

TE Verg Bescheid 2008/4/16 N/0016-BVA/11/2008-37

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.04.2008

Norm

BVergG 2006 §74

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319

1. BVergG 2006 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, sowie Dr. Helga Luczensky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, idF BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "A 14 Rheintal Autobahn, Pfändertunnel, Planung der betriebs- u. sicherheitstechnischen Einrichtungen sowie dazugehörige bauliche Maßnahmen" der Auftraggeberin Autobahnen – und Schnellstraßen Finanzierungs – Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch ASFINAG Bau Management GmbH, 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, vertreten durch X***, vom 8.2.2008 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 11.2.2008), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, sowie Dr. Helga Luczensky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "A 14 Rheintal Autobahn, Pfändertunnel, Planung der betriebs- u. sicherheitstechnischen Einrichtungen sowie dazugehörige bauliche Maßnahmen" der Auftraggeberin Autobahnen – und Schnellstraßen Finanzierungs – Aktiengesellschaft (ASFINAG),

vertreten durch ASFINAG Bau Management GmbH, 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, vertreten durch X***, vom 8.2.2008 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 11.2.2008), wie folgt entschieden:

Spruch

I. Dem Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung wird stattgegeben.römisch eins. Dem Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung wird stattgegeben.

Die Entscheidung der Auftraggeberin vom 28.1.2008, der C*** den Zuschlag erteilen zu wollen, wird für nichtig erklärt.

II. Dem Antrag "auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren durch den Ausspruch, dass die Autobahnen - und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft schuldig ist, die von uns entrichteten Antragsgebühren in der gesetzlichen Höhe binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben. Die Auftraggeberin ist verpflichtet der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertreter X***, die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 2.080,--binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.römisch zwei. Dem Antrag "auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren durch den Ausspruch, dass die Autobahnen - und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft schuldig ist, die von uns entrichteten Antragsgebühren in der gesetzlichen Höhe binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben. Die Auftraggeberin ist verpflichtet der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertreter X***, die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 2.080,--binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III. Der Antrag auf vollständige Rückerstattung der für den Nachprüfungsantrag sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren wird zurückgewiesen.römisch drei. Der Antrag auf vollständige Rückerstattung der für den Nachprüfungsantrag sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren wird zurückgewiesen.

Begründung

Die ASFINAG Bau Management GmbH schrieb als vergebende Stelle namens der Autobahnen – und Schnellstraßen Finanzierungs – Aktiengesellschaft (ASFINAG, im Folgenden: Auftraggeberin) den verfahrensgegenständlichen Auftrag durch Bekanntmachung vom 11.8.2007, veröffentlicht im Supplement zum ABL 2007/S 154-192178, aus. Laut Bekanntmachung handelt es sich um ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages (Planungsleistungen), der dem Oberschwellenbereich zuzurechnen ist. Auf Grund eines die Ausschreibung teilweise aufhebenden Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 18.12.2007, GZ N/0089-BVA/11/2007, wurden die Ausschreibungsunterlagen durch die Auftraggeberin berichtigt und die neue Angebotsfrist mit 11.1.2008 festgelegt.

Mit Telefax vom 28.1.2008 gab die Auftraggeberin die zu Gunsten der C*** (in der Folge: präsumtive Zuschlagsempfängerin) getroffene Zuschlagsentscheidung bekannt.

Mit Antrag vom 8.2.2008 begehrte die Antragstellerin die Nichtigklärung dieser Zuschlagsentscheidung und führte dazu begründend aus:

Die Antragstellerin habe sich am verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Im Rahmen der Angebotsöffnung am 11.01.2008 seien die von den Bietern selbst deklarierten Punkte (ohne Gewichtung) zu den Zuschlagskriterien verlesen worden. Bei Berücksichtigung der in der Ausschreibung festgelegten Gewichtungen der Zuschlagskriterien hätte demnach die präsumtive Zuschlagsempfängerin insgesamt 88,0689 Punkte selbst deklariert. Davon entfielen 10 Punkte auf das Zuschlagskriterium "Qualitätsmanagement".

Weiters seien der Antragstellerin Merkmale und Vorteile im Rahmen einer Tabelle bekannt gegeben worden, inhaltliche Angaben zum Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien jedoch nicht gemacht worden. Auf Grund der Punktezahlen sei ableitbar, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für das Zuschlagskriterium "Qualitätsmanagement" selbst deklarierten Punkte (10) von der Auftraggeberin offenbar anerkannt worden seien, da es anders nicht erklärbar wäre, dass die Differenz zwischen den selbst deklarierten Punkten und den von der Auftraggeberin anerkannten nur 0,5020 Punkte betrage. Darüber hinaus verfüge die präsumtive

Zuschlagsempfängerin über keine Zertifizierung nach DIN ISO 9000ff.

