

TE Verg Bescheid 2013/1/15 N/0106-BVA/13/2012-32

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.01.2013

Norm

BVergG 2006 §129

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber sowie Mag. Wolfgang Pointner als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau, Örtliche Bauaufsicht" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund der Anträge der Bietergemeinschaft A***, Stubenring 4, 1010 Wien, vertreten durch X***, vom 16.11.2012 wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt wolle die Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2012 für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2012 wird für nichtig erklärt. Dem Antrag "das Bundesvergabeamt wolle die Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2012 für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2012 wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt wolle den Auftraggeber zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Antragstellervertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten" wird gem § 319 BVergG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 18.000,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin zu bezahlen. Dem Antrag "das Bundesvergabeamt wolle den Auftraggeber zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Antragstellervertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten" wird gem Paragraph 319, BVergG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 18.000,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin zu bezahlen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 16.11.2012, beim BVA eingelangt am 16.11.2012, begehrte die Antragstellerin Ausnahmen von der Akteneinsicht, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2012, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass der Auftraggeber ASFINAG ein offenes Verfahren im Oberschwabenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages durchführe. Ausschreibungsgegenstand sei die örtliche Bauaufsicht zum Projekt A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau. Die Antragstellerin habe ein Angebot gelegt. Am 06.11.2012 habe die Antragstellerin über das System AVA-Online eine Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers und zwar zu Gunsten des preislich erstgereihten Bieterkonsortiums bestehend aus B*** erhalten. Gemäß der Begründung des Auftraggebers für die Zuschlagsentscheidung seien dieser 99,9 von 100 Punkten verliehen worden. Das Angebot der Antragstellerin sei nur an dritter Stelle gereiht und zwar mit einer Gesamtpunkteanzahl von 88,3541 Punkten. Dem präsumtiven Bestbieter seien somit nicht nur für das Zuschlagskriterium Preis die volle Punkteanzahl verliehen worden, sondern auch für die Qualitätspunkte habe er beinahe die maximal denkbare Punkteanzahl erhalten. An Gründen für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2012 wird angegeben:

1. 1.Ziffer eins

Das Angebot des präsumtiven Bestbieters sei auszuscheiden, weil sein ÖBA-Leiter Brücke nicht zur Verfügung stehe:

Es sei für den Auftraggeber von besonderer Bedeutung, dass die als Schlüsselpersonal angebotenen Personen auch tatsächlich zur Verfügung stehen würden. Ein Angebot, dessen Schlüsselpersonal gar nicht zur Verfügung stehe, sei deshalb (und auch gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG) ausschreibungswidrig und auszuscheiden. Das sei beim Angebot des präsumtiven Bestbieters der Fall, weil sein ÖBA- Leiter Brücke über Jahre bei einem Bauprojekt der ÖBB vertraglich mit seiner gesamten Kapazität gebunden sei. Die Referenzprojekte, welche ein ÖBA-Leiter Brücke nachweisen müsse, um die maximale Punkteanzahl erreichen zu können, sei so spezifisch, dass bei den teilnehmenden Bietergemeinschaften nur zwei Personen in Frage kommen würden. Eine dieser beiden Personen sei im Angebot der Antragsteller genannt. Da der präsumtive Zuschlagsempfänger 99,9% aller denkbaren Punkte erreicht haben soll, müsse die andere Person in seinem Angebot angegeben sein. Dabei handle es sich Herrn C***. Nach den Informationen der Antragsteller sei Herr C*** auch im Angebot des präsumtiven Bestbieters genannt. Auch wenn sein Einsatz auf Grund seiner herausragenden Qualifikation für den Auftraggeber wünschenswert wäre, könne Herr C*** nicht zur Verfügung stehen, weil er bereits in einem anderen Projekt vertraglich gebunden sei. Herr C*** sei als ÖBA- Leiter im Baulos 60.6 Drauerung, einem Projekt der ÖBB- Infrastruktur AG tätig und zwar bis voraussichtlich Mitte 2015. Auch dort seien die im Angebot genannten Schlüsselkräfte verbindlich einzusetzen. Eine Zustimmung der ÖBB-Infrastruktur AG, Herrn C*** zu Gunsten eines anderen Projektes abzugeben, könne ausgeschlossen werden. Außerdem sei der Bieter eines Angebotes, bei welchem im Rahmen der Selbstdeklaration hinsichtlich der Referenzprojekte vorsätzlich eine unrichtige oder unwahre Referenz angegeben wird, gemäß Punkt 1.123 der Ausschreibungsunterlage (und gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG) auszuschließen. Werde für eine der drei Schlüsselpersonal-Personen ein ÖBA-Leiter angegeben, der bereits bei einem der größten Bahnprojekte in Österreich als ÖBA-Leiter tätig und vertraglich gebunden sei, sei "mit hoher einer gewissen Wahrscheinlichkeit" von einer vorsätzlich und nicht bloß irrtümlich unrichtigen Angabe auszugehen. Auch das treffe auf den als ÖBA-Leiter Brücke genannten C*** zu. Das Angebot des präsumtiven Bestbieters wäre daher auszuscheiden und die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Es sei für den Auftraggeber von besonderer Bedeutung, dass die als Schlüsselpersonal angebotenen Personen auch tatsächlich zur Verfügung stehen würden. Ein Angebot, dessen Schlüsselpersonal gar nicht zur Verfügung stehe, sei deshalb (und auch gemäß Paragraph 129, Abs römisch eins Ziffer 7, BVergG) ausschreibungswidrig und auszuscheiden. Das sei beim Angebot des präsumtiven Bestbieters der Fall, weil sein ÖBA- Leiter Brücke über Jahre bei einem Bauprojekt der ÖBB vertraglich mit seiner gesamten Kapazität gebunden sei. Die Referenzprojekte, welche ein ÖBA-Leiter Brücke nachweisen müsse, um die maximale Punkteanzahl erreichen zu können, sei so spezifisch,

