaleinsatzplan" gewünscht sei. Die Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen zu den zwingenden Angebotsbestandteilen seien in Punkt 1.2. widerspruchsfrei und eindeutig; eine Unklarheit liege nicht vor. Aber auch für den Fall, dass eine Unklarheit vorliegen würde, ginge diese zu Lasten der Auftraggeberin.

5. Am 05.02.2019 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Die Niederschrift lautet auszugsweise:

VR weist auf die Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen hin. Daraus ist ein Formblatt "06 Basis Personaleinsatzplan", sowie eine Excel-Datei "07 Basis Personaleinsatzplan" ersichtlich.

VR: Hat die Antragstellerin dazu etwas abgegeben?

AS: Die Excel-Tabelle hat die Antragstellerin nicht abgegeben. Dies wurde auch im Antragseröffnungsprotokoll vermerkt.

AS: Bestätigt wird, dass keine Excel-Tabelle bzgl. Des Personaleinsatzplanes vorgelegt wurde.

[...]

AG legt nunmehr vor:

* Kopie der Einlage 2.1 der Ausschreibung "JKU Campus Neu - Umgestaltung"

* Kopie des Auszugs des Angebots der Antragstellerin: 05 Basis Personaleinsatzplan der Ausschreibung "JKU Campus Neu - Umgestaltung", November 2017.

Dazu wird ausgeführt, dass diese Ausschreibungsbestimmungen ident sind mit dem gegenständlichen Verfahren. Auch hier findet sich in Punkt 1.2 und 2., die gleichen Formulierungen in Bezug auf den Personaleinsatzplanes. Dem damaligen Angebot der Antragstellerin ist sehr wohl ein Personaleinsatzplan beigelegt.

Zur Kopie der Einlage 2.1 der Ausschreibung "JKU Campus Neu - Umgestaltung", bringt die Antragstellerin nunmehr vor:

Die vorgelegte Ausschreibungsunterlage unterscheidet sich wesentlich von den hier gegenständlichen Ausschreibungsbestimmungen. Tatsächlich wird in den konkreten Ausschreibungsbestimmungen unter Punkt 3.4 ein Personaleinsatzplan vorzulegen sein und zwar ab Beauftragung. Gerade diese Bestimmung findet sich in den urkundlich vorgelegten Ausschreibungsunterlagen nicht wieder.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die Auftraggeberin hat die gegenständlichen Leistungen im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben. Die EU-weite Bekanntmachung erfolgte am 04.06.2018, die österreichweite am 05.06.2018.

Als Zuschlagsprinzip wurde das "Bestangebotsprinzip" festgelegt, wobei folgende Zuschlagskriterien vorgesehen waren:

Persönliche Referenz + Qualifikation der Schlüsselpersonen 20 Punkte

Abwicklungskonzept 20 Punkte

Fragenbeantwortung 20 Punkte

Honorarangebot 40 Punkte

2. Einlage 2.1 ("Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen") lautet auszugsweise:

"1.2. Ausschreibungsunterlagen

Einlage 2.1_Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen

Einlage2.2_Angebotsschreiben*

Einlage 2.3_Vertrag über die Leistungen der Fachbauaufsicht HKLS/MSR

u. Elektroinstallation (TGA) [...]

Einlage 2.4_Arbeitsgemeinschaftserklärung*

[...]

Einlage2.6_Personaleinsatzerklärung - persönliche Referenz und Qualifikation*

ANMERKUNG: die mit * bezeichneten Einlagen sind als Teile des Angebotes abzugeben.

Sonstiges:

[...]

06 Basis Personaleinsatzplan

2. FORM UND EINREICHEN DER ANGEBOTE

[...]

Für das Angebot sind zwingend die Formblätter:

[...]

06 Basis Personaleinsatzplan

zu verwenden.

[...]

3. ZUSCHLAGSKRITERIEN

[...]

3.4. Honorarangebot

[...]