Gesellschafter und Geschäftsführer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei D***. Dieser habe laut Internetseite der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Führung der Abteilung für Elektrotechnik und Maschinenbau bei der E*** übernommen und diese Position bis Mai 2004 ausgeübt. Im Rahmen dieser Tätigkeit sei er für die elektromaschinelle Ausrüstung großer Projekte im Tunnelbau, in der Verkehrstechnik und im Industriebau verantwortlich gewesen. Die nunmehr vorliegende Ausschreibung basiere auf einem Vorprojekt des Planungsbüros E*** aus dem Jahr 2004, welches der ausgeschriebenen Ausführungsplanung zu Grunde gelegt werden sollte. Eine Einsichtnahme in dieses Vorprojekt sei der Antragstellerin am 07.01.2008 möglich gewesen.

Aus der Selbstdarstellung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Internet ergäbe sich, dass diese abgesehen von den Geschäftsführern über keine eigenen Ressourcen verfüge. In Beantwortung einer telefonischen Nachfrage, ob bzw. welche Subunternehmer von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin namhaft gemacht worden seien, sei von der Auftraggeberin zwar bekannt gegeben worden, dass Subunternehmer namhaft gemacht worden seien, die Angabe der Namen dieser Subunternehmer sei jedoch unter Hinweis auf angebliche Geschäftsgeheimnisse verweigert worden.

Die Tatsache, dass D***, Geschäftsführer und Gesellschafter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, bis Mai 2004 bei der E*** beschäftigt gewesen sei und dort insbesondere für die elektromaschinelle Ausrüstung großer Projekte im Tunnelbau verantwortlich gewesen sei, erweise, dass der nunmehrige Geschäftsführer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der Erstellung des in der Ausschreibung angeführten Vorprojektes der E*** aus dem Jahre 2004 maßgeblich beteiligt gewesen sei. Daraus ergebe sich, dass auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin, deren geschäftsführender Gesellschafter D*** nunmehr sei, zumindest mittelbar an der Erarbeitung dieses Vorprojektes beteiligt gewesen sei. Das gegenständliche Vorprojekt sei eine entscheidende Grundlage der Ausschreibung, da alle anzubietenden Leistungen eng mit diesem Vorprojekt verknüpft seien. Die anzubietenden Ausführungspläne müssten nämlich einerseits auf dem Vorprojekt aufbauen, andererseits zähle auch die Prüfung des Vorprojektes zu den anzubietenden Leistungen. Durch ihre mittelbare Beteiligung an der Erarbeitung des Vorprojektes habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin entscheidende Wettbewerbsvorteile erlangt. So sei der im vorliegenden Fall ausgeschriebene Leistungsgegenstand auch die Überprüfung des Vorprojektes. Der Aufwand für diese Prüfung sei aber am Besten für jene Personen abschätzbar, die dieses Vorprojekt erstellt hätten und damit über mögliche Mängel Bescheid wüssten. Allein dieses Wissen stelle einen wesentlichen Vorteil dar. Der Geschäftsführer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe sich aus Sicht der Antragstellerin sehr frühzeitig, nämlich bereits im Jahr 2004 mit dem gegenständlichen Projekt beschäftigen können. Er habe daher bereits vor drei Jahren damit rechnen können, dass ein auf dem Vorprojekt aufbauendes Vergabeverfahren stattfinden werde. Darüber hinaus habe er durch die im Rahmen der Erarbeitung des Vorprojektes zugänglichen detaillierten Unterlagen und Informationen sowie Erhebungen vor Ort und laufenden Kontakte zu den Projektverantwortlichen einen wesentlichen Informationsvorsprung gegenüber anderen Bietern. Eine bloße Übergabe oder Einsichtnahme in das Vorprojekt könne diesen Informationsvorsprung nicht ausgleichen, da ein solches Vorprojekt nämlich im Wesentlichen bloß eine verkürzte und selektive Zusammenfassung der bei seiner Erarbeitung erlangten Informationen, Daten und Eindrücke enthalte. Aus diesen Wettbewerbsvorteilen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergebe sich, dass diese schon allein aus dem Grund, da sie an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren mittelbar beteiligt gewesen sei, vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen wäre.

Auch der zweite Geschäftsführer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, F***, sei laut Internetseite über 20 Jahre bei der E*** beschäftigt gewesen. Die Antragstellerin vermute daher, dass die E*** von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Subunternehmer benannt worden sei. Wäre die E*** als Subunternehmen namhaft gemacht, wäre die präsumtive Zuschlagsempfängerin umso mehr wegen mittelbarer Beteiligung an der Erarbeitung der Unterlagen zum Vergabeverfahren auszuschließen gewesen. Auf Grund des nach eigenen Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abzuleitenden Mangels an eigenen Ressourcen sei zu prüfen, ob von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entsprechend befugte, leistungsfähige und zuverlässige Subunternehmer namhaft gemacht worden seien und ob von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Nachweis erbracht worden sei, dass sie über die Mittel dieser Subunternehmer verfüge.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe für das Zuschlagskriterium "Qualitätsmanagement" 10 Punkte erhalten, obwohl sie nicht über die dafür erforderliche Zertifizierung nach DIN ISO 9000ff verfüge. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig, zumal bei richtiger Angebotsbewertung (Abzug von 10 Punkten bei der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin) die Antragstellerin Bestbieter wäre.