dass bei den teilnehmenden Bietergemeinschaften nur zwei Personen in Frage kommen würden. Eine dieser beiden Personen sei im Angebot der Antragsteller genannt. Da der präsumtive Zuschlagsempfänger 99,9% aller denkbaren Punkte erreicht haben soll, müsse die andere Person in seinem Angebot angegeben sein. Dabei handle es sich Herrn C***. Nach den Informationen der Antragsteller sei Herr C*** auch im Angebot des präsumtiven Bestbieters genannt. Auch wenn sein Einsatz auf Grund seiner herausragenden Qualifikation für den Auftraggeber wünschenswert wäre, könne Herr C*** nicht zur Verfügung stehen, weil er bereits in einem anderen Projekt vertraglich gebunden sei. Herr C*** sei als ÖBA- Leiter im Baulos 60.6 Drauerung, einem Projekt der ÖBB-Infrastruktur AG tätig und zwar bis voraussichtlich Mitte 2015. Auch dort seien die im Angebot genannten Schlüsselkräfte verbindlich einzusetzen. Eine Zustimmung der ÖBB-Infrastruktur AG, Herrn C*** zu Gunsten eines anderen Projektes abzuziehen, könne ausgeschlossen werden. Außerdem sei der Bieter eines Angebotes, bei welchem im Rahmen der Selbstdeklaration hinsichtlich der Referenzprojekte vorsätzlich eine unrichtige oder unwahre Referenz angegeben wird, gemäß Punkt 1.123 der Ausschreibungsunterlage (und gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG) auszuschließen. Werde für eine der drei Schlüsselpersonal-Personen ein ÖBA-Leiter angegeben, der bereits bei einem der größten Bahnprojekte in Österreich als ÖBA-Leiter tätig und vertraglich gebunden sei, sei "mit hoher einer gewissen Wahrscheinlichkeit" von einer vorsätzlich und nicht bloß irrtümlich unrichtigen Angabe auszugehen. Auch das treffe auf den als ÖBA-Leiter Brücke genannten C*** zu. Das Angebot des präsumtiven Bestbieters wäre daher auszuschneiden und die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

2. 2.Ziffer 2

Dem Angebot des präsumtiven Bestbieters seien wesentlich weniger Punkte zu gewähren, weil sein ÖBA-Leiter Brücke nicht zur Verfügung stehe:

Selbst wenn der nicht einsetzbare ÖBA-Leiter Brücke doch nicht zu einem Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Bestbieters und auch nicht zu dessen Ausschluss führen sollte, sei die Zuschlagsentscheidung trotzdem rechtswidrig. Die Qualifikationen des ÖBA-Leiters Brücke seien für die Vergabe von Qualitätspunkten bei den Subkriterien Referenzen - ÖBA-Leiter Brücke (4+2 Punkte), Mindestpersonaleinsatz (bis zu 4 Punkten), Berufserfahrung - Ausbildung und Berufserfahrung - ÖBA-Leiter Brücke (0,50 Punkte) und Berufserfahrung - Personalentwicklung - ÖBA-Leiter Brücke (0,50 Punkte) ausschlaggebend. Dies ergebe sich aus der Matrix auf Seite 5 des Teils D.1.2 der Ausschreibungsunterlagen. Stehe diese Person aber nicht zur Verfügung, dürfe einem Angebot zu allen diesen Kriterien kein Punkt zugeteilt werden. Schließlich fielen dann alle Qualifikationen dieser Person ersatzlos weg. Somit wären dem Angebot des präsumtiven Bestbieters 11 Punkte weniger zu verleihen. Da auch beim Hearing das Schlüsselpersonal anwesend zu sein habe, eine dieser drei Personen aber gar nicht anwesend sein dürfe, könne die Verleihung der vollen Punktezahl an den präsumtiven Bestbieter für das Subkriterium Hearing unmöglich korrekt sein. Die darzustellende Qualität des Projektteams wäre gravierend verschlechtert. Folglich müsste den Antragstellern die maximale Punkteanzahl für das Hearing verliehen werden (30 Punkte) und nicht dem präsumtiven Bestbieter. Diesem dürften höchstens 22,5 Punkte für den zweiten Platz verliehen werden; das seien 7,5 Punkte weniger. Insgesamt wären dem präsumtiven Bestbieter somit 11 + 7,5 Punkte, also 18,5 Punkte weniger zu verleihen und er käme nur auf 81,3 Punkte. Da den Antragstellern richtigerweise zumindest beim Kriterium Hearing mehr Punkte zu verleihen wären, käme ihr Angebot jedenfalls vor jenem des präsumtiven Bestbieters zu liegen. Aus den nachfolgend dargestellten Gründen, wäre ihr Angebot deshalb auch vor jenem des derzeit zweitgereihten Bieters zu reihen. Den Anträgen der Antragsteller sei Recht zu geben und die Zuschlagsentscheidung sei für nichtig zu erklären.

3. 3.Ziffer 3

Das Angebot des zweitgereihten Bieters sei auszuschneiden, weil auch sein ÖBA-Leiter Tunnel nicht zur Verfügung stehe:

Auch das Angebot des zweitgereihten Bieters sei auszuschneiden. Der darin genannte ÖBA-Leiter Tunnel sei sogar bei einem Projekt des Auftraggebers in Oberösterreich, nämlich beim Projekt S 10 Mühlviertler Schnellstraße gebunden und könne deshalb für das verfahrensgegenständliche Projekt nicht mehr eingesetzt werden. Das Angebot sei aus den oben dargelegten Gründen auszuschneiden bzw der betreffende Bieter auszuschließen.

4. 4.Ziffer 4

Dem Angebot des zweitgereihten Bieters seien wesentlich weniger Punkte zu gewähren, weil sein ÖBA-Leiter Tunnel nicht zur Verfügung stehe und

5. 5.Ziffer 5

Dem Angebot des zweitgereihten Bieters seien wesentlich weniger Punkte zu gewähren, weil die Bepunktung zum Kriterium Hearing unrichtig berechnet sei.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 20.11.2012 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) sei, welche durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH vertreten werde. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 4.120.000.-- exklusive USt der in einem offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 22.6.2012, in der EU am 27.6.2012 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft B*** sei am 6.11.2012 erfolgt. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 20.11.2012 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) sei, welche durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH vertreten werde. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 4.120.000.-- exklusive USt der in einem offenen Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 22.6.2012, in der EU am 27.6.2012 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft B*** sei am 6.11.2012 erfolgt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 22.11.2012 gab diese bekannt, dass die Angebotsprüfung ergeben habe, dass sowohl das Angebot der präsumentiven Bestbieterin als auch des zweitgereihten Bieters nicht auszuschneiden sei und die Bewertung des eingesetzten Personals ausschreibungskonform erfolgt sei.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 23. November 2012, N/0106-BVA/13/2012-10EV, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Mit Schreiben der präsumentiven Bestbieterin vom 26. November 2012 erhob diese begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2012 legte diese Urkunden vor und erstattete eine ergänzende Stellungnahme.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 6. Dezember 2012 brachte diese vor, dass der von der präsumentiven Bestbieterin als ÖBA-Leiter Brücke im gegenständlichen Vergabeverfahren angebotene C*** im Projekt Drau Querung gebunden sei und für die Abwicklung des gegenständlichen Auftrages nicht zur Verfügung stehe. Ihm für das gegenständliche Projekt doch einzusetzen, würde einen Vertragsbruch gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber ÖBB-Infrastruktur AG darstellen.

