

TE Bvwg Erkenntnis 2014/4/15 W114 2003874-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.04.2014

Entscheidungsdatum

15.04.2014

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §129 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §6

B-VG Art.133 Abs4

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 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 § 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 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus Hochsteiner als Vorsitzenden sowie Mag. Georg Konetzky als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A11 Karawankenautobahn Karawankentunnel 2. Röhre - Baugrund" der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien über die Anträge der Bietergemeinschaft XXXX vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien vom 10. März 2014 nachDas Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus Hochsteiner als Vorsitzenden sowie Mag. Georg Konetzky als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A11 Karawankenautobahn Karawankentunnel 2. Röhre - Baugrund" der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien über die Anträge der Bietergemeinschaft römisch 40 vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien vom 10. März 2014 nach

Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

Spruch:

A.

I. Der Antrag, "die Entscheidung des Auftraggebers, dem Angebot der XXXX im Vergabeverfahren "A11 Karawankenautobahn Karawankentunnel 2. Röhre - Baugrund" den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären", wirdrömisch eins. Der Antrag, "die Entscheidung des Auftraggebers, dem Angebot der römisch 40 im Vergabeverfahren "A11 Karawankenautobahn Karawankentunnel 2. Röhre - Baugrund" den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären", wird

stattgegeben.

II. Die Entscheidung der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vom 26.02.2014 im Vergabeverfahren "A11 Karawankenautobahn Karawankentunnel 2. Röhre - Baugrund" der Firma XXXX, den Zuschlag erteilen zu wollen, wirdrömisch zwei. Die Entscheidung der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vom 26.02.2014 im Vergabeverfahren "A11 Karawankenautobahn Karawankentunnel 2. Röhre - Baugrund" der Firma römisch 40 , den Zuschlag erteilen zu wollen, wird

für nichtig erklärt.

III. Die Anträge, "dem Auftraggeber auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren von EUR 2.052,00 gemäß § 319 BVergG zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" und "Weiters möge das Bundesverwaltungsgericht dem Auftraggeber auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr von EUR 1.026,00 für diesen Antrag auf einstweilige Verfügung entsprechend § 319 BVergG zu Handen deren ausgewiesenen Rechtsvertreters zu ersetzen", werdenrömisch drei. Die Anträge, "dem Auftraggeber auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren von EUR 2.052,00 gemäß Paragraph 319, BVergG zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" und "Weiters möge das Bundesverwaltungsgericht dem Auftraggeber auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr von EUR 1.026,00 für diesen Antrag auf einstweilige Verfügung entsprechend Paragraph 319, BVergG zu Handen deren ausgewiesenen Rechtsvertreters zu ersetzen", werden

stattgegeben.

IV. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft als Auftraggeberin im Vergabeverfahren "A11 Karawankenautobahn Karawankentunnel 2. Röhre - Baugrund" hat der Bietergemeinschaft XXXX, vertreten durch, Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, die in zu W114 2003874-1, geführten Vergabekontrollverfahren entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 3.078,- Euro binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu Handen ihrer bevollmächtigten Rechtsvertretung, Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, zu ersetzen.römisch vier. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft als Auftraggeberin im Vergabeverfahren "A11 Karawankenautobahn

Karawankentunnel 2. Röhre - Baugrund" hat der Bietergemeinschaft römisch 40 , vertreten durch, Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, die in zu W114 2003874-1, geführten Vergabekontrollverfahren entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 3.078,- Euro binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu Händen ihrer bevollmächtigten Rechtsvertretung, Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, zu ersetzen.

B.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang

Mit Schriftsatz vom 10. März 2014 hat die Bietergemeinschaft XXXX (die Bietergemeinschaft wird im Weiteren als Antragstellerin bezeichnet), vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien einen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Angefochten wurde die Zuschlagsentscheidung vom 26.02.2014 im Vergabeverfahren "A11 Karawankenautobahn Karawankentunnel 2. Röhre - Baugrund" der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien (im Weiteren: Auftraggeberin) zu Gunsten der XXXX (im Weiteren: beabsichtigte Zuschlagsempfängerin oder "b.ZE"). Zusätzlich wurde auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie ein Antrag auf Akteneinsicht, ein Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und Anträge auf Ersatz der für den Nachprüfungs- und den Provisorialantrag entrichteten Pauschalgebühren gestellt. Mit Schriftsatz vom 10. März 2014 hat die Bietergemeinschaft römisch 40 (die Bietergemeinschaft wird im Weiteren als Antragstellerin bezeichnet), vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien einen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Angefochten wurde die Zuschlagsentscheidung vom 26.02.2014 im Vergabeverfahren "A11 Karawankenautobahn Karawankentunnel 2. Röhre - Baugrund" der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien (im Weiteren: Auftraggeberin) zu Gunsten der römisch 40 (im Weiteren: beabsichtigte Zuschlagsempfängerin oder "b.ZE"). Zusätzlich wurde auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie ein Antrag auf Akteneinsicht, ein Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und Anträge auf Ersatz der für den Nachprüfungs- und den Provisorialantrag entrichteten Pauschalgebühren gestellt.

Begründet wurde das Provisorialbegehren im Wesentlichsten zusammengefasst damit, dass die Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei bestandsfest enthalten, dass mit dem Angebot zwingend (bei sonstigem Ausscheiden) u.a. die Unterlage/Formblatt "verbindlicher Personaleinsatzplan" abzugeben gewesen wäre. Der in der Zuschlagsentscheidung genannte Bieter habe dieses Formblatt gemäß dem Angebotsöffnungsprotokoll nicht beigelegt. Der beabsichtigte Zuschlagsempfänger habe damit ein unvollständiges und ausschreibungswidriges Angebot gelegt und sei daher zwingend auszuscheiden.

Darüber hinaus sei die Zuschlagsentscheidung von der Auftraggeberin nur unzureichend begründet worden. Diese enthalte keine verbal ausgeführte Begründung zur inhaltlichen Bewertung der vorgelegten Referenzprojekte. Es werde nicht ausgeführt, warum die Referenzprojekte der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin die volle Punkteanzahl erhalten hätten, die von der Beschwerdeführerin hingegen nicht. Der Zuschlagsentscheidung könne auch weder ein Beginn noch das Ende der Stillhaltefrist entnommen werden.

Die Antragstellerin habe im Vergabeverfahren ein Angebot gelegt und ein Interesse, den Zuschlag zu erhalten. Ihr drohe ein Schaden durch den Verlust der Chance auf Erteilung des Zuschlags in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und der Beteiligung an einem fairen und lauteren Wettbewerb zur Vergabe der Leistungen. Darüber hinaus entstehe der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns mit etwa EUR 28.000, zuzüglich der Frustration der Kosten für die Angebotserstellung sowie der Rechtsberatkungskosten. Es drohe auch der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes, zumal es am österreichischen Markt nur eine verhältnismäßig geringe Anzahl an vergleichbaren Aufträgen gäbe und die Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen für den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmen der Antragstellerin essentiell sei.

Da das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin auszuscheiden sei, sei die Zuschlagsentscheidung vom 26.02.2014 vergaberechtswidrig und ihrem Angebot, als direkt nachgereihtem Angebot, der Zuschlag zu erteilen.

Die Antragstellerin bringt im Schriftsatz vom 03.04.2014 im Wesentlichen vor, dass die Zuschlagsentscheidung bereits deswegen mit Rechtswidrigkeit belastet sei, da diese ausschließlich die Punktbewertung des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nennt, jedoch keine, wie auch immer geartete, verbale Begründung. Neben dem Fehlen jeglicher verbaler Begründung habe es die Auftraggeberin ebenso unterlassen, in der Begründung zur Zuschlagsentscheidung die Punktbewertung der Subkriterien offen zu legen oder zu begründen. Zusätzlich zur Bekanntgabe der in Subkriterien vergebenen Punkte hätte eine der notwendigen Begründung entsprechende Zuschlagsentscheidung jedenfalls eine verbale Information zu den namhaft gemachten Referenzprojekten in den Kategorien A, B und C zu

der Länge (LT und LTGF) des Vortriebs des Referenzprojektes,

dem Gebirgsverhaltenstyp (GVT)

den erbrachten Planungsphasen (Einreich- und/oder Ausschreibungsprojekt) sowie

dem Leistungsumfang im Hinblick auf die Geomechanik

enthalten müssen.