Durch die rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin werde die Antragstellerin in ihren Rechten auf Ausschluss von Bietern, die mittelbar oder unmittelbar an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren beteiligt gewesen seien, auf Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, auf Erteilung des Zuschlags, darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an die Antragstellerin in Betracht komme, auf Angebotsprüfung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben, auf Bewertung der Angebote nach den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien, auf Gleichbehandlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes entspreche, verletzt.

In ihrem Schriftsatz vom 18.2.2008 nahm die Auftraggeberin zum Antrag wie folgt Stellung:

Zur Frage der Beteiligung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an Vorarbeiten führte die Auftraggeberin aus, das Vorprojekt zum Auftrag A 14 Rheintal Autobahn, Pfändertunnel sei von der E*** in den ersten Monaten des Jahres 2005 realisiert worden. Der Vorentwurf sei im Mai 2005 freigegeben worden. Der Geschäftsführer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, D***, sei bis Mai 2004 bei der E*** als Abteilungsleiter tätig gewesen, habe jedoch das Unternehmen im Mai 2004 verlassen, um für die präsumtive Zuschlagsempfängerin tätig zu werden. Der Vorentwurf sei durch die E*** bereits in den ersten Monaten des Jahres 2005, somit fast 1 Jahr nach Ausscheiden des D*** aus diesem Unternehmen erstellt worden. D*** sei somit in seiner Funktion als Mitarbeiter der E*** in keiner Weise an der Erarbeitung des gegenständlichen Vorprojektes beteiligt gewesen und verfüge daher auch nicht über einen Wissens- oder Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Bietern im gegenständlichen Vergabeverfahren. Im Jahr 2007 sei eine Überarbeitung des Vorentwurfes der E*** erfolgt, wobei es zu wesentlichen inhaltlichen und technischen Änderungen gegenüber dem ersten Vorentwurf von Mai 2005 gekommen sei. Sämtliche Erkenntnisse der E***, die diese im Zuge der Erstellung des überarbeiteten Vorentwurfes vor Ort gewonnen habe, seien im Letztentwurf des Vorprojektes festgehalten. Den sich am gegenständlichen Verfahren beteiligenden Bietern sei eine zeitlich unbegrenzte Einsichtnahme in das Vorprojekt ermöglicht worden. Auch die Antragstellerin habe von diesem Recht Gebrauch gemacht.

Die E*** sei auch nicht als Subunternehmerin genannt. Die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin benannten Subunternehmer seien durch die Auftraggeberin geprüft worden, die erforderlichen ISO-Zertifizierungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lägen ebenfalls vor. Aus der vertieften Angebotsprüfung sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Bestbieterin hervorgegangen, die Bewertung sei objektiv und ohne Rechenfehler erfolgt.

Mit Schriftsatz vom 25.02.2005 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin Einwendungen gegen den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und führte dazu sinngemäß aus, die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge sehr wohl über die Zertifizierung nach DIN ISO 9000ff. Sie habe im Jahr 2007 ein Qualitätsmanagement System nach ISO 9001:2000 eingeführt, welches von der TÜV Austria Cert GmbH überprüft und mit Zertifikat vom 12.12.2007 bestätigt worden sei. Diese Zertifizierung sei bis 11.12.2010 gültig. Der Geschäftsführer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, D***, sei bis Mai 2004 bei der E*** tätig gewesen und habe seine Kündigung bei der E*** bereits im Februar 2004 eingereicht. In der Folge sei D*** nicht mehr im operativen Geschäft der E*** tätig gewesen. Das in der Ausschreibung erwähnte Vorprojekt sei im November 2004 fertig gestellt worden, D*** sei mit der Erstellung des Vorprojektes nicht befasst gewesen. Laut der während seiner Tätigkeit für die E*** zu führenden Zeitaufzeichnungen sei D*** mit dem Projekt Pfändertunnel zuletzt im August 2003 befasst gewesen, wobei diese Tätigkeit darin bestanden habe, dass neben der Mitwirkung an der Akquisition dieses Projektes für die E***, er an einer Projektbesprechung im Rahmen der Abteilung Tunnelbau, welche im Sommer 2003 mit der Bearbeitung des tunnelbautechnischen Vorentwurfes für den Neubau der zweiten Röhre des Pfändertunnels begonnen habe, teilgenommen habe. An der vergabegegenständlichen Betriebs- und Sicherheitstechnik des Projektes habe D*** nicht mitgearbeitet.

Im Gründungsjahr 2004 habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Mitarbeiter des Ingenieurbüro G*** herangezogen, mittlerweile habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst jedoch 9 ständig beschäftigte Dienstnehmer. Es würden zwar auch heute noch Mitarbeiter des Ingenieurbüro G*** für Leistungen der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin herangezogen, dabei handle es sich jedoch um eine rein interne Vereinbarung mit dem Inhaber des Ingenieurbüro G***, Herrn F***, der ebenfalls Geschäftsführer der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sei. Dieser Umstand sei gegenüber der Auftraggeberin auch in der Bietererklärung A-4 offengelegt worden.