Am 11. Dezember 2012 fand im BVA eine mündliche Verhandlung statt. Die Antragstellerin gab dabei an, dass das im Angebot der Antragstellerin angegebene Personal ihr tatsächlich zur Verfügung stehe und nicht bei anderen Aufträgen gebunden sei. Die Auftraggeberin legte ein E-Mail von D*** an E*** vom 10.12.2012 vor und brachte dazu vor, dass die Antragstellerin mit Schreiben vom 22.11.2012 im ASFINAG Projekt Pfändertunnel den dort eingesetzten ÖBA-Gesamtleiter durch Herrn F*** austauschen hätte wollen. Die ASFINAG habe diesem Personalwechsel zugestimmt. Herr F*** sei demnach bis Juli 2013 im Projekt Pfändertunnel zu 100% gebunden. Im gegenständlichen Projekt Tunnelkette Klaus sei von der Antragstellerin als ÖBA-Gesamtleiter Herr F*** ab dem zweiten Halbjahr 2012 bis zweites Halbjahr 2019 angeboten worden. Aus dem Personaldispositionsplan des Projektes Pfändertunnel ergebe sich, dass Herr F*** im gegenständlichen Projekt Tunnelkette Klaus nicht wie gemäß den Ausschreibungsunterlagen gefordert verfügbar sei, weil es Zeitüberschneidungen durch das Projekt Pfändertunnel gebe.

Dazu gab die Antragstellerin an, dass sie die Position 1 aus der Ausschreibungsunterlage D.5 für den ÖBA-Gesamtleiter zwar für eine Gesamtdauer von 83 Monaten angeboten habe, jedoch in der Position 1 ein Einsatzgrad von 100% erst ab Baubeginn Brückenbau ausdrücklich gefordert sei. Daraus, dass erst für einen späteren Zeitpunkt nach Baubeginn ein Einsatz von 100% gefordert sei, habe die Antragstellerin geschlossen, dass für den Zeitraum davor ein Einsatz des ÖBA-Gesamtleiters nicht zu 100% zwingend erforderlich sei. Sie habe deshalb dessen Einsatz für den Zeitraum vor den geforderten 100% Einsatz kostenoptimiert angeboten. Deshalb sei der ÖBA-Gesamtleiter mit einem Einsatzgrad von 100% ab August 2013 angeboten worden.

Die Parteien wurden darauf hingewiesen, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin möglicherweise auszuschneiden gewesen wäre, weil in ihrem "Formblatt Verbindlicher Personaleinsatzplan" mehrere

Personen mit "N.N."

sowie teilweise mit dem Zusatz: "werden vor Leistungsbeginn bekannt gegeben" bezeichnet und damit nicht mit Namen benannt wurden, was Punkt 1.1.23 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen D.1 (Personaleinsatzplan) widersprechen könnte.

Dazu gab die Auftraggeberin an, dass entsprechend den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen das Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" wie gefordert mit Angebotsabgabe vorgelegen sei. Für die Qualitätsbewertung sei aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen maßgeblich, dass das Schlüsselpersonal unter anderem mit den kalkulierten Mannmonaten mit Namen anzugeben sei. Bezüglich des weiteren Projektpersonals sei für die Qualitätsbewertung lediglich die Angabe der kalkulierten Mannmonate erforderlich. Bei der Nichtnennung der Namen des weiteren Projektpersonals handle es sich um einen behebbaren Mangel. Durch die Nachnennung der Namen des weiteren Projektpersonals könne die Wettbewerbsstellung des präsumtiven Bestbieters nicht verbessert werden. Dieser behebbare Mangel sei in der Zwischenzeit von der präsumtiven Bestbieterin behoben worden. Das Formblatt verbindlicher Personaleinsatzplan wurde dem Senat in der Verhandlung vorgelegt.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gab dazu an, dass bei 6 Personen des weiteren Projektpersonals die Bezeichnung "N.N." im Angebot genannt worden seien, schloss sich dem Vorbringen der Auftraggeberin an und wies darauf hin, dass bei den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen unter D.1 Seite 17 darauf hingewiesen wird, dass nur das zur Qualitätsbewertung herangezogene Personal auch tatsächlich zur Verfügung stehen müsse und somit auch nur dieses namentlich benannt werden müsse.

