

TE Verg Bescheid 2010/5/4 N/0026-BVA/12/2010-28

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.05.2010

Norm

BVergG 2006 §101 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2

1. BVergG 2006 § 101 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Dr. Friedrich Rödler als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Durchführungen von Telefonerhebungen als Dienstleistungen" des Auftraggebers Bundesanstalt Statistik Österreich, Guglgasse 13, 1110 Wien, vertreten durch Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH, Stadiongasse 2, 1010 Wien, eingeleitet über Antrag der A***, beide vertreten durch X***, vom 28. März 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin für die gegenständlichen Dienstleistungen zu Gunsten der B*** sowie der darin enthalten Festlegung, wonach diese Bietergemeinschaft als Bestbieter hervorgegangen sei, wird mangels Antragslegitimation zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 101 Abs 4, 129 Abs 1 Z 7, 312 Abs 2 Z 2 und 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 101, Absatz 4, 129, Absatz eins, Ziffer 7, 312, Absatz 2, Ziffer 2 und 320 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Ersatz der von der einschreitenden Bietergemeinschaft für den Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren durch den Ausspruch, dass die Auftraggeberin schuldig ist, die entrichteten Gebühren in Höhe von € 2490,-

innen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: 319 BVergG 2006

Begründung

Die Antragsteller stellten am 28. März 2010, eingelangt am 29. März 2010, die im Spruch ersichtlichen Begehren. Die Antragsteller hätten durch das Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 23. Februar 2010 gemäß § 128 Abs 3 BVergG begehrt, ihnen die Einsichtnahme in den ihr Angebot betreffenden Teil der Niederschrift iSd § 128 Abs 1 BVergG zu gewähren. Diese Niederschrift sei tatsächlich am 1. März 2010 erstellt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei erst am 19. März 2010 ergangen. Es wäre sohin ausreichend Zeit gewesen, diese gesetzlich vorgesehene Einsicht antragskonform zu gewähren, was jedoch der Auftraggeber unterlassen habe. Die Verweigerung der rechtzeitigen Einsichtnahme in die Niederschrift gemäß § 128 Abs 3 BVergG sei daher entscheidungsrelevant für die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung gewesen. Die Zuschlagsentscheidung sei außerdem nicht ausreichend nachvollziehbar begründet, da die darin enthaltene Übersichtstabelle über die Angebotspreise lediglich die Nettoauftragswerte ohne Skonto enthalten würde. Weiters hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfänger wegen fehlender Plausibilität der Preise ausgeschieden werden müssen. Hinzu komme, dass den präsumtiven Zuschlagsempfängern vor Abgabe des Angebotes ein Informationsvorsprung zugekommen sei, die ein faires Vergabeverfahren wesentlich erschwere. Dieser Informationsvorsprung ergebe sich vor allem daraus, dass die präsumtiven Zuschlagsempfänger vom Auftraggeber mit der Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistung für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.03.2010 freihändig beauftragt worden seien. Die Antragsteller stellten am 28. März 2010, eingelangt am 29. März 2010, die im Spruch ersichtlichen Begehren. Die Antragsteller hätten durch das Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 23. Februar 2010 gemäß Paragraph 128, Absatz 3, BVergG begehrt, ihnen die Einsichtnahme in den ihr Angebot betreffenden Teil der Niederschrift iSd Paragraph 128, Absatz eins, BVergG zu gewähren. Diese Niederschrift sei tatsächlich am 1. März 2010 erstellt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei erst am 19. März 2010 ergangen. Es wäre sohin ausreichend Zeit gewesen, diese gesetzlich vorgesehene Einsicht antragskonform zu gewähren, was jedoch der Auftraggeber unterlassen habe. Die Verweigerung der rechtzeitigen Einsichtnahme in die Niederschrift gemäß Paragraph 128, Absatz 3, BVergG sei daher entscheidungsrelevant für die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung gewesen. Die Zuschlagsentscheidung sei außerdem nicht ausreichend nachvollziehbar begründet, da die darin enthaltene Übersichtstabelle über die Angebotspreise lediglich die Nettoauftragswerte ohne Skonto enthalten würde. Weiters hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfänger wegen fehlender Plausibilität der Preise ausgeschieden werden müssen. Hinzu komme, dass den präsumtiven Zuschlagsempfängern vor Abgabe des Angebotes ein Informationsvorsprung zugekommen sei, die ein faires Vergabeverfahren wesentlich erschwere. Dieser Informationsvorsprung ergebe sich vor allem daraus, dass die präsumtiven Zuschlagsempfänger vom Auftraggeber mit der Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistung für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.03.2010 freihändig beauftragt worden seien.

Der Auftraggeber erstattete am 8. April 2010 eine Stellungnahme und brachte einleitend fehlende Antragslegitimation der Antragsteller vor. Er verwies auf Punkt 4.1.8 der Ausschreibungsunterlage (im Folgenden: AU), wonach die an die Leistungserbringung definierten Mussanforderungen jedenfalls zu erfüllen und vom Bieter im Angebot und bei der Erstellung des Konzeptes zu berücksichtigen seien. Die Antragsteller hätten jedoch in ihrem Konzept - entgegen den vorgegebenen Mussanforderungen - weder einen Projektmanager noch einen Organisator bzw. Supervisor namentlich

benannt. Es würden daher wesentliche unbehebbarer Mängel im Angebot der Antragsteller vorliegen, womit aber das Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVerG auszuscheiden sei. Der Auftraggeber erstattete am 8. April 2010 eine Stellungnahme und brachte einleitend fehlende Antragslegitimation der Antragsteller vor. Er verwies auf Punkt 4.1.8 der Ausschreibungsunterlage (im Folgenden: AU), wonach die an die Leistungserbringung definierten Mussanforderungen jedenfalls zu erfüllen und vom Bieter im Angebot und bei der Erstellung des Konzeptes zu berücksichtigen seien. Die Antragsteller hätten jedoch in ihrem Konzept - entgegen den vorgegebenen Mussanforderungen - weder einen Projektmanager noch einen Organisator bzw. Supervisor namentlich benannt. Es würden daher wesentliche unbehebbarer Mängel im Angebot der Antragsteller vorliegen, womit aber das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerG auszuscheiden sei.