In einem weiteren Schriftsatz vom 18.03.2008 gab die Antragstellerin eine Stellungnahme zu den Schriftsätzen der Auftraggeberin vom 18.02.2008 und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vom 25.02.2008 ab. Darin führte sie aus, das Vorprojekt zum antragsgegenständlichen Auftrag sei entgegen den Behauptungen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nicht erst in den ersten Monaten des Jahres 2005 durch die E*** realisiert worden, sondern, wie sich aus der Ausschreibungsunterlage ergebe, ein Vorprojekt auf dem Stand 2004 gewesen. Aus dem Vorbringen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ergebe sich auch zweifelsfrei, dass die E*** die Bearbeitung des Vorprojekts zumindest bereits im Jahr 2003 begonnen haben müsste, zumal die Beauftragung offensichtlich spätestens im Sommer 2003 erfolgt sei. D*** sei bei der E*** mit der Führung der Abteilung für Elektrotechnik und Maschinenbau betraut gewesen, er müsse also an der Betriebs- und Sicherheitstechnik mitgearbeitet haben. Weiters brachte die Antragstellerin vor, dass es bei der Überarbeitung des Vorentwurfes im Jahr 2007 zu keiner wesentlichen inhaltlichen und technischen Änderung gekommen sei. Es sei daher auch falsch, dass auf Grund dieser angeblich wesentlichen Änderungen es keinen Wissensvorteil zu Gunsten der präsuntiven Zuschlagsempfängerin gebe. Entscheidend sei das über die Inhalte solcher Unterlagen hinausgehende Wissen, das sich eine an der Erarbeitung dieser Unterlagen beteiligte Person zwangsläufig aneigne, aber nicht unbedingt in den Unterlagen dokumentiere bzw. gar nicht dokumentieren könne. Letztlich sei es jedoch irrelevant in welchem Ausmaß im vorliegenden Fall ein solcher Wissensvorsprung tatsächliche vorliege, da es nämlich Sache der Auftraggeberin gewesen wäre, einen solchen Wettbewerbsvorteil von vornherein zu neutralisieren, wenn sie sich die Möglichkeit bewahren wolle, einem vorarbeitenden Bieter den Zuschlag zu erteilen. Im vorliegenden Fall habe die Auftraggeberin keine dieser Neutralisierungsmaßnahmen getroffen. Das Vorprojekt sei vielmehr nicht gemeinsam mit der Ausschreibungsunterlage übermittelt worden sondern habe erst vor Ende der Angebotsfrist unter erheblichem Aufwand (Flug nach Innsbruck) eingesehen werden können.

Leistungsgegenstand der vorliegenden Ausschreibung seien unter anderem statische Berechnungen für die erforderlichen baulichen Maßnahmen in der Bestandsröhre. In diesem Zusammenhang werde unter anderem ausdrücklich die Befugnis für Planung/Ausschreibung von Statik/Bautechnik gefordert (Teil A-1, Punkt 1,205 Seite 5). Da im gegenständlichen Fall Planungsleistungen im Rahmen eines Tunnelbauprojektes zu erbringen seien, müsse diese Befugnis zur Erbringungen von bautechnischen und statischen Planungsleistungen insbesondere auch den Tiefbau umfassen. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin verfüge jedoch offenkundig nicht über diese Befugnis. Im vorliegenden Fall sei von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin die "H****" als Subunternehmer namhaft gemacht worden. Es sei davon auszugehen, dass dieser Subunternehmer für den Bereich Statik/Bautechnik namhaft gemacht worden sei. Bei I*** handle es sich um eine Architektin, die weiters über die Gewerbeberechtigungen als Technisches Büro für Innenarchitektur und für Baubetrieb und Bauwirtschaft verfüge. Die Befugnisse von Technischen Büros für Baubetrieb und Bauwirtschaft umfassten zweifellos keine bautechnischen bzw. statischen Planungsleistungen. Das Gleiche gelte für den Befugnisumfang von gewerblichen Innenarchitekten. Die Erbringung von statischen Berechnungen sei in diesem Fall sogar auf Grund von § 134 Abs 2 2. Satz GewO ausdrücklich ausgeschlossen. Schließlich seien auch Architekten in der Regel nicht zur Erbringung von statischen Berechnungen befugt. Das für den Befugnisumfang entscheidende Fachgebiet sei daher nach dem für die jeweilige Ausbildung vorgesehenen und konkret absolvierten Studienplan zu beurteilen. Hinzu komme, dass die Architekturbefugnis von I*** als ruhend anzusehen sei. Dies ergebe sich aus der Verordnung der Bundes-Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer gemäß § 32 Abs 1 des Ziviltechnikerammergesetzes, BGBl Nr. 157/1994. Unter Punkt 1.3 dieser Verordnung sei eine Unvereinbarkeitsregel festgehalten, die die Ausübung eines Gewerbes, das eine Tätigkeit zum Gegenstand hat, die auch zum Befugnisumfang des Ziviltechnikers gehört, mit der Ausübung der Befugnis des Ziviltechnikers für unvereinbar erklärt. Die Ausübung eines solchen Gewerbes habe das Ruhen der Befugnis zur Folge. I*** übe das Gewerbe eines technischen Büros für Innenarchitektur aus. Sowohl Architekten als auch Technische Büros für Innenarchitektur seien in Österreich auf dem Gebiet des Hochbaus planungsberechtigt. Die Tätigkeit eines Technischen Büros für Innenarchitektur gehöre daher zweifellos zum Befugnisumfang eines Architekten. Für die Unvereinbarkeit sei bereits ausreichend, dass die Tätigkeit auch zum Befugnisumfang des Ziviltechnikers gehöre. Die vorliegende Unvereinbarkeit führe zum unverzüglichen Ruhen der Ziviltechnikerbefugnis. Aus all dem ergebe sich, dass das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin auch mangels ausreichender Befugnis auszuscheiden