Personaleinsatzplan

Die Bieterin / der Bieter hat - zusätzlich zum o.a. Konzept - unter Verwendung der Excel-Datei 07 Basis Personaleinsatzplan einen Ressourcenplan ab Beauftragung vorzulegen, aus dem eindeutig folgende Angaben ablesbar sind:

* Einsatz der genannten Schlüsselpersonen in Stunden/Monat

* davon die Anwesenheit vor Ort in Stunden/Monat

* Gesamtstunden für das Projekt

* spartenbezogene Verteilung des weiteren Personals (Sekretariat, etc.) in Stunden/Monat

Gefordert ist, dass mindestens eine Schlüsselperson in der Normalarbeitszeit auf der Baustelle anwesend ist.

Der Personaleinsatzplan wird Vertragsbestandteil."

3. Einlage 2.2 ("Angebotsschreiben") lautet auszugsweise:

"10. Diesem rechtsgültig unterfertigten Angebotsschreiben sind folgende weitere Bestandteile des Angebotes angeschlossen:

[...]

10.7 Sonstige Beilagen

Personaleinsatzplan

Datenträger mit Personaleinsatzplan (xls, pdf) und Abwicklungskonzept (pdf)"

4. Die Angebotsöffnung erfolgte am 29.06.2018. Es haben insgesamt fünf Bieter ein Angebot abgegeben.

5. Am 11.12.2018 übermittelte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Das Schreiben lautet auszugsweise:

"Im Übrigen dürfen wir darauf hinweisen, dass Ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG aus dem folgenden Grund auszuscheiden wäre:

In den Ausschreibungsunterlagen war an mehreren Stellen zwingend gefordert, dass der Personaleinsatzplan mit dem Angebot abzugeben war. Diesbezüglich ist auf Einlage 2.1. Punkt 2 sowie Punkt 3.4 und Einlage 2.2. Punkt 10.7. zu verweisen.

Der Personaleinsatzplan wurde jedoch von der XXXX GmbH nicht abgegeben. Wie der Auszug aus dem Angebot durch den gesetzten Vermerk "im Auftragsfall" zeigt, wurde dieser auch ganz bewusst nicht dem Angebot beigelegt. Vielmehr bringt der Vermerk zum Ausdruck, dass der Personaleinsatzplan dem AG auch nur im Auftragsfall zur Verfügung gestellt wird.

Damit widerspricht die XXXX GmbH ganz bewusst den Ausschreibungsunterlagen und hat damit ein ausschreibungswidriges Angebot gem § 129 Abs 1 Z 7 BVergG abgegeben. Insofern war auch keine weitere Mängelbehebung/Aufklärungsfragen zulässig.

Da die XXXX GmbH auch im Rahmen der fortgesetzten Prüfung unter Berücksichtigung der Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien keine Chance auf die Zuschlagserteilung hat, wird gegenwertig von einem Ausscheiden jedoch Abstand genommen."

6. Den Ausschreibungsunterlagen lag das Formular "Personaleinsatzplan" bei. Sämtliche Bieter - mit Ausnahme der Antragstellerin - haben dieses Formular ausgefüllt und dem Angebot beigelegt.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen des Auftraggebers keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A)

Maßgebliche Rechtslage

Am 21. August 2018 trat das BVergG 2018 nach seinem § 376 Abs. 1 in Kraft und das BVergG 2006 zu diesem Zeitpunkt außer Kraft.

Nach § 376 Abs. 4 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2018 eingeleitet waren, nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Da das gegenständliche Vergabeverfahren am 05.06.2018 eingeleitet wurde, ist es nach der zu diesem

Zeitpunkt geltenden Rechtslage, dem BVergG 2006, zu Ende zu führen und zu beurteilen.

Nach § 376 Abs. 4 BVergG 2018 sind Nachprüfungsverfahren, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2018 beim Bundesverwaltungsgericht anhängig waren, nach der nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Da das gegenständliche Nachprüfungsverfahren nach diesem Zeitpunkt eingeleitet wurde, ist es nach der Rechtslage des BVergG 2018 zu führen.