In der von der Auftraggeberin genannten Entscheidung BVA N/0106-BVA/02/2013-11, habe das BVA bezogen auf den konkreten Einzelfall die Ansicht vertreten, dass die Ausschreibungsbestimmungen in Teilbereichen nicht hinreichend deutlich formuliert seien. Dennoch habe die Auftraggeberin die Ausschreibungsbedingungen vollkommen unverändert gelassen. Gemäß den Festlegungen der Auftraggeberin in deren eigenen Ausschreibungsunterlagen sei der verbindliche Personaleinsatzplan zwingender Angebotsbestandteil, dessen Nichteinreichung mit dem Angebot als unbehebbarer Mangel zu qualifizieren sei und zum Ausscheiden des Angebotes führe. Daran ändere auch der seitens der Auftraggeberin nunmehr ins Treffen geführte Umstand nichts, dass dieser im Zuge einer Berichtigung offenbar Nummerierungsfehler unterlaufen sei. Ein schlichter Nummerierungsfehler führe keinesfalls zu einer Unklarheit.

Gemäß D.1.2.5. werde bei der Bewertung der Ausbildung und der Berufserfahrung " [...] die fachspezifische Ausbildung von im verbindlichen Personaleinsatzplan angegebenen Schlüsselpersonal in Abhängigkeit der fachspezifischen Berufserfahrung gemäß untenstehender Bewertungstabelle [bewertet]".

Darüber hinaus diene der vom Bieter auszufüllende verbindliche Personaleinsatzplan insbesondere auch zum Nachweis dafür, dass der Auftragnehmer neben dem Schlüsselpersonal über die weiteren zwingend notwendigen personellen und fachlichen Ressourcen zur Abwicklung des Auftrages gemäß Leistungsverzeichnis (D 5) verfüge. Dementsprechend wären sämtliche im verbindlichen Personaleinsatzplan genannten Personen gemäß den allgemeinen Vertragsbestimmungen (D 4) Punkt D.4.1.6. zwingender Vertragsbestandteil und würde eine wesentliche Vertragsgrundlage bilden. Es bestünden keine Widersprüchlichkeiten oder Unklarheiten hinsichtlich der zwingend mit dem Angebot einzureichenden Unterlagen. Vielmehr seien die einschlägigen Bestimmungen in der Ausschreibung jeweils für sich und in Zusammenschau vollkommen klar und unmissverständlich, sodass für eine Anwendung der §§ 914, 915 ABGB kein Raum bleibe. Selbst wenn man den relevanten Bestimmungen mangelnde Deutlichkeit unterstellen würde, so führe eine korrekte Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen eindeutig zum Ergebnis, dass das Nichteinreichen des verbindlichen Personaleinsatzplanes mit dem Angebot als unbehebbarer Mangel zu qualifizieren sei und zwingend zum Ausscheiden des betroffenen Angebotes führe. Darüber hinaus diene der vom Bieter auszufüllende verbindliche Personaleinsatzplan insbesondere auch zum Nachweis dafür, dass der Auftragnehmer neben dem Schlüsselpersonal über die weiteren zwingend notwendigen personellen und fachlichen Ressourcen zur Abwicklung des Auftrages gemäß Leistungsverzeichnis (D 5) verfüge. Dementsprechend wären sämtliche im verbindlichen Personaleinsatzplan genannten Personen gemäß den allgemeinen Vertragsbestimmungen (D 4) Punkt D.4.1.6. zwingender Vertragsbestandteil und würde eine wesentliche Vertragsgrundlage bilden. Es bestünden keine Widersprüchlichkeiten oder Unklarheiten hinsichtlich der zwingend mit dem Angebot einzureichenden Unterlagen. Vielmehr seien die einschlägigen Bestimmungen in der Ausschreibung jeweils für sich und in Zusammenschau vollkommen klar und unmissverständlich, sodass für eine Anwendung der Paragraphen 914, 915, ABGB kein Raum bleibe. Selbst wenn man den relevanten Bestimmungen mangelnde Deutlichkeit unterstellen

würde, so führe eine korrekte Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen eindeutig zum Ergebnis, dass das Nichteinreichen des verbindlichen Personaleinsatzplanes mit dem Angebot als unbehebbarer Mangel zu qualifizieren sei und zwingend zum Ausscheiden des betroffenen Angebotes führe.

Auch ein durchschnittlich fachkundiger Bieter müsse bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auf Grund des Wortlautes in D.0. Angebotsdeckblatt und D.1.1.15. davon ausgehen, dass ein Nachreichen der Unterlagen zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr zulässig sei. Aus dieser Bestimmung ergäbe sich daher unzweifelhaft, dass andere Unterlagen als jene in dem Angebotsdeckblatt genannten über Aufforderung nachzureichen seien, sofern ein Fehlen als behebbarer Mangel zu qualifizieren sei. Der Auftraggeber habe daher bestandfest und unmissverständlich festgelegt, dass das Nichtabgeben des verbindlichen Personaleinsatzplanes mit dem Angebot als nicht behebbarer Mangel des betreffenden Angebotes der zwingend zum Ausscheiden führe, zu qualifizieren sei.

Aus Bestimmung D.1.1.24. ergäbe sich unzweifelhaft aus dem klaren Wortlaut, dass eine Aufklärung nur dann möglich sei, sofern allfällige Mängel des Angebotes mit dem Ausscheiden bedroht seien. Dies sei bei allen behebbaren Mängeln der Fall, die nicht innerhalb der entsprechenden Behebungsfrist saniert würden. Hingegen bestünde eine solche Aufklärungsmöglichkeit nicht, sofern ein Ausscheiden zwingend zu erfolgen habe, da in einem solchen Fall die Verwendung des Wortes bedrohen sinnwidrig und bedeutungslos wäre.

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter müsse bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auf Grund dieser Bestimmung davon ausgehen, dass eine Aufklärung nur bei behebbaren Mängeln oder Unklarheiten möglich sei, keinesfalls jedoch bei unbehebbar Mängeln.

Auch eine gesetzeskonforme Auslegung führe zu keinem anderen Ergebnis. Die Bedeutung der Ausschreibung richte sich allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden müsse. Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter müsse bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auf Grund der mangels Anfechtung bestandfest gewordenen und in sich schlüssigen Bestimmungen davon ausgehen, dass ein Nachbringen des verbindlichen Personaleinsatzplanes nicht zulässig sei und als unbehebbarer Mangel zwingend zum Ausscheiden des Angebots führe. Es liege daher weder eine Unklarheit vor, noch seien die oben genannten Bestimmungen widersprüchlich. Der gegenständliche entscheidungsrelevante Sachverhalt unterscheide sich wesentlich von jenen in der Entscheidung des BVA vom 10.12.2013, N/0106-BVA/02/2013-11. Die oben genannte BVA-Entscheidung betreffe ausschließlich jene Konstellation in der ein Bieter das im Angebot zwingend beizulegende Angebotsblatt nicht mit dem ursprünglichen Angebot abgegeben habe, sondern erst wenige Stunden nach Angebotseröffnung nachgereicht habe. Entscheidungsrelevant sei gewesen, dass der im Angebotsdeckblatt auszuweisende und im Rahmen der Zuschlagskriterien zu bewertende Gesamtpreis, sowie die bewertungsrelevante Verlängerung der Gewährleistungsfrist bereits in den dem Angebot beigegebenen verbindlichen Begleitschreiben ausgewiesen gewesen sei.

Im gegenständlichen Fall seien die Umstände gänzlich anders gelagert, sodass die oben genannte Entscheidung des BVA keine wie auch immer geartete Aussagekraft habe. Gemäß Punkt D.1.1.22. habe der verbindliche Personaleinsatzplan nicht nur die Namen, die Ausbildung, die Qualifikation und kalkulierte Mannmonate des eingesetzten Schlüsselpersonals, sondern ohne Einschränkung die Namen, Ausbildung, Qualifikation und kalkulierten Mannmonat des vollständig geplanten Personaleinsatzes zwingend anzugeben.

Die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungen (D 5 Leistungsverzeichnis Dienstleistungen) sei sowohl von der Menge des notwendigen Personals, als auch von der erforderlichen Qualifikation des erforderlichen Personals mit dem Schlüsselpersonal alleine vollkommen unmöglich, sodass die Verfügbarkeit des weiteren Projektpersonals und dessen Qualifikation unabdingbare Voraussetzung für die Leistungserbringung sei. Die gesamte vertragliche Leistung müsse von diesen Personen, somit dem Schlüsselpersonal und dem weiteren Projektpersonal ausgeführt werden.