gewesen wäre. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nämlich weder selbst über die zur Leistungserbringung notwendige Befugnis für die Erbringung von statischen Berechnungen im Tiefbaubereich, noch habe sie dafür einen entsprechenden befugten Subunternehmer namhaft gemacht. Leistungsgegenstand der vorliegenden Ausschreibung seien unter anderem statische Berechnungen für die erforderlichen baulichen Maßnahmen in der Bestandsröhre. In diesem Zusammenhang werde unter anderem ausdrücklich die Befugnis für Planung/Ausschreibung von Statik/Bautechnik gefordert (Teil A-1, Punkt 1,205 Seite 5). Da im gegenständlichen Fall Planungsleistungen im Rahmen eines Tunnelbauprojektes zu erbringen seien, müsse diese Befugnis zur Erbringungen von bautechnischen und statischen Planungsleistungen insbesondere auch den Tiefbau umfassen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge jedoch offenkundig nicht über diese Befugnis. Im vorliegenden Fall sei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die "H***" als Subunternehmer namhaft gemacht worden. Es sei davon auszugehen, dass dieser Subunternehmer für den Bereich Statik/Bautechnik namhaft gemacht worden sei. Bei I*** handle es sich um eine Architektin, die weiters über die Gewerbeberechtigungen als Technisches Büro für Innenarchitektur und für Baubetrieb und Bauwirtschaft verfüge. Die Befugnisse von Technischen Büros für Baubetrieb und Bauwirtschaft umfassten zweifellos keine bautechnischen bzw. statischen Planungsleistungen. Das Gleiche gelte für den Befugnisumfang von gewerblichen Innenarchitekten. Die Erbringung von statischen Berechnungen sei in diesem Fall sogar auf Grund von Paragraph 134, Absatz 2, 2. Satz GewO ausdrücklich ausgeschlossen. Schließlich seien auch Architekten in der Regel nicht zur Erbringung von statischen Berechnungen befugt. Das für den Befugnisumfang entscheidende Fachgebiet sei daher nach dem für die jeweilige Ausbildung vorgesehenen und konkret absolvierten Studienplan zu beurteilen. Hinzu komme, dass die Architekturbefugnis von I*** als ruhend anzusehen sei. Dies ergebe sich aus der Verordnung der Bundes-Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer gemäß Paragraph 32, Absatz eins, des Ziviltechnikerkammergesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 157 aus 1994,. Unter Punkt 1.3 dieser Verordnung sei eine Unvereinbarkeitsregel festgehalten, die die Ausübung eines Gewerbes, das eine Tätigkeit zum Gegenstand hat, die auch zum Befugnisumfang des Ziviltechnikers gehört, mit der Ausübung der Befugnis des Ziviltechnikers für unvereinbar erklärt. Die Ausübung eines solchen Gewerbes habe das Ruhen der Befugnis zur Folge. I*** übe das Gewerbe eines technischen Büros für Innenarchitektur aus. Sowohl Architekten als auch Technische Büros für Innenarchitektur seien in Österreich auf dem Gebiet des Hochbaus planungsberechtigt. Die Tätigkeit eines Technischen Büros für Innenarchitektur gehöre daher zweifellos zum Befugnisumfang eines Architekten. Für die Unvereinbarkeit sei bereits ausreichend, dass die Tätigkeit auch zum Befugnisumfang des Ziviltechnikers gehöre. Die vorliegende Unvereinbarkeit führe zum unverzüglichen Ruhen der Ziviltechnikerbefugnis. Aus all dem ergebe sich, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch mangels ausreichender Befugnis auszuschneiden gewesen wäre. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nämlich weder selbst über die zur Leistungserbringung notwendige Befugnis für die Erbringung von statischen Berechnungen im Tiefbaubereich, noch habe sie dafür einen entsprechenden befugten Subunternehmer namhaft gemacht.