Die präsumtiven Zuschlagsempfänger erhoben am 8. April 2010 begründete Einwendungen gemäß § 324 Abs 3 BVerG zur Wahrung ihrer Parteistellung. Die präsumtiven Zuschlagsempfänger erhoben am 8. April 2010 begründete Einwendungen gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVerG zur Wahrung ihrer Parteistellung.

Das Bundesvergabeamt übermittelte am 9. April 2010 die Schriftsätze des Auftraggebers sowie der präsumtiven Zuschlagsempfänger vom 8. April 2010 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme, insbesondere zu der vom Auftraggeber behaupteten fehlenden Antragslegitimation (vgl. Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 9. April 2010, OZ 13). Das Bundesvergabeamt übermittelte am 9. April 2010 die Schriftsätze des Auftraggebers sowie der präsumtiven Zuschlagsempfänger vom 8. April 2010 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme, insbesondere zu der vom Auftraggeber behaupteten fehlenden Antragslegitimation vergleiche Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 9. April 2010, OZ 13).

Die Antragsteller nahmen am 15. April 2010 zur vorgebrachten fehlenden Antragslegitimation Stellung und führten einleitend aus, dass die behaupteten Mängel nicht vorliegen würden. Selbst wenn sie vorliegen würden, würden sie kein Ausscheiden des Angebotes der Antragsteller rechtfertigen, da es sich jedenfalls um behebbare Mängel im Sinne des § 126 Abs 1 BVerG handeln würde. Die Antragsteller zitierten im Folgenden den Inhalt der Musskriterien auf Seite 24 der AU. Die Antragsteller hätten bei allen Mussanforderungen "Ja, wird erfüllt" angekreuzt. Ein besonderer Raum zur Anbringung inhaltlicher Ergänzungen oder der Nennung von Personennamen sei in den auszufüllenden Angebotsunterlagen nicht vorgesehen. Besondere Vorgaben für den Inhalt des vorzulegenden Konzeptes seien in den Ausschreibungsunterlagen nicht gegeben, insbesondere werde dort nicht angeführt, dass die Namen von Organisatoren, Projektmanager oder Supervisoren im Konzept anzuführen seien. Als Grund für das Ausscheiden eines Angebotes sei in den Ausschreibungsunterlagen lediglich angeführt, dass eine der als Mussanforderung definierten Fragen nicht mit JA beantwortet werden sollte. Nachdem sämtliche dieser Fragen mit JA beantwortet worden seien und die Antragsteller (im Fall der Auftragserteilung) selbstverständlich die dort angeführten Punkte beachten würden, gebe es keinen Grund, das Angebot der Antragsteller auszuscheiden. Die entsprechenden Mussanforderungen in der Ausschreibung seien auch nur so zu verstehen, dass bei Beginn der Auftragsausführung (bzw. allenfalls bei jeder späteren Änderung der Personen) eine derartige Benennung gegenüber dem Auftraggeber erfolgen müsse, damit derselben gegenüber stets die entsprechenden Verantwortlichkeiten bzw. Ansprechpersonen bekannt seien. Im Übrigen hätten die Antragsteller, wie im Punkt 3.5 der AU gefordert, die entsprechenden Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen vorgelegt. Damit sei klagestellt, dass die genannten Führungspositionen aus dem Kreis dieser Personen ausgewählt würden; eine namentliche Zuordnung sei ausdrücklich nicht gefordert gewesen. Selbst wenn die Ausschreibungsunterlagen jedoch entgegen dieser Ansicht der Antragsteller in der Form zu interpretieren wären, dass eine solche namentliche Zuordnung erfolgen hätte müssen, so handle es sich dabei mit Sicherheit um einen behebbaren Mangel. Der Auftraggeber hätte im Zuge der Angebotsprüfung die Antragsteller zur diesbezüglichen Klarstellung auffordern müssen, was kurzfristig erfolgt wäre. Aus heutiger Sicht sei beabsichtigt, folgende Aufgaben-Zuordnungen vorzunehmen: Die Antragsteller nahmen am 15. April 2010 zur vorgebrachten fehlenden Antragslegitimation Stellung und führten einleitend aus, dass die behaupteten Mängel nicht vorliegen würden. Selbst wenn sie vorliegen würden, würden sie kein Ausscheiden des Angebotes der Antragsteller rechtfertigen, da es sich jedenfalls um behebbare Mängel im Sinne des Paragraph 126, Absatz eins, BVerG handeln würde. Die Antragsteller zitierten im Folgenden den Inhalt der Musskriterien auf Seite 24 der AU. Die Antragsteller hätten bei allen Mussanforderungen "Ja, wird erfüllt" angekreuzt. Ein besonderer Raum zur Anbringung inhaltlicher Ergänzungen oder der Nennung von Personennamen sei in den auszufüllenden Angebotsunterlagen nicht vorgesehen. Besondere

Vorgaben für den Inhalt des vorzulegenden Konzeptes seien in den Ausschreibungsunterlagen nicht gegeben, insbesondere werde dort nicht angeführt, dass die Namen von Organisatoren, Projektmanager oder Supervisoren im Konzept anzuführen seien. Als Grund für das Ausscheiden eines Angebotes sei in den Ausschreibungsunterlagen lediglich angeführt, dass eine der als Mussanforderung definierten Fragen nicht mit JA beantwortet werden sollte. Nachdem sämtliche dieser Fragen mit JA beantwortet worden seien und die Antragsteller (im Fall der Auftragserteilung) selbstverständlich die dort angeführten Punkte beachten würden, gebe es keinen Grund, das Angebot der Antragsteller auszuschneiden. Die entsprechenden Mussanforderungen in der Ausschreibung seien auch nur so zu verstehen, dass bei Beginn der Auftragsausführung (bzw. allenfalls bei jeder späteren Änderung der Personen) eine derartige Benennung gegenüber dem Auftraggeber erfolgen müsse, damit derselben gegenüber stets die entsprechenden Verantwortlichkeiten bzw. Ansprechpersonen bekannt seien. Im Übrigen hätten die Antragsteller, wie im Punkt 3.5 der AU gefordert, die entsprechenden Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen vorgelegt. Damit sei klargestellt, dass die genannten Führungspositionen aus dem Kreis dieser Personen ausgewählt würden; eine namentliche Zuordnung sei ausdrücklich nicht gefordert gewesen. Selbst wenn die Ausschreibungsunterlagen jedoch entgegen dieser Ansicht der Antragsteller in der Form zu interpretieren wären, dass eine solche namentliche Zuordnung erfolgen hätte müssen, so handle es sich dabei mit Sicherheit um einen behebbaren Mangel. Der Auftraggeber hätte im Zuge der Angebotsprüfung die Antragsteller zur diesbezüglichen Klarstellung auffordern müssen, was kurzfristig erfolgt wäre. Aus heutiger Sicht sei beabsichtigt, folgende Aufgaben-Zuordnungen vorzunehmen:

- -Strichaufzählung
Projektmanagerin: C***;
- -Strichaufzählung
Organisator: D***;
- -Strichaufzählung
Supervisor: E***;
- -Strichaufzählung
Qualitätsbeauftragter: F***;

Besonders verwunderlich seien die Ausführungen des Auftraggebers hinsichtlich der von den Antragstellern geplanten Projektsteuerungsgruppe, da der Auftraggeber selbst die Implementierung einer derartigen Steuergruppe als Verbindungsmitglied zu ihr zwingend vorgegeben habe.

Der Auftraggeber erstattete am 23. April 2010 eine Replik zur fehlenden Antragslegitimation der Antragsteller. Angesichts der klaren Festlegungen der AU müsse für jeden verständigen Bieter ohne Zweifel nachvollziehbar sein, dass die Benennung der bei der Leistungserbringung eingesetzten Personen in dem vom Bieter zu erarbeiteten Konzept für die Leistungserbringung zu erfolgen habe. Punkt 3.5 verlange die Vorlage der Nachweise für Organisatoren und Supervisoren zur Ermöglichung der Eignung der für die Leistungserbringung eingesetzten Personen. Die Mussanforderungen in Punkt 4.1.8 seien von diesem Eignungsnachweis getrennt zu sehen und würden die - von Punkt 3.5 der AU getrennt zu beurteilende - Verpflichtung des Bieters zur Benennung des Projektmanagers, eines Organisations oder eines Supervisors festlegen. Diese verpflichtende Benennung würde auch zur Sicherung der Möglichkeit zur Überprüfung der Eignung der gemäß Konzept für die jeweiligen Aufgaben eingesetzten Personen dienen. Die gesamte Argumentation der Antragsteller sei aber auch noch aus einem anderen Grund nicht überzeugend: Indem die Antragsteller diejenigen Personen, hinsichtlich derer die Nachweise über Befähigungen vorgelegt wurden, im Konzept zu Mitgliedern der (in der AU so nicht geforderten) interdisziplinären Projektsteuerungsgruppe benannt hätten, bliebe - mit Ausnahme des (ebenso in der AU so nicht geforderten) Qualitätssicherungsbeauftragten, F***, niemand mehr über, der als Projektmanager, als Organisator oder Supervisor benannt werden könnte. Wenn die Antragsteller nunmehr behaupten, dass die leitungsbefugte interdisziplinäre Projektsteuerungsgruppe laut Konzept mit genau den Personen besetzt sein sollten, deren Tätigkeit sie überwachen und kontrollieren sollten, d.h. eine Personenidentität zwischen dem Ausführungsorgan und Überwachungsorgan vorliegen sollte, würden sie ihr gesamtes Konzept für die Leistungserbringung widerlegen. In diesem Zusammenhang sei auch festzuhalten, dass weder die Antragsteller noch die präsumtiven Zuschlagsempfänger Aufklärungsersuchen hinsichtlich der gegenständlichen Festlegung in der AU übermittelt hätten. Hätten die Antragsteller Zweifel hinsichtlich des Inhaltes dieser Festlegung gehabt, hätten sie ein solches Ersuchen übermitteln müssen. Die Projektsteuerungsgruppe

habe nach der AU keinesfalls eine leitende oder allenfalls auch nur überwachende Funktion hinsichtlich des Projektmanagers, sondern diene ausschließlich der Qualitätssicherung. Angesichts der für die Implementierung - und zur Zielerreichung dieser Projektsteuergruppe notwendigen - Mitarbeiter des Auftraggebers sei es auch zwangsläufig notwendig, dass die Projektsteuergruppe erst nach Zuschlagserteilung bzw. im Zeitpunkt des Beginns der Leistungserbringung eingerichtet werde. Dementsprechend enthalte die AU - im Gegensatz zur geforderten Nennung des Projektmanagers/Organisators/Supervisors - keine Verpflichtung zur Benennung der Mitglieder der Projektsteuergruppe.