Die Antragstellerin brachte dazu vor, dass gemäß der Ausschreibungsunterlage Teil D.1 Personaleinsatzplan das Formblatt verbindlicher Personaleinsatzplan zwingend abzugeben sei. Daraus folge, dass ein fehlerhaftes Formblatt einen unbehebaren Mangel darstelle. Tatsächlich erlange der Bieter dadurch, dass er für die Planung seines Personaleinsatzes mehr Zeit zur Verfügung habe als die anderen Bieter, die das Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" bereits mit ihrem Angebot vollständig abgegeben würden, einen Wettbewerbsvorteil. Weiters bezeichne auch der Auftraggeber selbst das Formblatt als verbindlich, das spreche ergänzend dafür, dass es sich um einen unbehebaren Mangel handle. In Absatz 3 der Überschrift Personaleinsatzplan lege die Ausschreibungsunterlage fest, dass sich der Auftragnehmer verpflichte, die gesamte vertraglich vereinbarte Leistung von jenen Personen ausführen zu lassen, welche er im verbindlichen Personaleinsatzplan namhaft gemacht habe. Daraus folge ebenso, dass das gesamte Personal und nicht nur jenes das für die Qualitätsbewertung herangezogen werde, bereits mit Angebotsabgabe namentlich zu nennen sei. Die Angabe eines Platzhalters wie "N.N." sei keine namentliche Angabe und ermögliche dem Auftraggeber nicht festzustellen, ob der Auftragnehmer tatsächlich der zitierten Verpflichtung nachkomme. Aus all diesen Gründen müsse es sich um einen unbehebaren Mangel handeln. Zum Argument der mitbeteiligten Partei: Der letzte Absatz der Überschrift Personaleinsatzplan enthalte eine Erklärung, wie der Auftraggeber bei der Qualitätsbewertung vorzugehen beabsichtige; er hebe jedoch die genannte Verpflichtung des Auftragnehmers, die gesamte vertragliche Leistung von namentlich genannten Personen ausführen zu lassen, nicht auf.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 12. Dezember 2012 brachte diese vor, dass es sich beim Projekt Pfändertunnel um ein älteres Projekt (Ausschreibungsunterlagen Stand 2006) handeln würde und demnach die Ausschreibungsunterlagen nicht ganz mit dem heutigen Stand vergleichbar seien. Es werde jedoch von der örtlichen Bauaufsicht ein Dekadenplan geführt, aus dem ersichtlich sei, welche Person mit welchem Prozentsatz an der Baustelle im Einsatz sei. Aus diesem sei klar ersichtlich, dass es bei dem von der Antragstellerin genannten ÖBA-Gesamtleiter Herrn F*** aufgrund seiner Tätigkeit am Pfändertunnel und aufgrund des Angebotes im gegenständlichen Verfahren sehr wohl zu Überschneidungen komme. So sei zum Beispiel Herr F*** zu 100 % im Projekt Pfändertunnel tätig und gleichzeitig auch im gegenständlichen Projekt angeboten. In der Ausschreibungsunterlage D.5, Leistungsverzeichnis Seite 7, komme klar in Zusammenschau mit der Tabelle Grundposition zum Ausdruck, dass die vorgegebene Menge für die Grundposition (dabei handle es sich um den ÖBA-Gesamtleiter, den ÖBA-Techniker und das ÖBA-Sekretariat) ebenfalls 83 Monate zu betragen habe und es sei der Einsatzgrad für den Mindestpersonaleinsatz für diesen Zeitraum sicherzustellen. Durch diese Angaben werde unabhängig von der Festlegung, dass die Grundposition 1 ab Auftragserteilung gelte, festgelegt, dass der Einsatzgrad jedenfalls 100 % beziehungsweise für das Sekretariat 50 % zu betragen habe. Demnach sei zwar ein Einsatzgrad von 100 % beziehungsweise 50 % ab Baubeginn vor Ort gefordert, dies stehe aber nicht im Widerspruch dazu, dass der entsprechende Einsatzgrad vor Baubeginn sicherzustellen sei und

daher insgesamt 83 Mannmonate anzubieten seien. Von einem sachkundigen Bieter wären daher für den ÖBA-Gesamtleiter

83 Mannmonate (= 100 %), für den ÖBA-Techniker 83 Mannmonate

(= 100 %) und für das ÖBA-Sekretariat 41,5 Mannmonate (= 50 %)

anzubieten gewesen. Die Antragstellerin habe aber in ihrem Personaldispositionsplan für den ÖBA-Gesamtleiter 80,38 Mannmonate (< 100 %), für den ÖBA-Techniker 82,41 Mannmonate (< 100 %) und für das ÖBA-Sekretariat 38,18 Mannmonate (< 50 %) angeboten. Daher habe die Antragstellerin ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt, welches auszuschneiden sei.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 17. Dezember 2012 brachte diese ergänzend vor, dass die Antragstellerin den ÖBA-Gesamtleiter und ÖBA-Techniker auch vor dem Baubeginn angeboten hätten. Das ÖBA-Sekretariat sei jedoch vor Baubeginn überhaupt nicht angeboten worden. Dem stehe die Position 1 Grundposition entgegen. Daraus ergebe sich, dass Personal welches auch vor Baubeginn angeboten werde, mit dem hier geforderten Mindestpersonaleinsatz von 100 % beziehungsweise 50 % anzubieten gewesen wäre.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 4. Jänner 2013 brachte diese vor, dass Punkt 3.1.4 der Ausschreibungsunterlage D.3 Mindestaufgaben des Schlüsselpersonals festlege. Diese würden sich auch auf die Aufgaben des ÖBA-Gesamtleiters beziehen. Sie würden jedoch nicht festlegen, dass der ÖBA-Gesamtleiter während der gesamten Projektdauer, also insbesondere ab Leistungsbeginn, zu 100 % auf der Baustelle anwesend zu sein habe oder zu 100 % für das Projekt Tunnelkette Klaus einzusetzen sei. Vielmehr hätten gemäß Punkt 3.1.5 die im verbindlichen Personaleinsatzplan genannten Personen wie der ÖBA-Gesamtleiter nur zur Erfüllung der gegenständlichen Aufgaben und Leistungen im Baubüro beziehungsweise im Projektgebiet anwesend zu sein. Die Antragstellerin habe aus der Formulierung in Position 1 Grundposition, wonach der ÖBA-Gesamtleiter erst ab Baubeginn Brückenbau zu 100 % einzusetzen sei den Schluss gezogen, dass dieser davor gerade nicht zu 100 % einzusetzen sei. Auch aus anderen Positionen der Ausschreibungsunterlage D.5 gehe kein anderer oder zusätzlicher Einsatzgrad des ÖBA-Gesamtleiters hervor, als der in Position 1 genannte. Folglich sei es ein Mindestkriterium gewesen, den ÖBA-Gesamtleiter ab Baubeginn Brückenbau voll einzusetzen. Wie ein Bieter diesen Gesamtleiter jedoch in anderen Zeiträumen einsetze, sei seiner Angebotsstellung überlassen. Auch aus der Grafik auf Seite 5 der Ausschreibungsunterlage D.5 ergebe sich nicht, mit welchem Einsatzgrad eine bestimmte Person einzusetzen sei. Überdies habe diese Grafik, wie den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen sei, ausschließlich Informationscharakter. Somit würden folgende Mindestkriterien für anzubietende Mannmonate gelten:

1. a)Litera a

Gesamtleiter ÖBA bei 100 % Einsatzgrad ab Baubeginn: 74 Mannmonate

2. b)Litera b

ÖBA-Sekretariat bei 50 % Einsatzgrad ab Baubeginn: 37 Mannmonate. Beide Kriterien seien von der Antragstellerin mit 80,38 beziehungsweise 38,18 Mannmonaten eingehalten worden. Es sei zwar richtig, dass sich die Position 1 Grundposition über 83 Monate erstrecke. Das bedeute aber nicht, dass dazu auch 83 Mannmonate anzubieten seien. Auch bei anderen LV-Positionen seien Mengenvordersätze zu verwenden. Daraus folge aber nur, dass ein monatlicher Durchschnittspreis zu errechnen sei, der nach Multiplikation mit dem Mengenvordersatz den Positionspreis ergebe.