Durch die Nichteinreichung des verbindlichen Personaleinsatzplanes gemeinsam mit dem Angebot und der offenkundig seitens der Auftraggeberin gewährten Nachreichungsmöglichkeit erlange die präsumtive Zuschlagsempfängerin gegenüber der Antragstellerin sowie allen anderen am Vergabeverfahren beteiligten Bietern einen eindeutigen Wettbewerbsvorteil. An den verbindlichen Personaleinsatzplan sei der Bieter im Fall der Auftragserteilung gebunden und dürfe das Personal nicht austauschen, andernfalls die Auftraggeberin zum Vertragsrücktritt berechtigt sei (Punkt D.4.1.6.).

Im Bereich komplexer und vielschichtiger Dienstleistung, wie dem auftragsgegenständlichen, liege ein erheblicher

Aufwand im Zusammenhang mit der Angebotserstellung in der Zusammensetzung, Kalkulation und tatsächlichen Verfügbarmachung des erforderlichen Projektpersonales. Durch die Möglichkeit, den verbindlichen Personaleinsatzplan nachzureichen, erhalte die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Planung des Personaleinsatzes (insbesondere des weiteren Projektpersonals) erheblich mehr Zeit als die anderen Bieter, die den Personaleinsatzplan bereits mit dem Angebot vollständig abgegeben hätten. Darüber hinaus sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin dadurch in die Lage versetzt, erforderliches oder fehlendes Personal erst zu einem späteren Zeitpunkt verbindlich nennen zu müssen, wodurch ebenfalls ein erheblicher Wettbewerbsvorteil erlangt werde. Laut den bestandfesten Festlegungen der Auftraggeberin erfolge die Bewertung der Ausbildung und der Berufserfahrung ausschließlich anhand der Angaben des zwingend einzureichenden verbindlichen Personaleinsatzplanes. In den Ausschreibungsunterlagen würden weder andere Informationsquellen im Angebot genannt, noch Regelungen für den Fall getroffen, dass die im verbindlichen Personaleinsatzplan genannten Informationen im Widerspruch zu anderen im Angebot genannten Informationen stünden. Auf Grund dieser verbindlichen Festlegungen sei es vollkommen irrelevant, ob allenfalls andere Dokumente im Angebot Rückschlüsse auf einen möglichen Inhalt des verbindlichen Personaleinsatzplanes liefern würden. Für die Bewertung der Ausbildung und der Berufserfahrung sei daher einzig und allein die Angabe im verbindlichen Personaleinsatzplan relevant.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 08.04.2014 gab die Antragstellerin bekannt, die Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH mit der rechtsfreundlichen Vertretung betraut zu haben und brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass sich in der Ausschreibung bei den Zuschlagskriterien eine Reihe von Subkriterien finden würden. So könnten z.B. bei der Bewertung der Ausbildung in verschiedenen Stufen gleiche Punkte erreicht werden. Die Richtigkeit der Bewertung werde jedenfalls in Frage gestellt und sei auf Basis der reinen Bekanntgabe der Punkte objektiv nicht nachvollziehbar. Zur angeblichen Behebbarkeit des fehlenden Personaleinsatzplanes sei zunächst festzuhalten, dass der eindeutige Ausschreibungswortlaut einer Behebung entgegenstünde. Darüber hinaus sei aus den von der Auftraggeberin erwähnten Formblättern eben nicht der Inhalt des Personaleinsatzplanes abzuleiten. Dies insbesondere deshalb, weil im Personaleinsatzplan unter anderem auch kalkulierte Mannmonate anzugeben wären, für die es sonst kein Formblatt gäbe und außerdem auch noch weiteres Projektpersonal anzugeben wäre, wofür es ebenfalls kein anderes Formblatt gäbe.

Das Formblatt Ausbildung und Berufserfahrung beinhalte lediglich 3 Personen und sei nicht so ausführlich wie der verbindliche Personaleinsatzplan. Der Auftraggeberin wäre es möglich gewesen relevante Informationen in anonymisierter Form bekannt zu geben ohne Geschäftsgeheimnisse zu verletzen.

Die Auftraggeberin übermittelte am 13. März 2014 die Unterlagen des Vergabeverfahrens. In einer ersten Stellungnahme vom 13. März 2014 gab sie angeforderte allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren.

In einer zweiten Stellungnahme vom 18. März 2014 führte die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, dass entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung (AVA-Verständigung) die Angabe, dass die Stillhaltefrist am 10.03.2014 24.00 Uhr enden würde, enthalte.

Die Zuschlagsentscheidung enthalte darüber hinaus einen Link zur Begründung der Zuschlagsentscheidung auf den die Antragstellerin mehrmals eingegangen sei.

In der Ausschreibung werde in Teil D. 1.2., Punkt 1.2.3 die Zuschlagskriterien Preis und Qualität genau beschrieben. Hinsichtlich der Referenzkriterien werde festgelegt, welche Referenzen für den Projektleiter und seinen Stellvertreter bzw. Teammitglied ÖBA mit welcher Punkteanzahl bewertet würden. Weiters würden sich in Punkt 1.2.5 die Kriterien für die Bewertung der Ausbildung finden. In den Formblättern "Personenbezogene Referenzprojekte" und dem Formblatt "Ausbildung und Berufserfahrung", die dem Angebotsdeckblatt der Ausschreibung angeschlossen seien, hätten die Bieter die Qualitätsbewertung nach den Festlegungen in der Ausschreibung selbst im Wege einer Selbstdeklaration vorzunehmen gehabt.

Die vom Bieter vorgenommene Selbstdeklaration werde gemäß Teil D.1. Punkt 1.1.23. einer Überprüfung durch die vergebende Stelle unterzogen, wobei die vergebende Stelle an die Punktevergabe der Bieter nicht gebunden sei. Die vergebende Stelle prüfe und korrigiere die Punktevergabe der Selbstdeklaration der Bieter an Hand der vorgelegten Nachweise. Die Antragstellerin habe ausschreibungskonform eine Selbstbewertung ihrer Qualitätspunkte vorgenommen. Somit decke sich die Angebotsbewertung der Antragstellerin in der Zuschlagsentscheidung mit jener in der von ihr selbst vorgenommenen Selbstdeklaration. Die Begründung der Zuschlagsentscheidung enthalte die

Bewertung aller Kriterien (Preis/Qualität) und Subkriterien der Bestbieterin und der Antragstellerin. Die Bewertung der Qualitätspunkte werde genau beschrieben und errechnen sich die Punkte für die Erfüllung eines Kriteriums nach den Festlegungen im Teil D 1.2. Punkt 1.2.4 und Punkt 1.2.5. Auf Grund der Festlegungen in der Ausschreibung könne die Bewertung eines jeden Kriteriums nachvollzogen werden und sei eine Begründung nur eine Wiederholung der Festlegung in der Ausschreibung. Der Umstand, dass die Antragstellerin ihre eigene Punktebewertung bei der Selbstdeklaration ohne weiteres selbst vornehmen habe können, belege, dass eine Zuordnung der Punktebewertung auf Grund der Festlegungen in der Ausschreibung jedenfalls möglich sei.

Ausschreibungen seien nach dem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Die Zusammenschau mit den Regelungen der Angebotsprüfung würden eine Unklarheit darstellen, inwieweit das Fehlen einer solch zwingend abzugebenden Unterlage als unbehebbarer Mangel zu qualifizieren sei. Die Ausschreibung der Auftraggeberin sei dahingehend zu interpretieren, dass eine Aufklärung des Mangels des Fehlens des zwingend abzugebenden Angebotsdeckblattes geboten sei.

Jedem Bieter, der den Personaleinsatzplan nicht mit dem Angebot vorgelegt hätte, wäre eine Aufklärung/Verbesserung einzuräumen.

Bei der Berichtigung des "Angebotsdeckblattes und Formblätter" habe sich ein Fehler eingeschlichen, der zu einer zusätzlichen Unklarheit geführt habe. Mit der Berichtigung vom 15.01.2014 sei ein neues Formblatt "Ausbildung und Berufserfahrung" eingefügt, sowie die Formblätter personenbezogene Referenzprojekte korrigiert worden. Diese korrigierten Formblätter seien als Seiten 11 bis 14 eingefügt worden. Auf Grund dieser Änderung sei irrtümlich die Einfügung schon mit Seite 11 vorgenommen worden, obwohl Seite 11 gemäß dem ursprünglichen Angebotsdeckblatt das Formblatt "verbindlicher Personaleinsatzplan" gewesen sei. Aufgrund dieser Berichtigung sei unklar, ob das Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan durch die Angaben für die Referenzprojekte, in denen ebenfalls der Schlüssel Personal anzugeben war, anstelle des Personaleinsatzplanes abzugeben gewesen wäre. Die Ausschreibung könne daher gemäß dem objektiven Erklärungswert durchaus so verstanden werden, dass das Formblatt "verbindlicher Personaleinsatzplan" entfallen könne.