Die präsumtiven Zuschlagsempfänger erstatteten am 23. April 2010 ebenfalls eine Stellungnahme zur Antragslegitimation der Antragsteller und verwiesen einleitend auf Punkt 3.5 der Ausschreibung. Dieser differenzierte deutlich zwischen den für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen Personen einerseits und den Führungskräften bzw. den für die Durchführung der Qualitätskontrolle verantwortlichen Personen andererseits. Für letztere seien Ausbildungsnachweise bzw. Bescheinigungen über die berufliche Befähigung erst auf gesondertes Verlangen binnen einer Woche vorzulegen. Demgegenüber müssten Ausbildungsnachweise bzw. Bescheinigungen über die berufliche Befähigung hinsichtlich der für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen Personen unabhängig von einem solchen gesonderten Verlangen - also bereits mit dem Angebot - vorgelegt werden. In jedem Fall seien solche Eignungsnachweise noch vor der Auftragserteilung vorzulegen. Zu den für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen Personen würden ausdrücklich gerade die von den Antragstellern mehrfach erwähnten Supervisoren zählen. Für diese seien Ausbildungsnachweise bzw. Bescheinigungen über die berufliche Befähigung bereits mit dem Angebot vorzulegen. Demnach wollte der Auftraggeber also bereits im Rahmen der Angebotsprüfung die Ausbildung bzw. konkrete berufliche Befähigung unter anderem der Supervisoren überprüfen. Dafür sei es aber völlig unzureichend, wenn dem Auftraggeber lediglich ein Konvolut von Ausbildungsnachweisen übergeben werde, das eine Vielzahl von Personen betreffe, deren Funktionen in keiner Weise offen gelegt werde. Vielmehr sei eine solche Prüfung zwangsläufig nur dann möglich, wenn die Supervisoren im Angebot namentlich genannt würden. Die Nichtbenennung sei auch nicht als behebbarer Mangel zu qualifizieren. Im vorliegenden Fall würde es nämlich nicht darum gehen, dass ein Nachweis über eine bereits bestehende Eigenschaft nicht vorgelegt worden sei. Vielmehr sei von den Antragstellern gar kein Supervisor benannt worden. Nach dem ursprünglichen Inhalt des Angebotes hätten es demnach die Antragsteller selbst in der Hand, für die Leistungserbringung einen Supervisor beliebig auszuwählen und auszutauschen. Durch eine nachträgliche Benennung des Supervisors würde sich eindeutig die von den Antragstellern angebotene Leistung ändern, weil sich die Antragsteller damit auf einen konkreten Supervisor festlegen würden, der für die Leistungserbringung eingesetzt werden müsste. Die präsumtiven Zuschlagsempfänger verwiesen auf die Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 4. November 2003, 14N-90/03-56, wonach das Bundesvergabeamt den nachträglichen Austausch eines im Angebot namhaften gemachten Projektleiters als unzulässig qualifiziert habe. Im vorliegenden Fall hätten die Antragsteller zwar in ihrem Angebot gar keinen Supervisor genannt, jedoch würde der Grundgedanke der zitierten Entscheidung gegenständlich umso mehr zutreffen. Da die Antragsteller in ihrem Angebot gar keinen Supervisor benannt hätten, bestehe der "unverwechselbare und unabänderliche Inhalt" des Angebotes darin, dass die Antragsteller den Supervisor selbst auswählen und gegebenenfalls austauschen könnten. Genau genommen könnten die Antragsteller auf Grund dieser fehlenden Festlegung in ihrem Angebot auch einen Supervisor einsetzen, der nach objektiver Beurteilung ungeeignet sei.

In einer am 27. April 2010 erstatteten Replik nahmen die Antragsteller nochmals zur behaupteten fehlenden Antragslegitimation Stellung.

Am 28. April 2010 fand vor dem Bundesvergabeamt eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in welcher insbesondere nachfolgende Aussagen getätigt worden sind:

Der Auftraggeber hielt fest, dass innerhalb der Angebotsfrist keine Anfrage zu Punkt 4.1.8 der Ausschreibungsunterlage (AU) gestellt worden sei.

Das Wort "Benennung" hinsichtlich der Mussanforderungen beim Projektmanager, Organisator und Supervisor sei vom Auftraggeber dahingehend verstanden worden, dass damit die namentliche Nennung gefordert worden sei. Die präsumtiven Zuschlagsempfänger bestätigten diese Interpretation.

Die Antragsteller wiesen auf Punkt 9 der AU hin, woraus ersichtlich sei, dass hinsichtlich der Subunternehmer ausreichend Raum für die namentliche Nennung gegeben sei. Hätte der Auftraggeber tatsächlich gewollt, dass

Projektmanager, Organisator und Supervisor bereits im Angebot namentlich genannt werden sollten, dann hätte er an dieser Stelle hierfür Platz schaffen müssen. Im Formular des Angebotes, das vom Auftraggeber konzipiert worden sei, stehe an keiner Stelle Raum für die namentliche Nennung dieser Personen zur Verfügung.

Der Auftraggeber führte zu Punkt 9 der AU aus, dass dieser ausschließlich unternehmensspezifische Informationen betreffe, insbesondere hinsichtlich des zitierten Subunternehmers die im Punkt 1.6 der AU vorgeschriebene Nennung des Subunternehmers. Hingewiesen wurde auch auf Punkt 2.3 der AU, welcher wie folgt festlege: "Falls bei einem Punkt zu wenig Platz vorhanden ist, sind Ergänzungsblätter zu verwenden". Die Antragsteller hätten von dieser Möglichkeit im Rahmen ihres Angebotes extensiv Gebrauch gemacht.

Der Auftraggeber wies darauf hin, dass die AU als Einheit zu sehen sei und bei den Mussanforderungen jeweils ein Projektmanager, ein Organisator und ein Supervisor zu nennen sei. Auf Nachfrage bekräftigte der Auftraggeber, dass das Wort "ein" als Zahlwort und nicht als unbestimmter Artikel gemeint gewesen sei.

Zur Frage, wo man im Angebot der Antragsteller die Benennung des Projektmanagers sowie die Definition der Projekthierarchie finde, bezogen sich die Antragsteller auf Punkt 3.5 der AU, Seite 16. Dort komme das Wort Projektmanager nicht vor. Der einzige Punkt, wo man den Projektmanager subsumieren könnte, wäre Punkt 3.5.15. Verwiesen wurde auf die Beilage 6 der Stellungnahme vom 15. April 2010. Präzisiert wurde, dass aus Punkt 4.1.8 der AU klar ersichtlich sei, dass ein Projektmanager zu benennen sei. Nicht klar sei aber aus diesem Punkt, dass dieser Name schon im Angebot zu benennen sei. Die Antragsteller hätten die Namen der für die Führungspositionen vorgesehenen Personen nicht in dem auf 10 A4-Seiten zu erstellenden Konzept angeführt. Jedoch hätten sie im Sinne der Punkte 3.5.10 und 3.5.15 die vorgesehenen Führungspersonen genannt und die diesbezüglichen Befähigungsnachweise vorgelegt. Von den fünf namentlich genannten Personen wären - mit Ausnahme von F*** - alle für den Einsatz als Projektmanager geeignet gewesen. Der Auftraggeber hätte - wenn er nachgefragt hätte - vor Zuschlagserteilung erfahren, dass C*** als Projektmanagerin zum Einsatz kommen sollte. Hätte der Auftraggeber nicht nachgefragt, dann hätte er es nach Zuschlagserteilung erfahren. Der Auftraggeber habe jedoch keine Anfragen gestellt, wer tatsächlich der Projektmanager sein sollte. Zur Projekthierarchie verwiesen die Antragsteller auf Punkt 2.2 ihres Konzeptes. Zur Projektsteuergruppe verwiesen sie auf die Schriftsätze.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen, Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt dargestellt:

Der Auftraggeber hat die gegenständlichen Leistungen im Wege eines offenen Verfahrens im Dezember 2009 EU-weit ausgeschrieben. Die Angebotsfrist war mit 1. Februar 2010, 10.30 Uhr, festgelegt worden. Binnen offener Frist langten 2 Angebote ein. Die Angebotsöffnung fand am 1. Februar 2010, 11.00 Uhr, statt.

Die Ausschreibungsunterlagen (im Folgenden: AU) des offenen Verfahrens für die "Durchführung von Telefonerhebungen als Dienstleistung" sehen insbesondere nachfolgende Bestimmungen vor:

1.4. Unklarheiten in der Ausschreibungsunterlage - Anfragen

Der Bieter hat die Ausschreibungsunterlagen insbesondere auf Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit zu prüfen.

Für die Erstellung des Angebotes wesentliche Fragen zur Ausschreibungsunterlage sind schriftlich zu formulieren und per Telefax +43 1 718 24 00 oder an die E-Mail-Adresse G*** zu übermitteln. Die Fragen müssen in deutscher Sprache formuliert sein, mit den Worten "Anfrage Zahl 116/0 - ZD/09 - Telefonerhebungen" gekennzeichnet sein und spätestens am Freitag, den 22. Jänner 2010 bei der Auftraggeberin (in der Folge auch "ausschreibende Stelle") eingelangt sein.

2.4. Abweichungen von den Angebotsbedingungen

Abweichungen von den Angebotsbedingungen sind nicht zulässig und machen das Angebot mangelhaft.

3.5. Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Zum allgemeinen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind vorzulegen

...

10 Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung der für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen Personen (Organisatoren bzw. Supervisoren gemäß Punkt 4.).

...

Bei Zweifel über die Angaben des Bieters sind auf Verlangen

binnen einer Woche weiters vorzulegen:

...

15 Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Bieters, der Führungskräfte des Bieters sowie der für die Durchführung und Qualitätskontrolle verantwortlichen Personen.

4.1.8 Aufgaben des Auftragnehmers/Anforderungen an die Leistungserbringung

...

Die nachfolgend als Mussanforderungen definierten Anforderungen an die Leistungserbringung sind jedenfalls zu erfüllen und vom Bieter im Angebot und bei der Erstellung des Konzeptes zu berücksichtigen. Wird eine Mussanforderung nicht erfüllt (nicht mit JA beantwortet), führt dies zur Ausscheidung des Angebotes.

Der Bieter hat unter Berücksichtigung der im Punkt 4. angeführten Leistungsbeschreibung ein Konzept im Ausmaß von maximal zehn A4-Seiten für die Durchführung der ausgeschriebenen Dienstleistung auszuarbeiten und dieses gemeinsam mit dem Angebot vorzulegen.

In diesem Konzept sind die ausgeschriebenen und unter Punkt 4. beschriebenen Leistungen und die vom Bieter für die Erfüllung der festgelegten Mussanforderungen vorgesehene Lösungsansätze und -maßnahmen auszuformulieren. Das vorgelegte Konzept und die darin vom Bieter beschriebenen dargelegten Lösungsansätze und -maßnahmen werden von der in Punkt 5.3 genannten Kommission für die fachliche Beurteilung hinsichtlich ihrer Eignung zur Erfüllung der Mussanforderungen überprüft.

Mussanforderungen an die Leistungserbringung:

- -Strichaufzählung
Benennung eines Projektmanagers für die gesamte Dauer der Leistungserbringung der für die ordnungsgemäße Abwicklung des Projektes gegenüber der Auftraggeberin verantwortlich zeichnet. Ihm obliegen alle Maßnahmen und Schritte die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Projekte notwendig und zweckdienlich sind. Er steht der Auftraggeberin für inhaltliche und administrative Fragen im Zuge der Projektabwicklung als entscheidungsbefugter Ansprechpartner zur Verfügung. Der Projektmanager hat insbesondere eine Projektsteuergruppe zu implementieren zum Zwecke des quartalsweisen Austausches in Form eines Meetings mit der Auftraggeberin über die Qualität der Leistungserbringung. Die Dauer der Meetings muss jeweils mindestens eine Stunde betragen.

...

- -Strichaufzählung
Benennung eines Organisators für die gesamte Dauer der Leistungserbringung.

...

- -Strichaufzählung
Benennung eines Supervisors

Die Antragsteller haben bei den oben genannten Mussanforderungen jeweils das Kästchen "Ja, wird erfüllt" angekreuzt.

Im Konzept der Antragsteller über das Projektmanagement für die Umsetzung des Leistungsgegenstandes (Pkt. 2) findet sich nachfolgender Wortlaut:

2.2. Personelle Organisation des Projekts

Um den ordnungsgemäßen Ablauf der Erhebungen unter Einhaltung der höchstmöglichen Qualitätsstandards sicherzustellen, plant die Bietergemeinschaft (A***) unter der Leitung einer interdisziplinären Projektsteuergruppe den Einsatz von 1 ProjektmanagerIn, 1 OrganisatorIn, 2 SupervisorInnen und Agents im Ausmaß von 18 Vollzeitäquivalenten.

2.2.1 Interdisziplinäre Projektsteuergruppe

Die Projektkoordination und -abwicklung wird von einer interdisziplinären Projektsteuergruppe organisiert. Die Projektsteuergruppe setzt sich zusammen aus dem GeschäftsführerInnen der beiden Unternehmen der Bietergemeinschaft (A***) und aus je einem/r ProjektmanagerIn aus beiden Unternehmen.