In der mündlichen Verhandlung vom 9.4.2008 gab D*** an, die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge über neun ständige Mitarbeiter. F*** und er selbst seien für die präsumtive Zuschlagsempfängerin laufend im Rahmen von Werkverträgen tätig. Frau J*** arbeite aufgrund einer bestehenden Bürogemeinschaft als Bürokraft sowohl für die präsumtive Zuschlagsempfängerin als auch für das Ingenieurbüro G***. Darüber hinaus gebe es auch noch einen Baustellenmitarbeiter (Techniker), der ebenfalls auf Werkvertragsbasis für die präsumtive Zuschlagsempfängerin tätig sei. Alle diese Personen würden im Rahmen der Erfüllung des gegenständlichen Auftrages herangezogen werden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Allgemeines:

Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007- EV6 u.a.). Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vergleiche BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007- EV6 u.a.).

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr 17/2006, wurde mit BGBl I Nr 86/2007, kundgemacht am 26.11.2007, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs 13 Z 1 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 86/2007 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt

zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlich vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Stammfassung des BGBl I Nr 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren und für Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007, (BVergG) anzuwenden. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, kundgemacht am 26.11.2007, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlich vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren und für Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, (BVergG) anzuwenden.

Im gegenständlichen Fall handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, der im Rahmen eines offenen Verfahrens gemäß § 25 Abs 2 BVergG 2006 an den Bestbieter vergeben werden soll. Im gegenständlichen Fall handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, der im Rahmen eines offenen Verfahrens gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG 2006 an den Bestbieter vergeben werden soll.

ad Spruchpunkt I:

Wie eine Durchsicht des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergab, wurden für den Nachweis der Befugnis und Leistungsfähigkeit (A-4 Erklärung des Bieters, Anhang 1) als personelle Ausstattung insgesamt 13 Personen angegeben. In einer handschriftlichen Fußnote wird zur Frage "personelle Ausstattung" durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausgeführt: "personelle Ausstattung inkl. der Mitarbeiter des Ing. Büro G***". Das Ermittlungsverfahren ergab, dass bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin neun Personen (Vorlage einer Bestätigung der zuständigen Sozialversicherung) auf Dauer beschäftigt sind. Aus der Auskunft der Sozialversicherung im Zusammenhalt mit den Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Anbot sowie den Aussagen von D*** in der mündlichen Verhandlung ist ableitbar, dass vier Personen, die durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin offenbar dem Ingenieurbüro G*** zugezählt werden, für die Erfüllung des gegenständlichen Auftrages herangezogen werden sollen. In der Ausschreibung ist durch die Auftraggeberin festgelegt (A-1 Ausschreibungsgrundlagen, Pkt.1,205), dass jedenfalls jene wesentlichen Teile des Angebotes, welche 5% der Gesamtangebotssumme übersteigen bzw. für die Substitution der Eignung des Bieters dienen, bekannt zu geben sind. Für diese Teile sind – laut Ausschreibung – die ausführenden Subunternehmer zu nennen und in der entsprechenden Liste im Teil A-4 vollständig anzuführen.

In der mündlichen Verhandlung vom 9.4.2008 bestätigte D***, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin über neun ständig beschäftigte Mitarbeiter verfüge. Dieser Aussage entspricht auch die schriftliche Auskunft der Tiroler Gebietskrankenkasse vom 11.3.2008. Nach weiterer glaubhafter Aussage von D*** sind sowohl F*** als auch D*** für die präsumtive Zuschlagsempfängerin laufend auf der Grundlage von Werkverträgen tätig. Auch ein Baustellenmitarbeiter (Techniker) wird aufgrund eines Werkvertrages von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin herangezogen. Die Ehefrau von F*** erledigt als Büroangestellte des Ingenieurbüros G*** aufgrund der zwischen diesem und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bestehenden Bürogemeinschaft auch Büroarbeiten für die präsumtive Zuschlagsempfängerin.

Wie sich aus dem Zusammenhalt der vorgelegten Unterlagen mit der Aussage von D*** in der mündlichen Verhandlung unzweifelhaft ergibt, sollen zur Erfüllung des verfahrensgegenständlichen Auftrages drei hochqualifizierte technische Mitarbeiter aufgrund von Werkverträgen durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin beigezogen werden. Auch eine Einschau in die Internet-Homepage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 13.3.2008 bestätigt, dass diese für die Bearbeitung von Projekten derzeit noch auf Ressourcen des Ingenieurbüros G*** zurückgreift. Aus dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (Ausschreibung A-4, Anhang 2: verbindlicher Personaleinsatzplan) ist