Soweit das Formblatt "verbindlicher Personaleinsatzplan" daher überhaupt vorzulegen wäre, handle es sich entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin um einen behebbaren Mangel.

In der mündlichen Verhandlung führte die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, dass die Zuschlagskriterien objektiv nachvollziehbar seien. Es werde auf eine Entscheidung des UVS vom 5.2.2010 UVS 443.8-6/2010-6 verwiesen, aus welcher sich ergäbe, dass eine verbale Begründung nicht erforderlich sei. Anderenfalls müsste auch die Punktebewertung für den Preis verbal begründet werden. Ergänzend sei anzuführen, dass die angeführten Entscheidungen der Antragstellerin sich immer auf subjektive Qualitätskriterien bezogen hätten (beispielsweise Konzepte, Hearings etc.), wo eine verbale Begründung aufgrund der subjektiven Spielräume erforderlich wäre. Des Weiteren sei festzuhalten, dass die Antragstellerin die Richtigkeit der Zuschlagsentscheidung der Bewertung erst gar nicht in Frage gestellt habe. Zur Behebbarkeit des Mangels "fehlender Personaleinsatzplan" sei festzuhalten, dass sich, wie bereits ausgeführt, der Inhalt des Personaleinsatzplanes aus anderen Formblättern ergäbe. Daher führe die Nachreichung des Personaleinsatzplans nicht zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung und somit liege auch maximal ein behebbarer Mangel vor.

Die Entscheidung des BVA vom 10.12.2013 sei in der gegenständlichen Ausschreibung nicht umgesetzt worden. Erst in den neuen Ausschreibungen sei eine Korrektur vorgenommen worden. Bei der gegenständlichen sei dies jedoch nicht berichtet worden, da man davon ausgegangen sei, dass die Bestimmung hinsichtlich des verbindlichen Personaleinsatzplanes so zu verstehen sei, wie im vorgenannten Bescheid des BVA.

Auf die Frage des Laienrichters Dr. Theodor Taurer warum es hinsichtlich des Personaleinsatzplanes keine Aufklärung an die Bieter bzw. eine Berichtigung gegeben habe, zumal die Veröffentlichung am 5.12.2013, die Entscheidung des BVA vom 10.12.2013 datiere und die Angebotsöffnung am 24.1.2014 stattfand, gab die Auftraggeberin an, dass per 1.1.2014 die neuen Ausschreibungen anders formuliert worden seien. Bei den laufenden Ausschreibungen habe man sich auf den Bescheid des BVA und die darin getätigten Aussagen verlassen.

Fristgerecht im Sinne des § 324 Abs. 3 BVergG erstattete die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen nachfolgendes Vorbringen. Fristgerecht im Sinne des Paragraph 324, Absatz 3, BVergG erstattete die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen nachfolgendes Vorbringen.

Die Antragstellerin führe hinsichtlich der von der Auftraggeberin getroffenen Zuschlagsentscheidung aus, dass diese die in § 131 BVergG geforderten Mindestinformationen nicht enthalte und daher den Anforderungen einer Zuschlagsentscheidung nicht entsprechen würde. Begründet werde dies von der Antragstellerin im Wesentlichen damit, dass die gegenständliche Zuschlagsentscheidung keine ausreichende verbale Begründung enthalte und auch keine Angaben über das Ende der Stillhaltefrist erfolgt sei. Aus diesem Grund sei es der Antragstellerin unmöglich gewesen, die Bewertung ihres Angebotes, des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, sowie die endgültige Reihung der Angebote nachzuvollziehen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien aus der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung sämtliche erforderliche Informationen ableitbar und erfülle diese die gesetzlichen Voraussetzungen, weshalb der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurück in eventu abzuweisen sei. Auch die Thematik hinsichtlich des Formblattes "verbindlicher Personaleinsatzplan" sei im Verlauf des gegenständlichen Vergabeverfahrens abschließend geklärt worden.

Die Antragstellerin führe hinsichtlich der von der Auftraggeberin getroffenen Zuschlagsentscheidung aus, dass diese die in Paragraph 131, BVergG geforderten Mindestinformationen nicht enthalte und daher den Anforderungen einer Zuschlagsentscheidung nicht entsprechen würde. Begründet werde dies von der Antragstellerin im Wesentlichen damit, dass die gegenständliche Zuschlagsentscheidung keine ausreichende verbale Begründung enthalte und auch keine Angaben über das Ende der Stillhaltefrist erfolgt sei. Aus diesem Grund sei es der Antragstellerin unmöglich gewesen, die Bewertung ihres Angebotes, des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, sowie die endgültige Reihung der Angebote nachzuvollziehen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien aus der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung sämtliche erforderliche Informationen ableitbar und erfülle diese die gesetzlichen Voraussetzungen, weshalb der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurück in eventu abzuweisen sei. Auch die Thematik hinsichtlich des Formblattes "verbindlicher Personaleinsatzplan" sei im Verlauf des gegenständlichen Vergabeverfahrens abschließend geklärt worden.

In der mündlichen Verhandlung vom 08.04.2014 führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen aus, dass in Form der dritten Berichtigung der Ausschreibung das Formblatt Ausbildung und Berufserfahrung detailliertere Angaben enthalte, welche für die Bewertung heran gezogen werden könnten und daher die Ausführungen im Schriftsatz der Antragstellerin (Seite 12), dass ausschließlich der verbindliche Personaleinsatzplan bewertungsrelevant sei, unrichtig sei. Eine nähere Begründung der Zuschlagsentscheidung sei auch aus jenem Grund nicht erforderlich, da es sich bei Referenzen und eingesetztem Personal um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handle und die Angabe weiterer Information aufgrund § 131 BVergG unzulässig wäre.

In der mündlichen Verhandlung vom 08.04.2014 führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen aus, dass in Form der dritten Berichtigung der Ausschreibung das Formblatt Ausbildung und Berufserfahrung detailliertere Angaben enthalte, welche für die Bewertung heran gezogen werden könnten und daher die Ausführungen im Schriftsatz der Antragstellerin (Seite 12), dass ausschließlich der verbindliche Personaleinsatzplan bewertungsrelevant sei, unrichtig sei. Eine nähere Begründung der Zuschlagsentscheidung sei auch aus jenem Grund nicht erforderlich, da es sich bei Referenzen und eingesetztem Personal um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handle und die Angabe weiterer Information aufgrund Paragraph 131, BVergG unzulässig wäre.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Feststellungen (Sachverhalt):

Auf der Grundlage der Schriftsätze samt Beilagen der Antragstellerin vom 10. März 2014 (OZ 1) und vom 03. April 2014 (OZ 18), den Schriftsätzen der Auftraggeberin vom 12.03.2014 (OZ 8) und vom 18.03.2014 (OZ 9), Schriftsatz der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin vom 19.03.2014 (OZ 10) und der von der Auftraggeberin am 13.03.2014 vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens "A11 Karawankenautobahn Karawankentunnel 2. Röhre - Baugrund" sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 08.04.2014 (OZ 20) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, führt unter der Bezeichnung "A11 Karawankenautobahn Karawankentunnel

2. Röhre - Baugrund" ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich mit dem Ziel des Abschlusses eines Dienstleistungsauftrages. Der von ihr geschätzte Nettoangebotspreis beträgt nach eigener Angabe Euro 319.940.--. Die Veröffentlichung des Beschaffungsvorhabens erfolgte am 07.12.2013 im Supplement zum Amtsblatt der EU unter der

Die Auftraggeberin hat im Vergabeverfahren den Bietern eine Ausschreibungsunterlage, bestehend aus:

- -Strichaufzählung
D.0 Angebotsdeckblatt
- -Strichaufzählung
D.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen
- -Strichaufzählung
D.1.2 B. Ausschreibungsbestimmungen
- -Strichaufzählung
D.2 Projektbeschreibung
- -Strichaufzählung
D.3 Leistungsbeschreibung
- -Strichaufzählung
D.4 Allgemeine Vertragsbestimmungen Leistungsverzeichnis
- -Strichaufzählung
D.4.2 Besondere Vertragsbestimmungen
- -Strichaufzählung
D.5 Leistungsverzeichnis
- -Strichaufzählung
D.6 Bietererklärung

Beilagen

zur Verfügung gestellt.