Am 8. Jänner 2013 wurde die mündliche Verhandlung fortgesetzt. Die Antragstellerin gab dabei an, dass die Position 1 auf Seite 7 der Ausschreibungsunterlage D.5 für den Zeitraum von Auftragserteilung bis Baubeginn den Einsatzgrad, also die Intensität mit der eingesetztes Personal arbeite genauso wenig festlege, wie den Einsatzort. Eine eindeutige und ausdrückliche Festlegung enthalte die Ausschreibungsunterlage erst für den Zeitraum ab Baubeginn Brückenbau. Ab Baubeginn Brückenbau sei laut der ersten Tabelle in Position 1 der ÖBA-Gesamtleiter und der ÖBA-Techniker zu 100% vor Ort einzusetzen. Das ÖBA-Sekretariat sei ab Baubeginn Brückenbau zu 50% vor Ort einzusetzen. Diese Einsatzintensität und diesen Einsatzort hätte die Antragstellerin in ihrem Angebot auch kalkuliert. Für die Zeit vor Baubeginn Brückenbau obliege es nach den Ausschreibungsunterlagen den Bietern, welchen Einsatzgrad und welchen Einsatzort sie kalkulieren und anbieten würden. Dass der Einsatzgrad und der Einsatzort vor Baubeginn Brückenbau nicht verbindlich festgelegt sei, ergebe sich für die Antragstellerin aus Absatz 3 der Position 1, Seite 7, D5, wo zum einen von einem geforderten Mindestpersonaleinsatz die Rede sei, der bei der Angebotslegung und der Erstellung des

Personaleinsatzplanes zu berücksichtigen sei. Daraus folge, dass auch ein darüber hinausgehender Personaleinsatz zulässig sei. In der ersten Tabelle in Position 1, welche den Titel Mindestpersonaleinsatz trage, sei aber nur ein Einsatzgrad vor Ort zu 100% bzw. 50% ab Baubeginn Brückenbau gefordert. Das Mindestpersonal für die Zeit von Auftragserteilung bis Baubeginn, in welcher somit kein Einsatzgrad vor Ort vorgesehen sei, die notwendigen Arbeiten gemäß Leistungsbild durchführe und dabei aber nicht 100% seiner Normalarbeitszeit für das gegenständliche Projekt zu verwenden habe.

Die Auftraggeberin gab an, dass aus Sicht der ASFINAG auch vor Baubeginn der ÖBA-Gesamtleiter und ÖBA-Techniker je 100% ihrer Normalarbeitszeit dem Auftraggeber ausschließlich zur Verfügung zu stellen habe (für das ÖBA-Sekretariat 50%). Dies ergebe sich aus den Festlegungen der D3 der Leistungsbeschreibung, zB den Mindestaufgaben des Schlüsselpersonals (Punkt 3.1.4. und 3.1.5 von D3) sowie in Zusammenschau mit den Ausführungen der Grundposition, Seite 7 der D5. Entsprechend den Ausführungen der Antragstellerin und den kalkulierten Mannmonatssätzen der Antragstellerin sei es aus Sicht der Auftraggeberin nicht möglich alle Leistungen der örtlichen Bauaufsicht gemäß der Leistungsbeschreibung D3 zu erfüllen. Dies insbesondere auch aufgrund des Umstandes, dass das ÖBA-Sekretariat jedenfalls vor Baubeginn nicht angeboten worden sei.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die ASFINAG hat zur Beschaffung "A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau, Örtliche Bauaufsicht" einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines offenen Verfahrens gemäß § 25 Abs 2 BVergG mit einem geschätzten Auftragswert von € Die ASFINAG hat zur Beschaffung "A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau, Örtliche Bauaufsicht" einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines offenen Verfahrens gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG mit einem geschätzten Auftragswert von €

4.120.000,-- exklusive USt ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 22.6.2012, in der EU am 27.6.2012 erfolgt. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Es wurde kein Angebot ausgeschrieben. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 6.11.2012 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft B*** getroffen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 20.11.2012, Akt des Vergabeverfahrens)

Seite 7 der Ausschreibungsunterlage D.5 Leistungsverzeichnis lautet wie folgt:

"Pos. 1 Grundposition

Gilt ab Auftragserteilung der ÖBA bis 3 Monate nach Abschluss der letzten Schlussrechnungsprüfungen (Schlussgesprächen mit AN). Einsatz vor Ort: ab Baubeginn Brückenbau

Mindestpersonaleinsatz

Funktion	Zeitdauer	Einsatzgrad
vor Ort		
ÖBA-Gesamtleiter	Wochenbetrieb	100%
ÖBA-Techniker	Wochenbetrieb	100%
ÖBA-Sekretariat	Wochenbetrieb	50%

Das im Zuge der Angebotslegung angebotene und bewertete Personal ist mit dem hier geforderten Mindestpersonaleinsatz einzusetzen. Der Bieter hat das Mindestpersonal vor Ort durch Zusatzpersonal zu unterstützen. Die tatsächliche Anzahl des benötigten Personales vor Ort zur Abdeckung aller Pflichten aus dem Vertrag obliegt dem Bieter, muss im Zuge der Kalkulation in den entsprechenden LV-Positionen berücksichtigt werden und ist somit mit den Einheitspreisen abgegolten.

Der geforderte Mindestpersonaleinsatz ist bei der Angebotslegung und der Erstellung des Personaleinsatzplanes zu berücksichtigen.

Ein Einsatzgrad vor Ort von 100% bedeutet, dass während der Bauzeit die Person zu ihrer Normalarbeitszeit (inkl. Überstunden) vor Ort anwesend ist, Urlaubszeiten und Krankenstand sind durch sonstiges gleichwertiges Personal abzudecken. Dieses muss jedoch im Zuge der Angebotslegung nicht gesondert ausgewiesen werden.

Angefangene Monate bei Leistungsbeginn und -ende werden nach Tagsätzen (Teiler 1/30 des Monatssatzes) abgerechnet.