ersichtlich, dass beabsichtigt ist, D*** beim vorliegenden Projekt als Projektleiter, als Fachplaner für Verkehrs - und Leitechnik, als Fachplaner für Tunnelbetriebs - und Sicherheitstechnik sowie als Fachplaner für Tunnelbeleuchtung einzusetzen. F***, Betreiber des Ingenieurbüros G***, wird als Projektleiterstellvertreter, Fachplaner für Videotechnik und Fachplaner für Funktechnik genannt. Sowohl F*** als auch D*** werden im Angebot auch unter "A-4 Erklärung des Bieters" der Ausschreibung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Sinne von § 75 BVergG 2006 namhaft gemacht. Diese beiden Personen sind also zentraler Bestandteil des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur Erfüllung des gegenständlichen Auftrages. Zusätzlich zu diesen beiden Personen soll auch noch ein ebenfalls über Werkvertrag beschäftigter Techniker zur Erfüllung des verfahrensgegenständlichen Auftrages herangezogen werden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist also offensichtlich nicht in der Lage ausschließlich mit eigenen Personalressourcen den verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erfüllen. Wie sich aus dem Zusammenhalt der vorgelegten Unterlagen mit der Aussage von D*** in der mündlichen Verhandlung unzweifelhaft ergibt, sollen zur Erfüllung des verfahrensgegenständlichen Auftrages drei hochqualifizierte technische Mitarbeiter aufgrund von Werkverträgen durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin beigezogen werden. Auch eine Einschau in die Internet-Homepage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 13.3.2008 bestätigt, dass diese für die Bearbeitung von Projekten derzeit noch auf Ressourcen des Ingenieurbüros G*** zurückgreift. Aus dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (Ausschreibung A-4, Anhang 2: verbindlicher Personaleinsatzplan) ist ersichtlich, dass beabsichtigt ist, D*** beim vorliegenden Projekt als Projektleiter, als Fachplaner für Verkehrs - und Leitechnik, als Fachplaner für Tunnelbetriebs - und Sicherheitstechnik sowie als Fachplaner für Tunnelbeleuchtung einzusetzen. F***, Betreiber des Ingenieurbüros G***, wird als Projektleiterstellvertreter, Fachplaner für Videotechnik und Fachplaner für Funktechnik genannt. Sowohl F*** als auch D*** werden im Angebot auch unter "A-4 Erklärung des Bieters" der Ausschreibung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Sinne von Paragraph 75, BVergG 2006 namhaft gemacht. Diese beiden Personen sind also zentraler Bestandteil des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur Erfüllung des gegenständlichen Auftrages. Zusätzlich zu diesen beiden Personen soll auch noch ein ebenfalls über Werkvertrag beschäftigter Techniker zur Erfüllung des verfahrensgegenständlichen Auftrages herangezogen werden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist also offensichtlich nicht in der Lage ausschließlich mit eigenen Personalressourcen den verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erfüllen.

Wie aus dem Angebot ersichtlich ist, betragen die durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausgewiesenen Subunternehmerleistungen insgesamt 38,62% des Gesamtauftrages. Das bedeutet, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst 61,38% der Leistung zu erbringen beabsichtigt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt, wie aus den vorgelegten Unterlagen sowie der Aussage von D*** in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt unzweifelhaft hervorgekommen ist, über neun ständige Mitarbeiter. Auf die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mittels Werkverträgen beschäftigten drei Personen sowie die vom Ingenieurbüro beigezogene Bürokraft entfallen somit mindestens 18,92 % der Gesamtleistung, zumal die über Werkvertrag beschäftigten D*** und F*** im Rahmen des gegenständlichen Projektes, laut Angaben im verbindlichen Personaleinsatzplan, wesentliche Schlüsselaufgaben zu erfüllen haben. Der Einsatz von drei Technikern macht grundsätzlich zweifellos einen wesentlichen Teil des Angebotes aus, wobei noch zu berücksichtigen ist, dass F*** und D*** in wesentlichen Positionen mit hoher Verantwortung für das Gesamtprojekt eingesetzt werden sollen. Somit ist schon allein für diese beiden Personen ein über dem in der Ausschreibung festgelegten Wert von 5 % liegender Wert ihrer Tätigkeit anzusetzen. Da die über Werkverträge von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Beschäftigten als selbstständig Tätige zu werten sind und somit nicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – einer Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit - zuzurechnen sind, wären, entsprechend den Regelungen in der Ausschreibungsunterlage, unter Zugrundelegung des vorliegenden Sachverhaltes die mit Werkverträgen Beschäftigten von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Subunternehmer zu nennen gewesen. Dies hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch unterlassen. Es liegt somit ein Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs.1 Z 2 BVergG vor, da es dem Auftraggeber unter den gegebenen Umständen nicht möglich ist, die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Anbotsöffnung zu prüfen. Wie aus dem Angebot ersichtlich ist, betragen die durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausgewiesenen Subunternehmerleistungen insgesamt 38,62% des Gesamtauftrages. Das bedeutet, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst 61,38% der Leistung zu erbringen beabsichtigt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt, wie aus den vorgelegten Unterlagen sowie der Aussage von D*** in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt unzweifelhaft hervorgekommen ist, über neun ständige Mitarbeiter. Auf die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mittels Werkverträgen beschäftigten drei