In Pkt 1.1.15 der Unterlage "D.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen" sind hinsichtlich "Form und Einreichung der Angebote" folgende Festlegungen getroffen:

"Der Bieter ist - bei sonstigem Ausscheiden - verpflichtet, die im Angebotsdeckblatt unter 'zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion)' angeführten Teile mit dem Angebot abzugeben. [...]"

Dem Angebotsdeckblatt sind sämtliche Formblätter angeschlossen. Klarstellend wird festgehalten, dass sich die oa. Verpflichtung zur zwingenden Abgabe von Unterlagen nur auf jene Formblätter der Bietererklärung bezieht, welche dort (auf dem Angebotsdeckblatt unter 'zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen 'Ausscheidenssanktion') ausdrücklich angeführt sind. [...]"

Im Angebotsdeckblatt sind folgende Unterlagen als "zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion!)" festgelegt:

Angebotsdeckblatt

D.5 Leistungsverzeichnis

Formblätter:

Subunternehmerverzeichnis

Verbindlicher Personaleinsatzplan

Personenbezogene Referenzprojekte

Gemäß Pkt 1.1.15 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen müssen die auf dem Angebotsdeckblatt als "zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen" bei sonstigem Ausscheiden des Angebots - dem Angebot jedenfalls beigelegt werden.

Gemäß Punkt 1.1.24 der allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen wurde wie folgt festgelegt: "Die Prüfung der Angebote erfolgt nach den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen.

Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst oder die geplante Art der Durchführung oder werden Mängel festgestellt, die das Angebot mit einer Ausscheidung bedrohen, so hat der Bieter die Möglichkeit innerhalb einer angemessenen Frist eine verbindliche schriftliche Aufklärung abzugeben. Erfolgt seitens des Bieters keine fristgerechte Aufklärung, so wird das Angebot ausgeschieden.

Die Wahl des Angebots für den Zuschlag wird nach den hierfür in den vorstehenden Vergabegrundlagen enthaltenen Kriterien und Bestimmungen getroffen".

Gemäß Punkt 1.1.22 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen wurde hinsichtlich der "Zuschlagskriterien - Bewertung von Referenzprojekten" Folgendes festgelegt:

"Werden Referenzprojekte als Zuschlagskriterium herangezogen, so gilt:

Referenzprojekte sind Aufträge eines Auftragnehmers.

Die Errechnung der Punkte für die Referenzen erfolgt über die personenbezogenen Referenzen, die das Projektteam in den einzelnen Kriterien ausweist.

Selbstdeklaration und Referenzzuordnung:

Für die im Rahmen der qualitativen Bewertung zu nennenden personenbezogenen Referenzprojekte gibt der Bieter entsprechend den im Anhang beigefügten Formularen nach seiner Wahl Referenzaufträge für die zu wertenden Personen an.

Der Bieter ist verpflichtet, die Angaben zu seinen Referenzprojekten wahrheitsgemäß anzugeben und diese im Vorfeld hausintern auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Wird im Rahmen der Selbstdeklaration grob fahrlässig oder vorsätzlich eine unrichtige oder unwahre Referenz angegeben, so wird der Bieter vom weiteren Verfahren ausgeschlossen.

Es ist zulässig, ein Referenzprojekt für mehrere Personen (z.B. Projektleiter, Projektleiter-Stellvertreter, Projektteam-Mitglied) zu nennen.

Grundsätzlich können einzelne eigenständig bewertbare Teile eines Referenzprojektes jeweils für sich genannt werden, sofern dieser Teil oder diese Teile den Kriterien der jeweiligen Bewertungskategorie entspricht bzw. entsprechen."

[...]

"Personaleinsatzplan

Mit dem Angebot ist die Angabe des geplanten Personaleinsatzes beinhaltend

Name des eingesetzten Personals

Unternehmen, Standort

Qualifikation

Kalkulierte Mannmonate

entsprechend dem Formblatt verbindlicher Personaleinsatzplan im Anhang zum Angebotsdeckblatt zwingend abzugeben."

Gemäß D.1.2.5. Ausbildung und Berufserfahrung wird festgelegt:

"Bewertet wird die fachspezifische Ausbildung von im verbindlichen Personaleinsatzplan (Anhang zum Angebotsdeckblatt) angegebenen Schlüsselpersonal in Abhängigkeit der fachspezifischen Berufserfahrung gemäß untenstehender Wertungstabellen".

D.4.1.6.: Eingesetztes Personal bestimmt:

"Personen, welche für die Leistungserbringung im Angebot angegeben sind (zum Beispiel im verbindlichen Personaleinsatzplan) müssen für die angegebenen Leistungen vom Auftragnehmer eingesetzt werden. Das für die Bestbieterermittlung angegebene Personal darf nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers ausgewechselt werden, wobei in diesem Fall die Ersatzkraft mindestens die gleiche Qualifikation aufzuweisen hat. Der Auftraggeber wird binnen einer Frist von zwei Wochen nach Erhalt des Nachweises über die Qualifikation des Einsatzpersonales die Entscheidung treffen, ob das Ersatzpersonal zugelassen wird.

Ein unzulässiger Austausch des im Angebot angegebenen Personals berechtigt den Auftraggeber zum Rücktritt."

Die Angebotsfrist endete ursprünglich am 20.01.2012, 10:00 Uhr. Aufgrund von Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen wurde die Angebotsfrist zuerst auf den 22.01.2014, 10:00 Uhr und letztlich bis zum 24.01.2014, 10:00 Uhr, verlängert.

Im Zuge der 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vom 15.01.2014 wurden im Teil "D.0 Angebotsdeckblatt" das Formblatt "Personenbezogene Referenzprojekte" berichtigt sowie ein neues Formblatt "Ausbildung und Berufserfahrung" hinzugefügt. Das Formblatt "Personenbezogene Referenzprojekte - Projektleiter", welches Teil von "D.0 Angebotsdeckblatt" war, wurde im Zuge dieser dritten Berichtigung mit der Seitennummerierung 11 versehen. Das bedeutet, dass der Teil "D.0 Angebotsdeckblatt" infolge der 3. Berichtigung zwei Seiten mit der Seitennummerierung 11 - nämlich das Formblatt "Personenbezogene Referenzprojekte" und das Formblatt "Personenbezogene Referenzprojekte - Projektleiter" ausweist.

Die Angebotsöffnung fand am 24.01.2014 von 10:30 bis 11:20 statt. Insgesamt haben sich fünf Bieter durch die Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt. Es wurde kein Angebot ausgeschieden. Bei der Angebotsöffnung hat der Auftraggeber unter anderem festgehalten zu welchen Preisen (Gesamt- und Optionspreise) die Bieter angeboten haben sowie, ob sämtliche "zwingend abzugebenden Unterlagen" dem jeweiligen Angebot beigelegt wurden. Im Angebotsöffnungsprotokoll wurde beim Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin vermerkt, dass der verbindliche Personaleinsatzplan nicht vorhanden sei.

Die Antragstellerin bot einen Gesamtpreis für ihr Hauptangebot inkl. aller Optionen von EUR 283.886,60 und für die Option 01 von EUR 14.101,80 an. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin bot einen Gesamtpreis von EUR 293.204,00 (Option 01: EUR 14.936,00) an.

Im Zuge der Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin wurde die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin am 03.02.2014 - im Hinblick darauf, dass sie ihrem Angebot keinen verbindlichen Personaleinsatzplan (Formblatt) beigelegt hatte - aufgefordert dazu Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 11.02.2014 wurde der Auftraggeberin folgende Stellungnahme übermittelt:

"Im Zuge der 3. Berichtigung der Ausschreibung vom 15. Jänner 2014 wurden im Teil D.0 Angebotsdeckblatt das Formblatt "Personenbezogene Referenzprojekte" berichtigt sowie ein neues Formblatt "Ausbildung und Berufserfahrung" ergänzt. Die berichtigten bzw. ergänzten Seiten haben die Seitennummern 11 bis 14 und waren einzutauschen.

Da in der am 20. Dezember 2013 veröffentlichten Version der Ausschreibung das Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" die Seitennummer 11 hat (siehe 1. Absatz, Seiten 11-14 sind einzutauschen) und das neue Formblatt "Ausbildung und Berufserfahrung" (3. Berichtigung, 15. Jänner 2014) große Ähnlichkeit mit dem Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" hat bzw. wesentliche Inhalte des Formblatts "Verbindlicher Personaleinsatzplan" aufweist, entstand bei uns der Eindruck, dass das Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" nicht mehr abzugeben ist. Sicherheitshalber haben wir am Formblatt "Ausbildung und Berufserfahrung" das Personal, welches wir bei diesem Projekt in geringfügigem Ausmaß für Vertretungszwecke einzusetzen gedenken, unterhalb der Tabelle ergänzt.