Grundposition Menge Einheitspreis Positionspreis

/ 1 Grundposition

für alle Leistungen 87 Monate

der Örtlichen

Bauaufsicht gem.

Leistungsbeschreibung

D3. Diese Position

gilt auch für Leistungen,

für die keine

gesonderten Positionen

ausgewiesen sind.

Grundposition Menge Einheitspreis Positionspreis

/ 1 Grundposition

für alle Leistungen 83 Monate

der Örtlichen Bauaufsicht

gem. Leistungsbeschreibung

D3. Diese Position gilt

auch für Leistungen,

für die keine

gesonderten Positionen

ausgewiesen sind.

" (Ausschreibungsunterlagen)

Punkt 3.1.5 der Ausschreibungsunterlage D.3 lautet:

"3.1.5 Anwesenheitspflicht ÖBA

Die im verbindlichen Personaleinsatzplan genannten Personen ÖBA-Gesamtleiter, ÖBA-Leiter Tunnel, ÖBA-Leiter Brücke, Bauwarte, Techniker und Sekretariat haben zur Erfüllung der gegenständlichen Aufgaben und Leistungen im Baubüro bzw. im Projektgebiet anwesend zu sein." (Ausschreibungsunterlagen)

Punkt 1.1.23 der Allgemeinen Ausschreibungsunterlage D.1 lautet:

"Personaleinsatzplan

Mit dem Angebot ist die Angabe des geplanten Personaleinsatzes

beinhaltend

- Namen des eingesetzten Personals
- Unternehmen, Standort
- Qualifikation
- Kalkulierte Mannmonate

entsprechend dem Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" im Anhang zum Angebotsdeckblatt zwingend abzugeben. Das zur Erbringung der erforderlichen Qualität der Leistung notwendige Personal ist unabhängig vom

angebotenen Personaleinsatzplan auf Vertragsdauer im Gesamthonorar zu berücksichtigen. Allfällig für das Projekt erforderliches zusätzliches Personal ist darüber hinaus im Rahmen der definierten Leistungsbeschreibung (siehe Teil D.3) beizustellen. Die hieraus entstehenden Kosten sind im vereinbarten Honorar enthalten.

Der Auftragnehmer hat die Leistung unter seiner Verantwortung und im Rahmen seines Unternehmens auszuführen. Darüber hinaus verpflichtet sich der Auftragnehmer, die gesamte vertraglich vereinbarte Leistung von jenen Personen ausführen zu lassen, welche er im "Verbindlichen Personaleinsatzplan" namhaft gemacht hat.

Ein Abweichen von dieser Verpflichtung führt jedenfalls zur Fälligkeit der Pönale gem. den rechtlichen Vertragsbestimmungen (Teil D.4) "Vertragsstrafe bei Leistungsänderung".

Die Qualifikation (Referenzen) des eingesetzten Personals kann sich nur auf die im Personaleinsatzplan angeführten Personen beziehen. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das zur Qualitätsbewertung herangezogene Personal auch tatsächlich zur Verfügung stehen muss. Sollte dies nicht der Fall sein (z.B. Kündigung, etc), wird diese Person mit 0 Punkten bewertet. Ein Austausch (Nachnennung und alternative Bewertung einer Person während der Vergabephase) ist nicht möglich."

(Ausschreibungsunterlagen)

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot im Personaldispositionsplan für den ÖBA-Gesamtleiter 80,38 Mannmonate, für den ÖBA-Techniker 82,41 Mannmonate und für das ÖBA-Sekretariat 38,18 Mannmonate angeboten. (Akt des Vergabeverfahrens)

Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin bezeichnet im "Formblatt Verbindlicher Personaleinsatzplan" sechs Personen mit "N.N." sowie teilweise (5 von diesen 6 Personen) mit dem Zusatz: "werden vor Leistungsbeginn bekannt gegeben". (Akt des Vergabeverfahrens)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

1. 3.Ziffer 3

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin

Die Ausschreibungsunterlagen sind nicht angefochten worden und daher bestandfest geworden. Das Angebot der Antragstellerin ist nicht ausgeschieden worden.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat die Vergabekontrollbehörde -auch auf Grund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bietern (nur) dann als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre. Wenn sich aus den der Nachprüfungsbehörde vorliegenden Akten des Vergabeverfahrens der geltend gemachte Grund für das Ausscheiden des Angebots nicht ergibt, ist die Nachprüfungsbehörde nicht verpflichtet, das Vorliegen dieses Ausschlussgrundes zu prüfen (VwGH 1.7.2010, 2009/04/0207).

Die Auftraggeberin hat zusammengefasst vorgebracht, dass es bei dem von der Antragstellerin genannten ÖBA-Gesamtleiter Herrn F*** aufgrund seiner Tätigkeit am Pfändertunnel und aufgrund des Angebotes im gegenständlichen Verfahren zu Überschneidungen komme. So sei Herr F*** zu 100 % im Projekt Pfändertunnel tätig und gleichzeitig auch im gegenständlichen Projekt angeboten. Als Beweis dafür nennt die Auftraggeberin insbesondere Ausschreibungsunterlagen des ASFINAG-Projektes Pfändertunnel (Stand 2006), eine E-Mail von D*** an E*** vom 10.12.2012 sowie einen von der örtlichen Bauaufsicht geführten Dekadenplan. Daher habe die Antragstellerin ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt, welches auszuschneiden sei. Es gibt in den der Nachprüfungsbehörde vorliegenden Akten des Vergabeverfahrens weder Hinweise auf die oben genannten Beweise noch Hinweise, dass die Auftraggeberin diesen behaupteten Ausscheidensgrund im Vergabeverfahren geprüft hat oder dass er vorliegt. Da sich somit aus den der Nachprüfungsbehörde vorliegenden Akten des Vergabeverfahrens der geltend gemachte Grund für das Ausscheiden des Angebots nicht ergibt, ist die Nachprüfungsbehörde entsprechend der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht verpflichtet, das Vorliegen dieses Ausschlussgrundes zu prüfen.