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2018 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

§ 28 Abs. 1 VwGVG bestimmt, dass, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen hat. Im gegenständlichen Fall ist die Beschwerde (hier: Nachprüfungsantrag) zurückzuweisen und somit durch Beschluss zu entscheiden (siehe Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsgerichtsverfahren² [2018] §28 VwGVG Anm 5).

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG 2006 ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG). Die BIG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG 2006. Nach den Angaben der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Gesamtauftragswert EUR 275.800,00 sodass es sich gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 342 BVergG 2018 iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 343 Abs. 1 BVergG 2018 eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 340 Abs. 1 BVergG 2018). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 344 Abs. 2 BVergG 2018 liegt nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung

1. Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 hat vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbbar sind, auszuschneiden.

Gemäß § 342 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

2. Die Auftraggeberin hat in der Stellungnahme vom 28.12.2018 vorgebracht, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre, da die Antragstellerin den in den Ausschreibungsunterlagen an mehreren Stellen zwingend geforderten Personaleinsatzplan nicht abgegeben habe. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird allein deshalb, weil der Auftraggeber von einer formalen Ausscheidung eines Angebotes Abstand genommen hat (wie im gegenständlichen Fall), ein mit einem Mangel behaftetes Angebot nicht zu einem zulässigen Anbot, dem der Zuschlag hätte erteilt werden können (siehe dazu bereits grundlegend VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050). Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat zudem die Vergabekontrollbehörde - auch auf Grund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller

selbst nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bieter als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Daher hat das Bundesverwaltungsgericht - als Vorfrage im Sinne des § 342 Abs. 1 BVergG 2018 - zu prüfen, ob die Antragstellerin ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt hat.

3. Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive des Auftraggebers, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, vgl. VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (vgl. EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, I 3353, Rn 39; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54).

Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (vgl. VwGH 07.11.2005, 2003/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zugrunde zu legen (vgl. VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090 mwN; 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (vgl. BVA 30.04.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (vgl. EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89; vgl. BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (vgl. BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 2007/04/0019; 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157;

ebenso ua BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 02.05 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; ua BVwG 01.08.2014, W187 2008946-1/23E;

BVwG 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E).

4. Unstrittig steht fest, dass die Antragstellerin das in der Ausschreibung vorgesehene Formular (Excel-Tabelle) "Personaleinsatzplan" ihrem Angebot nicht beigelegt hat. Die Auftraggeberin sieht daher einen unbehebbarer Mangel als gegeben und verwies (zum Beweis dafür, dass der Personaleinsatzplan zwingend gefordert war) auf Einlage 2.1., Punkt 2 sowie Punkt 3.4. und Einlage 2.2., Punkt 10.7. der Ausschreibungsunterlagen. Die Antragstellerin behauptet jedoch, dass der Personaleinsatzplan aufgrund der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen nicht zwingend beizulegen war und verwies ihrerseits auf Punkt 1.2. der Ausschreibungsunterlagen (vgl. das diesbezügliche Vorbringen im Schriftsatz vom 04.02.2019). Dass aber die Tabelle "Personaleinsatzplan" seitens der Bieter bereits mit dem Angebot abzugeben war, geht sowohl aus dem Wortlaut als auch aufgrund einer systematischen Gesamtbetrachtung der Ausschreibungsunterlagen hervor:

Der seitens der Antragstellerin zitierte Punkt 1.2., Ausschreibungsunterlagen, zählt zunächst lediglich (der Reihe nach) auf, aus welchen Unterlagen (in concreto: "Einlagen") die Ausschreibung besteht, trifft aber keine Aussagen darüber, ob bestimmte Einlagen "zwingend" (etwa bei "sonstiger sofortiger Ausscheidenssanktion") mit dem Angebot abzugeben waren. Vielmehr geht aus den Folgebestimmungen in Einlage 2.1 bzw. 2.2 mit hinreichender Deutlichkeit hervor, dass der Personaleinsatzplan bereits mit dem Angebot abzugeben war: Punkt 2 der Einlage 2.1 ("Form und Einreichung der Angebote") bestimmt, dass für das Angebot "zwingend" das Formblatt "06 Basis Personaleinsatzplan" zu verwenden ist. Ferner war ausdrücklich die Abgabe der "Einlage 2.2_Angewandte" mit dem Angebot gefordert. In der "Einlage 2.2_Angewandte" wird wiederum unter Punkt 10.7, "Sonstige Beilagen" explizit der "Personaleinsatzplan" genannt.