Wir möchten aber darauf hinweisen, dass im von uns ausgefüllten Formblatt "Ausbildung und Berufserfahrung" die geforderte Information des Formblatts "Verbindlicher Personaleinsatzplan" enthalten ist. Einzig davon ausgenommen ist die Spalte mit den kalkulierten Mannmonaten.

Hinsichtlich der Information über die kalkulierten Mannmonate verweisen wir auf Teil D.3 Leistungsbeschreibung, Kapitel 3.1.2 "Leistungszeitraum und Termine". In diesem Kapitel wird ein detaillierter Zeitplan für die Baugrunderkundung vorgeschrieben. Da im Teil D.3 Leistungsbeschreibung, Kapitel 3.1.5 "Mindestaufgaben des Schlüsselpersonal" verlangt wird, dass das Schlüsselpersonal "maßgebend an der Leistung" mitzuarbeiten hat, haben wir auch für die Kalkulation des Anbots zugrunde gelegt, dass alle geologisch-geotechnischen Leistungen (Pos. 1, 3, 4, 5 & 6) durch den Projektleiter und den Projektleiter-Stellvertreter und nur die Leistungen der Örtlichen Bauaufsicht und der fachtechnischen Betreuung vor Ort (Pos. 2) durch das Projektteam-Mitglied ÖBA ausgeführt werden.

Wir sind der Meinung, dass sich die geforderte Information über die kalkulierten Mannmonate aus dem von uns genannten Schlüsselpersonal (Teil D.0 Angebotsdeckblatt, Seiten 11-14), des in der Ausschreibung dargestellten

Leistungsbildes bzw. Referenzkriterien des Schlüsselpersonals (Teil D.3 Leistungsbeschreibung, Kapitel 3.1.5 "Mindestaufgaben des Schlüsselpersonals", Kapitel 3.2 "Aufgabenbeschreibung Fachbereich Baugrund", Kapitel 3.3 "Aufgabenbeschreibung Projektleiter, Planungs Koordinator und Baustellenkoordinator" bzw. Teil D.1.2 Besondere Ausschreibungsbestimmungen, Kapitel 1.2.3.2 "Referenzkriterien") und des in den Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Zeitplans (Teil D.3 Leistungsbeschreibung, Kapitel 3.1.2 "Leistungszeitraum und Termine") ergibt.

Die nachstehende Abbildung 1 ist dem Teil D.3 Leistungsbeschreibung, Kapitel 3.1.2 "Leistungszeitraum und Termine" entnommen und soll vorher Gesagtes illustrieren. Die in roter Schrift angeführten Zeitangaben ergeben sich direkt aus dem Zeitplan. Die Zeitangaben für die optionalen Leistungen (Pos. 5 & 6) sind dem 1. Absatz auf Seite 4 (...sind 2 Wochen nach Abruf vorzulegen) zu entnehmen.

Abb. 1 Einsatzzeiten des Schlüsselpersonal

Zur Überprüfung der Plausibilität verweisen wir auf nachstehende

Überschlagsrechnung:

Summe Mannmonate Projektleiter und Projektleiter-Stv.: 12 Monate

Summe Mannmonate Projektteam-Mitglied ÖBA: 6,5 Monate

Summe Mannmonate Projektleiter und Projektleiter-Stv. für optionale Leistungen:

2 Monate

Stundensätze:

Projektleiter (Pos. 8.1): 80 €

ÖBA Techniker: 48 €

Summe (ohne Nebenkosten): $14 \times 80 \times 173 = 193.760 \text{ €}$ $6,5 \times 48 \times 173 = 53.976 \text{ €}$ 247.736 €

Nebenkosten:

Analytik (Pos. 4.5): 21.870 €

Datenlogger (Pos. 4.3.3) 7.485 €

Reisekosten ca. 15.000 €

Gesamtsumme: gerundet ca. 292.000 €

Aus den oben angeführten Gründen und Schlussfolgerungen sind wir der Meinung, dass das Fehlen des verbindlichen Personaleinsatzplanes einen behebbaren Mangel darstellt, da die Angaben des Personaleinsatzplanes im Anbot und in den Ausschreibungsunterlagen vorhanden sind. Auch hat die fehlende Information für die Auswahl des Bestbieters keine Bedeutung bzw. führt eine Behebung dieses Mangels zu keiner Änderung der Wettbewerbsstellung unseres Anbots."

Im Prüfbericht der Auftraggeberin wird dazu Folgendes ausgeführt:

"11.02.2014 und 12.02.2014

Der Bieter erklärt, dass das Fehlen des verbindlichen Personaleinsatzplanes einen behebbaren Mangel darstellt, da die Angaben des Personaleinsatzplanes im Anbot und in den Ausschreibungsunterlagen vorhanden sind. Auch hat die fehlende Information für die Auswahl des Bestbieters keine Bedeutung bzw. führt eine Behebung dieses Mangels zu keiner Änderung der Wettbewerbsstellung unseres Anbots. Diese Erklärung wird im Schreiben vom 11.02.2014 detailliert begründet.

Die geforderte Unterlage wurde innerhalb der gesetzten Frist nachgereicht.

Beurteilung durch den AG:

Aufgrund der BVA Entscheidung im Verfahren zur Vergabe der Bauleistung zur S35 (Strabag) in Zusammenhang mit zwingend abzugebenden Unterlagen sprechen die überwiegenden Gründe dafür, dass der Bieter nicht auszuscheiden ist.

Wie beim Ausgangssachverhalt der o.a. BVA Entscheidung ergibt sich der Inhalt des

fehlenden Formblatts (Personaleinsatz) aus anderen Formblättern. Weiters ist ein fehlendes Formblatt, dessen Inhalt für die Bestbieterermittlung nicht relevant ist, an sich ein behebbbarer Mangel. Da gem BVA unsere Ausschreibungsvorgaben nicht so zu verstehen sind, dass das Fehlen von zwingend abzugebenden Unterlagen einen unbehebbarer Mangel darstellt, kann das Formblatt also nachgereicht werden. Zuletzt spricht für den Bieter auch ein Seitennummerierungsfehler in einer Berichtigung.

Beurteilung des Bieters

Der Bieter konnte alle geforderten Nachweise zur Eignung (Interessenskonflikt, Befugnis, berufliche Zuverlässigkeit, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

und technische Leistungsfähigkeit) erbringen.

Der Bieter konnte alle Punkte hinsichtlich der Zuschlagskriterien aufklären. Die Eigendeklaration der Referenzen wurde daher nicht verändert. Zwei der sechs Referenzen wurden nach telefonischer Rückfrage bei den genannten Ansprechpersonen von diesen inhaltlich bestätigt bzw. liegt eine schriftliche Bestätigung vor.

Der Bieter erreicht mit 38,7265 Punkten für das Preisangebot und mit 60 Punkten für das Qualitätsangebot insgesamt 98,7265 Punkte und ist damit Bestbieter."

Eine Prüfung der Angebote durch die Auftraggeberin ergab, dass die Antragstellerin mit einem Preis von EUR 283.886,60 den niedrigsten Angebotspreis gelegt hatte. Sie erhielt daher die volle Punkteanzahl von 40 Preis-Punkten. Hinsichtlich des Faktors Qualität erlangte sie insgesamt 53,7 von 60 möglichen Qualitäts-Punkten. Gesamt erhielt sie 93,7 Punkte.

Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin wurde nicht ausgeschieden. Sie erhielt für den von ihr angebotenen Preis von EUR 293,204,00 - in Relation zur Antragstellerin - 38,7265 Preis-Punkte. Hinsichtlich der Qualität erlangte sie die volle Punkteanzahl; insgesamt sohin 98,7256 Punkte.

Insgesamt haben sich fünf Bieter durch die Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt.

Auf der Grundlage der abgegebenen Angebote wurde die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin allen Bietern des Vergabeverfahrens am 26.02.2014 mit E-Mail über info@ava-online.at mitgeteilt. In diesen Mitteilungen wird u.a. auch auf die Stillhaltefrist hingewiesen. In der entsprechenden E-Mail an die Antragstellerin ist folgender Satz enthalten:

"Die Stillhaltefrist endet am 10.03.2014 24:00 Uhr."

In der jeweils entsprechenden Mail ist für jeden Bieter - und somit auch für die Antragstellerin - ein Link enthalten, der zur "Begründung" (der Zuschlagsentscheidung) führt.