Die Auftraggeberin hat weiters zusammengefasst vorgebracht,

für den ÖBA-Gesamtleiter seien 83 Mannmonate (= 100 %), für

den ÖBA-Techniker 83 Mannmonate (= 100 %) und für das ÖBA-

Sekretariat 41,5 Mannmonate (= 50 %) anzubieten gewesen. Die Antragstellerin habe aber in ihrem Personaldispositionsplan für den ÖBA-Gesamtleiter 80,38 Mannmonate (< 100 %), für den ÖBA-Techniker 82,41 Mannmonate (< 100 %) und für das ÖBA-Sekretariat 38,18 Mannmonate (< 50 %) angeboten. Das ÖBA-Sekretariat sei vor Baubeginn überhaupt nicht angeboten worden. Auch deshalb habe die Antragstellerin ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt, welches auszuschneiden sei. Es gibt in den der Nachprüfungsbehörde vorliegenden Akten des Vergabeverfahrens ebenfalls keine Hinweise, dass die Auftraggeberin diesen behaupteten Ausscheidensgrund im Vergabeverfahren geprüft hat. Allerdings beruft sie sich hier auf die Ausschreibungsunterlagen welche einen Bestandteil des Aktes des Vergabeverfahrens bilden, weshalb dieser behauptete Ausscheidensgrund grundsätzlich zu prüfen ist.

Ausschreibungsunterlagen sind nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren (vgl. VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018). Dementsprechend ergibt sich aus Seite 7 der Ausschreibungsunterlage D.5 Leistungsverzeichnis, Position 1 Grundposition, in Zusammenschau mit Punkt 3.1.5 der Ausschreibungsunterlage D.3, dass für den ÖBA-Gesamtleiter, den ÖBA-Techniker und das ÖBA-Sekretariat ein Einsatzgrad vor Ort ab Baubeginn Brückenbau von 100 % (ÖBA-Gesamtleiter und ÖBA-Techniker) bzw. 50% (ÖBA-Sekretariat) vorzusehen ist. Ein Einsatzgrad vor Ort von 100% bedeutet, dass während der Bauzeit die Person zu ihrer Normalarbeitszeit (inkl. Überstunden) vor Ort anwesend ist. Für die Zeit vor Baubeginn wird kein bestimmter Einsatzgrad festgelegt, sondern haben die genannten Personen lediglich "zur Erfüllung der gegenständlichen Aufgaben und Leistungen im Baubüro bzw. im Projektsgebiet anwesend zu sein" (Punkt 3.1.5 der Ausschreibungsunterlage D.3). Die Ausschreibungsunterlage überlässt es somit in Position 1 dem Bieter, welchen Einsatzgrad er vor Baubeginn vorsieht. Es stellt somit keinen Ausscheidungsgrund dar, wenn ein Bieter für die Zeit vor Baubeginn nicht den Einsatzgrad kalkuliert hat den er ab Baubeginn zu kalkulieren hat. Die Behauptung der Auftraggeberin, dass von der Antragstellerin das ÖBA-Sekretariat vor Baubeginn überhaupt nicht angeboten worden sei, kann nicht nachvollzogen werden, da sich aus dem von der Antragstellerin angebotenen Personaldispositionsplan ergibt, dass das ÖBA-Sekretariat ab der 2. Jahreshälfte 2013 mit 2,5 Mannmonaten angeboten wird; voraussichtlicher Baubeginn ist gem. Punkt 3.1.2 der Ausschreibungsunterlage D.3 jedoch der 26.8.2013, weshalb (unter Berücksichtigung des vorgegebenen Einsatzgrades vor Ort von 50%) vor Baubeginn sehr wohl das ÖBA-Sekretariat angeboten sein kann. Ausschreibungsunterlagen sind nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 19.11.2008, 2007/04/0018). Dementsprechend ergibt sich aus Seite 7 der Ausschreibungsunterlage D.5 Leistungsverzeichnis, Position 1 Grundposition, in Zusammenschau mit Punkt 3.1.5 der Ausschreibungsunterlage D.3, dass für den ÖBA-Gesamtleiter, den ÖBA-Techniker und das ÖBA-Sekretariat ein Einsatzgrad vor Ort ab Baubeginn Brückenbau von 100 % (ÖBA-Gesamtleiter und ÖBA-Techniker) bzw. 50% (ÖBA-Sekretariat) vorzusehen ist. Ein Einsatzgrad vor Ort von 100% bedeutet, dass während der Bauzeit die Person zu ihrer Normalarbeitszeit (inkl. Überstunden) vor Ort anwesend ist. Für die Zeit vor Baubeginn wird kein bestimmter Einsatzgrad festgelegt, sondern haben die genannten Personen lediglich "zur Erfüllung der gegenständlichen Aufgaben und Leistungen im Baubüro bzw. im Projektsgebiet anwesend zu sein" (Punkt 3.1.5 der Ausschreibungsunterlage D.3). Die Ausschreibungsunterlage überlässt es somit in Position 1 dem Bieter, welchen Einsatzgrad er vor Baubeginn vorsieht. Es stellt somit keinen Ausscheidungsgrund dar, wenn ein Bieter für die Zeit vor Baubeginn nicht den Einsatzgrad kalkuliert hat den er ab Baubeginn zu kalkulieren hat. Die Behauptung der Auftraggeberin, dass von der Antragstellerin das ÖBA-Sekretariat vor Baubeginn überhaupt nicht angeboten worden sei, kann nicht nachvollzogen werden, da sich aus dem von der Antragstellerin angebotenen Personaldispositionsplan ergibt, dass das ÖBA-Sekretariat ab der 2. Jahreshälfte 2013 mit 2,5 Mannmonaten angeboten wird; voraussichtlicher Baubeginn ist gem. Punkt 3.1.2 der Ausschreibungsunterlage D.3 jedoch der 26.8.2013, weshalb (unter Berücksichtigung des vorgegebenen Einsatzgrades vor Ort von 50%) vor Baubeginn sehr wohl das ÖBA-Sekretariat angeboten sein kann.

Weitergehende Feststellungen - insbesondere ob es der Antragstellerin möglich ist alle Leistungen der örtlichen Bauaufsicht gemäß der Leistungsbeschreibung D.3 zu erfüllen - können nicht getroffen werden, da dafür die Heranziehung eines Sachverständigen notwendig wäre. Es ist jedoch nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde, bei der Prüfung der Antragslegitimation die - vom Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht bezweifelte - Plausibilität von Bieterangaben zu prüfen, wenn dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095).

Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist somit gegeben.