Personen sowie die vom Ingenieurbüro beizuziehende Bürokratie entfallen somit mindestens 18,92 % der Gesamtleistung, zumal die über Werkvertrag beschäftigten D*** und F*** im Rahmen des gegenständlichen Projektes, laut Angaben im verbindlichen Personaleinsatzplan, wesentliche Schlüsselaufgaben zu erfüllen haben. Der Einsatz von drei Technikern macht grundsätzlich zweifellos einen wesentlichen Teil des Angebotes aus, wobei noch zu berücksichtigen ist, dass F*** und D*** in wesentlichen Positionen mit hoher Verantwortung für das Gesamtprojekt eingesetzt werden sollen. Somit ist schon allein für diese beiden Personen ein über dem in der Ausschreibung festgelegten Wert von 5 % liegender Wert ihrer Tätigkeit anzusetzen. Da die über Werkverträge von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Beschäftigten als selbstständig Tätige zu werten sind und somit nicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – einer Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit – zuzurechnen sind, wären, entsprechend den Regelungen in der Ausschreibungsunterlage, unter Zugrundelegung des vorliegenden Sachverhaltes die mit Werkverträgen Beschäftigten von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Subunternehmer zu nennen gewesen. Dies hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch unterlassen. Es liegt somit ein Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vor, da es dem Auftraggeber unter den gegebenen Umständen nicht möglich ist, die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Anbotsöffnung zu prüfen.

Darüber hinaus ergab sich aufgrund der vorgelegten Unterlagen sowie der Aussage von D*** in der mündlichen Verhandlung, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihres Angebotes unrichtige Angaben bezüglich der personellen Ausstattung in A-4, Anhang 1 des in der Ausschreibung aufzustellenden Personaleinsatzplanes getätigt hat. So führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausdrücklich an, "personelle Ausstattung inkl. der Mitarbeiter des Ing. Büro G***". Die in der Ausschreibung geforderten Angaben betreffend die personelle Ausstattung bezieht sich ausdrücklich auf § 74 BVergG, dh. die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte die Anzahl der von ihr beschäftigten Dienstnehmer bekannt geben müssen. Dies sind nach Aussage von D*** und der aktuell eingeholten Auskunft der Sozialversicherung neun Personen. Die in die personelle Ausstattung offensichtlich miteinbezogenen, über Werkverträge Beschäftigten, sind jedoch keine Dienstnehmer sondern vielmehr Selbstständige. Bei den in der Ausschreibung vom Bieter geforderten Angaben bezüglich der personellen Ausstattung hätten also jene Personen, die mit Werkverträgen beschäftigt werden auf Grund der gesetzlichen Anforderungen in § 74 nicht als Teil der personellen Ausstattung des Unternehmens angeführt werden dürfen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat sohin ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot abgegeben und es liegt daher auch ein Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG vor. Darüber hinaus ergab sich aufgrund der vorgelegten Unterlagen sowie der Aussage von D*** in der mündlichen Verhandlung, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihres Angebotes unrichtige Angaben bezüglich der personellen Ausstattung in A-4, Anhang 1 des in der Ausschreibung aufzustellenden Personaleinsatzplanes getätigt hat. So führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausdrücklich an, "personelle Ausstattung inkl. der Mitarbeiter des Ing. Büro G***". Die in der Ausschreibung geforderten Angaben betreffend die personelle Ausstattung bezieht sich ausdrücklich auf Paragraph 74, BVergG, dh. die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte die Anzahl der von ihr beschäftigten Dienstnehmer bekannt geben müssen. Dies sind nach Aussage von D*** und der aktuell eingeholten Auskunft der Sozialversicherung neun Personen. Die in die personelle Ausstattung offensichtlich miteinbezogenen, über Werkverträge Beschäftigten, sind jedoch keine Dienstnehmer sondern vielmehr Selbstständige. Bei den in der Ausschreibung vom Bieter geforderten Angaben bezüglich der personellen Ausstattung hätten also jene Personen, die mit Werkverträgen beschäftigt werden auf Grund der gesetzlichen Anforderungen in Paragraph 74, nicht als Teil der personellen Ausstattung des Unternehmens angeführt werden dürfen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat sohin ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot abgegeben und es liegt daher auch ein Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vor.

ad Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller 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. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller 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.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 2.080,-- tatsächlich entrichtet. Der Antrag auf Ersatz allenfalls zu entrichtender Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Nachprüfungsantrag und damit rechtzeitig gestellt.

Da – wie sich aus Spruchpunkt I ergibt – dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattzugeben. Da – wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt – dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattzugeben.

ad Spruchpunkt III:

Der Antrag, auf Rückerstattung der für den Nachprüfungsantrag sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren, war zurückzuweisen, da das Bundesvergabegesetz in der gegebenen Sachverhaltskonstellation (mündliche Verhandlung/keine Antragszurückziehung) für eine Rückerstattung aufgrund der Geltendmachung eines derartigen Ersatzanspruches gegenüber dem Bundesvergabeamt keine Grundlage bietet (vgl. VwGH 28.1.2008, ZI 2007/04/0021). Der Antrag, auf Rückerstattung der für den Nachprüfungsantrag sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren, war zurückzuweisen, da das Bundesvergabegesetz in der gegebenen Sachverhaltskonstellation (mündliche Verhandlung/keine Antragszurückziehung) für eine Rückerstattung aufgrund der Geltendmachung eines derartigen Ersatzanspruches gegenüber dem Bundesvergabeamt keine Grundlage bietet (vergleiche VwGH 28.1.2008, ZI 2007/04/0021).

Zuletzt aktualisiert am

23.10.2008

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