Die Antragstellerin brachte den zu W114 2003874-1 im BVwG protokollierten Nachprüfungsantrag elektronisch am Montag, den 10.03.2014 innerhalb der Amtsstunden des BVwG ein. Für den Nachprüfungsantrag und den gleichzeitig gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.078.-- entrichtet. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag wurde bislang nicht erteilt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Beschluss des BVwG vom 14.03.2014, W114 2003874-1/6E stattgegeben und der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Am 04.04.2014 fand im Nachprüfungsverfahren W114 2003874-1 im BVwG eine Akteneinsicht durch die Antragstellerin statt.

Am 08.04.2014 fand zum Nachprüfungsverfahren W114 2003874-1 im BVwG eine mündliche Verhandlung statt.

Beweiswürdigung:

Die oben getroffenen Feststellungen ergeben sich aus den vorgelegten Verfahrensunterlagen des bei der Auftraggeberin geführten Vergabeverfahrens. Von der Antragstellerin wurden dagegen keine Einwendungen erhoben. Die Feststellungen finden Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen und Angaben in der mündlichen Verhandlung. Sofern die Antragstellerin behauptet, die Zuschlagsentscheidung vom 26.02.2014 enthalte keinen Hinweis auf die Stillhaltefrist, wurde dieser Behauptung durch die vorgelegten Unterlagen des

Vergabeverfahrens erfolgreich entgegengetreten. Eine Kopie der entsprechenden Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin befindet sich in den vorgelegten Verfahrensunterlagen und enthält - entgegen der im Nachprüfungsantrag enthaltenen Auffassung einen Hinweis auf die Stillhaltefrist.

Rechtliche Beurteilung:

Zu A.

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages:

Gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 2 und Art. 131 Abs. 2 B-VG iVm § 291 BVergG ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fallen. Gemäß Artikel 130, Absatz 2, Ziffer 2 und Artikel 131, Absatz 2, B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, BVergG ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fallen.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs AG ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (siehe BVA vom 10.12.2013, N/0106-BVA/02/2013-11). Dabei handelt es sich um eine Auftraggeberin, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fällt. Daraus resultiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Entscheidung im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs AG ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe BVA vom 10.12.2013, N/0106-BVA/02/2013-11). Dabei handelt es sich um eine Auftraggeberin, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fällt. Daraus resultiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Entscheidung im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes wird gemäß § 1 VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, unberührt. Zu diesen Bestimmungen zählt auch der Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes wird gemäß Paragraph eins, VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, unberührt. Zu diesen Bestimmungen zählt auch der

4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält.

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG sowie § 292 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der gegenständlichen Angelegenheit durch einen Senat. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG sowie Paragraph 292, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der gegenständlichen Angelegenheit durch einen Senat.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Der Nachprüfungsantrag entspricht auch den in § 322 Abs. 1 BVergG angeführten Anforderungen. Der Nachprüfungsantrag - verbunden mit dem verfahrensgegenständlichen Provisorialbegehren - wurde unter Berücksichtigung von § 321 Abs. 1 BVergG fristgerecht eingebracht. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Die Pauschalgebühren wurden unter Berücksichtigung von § 318 Abs. 1 Z 1 und 4 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV vergabevergaberechtskonform entrichtet. Der Nachprüfungsantrag entspricht auch den in Paragraph 322, Absatz eins, BVergG angeführten Anforderungen. Der Nachprüfungsantrag - verbunden mit dem verfahrensgegenständlichen Provisorialbegehren - wurde unter Berücksichtigung von Paragraph 321, Absatz eins, BVergG fristgerecht eingebracht. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Die Pauschalgebühren wurden unter Berücksichtigung von Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV vergabevergaberechtskonform entrichtet.

Inhaltliche Beurteilung

Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive der Auftraggeberin, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel VwGH vom 14.04.2011, 2008/04/0065).

Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel VwGH vom 22.11.2011, 2006/04/0024). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zum Beispiel EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, I 3353, Rn 39; VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel VwGH vom 22.11.2011, 2006/04/0024). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zum Beispiel EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, römisch eins 3353, Rn 39; VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090).

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

Festzuhalten ist, dass es grundsätzlich nicht in der Disposition des Auftraggebers steht, durch Regelungen in den Ausschreibungsbedingungen bestimmte Mängel in Angeboten gleichsam als unbehebbar zu qualifizieren.

Die Prüfung der Frage, ob die seitens der Auftraggeberin auf dem D.0 Angebotsdeckblatt "Davon zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidensanktion!)." angeführten Teile mit dem Angebot abzugeben,

Angebotsdeckblatt:

D.5.: Leistungsverzeichnis:

Formblätter:

Subunternehmerverzeichnis:

Verbindlicher Personaleinsatzplan:

Personenbezogene Referenzprojekte"

sowie in D.1 Allgemeine Ausschreibungsbedingungen Dienstleistungen Punkt 1.1.15 Form- und Einreichung der Angebote," Der Bieter ist, bei sonstigem Ausscheiden - verpflichtet, die im Angebotsdeckblatt unter "zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidensanktion)" angeführten Teile mit dem Angebot abzugeben", getroffenen Festlegungen, rechtswidrig sind, kann im vorliegenden Fall dahinstehen, da die Frist zur Anfechtung der

Ausschreibung gem. § 321 Abs. 4 BVergG bereits abgelaufen ist und somit die seitens der Auftraggeberin aufgestellten Ausschreibungsbedingungen unangreifbar geworden sind. sowie in D.1 Allgemeine Ausschreibungsbedingungen Dienstleistungen Punkt 1.1.15 Form- und Einreichung der Angebote," Der Bieter ist, bei sonstigem Ausscheiden - verpflichtet, die im Angebotsdeckblatt unter "zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidensanktion)" angeführten Teile mit dem Angebot abzugeben", getroffenen Festlegungen, rechtswidrig sind, kann im vorliegenden Fall dahinstehen, da die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung gem. Paragraph 321, Absatz 4, BVergG bereits abgelaufen ist und somit die seitens der Auftraggeberin aufgestellten Ausschreibungsbedingungen unangreifbar geworden sind.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, dass alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet ist (EuGH vom 22.06.1993, Rs-C 243/89, Brücke über den Storebaelt, Rz 39). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden (EuGH vom 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54). Auch nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist die vergebende Stelle bei Ausschreibungen der Rechtsträger in privatwirtschaftlichen Agenden zur Gleichbehandlung der Bewerber verpflichtet (OGH vom 17.12.2001, 1 Ob 284/01y-Turnsaal-Anlage).

In der gegenständlichen Ausschreibung werden neben dem Angebotsdeckblatt auch das Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" als zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidensanktion!) genannt.

In D.1. Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen Dienstleistungen der gegenständlichen Ausschreibung ist unter Punkt 1.1.15 Form und Einreichung der Angebote geregelt "Der Bieter ist - bei sonstigem Ausscheiden - verpflichtet, die im Angebotsdeckblatt unter zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen (Ausscheidensanktion) angeführten Teile mit dem Angebot abzugeben. Sonstige in den Ausschreibungsunterlagen verlangte Unterlagen sind - sofern ein behebbarer Mangel vorliegt - über Aufforderung binnen der im Aufforderungsschreiben genannten Frist bei der vergebenden Stelle nachzureichen. Dem Angebotsdeckblatt sind sämtliche Formblätter angeschlossen. Klarstellend wird festgehalten, dass sich die oben angeführte Verpflichtung zur zwingenden Abgabe von Unterlagen nur auf jene Formblätter der Bietererklärung bezieht, welche dort (auf dem Angebotsdeckblatt unter zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen "Ausscheidensanktion") ausdrücklich angeführt sind.

Alle übrigen Formblätter bzw. Unterlagen sind nachforderbare Unterlagen und - sofern ein behebbarer Mangel vorliegt - über Aufforderung binnen der im Aufforderungsschreiben genannten Frist bei der vergebenden Stelle nachzureichen".

[...]

D.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen Dienstleistungen regelt weiters unter Punkt 1.1.24 Angebotsprüfung "Die Prüfung der Angebote erfolgt nach den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen.

Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst oder die geplante Art der Durchführung oder werden Mängel festgestellt, die das Angebot mit einer Ausscheidung bedrohen, so hat der Bieter die Möglichkeit, innerhalb einer angemessenen Frist eine verbindliche schriftliche Aufklärung abzugeben. Erfolgt seitens des Bieters keine fristgerechte Aufklärung, so wird das Angebot ausgeschieden.