Die Mitglieder dieser Projektsteuergruppe sind:

- -Strichaufzählung
C*** (Geschäftsführerin, A***)
- -Strichaufzählung
H*** (Geschäftsführer, A***)
- -Strichaufzählung
E*** (Trainings-Leitung und CSR, A***)
- -Strichaufzählung
D*** (Geschäftsleitung, A***)

...

Die Projektsteuergruppe zeichnet für die auftragskonforme Abwicklung der Erhebungen verantwortlich und fungiert als wichtige Schnittstelle zu der Projektleitung der Auftraggeberin.

...

2.2.3 OrganisatorIn

Die Bietergemeinschaft plant den Einsatz einer/s qualifizierten OrganisatorIn im Angestelltenverhältnis.

...

2.2.4. SupervisorInnen

...

Die Bietergemeinschaft plant den Einsatz eines zweiköpfigen SupervisorInnenteams unter der Führung der/s OrganisatorIn.

Die Antragsteller haben binnen offener Frist keine Anfragen gemäß Punkt 1.4. der AU gestellt (vgl. Vergabeakt und Aussagen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung). Die Antragsteller haben binnen offener Frist keine Anfragen gemäß Punkt 1.4. der AU gestellt vergleiche Vergabeakt und Aussagen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung).

Das Angebot der Antragsteller wurde nicht ausgeschieden.

Der Auftraggeber teilte den Antragstellern am 19. März 2010 mit, dass beabsichtigt ist, den Zuschlag an die B*** zu erteilen (Zuschlagsentscheidung).

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde im BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4.3.2010, (BVergG), novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (§ 345 Abs 14 Z 1 BVergG), somit am 5.3.2010, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde im Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, kundgemacht am 4.3.2010, (BVergG), novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVergG), somit am 5.3.2010, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw. beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw. fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das gegenständlich am 9. Dezember 2009 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 29. März 2010

anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVerG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw. beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw. fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das gegenständlich am 9. Dezember 2009 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVerG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 29. März 2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVerG) anzuwenden.

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVerG ist die Bundesanstalt Statistik Österreich. Die Bundesanstalt Statistik Österreich ist Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVerG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVerG. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt € 500.000,-- pro Jahr und liegt somit über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVerG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 12 Abs 1 BVerG vorliegt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVerG ist die Bundesanstalt Statistik Österreich. Die Bundesanstalt Statistik Österreich ist Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVerG. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt € 500.000,-- pro Jahr und liegt somit über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVerG vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVerG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVerG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVerG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVerG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVerG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVerG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Zu Spruchpunkt 1

Gemäß § 320 Abs 1 BVerG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet (Z 1) und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Z 2). Fehlt folglich eine der beiden Voraussetzungen, ist der Antrag mangels Erfüllung der Prozessvoraussetzungen (Antragslegitimation) zurückzuweisen. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVerG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet (Ziffer eins,) und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Ziffer 2.). Fehlt folglich eine der beiden Voraussetzungen, ist der Antrag mangels Erfüllung der Prozessvoraussetzungen (Antragslegitimation) zurückzuweisen.

Nach ständiger Judikatur des VwGH (18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA

16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei - auch des Auftraggebers, der den Bieter nicht selbst ausgeschieden hat (!) - verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht, auch zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre. Dabei hat die Nachprüfungsbehörde nur solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und wozu die Heranziehung eines Sachverständigen nicht erforderlich ist (vgl auch VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32). Nach ständiger Judikatur des VwGH (18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei - auch des Auftraggebers, der den Bieter nicht selbst ausgeschieden hat (!) - verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht, auch zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre. Dabei hat die Nachprüfungsbehörde nur solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und wozu die Heranziehung eines Sachverständigen nicht erforderlich ist vergleiche auch VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32).

Der Umstand, dass die Antragsteller nicht vom Auftraggeber vorweg ausgeschieden wurden, ändert nichts an der Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens zur Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen. Das dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat (siehe dazu jüngst BVA 19.4.2010, N/0008-BVA/02/2010-30).

Solch einer im Rahmen der Antragslegitimation zu prüfender Ausscheidensgrund (§ 129 Abs 1 Z 7 BVergG), welcher schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich ist, wurde vom Auftraggeber vorgebracht. Daher ist im Folgenden zu hinterfragen, ob das Angebot der Antragsteller gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG tatsächlich auszuschneiden gewesen wäre. Solch einer im Rahmen der Antragslegitimation zu prüfender Ausscheidensgrund (Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG), welcher schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich ist, wurde vom Auftraggeber vorgebracht. Daher ist im Folgenden zu hinterfragen, ob das Angebot der Antragsteller gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG tatsächlich auszuschneiden gewesen wäre.

Zunächst ist festzuhalten, dass die (offenkundige) Auffassung der Antragsteller, wonach allein durch ein Ankreuzen der Spalten "Ja, wird erfüllt" die jeweils betreffende Mussanforderung auch tatsächlich (ohne weitere Prüfung bzw. Hinterfragung der Angaben) erfüllt wird, jedenfalls verfehlt ist. Dies ergibt sich schon aufgrund des Wortlautes in Punkt 4.1.8 der AU, wonach "die nachfolgend als Mussanforderungen definierten Anforderungen der Leistungserbringung jedenfalls zu erfüllen sind und vom Bieter im Angebot und bei der Erstellung des Konzeptes zu berücksichtigen sind". Vom Auftraggeber ist somit das Konzept des Bieters im Hinblick auf die Berücksichtigung sämtlicher (inhaltlicher) Mussanforderungen zu überprüfen, andernfalls das Angebot auszuschneiden ist.