1. 4.Ziffer 4

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin bezeichnet im "Formblatt Verbindlicher Personaleinsatzplan" sechs Personen mit "N.N." sowie teilweise (5 von diesen 6 Personen) mit dem Zusatz: "werden vor Leistungsbeginn bekannt gegeben". In Punkt 1.1.23 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen D.1 wird zum Personaleinsatzplan angegeben, dass dort die Namen des eingesetzten Personals zwingend anzugeben sind. Darüber hinaus verpflichtet sich der Auftragnehmer, die gesamte vertraglich vereinbarte Leistung von jenen Personen ausführen zu lassen, welche er im "Verbindlichen Personaleinsatzplan" namhaft gemacht hat. Daraus folgt, dass das gesamte im "Formblatt Verbindlicher Personaleinsatzplan" zu benennende Personal bereits mit Angebotsabgabe namentlich zu nennen ist. Die Angabe eines Platzhalters wie "N.N." ist keine namentliche Angabe und ermöglicht dem Auftraggeber nicht festzustellen, ob der Auftragnehmer tatsächlich seinen Verpflichtungen nachkommt. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ist daher ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, welches gem. § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin bezeichnet im "Formblatt Verbindlicher Personaleinsatzplan" sechs Personen mit "N.N." sowie teilweise (5 von diesen 6 Personen) mit dem Zusatz: "werden vor Leistungsbeginn bekannt gegeben". In Punkt 1.1.23 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen D.1 wird zum Personaleinsatzplan angegeben, dass dort die Namen des eingesetzten Personals zwingend anzugeben sind. Darüber hinaus verpflichtet sich der Auftragnehmer, die gesamte vertraglich vereinbarte Leistung von jenen Personen ausführen zu lassen, welche er im "Verbindlichen Personaleinsatzplan" namhaft gemacht hat. Daraus folgt, dass das gesamte im "Formblatt Verbindlicher Personaleinsatzplan" zu benennende Personal bereits mit Angebotsabgabe namentlich zu nennen ist. Die Angabe eines Platzhalters wie "N.N." ist keine namentliche Angabe und ermöglicht dem Auftraggeber nicht festzustellen, ob der Auftragnehmer tatsächlich seinen Verpflichtungen nachkommt. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ist daher ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, welches gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre.

Wenn die Auftraggeberin meint, dass es sich bei der Nichtnennung der Namen des weiteren Projektpersonals um einen behebbaren Mangel handelt übersieht sie, dass entsprechend Punkt 1.1.23 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen D.1 die Namen des eingesetzten Personals zwingend anzugeben sind. Da dies nicht ausreichend geschehen ist, liegt ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor. Selbst wenn man jedoch davon ausgehen wollte, dass es sich dabei um ein fehlerhaftes oder unvollständiges Angebot handelt, würde es sich um einen unbehebaren Mangel handeln, weil der Bieter dadurch, dass er für die Planung seines Personaleinsatzes mehr Zeit zur Verfügung hat als die anderen Bieter, die das Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" bereits mit ihrem Angebot vollständig abgegeben haben, einen Wettbewerbsvorteil erlangt (vgl. VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186). Außerdem könnte er damit spekulieren, etwaige bisher fehlende oder anderweitig eingesetzte Personalressourcen erst ab Auftragserteilung an sich bzw an diesen Auftrag binden zu müssen, wodurch er ebenfalls einen Wettbewerbsvorteil erlangen würde (der Zusatz "werden vor Leistungsbeginn bekannt gegeben" deutet in diese Richtung). Wenn die Auftraggeberin meint, dass es sich bei der Nichtnennung der Namen des weiteren Projektpersonals um einen behebbaren Mangel handelt übersieht sie, dass entsprechend Punkt 1.1.23 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen D.1 die Namen des eingesetzten Personals zwingend anzugeben sind. Da dies nicht ausreichend geschehen ist, liegt ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor. Selbst wenn man jedoch davon ausgehen wollte, dass es sich dabei um ein fehlerhaftes oder unvollständiges Angebot handelt, würde es sich um einen unbehebaren Mangel handeln, weil der Bieter dadurch, dass er für die Planung seines Personaleinsatzes mehr Zeit zur Verfügung hat als die anderen Bieter, die das Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" bereits mit ihrem Angebot vollständig abgegeben haben, einen Wettbewerbsvorteil erlangt (vergleiche VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186). Außerdem könnte er damit spekulieren, etwaige bisher fehlende oder anderweitig eingesetzte Personalressourcen erst ab Auftragserteilung an sich bzw an diesen Auftrag binden zu müssen, wodurch er ebenfalls einen Wettbewerbsvorteil erlangen würde (der Zusatz "werden vor Leistungsbeginn bekannt gegeben" deutet in diese Richtung).

Wenn die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin darauf hinweist, dass bei den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen unter D.1 Seite 17 darauf hingewiesen wird, dass nur das zur Qualitätsbewertung

herangezogene Personal auch tatsächlich zur Verfügung stehen müsse und somit auch nur dieses namentlich benannt werden müsse übersieht sie, dass entsprechend Punkt

1.1.23 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen D.1 - ohne Einschränkung - die Namen des eingesetzten Personals zwingend anzugeben sind. Darüber hinaus verpflichtet sich der Auftragnehmer, die gesamte vertraglich vereinbarte Leistung von jenen Personen ausführen zu lassen, welche er im "Verbindlichen Personaleinsatzplan" namhaft gemacht hat. Auch dies spricht gegen eine Einschränkung der Namhaftmachung des Personals im "Formblatt Verbindlicher Personaleinsatzplan".

Da auch die Voraussetzungen des § 325 Abs 1 BVergG 2006 gegeben sind, war die Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2012 für nichtig zu erklären. Da auch die Voraussetzungen des Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 gegeben sind, war die Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2012 für nichtig zu erklären.

5. Gebührenersatz durch den Auftraggeber

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

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

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

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

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag)

stattgegeben wird und

1. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung

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

Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 18.000,-- (€

12.000,-- für den Nachprüfungsantrag und € 6.000,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 23. November 2012, N/0106-BVA/13/2012-10EV) als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß § 319 BVergG 2006 dem Auftraggeber der Gebührenersatz aufzuerlegen. 12.000,-- für den Nachprüfungsantrag und € 6.000,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 23. November 2012, N/0106-BVA/13/2012-10EV) als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 dem Auftraggeber der Gebührenersatz aufzuerlegen.

Zuletzt aktualisiert am

13.02.2013

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