Somit musste aber einem redlichen Erklärungsempfänger schon aufgrund dieser Vorgaben klar sein, dass der "Personaleinsatzplan" bereits dem Angebot beizulegen war. Für eine solche Interpretation spricht zudem der Vergleich der abgegebenen Angebote der anderen Bieter:

Einzig im Angebot der Antragstellerin fehlte die (seitens der Ausschreibung vorgegebene) Tabelle über den Personaleinsatzplan. Alle übrigen Bieter haben den Personaleinsatzplan ausgefüllt und ihrem Angebot beigelegt.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang auf das Vorbringen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung hinzuweisen, wonach die Antragstellerin den Personaleinsatzplan bei einer Vorgängerausschreibung ("JKU Campus, Neu- und Umgestaltung), in der sich unter Punkt 1.2. eine vergleichbare Bestimmung wie in der gegenständlichen Ausschreibung fand (siehe Beilage. /A zu OZ 18), bereits mit dem Angebot abgegeben und kalkuliert hat (siehe Beilage. /B zu OZ 18).

Zum Vorbringen der Antragstellerin in der Replik vom 04.02.2019, wonach im Fachgespräch am 06.09.2018 einstimmig mit allen Beteiligten entschieden worden sei, dass ein Personaleinsatzplan im Auftragsfall abzustimmen und beizubringen sein werde, genügt der Hinweis, dass sich zum einen derartige Aussagen aus dem Protokoll dieser Sitzung nicht entnehmen lassen (vgl. Protokoll vom 06.09.2018, Vergabeakt), zum anderen die Antragstellerin ihrerseits auch keine schriftlichen Aufzeichnungen für eine derartige Behauptung in der mündlichen Verhandlung vorlegen konnte.

5. Abgesehen von den obigen Ausführungen zur Interpretation der Ausschreibungsunterlagen war der Personaleinsatzplan schon deshalb (verpflichtend) mit dem Angebot abzugeben, weil dieser nach den bestandfesten Regelungen der Ausschreibung im Rahmen der Bestbieterermittlung zuschlagsrelevant werden sollte. Punkt 3. der Einlage 2.1 legt die Zuschlagskriterien fest. Im Zuschlagskriterium "Honorarangebot" (Punkt 3.4.) inkludiert findet sich (als Überschrift) der "Personaleinsatzplan", aus dem genaue Angaben hervorgehen, was die Bieter in das entsprechende Formular auszufüllen und somit zu kalkulieren hatten.

Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geht davon aus, dass eine Behebung eines Mangels dann nicht zulässig ist, wenn durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters (nachträglich) gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Im E vom 25. März 2010, 2005/04/0144, präzisierte der Verwaltungsgerichtshof diese Rechtsprechung dahingehend, dass ein Mangel, welcher eine inhaltliche Änderung des Angebotes hinsichtlich eines Bereiches, der für die Bewertung der Angebote relevant ist, bedeute, unbehebbar wäre (VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087).

Durch die Nichtabgabe der Tabelle mit den Anforderungen des Personaleinsatzplanes hat die Antragstellerin im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes aber ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes, zudem unvollständiges (bzw. mangelhaftes) Angebot gelegt. Eine allfällige nachträgliche Mängelbehebung scheidet aber schon deshalb aus, da die unter Punkt

3.4. genannten Angaben kalkulationsrelevant sind und daher von einem Bieter nicht mehr - nach Angebotsöffnung in Kenntnis der Angebotspreise der Mitkonkurrenten - nachgeholt bzw. ergänzt werden dürfen.

6. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuscheiden gewesen.

Nach der ständigen Judikatur (bis zur Rechtsprechung des EuGH zu Fastweb und PFE) kommt einem Bieter, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde) keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zu, wenn er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinn des § 163 Abs. 1 BVergG entstehen bzw. drohen kann (VwGH 25.3.2010, 2005/04/0144).

Der EuGH (Urteil vom 5.4.2016, PFE, C-689/13) sieht das Vorliegen eines (drohenden) Schadens - in Konkretisierung seiner bereits im Urteil Fastweb geäußerten Rechtsansicht - unabhängig von der Zahl der am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter dann als gegeben an, wenn sich der Auftraggeber im konkreten Fall bei Nachweis des Vorliegens einer rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung gezwungen sieht, den Auftrag neu zu vergeben. Die Antragslegitimation ist daher nicht unabhängig davon, ob dem jeweiligen Antragsteller ein Schaden drohen kann, jedenfalls zu bejahen, sobald davon auszugehen ist, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen wäre. Vielmehr bedarf es auch in dieser Konstellation des drohenden Schadens, der allerdings nach der Rechtsprechung des EuGH auch im - wegen der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung - frustrierten Interesse des (auszuscheidenden) Bieters an der Neuausschreibung des Vergabeverfahrens liegen kann (VwGH 29.01.2018, Ra 2016/04/0086).

Daraus folgt für den gegenständlichen Fall: Aufgrund der im Vergabeakt vorliegenden Angebotsprüfung ist davon auszugehen, dass - selbst bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin, wonach das Angebot der präsumtiven

Zuschlagsempfänger auszuscheiden wäre - noch zwei Angebote im Vergabeverfahren verblieben, die keinen Ausscheidenstatbestand vorweisen und daher - theoretisch - für eine Zuschlagserteilung in Betracht zu ziehen wären. Es liegt somit kein Fall vor, wonach die Auftraggeberin verpflichtet wäre, das Vergabeverfahren zu widerrufen und der Schaden der Antragstellerin (auch) darin bestehen könnte, sich an einem neuen Vergabeverfahren über den gleichen Auftragsgegenstand zu beteiligen (in concreto:

Schaden infolge Verlust der Möglichkeit einer allfälligen Zuschlagserteilung im Folgeverfahren). Abgesehen davon hat die Antragstellerin in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz auch kein Vorbringen dahingehend erstattet, dass nicht nur das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfänger, sondern sämtliche andere Angebote auch auszuscheiden gewesen wären. Auch die im Antrag bezeichneten Beschwerdepunkte lassen nicht erkennen, dass sich die Antragstellerin etwa in einem allfälligen Recht auf "Widerruf infolge Ausscheidens sämtlicher Angebote" als verletzt erachtet.

Da somit das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden gewesen wäre und kein Fall eines verpflichtenden Widerrufs vorliegt, war auf das inhaltliche Vorbringen der Antragstellerin zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung nicht mehr einzugehen.

Zu Spruchpunkt B)

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen (zur Bestandskraft der Ausschreibung vgl. etwa VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; zur Antragslegitimation siehe etwa VwGH 29.01.2018, Ra 2016/04/0086; zur Mängelbehebung etwa VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Alternativangebot, Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsabänderung, Antragslegitimation, Antragsrecht, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Bietergemeinschaft, Bietergleichbehandlung, Bieterwechsel, Bindungswirkung, Dienstleistungsauftrag, Eignung, Kalkulation, Mängelbehebung, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Parteistellung, Personalplan, Preisvergleich, Schaden, Unbehebbarkeit, unvollständiges Angebot, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Vergabeverfahren, vertiefte Angebotsprüfung, (vertiefte) Preisprüfung, Vorfrage, Vorlagepflicht, Widerruf des Vergabeverfahrens, Zurückweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W123.2211644.2.00

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2019

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at