Soweit die Antragsteller behaupten, dass in der AU nirgendwo die namentliche Nennung von Projektmanager, Organisator und Supervisor gefordert wird, verkennen sie Wortlaut und telos der bestandfesten AU. Zum einen ist schon nach allgemeinem Sprachgebrauch das Wort "Benennung" (nur) dahingehend auszulegen, dass damit eine explizite namentliche Nennung gemeint sein kann (siehe dazu auch die Aussagen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung vom 28. April 2010). Würde man dagegen - mit den Antragstellern - davon ausgehen, dass der Auftraggeber keine explizite namentliche Nennung vorsehen wollte, ergäben die Mussanforderungen, insbesondere hinsichtlich der Forderung der Benennung eines Organisators bzw. Supervisors keinen Sinn. Hiezu heißt es in der AU im Wortlaut:

"Benennung eines Organisators für die gesamte Dauer der Leistungserbringung" bzw. "Benennung eines Supervisors". Nachdem bereits darauf hingewiesen worden ist, dass der Bieter im zu erstellenden Konzept alle Mussanforderungen zu berücksichtigen hat, wäre es nicht einsichtig, warum der Auftraggeber eine explizite Forderung in den AU (in concreto mit der Benennung eines Organisators bzw. Supervisors) aufstellt, die der Bieter im darauf folgenden Konzept gar nicht berücksichtigen müsste. Eine "Berücksichtigung" lediglich in der Aussage "Ja, ich benenne einen Organisator bzw. Supervisor" ohne konkrete namentliche Nennung der entsprechenden Person, war keinesfalls die Absicht des Auftraggebers bei Erstellung der Ausschreibungsunterlagen (siehe dazu auch Verhandlungsschrift vom 28.

April 2010).

Im Konzept der Antragsteller ist keine namentliche Nennung des Projektmanagers, Organisators bzw. Supervisors ersichtlich. Dagegen findet sich unter Punkt 2.2.1 des Konzeptes eine namentliche Auflistung der interdisziplinären Projektsteuergruppe, welche jedoch in dieser detaillierten (namentlichen) Form gar nicht verlangt gewesen wäre. Eine mögliche (offenkundig auch von den Antragstellern nunmehr beabsichtigte) namentliche Auswahl aus dieser Projektsteuergruppe in die entsprechenden Positionen (Projektmanager, Organisator und Supervisor) scheitert jedoch schon aufgrund der eigenen konzeptionellen Festlegungen. In Punkt 2.2 ("Personelle Organisation des Projekts") wird darauf hingewiesen, dass die Bietergemeinschaft unter der Leitung einer interdisziplinären Projektsteuergruppe den Einsatz von 1 ProjektmanagerIn, 1 OrganisatorIn, 2 SupervisorInnen und Agents im Ausmaß von 18 Vollzeitäquivalenten plant. Aus dieser Festlegung kann jedoch nur gefolgert werden, dass der Projektmanager, Organisator und Supervisor noch zu benennen sein werden, jedenfalls aber nicht der (namentlich aufgelisteten) Projektsteuergruppe entnommen werden sollen. Insoweit wurden auch - wie der Auftraggeber zutreffend ausführt - die AU von den Antragstellern (einseitig) abgeändert, da der Projektmanager offenkundig unter der Leitung der Projektsteuergruppe zum Einsatz kommen soll. In den Mussanforderungen an die Leistungserbringung sollte jedoch die Projektsteuergruppe vom (zu benennenden und dem Auftraggeber verantwortlichen) Projektmanager implementiert werden. Somit findet durch das Konzept der Antragsteller eine hierarchische Umkehr der AU statt, womit aber das Angebot gegen Punkt 2.4. der AU, wonach "Abweichungen von den Angebotsbedingungen nicht zulässig sind und das Angebot mangelhaft machen", verstößt.

Das (auch in der mündlichen Verhandlung getätigte) Vorbringen der Antragsteller, wonach in den AU ausreichend Raum für die namentliche Nennung des Projektmanagers, Organisators bzw. Supervisors geschaffen hätte werden müssen, vermag nicht zu überzeugen, da bereits der Wortlaut des Absatz 2, Punkt 4.1.8 der AU vorschreibt, dass "die nachfolgend als Mussanforderungen definierten Anforderungen der Leistungserbringung jedenfalls zu erfüllen sind und vom Bieter im Angebot und bei der Erstellung des Konzeptes zu berücksichtigen sind", womit aber für den Bieter klar sein muss, dass er die Namen des Projektmanagers, Organisators und Supervisors in seinem Konzept "zu berücksichtigen" (d.h. einzusetzen) hat. Die präsumtiven Zuschlagsempfänger haben jedenfalls die AU dahingehend verstanden und die Namen je eines Projektmanagers, Organisators und Supervisors in ihrem Konzept "berücksichtigt".

Beim Fehlen der namentlichen Nennung des Projektmanagers, Organisators und Supervisors handelt es sich jedenfalls um einen Mangel im Angebot der Antragsteller. Nunmehr ist zu hinterfragen, ob dieser auch behebbar gewesen wäre, d.h., ob der Auftraggeber den Antragstellern die Möglichkeit einräumen hätte müssen, einen Projektmanager, einen Organisator und einen Supervisor nach zu nominieren, zumal die Antragsteller zu Punkt

3.5.10 der AU Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen von insgesamt vier Personen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit vorgelegt haben. Selbst wenn man aber - zugunsten der Antragsteller - davon ausginge, dass die in Punkt

3.5.10 der AU namentlich genannten Personen grundsätzlich geeignet wären, als Projektmanager, Organisator bzw. Supervisor tatsächlich zum Einsatz zu kommen, hätte eine entsprechende Zuordnung zu den genannten Funktionen jedenfalls bereits mit Angebotsabgabe erfolgen müssen. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass fehlende Angaben über die zum Einsatz kommenden Schlüsselpersonen einen unbehebaren Angebotsmangel darstellen, weil die Antragsteller dadurch eine Situation herbeiführen könnten, die einer Verlängerung der Angebotsfrist für sie gleichkäme, wodurch sie sich gegenüber den Mitbieterinnen einen Wettbewerbsvorteil geschaffen hätten; aus der Sicht des Auftraggebers wiederum hätte sich ein erhöhter Bearbeitungsaufwand und eine Verlängerung des Vergabeverfahrens ergeben (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 129 Rz 87 unter Verweis auf UVS VlbG 15.6.2007, 314-003/07). 3.5.10 der AU namentlich genannten Personen grundsätzlich geeignet wären, als Projektmanager, Organisator bzw. Supervisor tatsächlich zum Einsatz zu kommen, hätte eine entsprechende Zuordnung zu den genannten Funktionen jedenfalls bereits mit Angebotsabgabe erfolgen müssen. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass fehlende Angaben über die zum Einsatz kommenden Schlüsselpersonen einen unbehebaren Angebotsmangel darstellen, weil die Antragsteller dadurch eine Situation herbeiführen könnten, die einer Verlängerung der Angebotsfrist für sie gleichkäme, wodurch sie sich gegenüber den Mitbieterinnen einen Wettbewerbsvorteil geschaffen hätten; aus der Sicht des Auftraggebers wiederum hätte sich ein erhöhter Bearbeitungsaufwand und eine Verlängerung des Vergabeverfahrens ergeben (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 129, Rz 87 unter Verweis auf UVS VlbG 15.6.2007, 314-003/07).

Weiters ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des BVA die Benennung von Personen als Projektleiter zum unverwechselbaren und unabänderlichen Inhalt der Angebotserklärung eines Bieters wird. Folglich verstößt der nachträgliche Austausch eines im Angebot namhaft gemachten Projektleiters gegen das Verhandlungsverbot (siehe dazu grundlegend BVA 4.11.2003, 14N-90/03-56, RPA 2004, 178 [Etlinger]). Den Ausführungen der präsumtiven Zuschlagsempfänger, wonach der Grundgedanke der zitierten Entscheidung auch im vorliegenden Fall zutreffen würde, ist zu folgen. Nur aufgrund einer konkreten Zuordnung von Personen zu bestimmten Funktionen (in concreto: Projektmanager, Organisator und Supervisor), ist es dem Auftraggeber möglich, die Eignung für diese spezifische Funktion zu überprüfen. Diese konkrete Zuordnung fehlt jedoch im Angebot der Antragsteller und kann nachträglich nicht mehr saniert werden, zumal die in Punkt

3.5.10 der AU namentlich genannten Personen gemäß Konzept der Antragsteller allesamt als Mitglieder der interdisziplinären Projektsteuergruppe zum Einsatz kommen sollten, nicht jedoch als Projektmanager, Organisatoren bzw. Supervisoren (vgl. die personelle Organisation in Punkt 2.2 des Konzeptes). Zumindest bei einem Mitglied der Projektsteuergruppe, H***, wird vom Antragsteller sogar explizit bestätigt, dass dieser nicht dafür vorgesehen sei, eine der beschriebenen Positionen im Projekt auszufüllen (vgl. Replik der Antragsteller vom 27. April 2010). Wäre es den Antragstellern nunmehr gestattet, eine nachträgliche Zuordnung dieser (oder anderer im Konzept nicht genannter) Personen zu den zu benennenden Funktionen (Projektmanager, Organisator und Supervisor) vorzunehmen, verstieße eine solche Vorgangsweise zum einen gegen das Verhandlungsverbot iSd § 101 Abs 4 BVergG und würde im Ergebnis auch eine (unzulässige) Änderung des Konzeptes der Antragsteller bewirken. 3.5.10 der AU namentlich genannten Personen gemäß Konzept der Antragsteller allesamt als Mitglieder der interdisziplinären Projektsteuergruppe zum Einsatz kommen sollten, nicht jedoch als Projektmanager, Organisatoren bzw. Supervisoren vergleiche die personelle Organisation in Punkt 2.2 des Konzeptes). Zumindest bei einem Mitglied der Projektsteuergruppe, H***, wird vom Antragsteller sogar explizit bestätigt, dass dieser nicht dafür vorgesehen sei, eine der beschriebenen Positionen im Projekt auszufüllen vergleiche Replik der Antragsteller vom 27. April 2010). Wäre es den Antragstellern nunmehr gestattet, eine nachträgliche Zuordnung dieser (oder anderer im Konzept nicht genannter) Personen zu den zu benennenden Funktionen (Projektmanager, Organisator und Supervisor) vorzunehmen, verstieße eine solche Vorgangsweise zum einen gegen das Verhandlungsverbot iSd Paragraph 101, Absatz 4, BVergG und würde im Ergebnis auch eine (unzulässige) Änderung des Konzeptes der Antragsteller bewirken.

Aufgrund obiger Erwägungen ist das Angebot der Antragsteller daher als ein fehlerhaftes bzw. unvollständiges Angebot, das keiner Verbesserung zugänglich ist, zu qualifizieren und hätte somit seitens des Auftraggebers gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ausgeschieden werden müssen. Den Antragstellern kann aus einer allenfalls rechtswidrigen Zuschlagserteilung somit kein Schaden iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG drohen, da ihr Angebot keinesfalls für den Zuschlag in Betracht zu ziehen ist. Aufgrund obiger Erwägungen ist das Angebot der Antragsteller daher als ein fehlerhaftes bzw. unvollständiges Angebot, das keiner Verbesserung zugänglich ist, zu qualifizieren und hätte somit seitens des Auftraggebers gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden werden müssen. Den Antragstellern kann aus einer allenfalls rechtswidrigen Zuschlagserteilung somit kein Schaden iSd Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG drohen, da ihr Angebot keinesfalls für den Zuschlag in Betracht zu ziehen ist.

Zu Spruchpunkt 2

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Da die Antragsteller nicht als obsiegend iSd § 319 Abs 1 erster Satz BVergG einzustufen sind, war der Antrag auf Gebührenersatz abzuweisen. Da die Antragsteller nicht als obsiegend iSd Paragraph 319, Absatz eins, erster Satz BVergG einzustufen sind, war der Antrag auf Gebührenersatz abzuweisen.

Schlagworte

Antragslegitimation, Schaden, offenes Verfahren, Angebotsöffnung, Eignungsprüfung, Verhandlungsverbot, freier und lauterer Wettbewerb, Grundsatz der Gleichbehandlung, Projektleiter;

Zuletzt aktualisiert am

14.12.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at