Die Wahl des Angebotes für den Zuschlag wird nach den hierfür in den vorstehenden Vergabegrundlagen enthaltenen Kriterien und Bestimmungen getroffen."

Nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH vom 29.03.2006, ZI: 2004/040144, 0156, 0157 und

dem folgend in ständiger Rechtsprechung BVA vom 17.04.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 u.v.a.). Nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB sind die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH vom 29.03.2006, Zl: 2004/040144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtsprechung BVA vom 17.04.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 u.v.a.).

Unter Zugrundelegung des gebotenen objektiven Interpretationsmaßstabes sind diese dargestellten, mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen (vgl. VwGH vom 25.06.2008, 2006/04/0116; 27.06.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA vom 01.07.2008, N/0056-BVA/04/2008-20 u.a.) Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen in ihrer Zusammenschau betreffend die Vorlage des verbindlichen Personaleinsatzplanes widerspruchsfrei und liegt eine Unklarheit nicht vor. Unter Zugrundelegung des gebotenen objektiven Interpretationsmaßstabes sind diese dargestellten, mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest gewordenen vergleiche VwGH vom 25.06.2008, 2006/04/0116; 27.06.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA vom 01.07.2008, N/0056-BVA/04/2008-20 u.a.) Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen in ihrer Zusammenschau betreffend die Vorlage des verbindlichen Personaleinsatzplanes widerspruchsfrei und liegt eine Unklarheit nicht vor.

Gemäß dem Wortlaut der vorgenannten Bestimmungen führt eine unterlassene Abgabe der im Angebotsdeckblatt unter zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen zum verpflichtenden Ausscheiden. Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087, BVA 24.04.2013, N0016-BVA/04/2013-29; N/0017-BVA/04/2013-27) auf Basis des Wortlautes der vorgenannten Bestimmungen davon ausgehen, dass ein Nachreichen der Unterlagen zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr zulässig ist, unabhängig davon, ob es sich um einen an sich behebbaren Mangel handeln würde (VwGH 25.04.2005, 2005/04/04144).

Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin vermeint, die Aufforderung zur Aufklärung der Auftraggeberin vom 03.02.2014 zeige auf, dass auch die Auftraggeberin vom Vorliegen einer behebbaren Unvollständigkeit des Angebotes der Antragstellerin ausgegangen sei, übersieht sie, dass nicht nur die Bieter bei ihrer Angebotserstellung, sondern auch der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung an die Ausschreibung in ihrer bestandfest gewordenen Fassung gebunden sind (vgl. VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239; 28.03.2007, 2005/04/0200; 27.06.2007, 2005/04/0123; ebenso 12.08.2010, N/0060-BVA/02/0210-22 u.a.). Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin vermeint, die Aufforderung zur Aufklärung der Auftraggeberin vom 03.02.2014 zeige auf, dass auch die Auftraggeberin vom Vorliegen einer behebbaren Unvollständigkeit des Angebotes der Antragstellerin ausgegangen sei, übersieht sie, dass nicht nur die Bieter bei ihrer Angebotserstellung, sondern auch der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung an die Ausschreibung in ihrer bestandfest gewordenen Fassung gebunden sind vergleiche VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239; 28.03.2007, 2005/04/0200; 27.06.2007, 2005/04/0123; ebenso 12.08.2010, N/0060-BVA/02/0210-22 u.a.).

In der gegenständlichen Ausschreibung wird klar zwischen einerseits der Verpflichtung - bei sonstigem Ausscheiden - zur Abgabe aller zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen und andererseits sonstigen in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Unterlagen, welche erst ab Aufforderung nachzureichen sind, unterschieden (vgl. D1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, Dienstleistungen Punkt 1.1.15). In der gegenständlichen Ausschreibung wird klar zwischen einerseits der Verpflichtung - bei sonstigem Ausscheiden - zur Abgabe aller zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen und andererseits sonstigen in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Unterlagen, welche erst ab Aufforderung nachzureichen sind, unterschieden vergleiche D1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, Dienstleistungen Punkt 1.1.15).

Es ist diesbezüglich darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin grundsätzlich nicht ermächtigt ist, einen behebbaren zu einem unbehebaren Mangel zu machen. Dies kann jedoch anlässlich der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr aufgegriffen werden (vgl. UVS Steiermark 25.06.2008, 44.20-I/2008). Andernfalls hätte es die Auftraggeberin in der Hand entgegen dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu Gunsten eines Bieters von den bestandfesten Bestimmungen der eigenen Ausschreibung abzuweichen (BVA 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27). Es ist

diesbezüglich darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin grundsätzlich nicht ermächtigt ist, einen behebbaren zu einem unbehebaren Mangel zu machen. Dies kann jedoch anlässlich der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr aufgegriffen werden (vergleiche UVS Steiermark 25.06.2008, 44.20-I/2008). Andernfalls hätte es die Auftraggeberin in der Hand entgegen dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu Gunsten eines Bieters von den bestandfesten Bestimmungen der eigenen Ausschreibung abzuweichen (BVA 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27).

§ 129 Abs. 1 und 2 BVergG enthält eine taxative Aufzählung der Ausscheidensgründe. Eine Ausscheidung aus anderen Gründen ist nicht zulässig. Paragraph 129, Absatz eins und 2 BVergG enthält eine taxative Aufzählung der Ausscheidensgründe. Eine Ausscheidung aus anderen Gründen ist nicht zulässig.

Nach der ständigen Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden ist aber der Auftraggeber an die von ihm selbst gewählten Ausscheidungstatbestände gebunden und ist das betroffene Angebot auszuschneiden, wenn derartige rechtswidrige Ausscheidungstatbestände nicht innerhalb der Frist für Nichtigerklärungsanträge (§ 321 BVergG) angefochten werden. Nach der ständigen Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden ist aber der Auftraggeber an die von ihm selbst gewählten Ausscheidungstatbestände gebunden und ist das betroffene Angebot auszuschneiden, wenn derartige rechtswidrige Ausscheidungstatbestände nicht innerhalb der Frist für Nichtigerklärungsanträge (Paragraph 321, BVergG) angefochten werden.

Die Auftraggeberin hat gegenständlich im Angebotsdeckblatt und unter Punkt D1 Allgemeine Ausschreibungsbedingungen Dienstleistungen

1.1.15 einen zwingenden Ausscheidungstatbestand in Form eine unbehebaren Mangels formuliert und dies insbesondere dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die betreffende Passage in Punkt D1 Allgemeine Ausschreibungsbedingungen Dienstleistungen 1.1.15 fett gedruckt hervorgehoben wurde.

§ 129 Abs. 1 Z 7 BVergG nennt 5 Fallgruppen: 1. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, 2. nicht zugelassene Teil- Alternativ- und Abänderungsangebote, 3. nicht gleichwertige Alternativ- und Abänderungsangebote, 4. Alternativangebote, welche die Mindestanforderung nicht erfüllen, sowie 5. fehlerhafte oder unvollständige Angebote. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG nennt 5 Fallgruppen: 1. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, 2. nicht zugelassene Teil- Alternativ- und Abänderungsangebote, 3. nicht gleichwertige Alternativ- und Abänderungsangebote, 4. Alternativangebote, welche die Mindestanforderung nicht erfüllen, sowie 5. fehlerhafte oder unvollständige Angebote.

Nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Aus dem Wortlaut und der Genese der Formulierung der Ziffer 7 ist klar zu entnehmen, dass bei widersprechenden Angeboten der letzte Halbsatz dieser Ziffer "wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind" nicht anwendbar und daher einer Verbesserung eines Ausschreibungswiderspruches und eine Mängelbehebung ausgeschlossen sind. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind keiner Verbesserung zugänglich. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen sind daher ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach § 126 BVergG auszuschneiden. Dies bezieht sich insbesondere auf in den Ausschreibungsunterlagen formulierte (vergaberechtsidrige, aber präkludierte) Ausscheidungstatbestände. In einem solchen Fall wird jede Abweichung von den Bestimmungen der Ausschreibung als widersprechendes Angebot zu qualifizieren sein. Im Falle eines unbehebaren Mangels, wie im gegenständlichen Fall bei der Unterlassung der zwingenden Vorlage des verbindlichen Personaleinsatzplanes ist die Auftraggeberin zur Ausscheidung des Angebotes ohne Gewährung einer vorhergehenden Verbesserungsmöglichkeit verpflichtet. Nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Aus dem Wortlaut und der Genese der Formulierung der Ziffer 7 ist klar zu entnehmen, dass bei widersprechenden Angeboten der letzte Halbsatz dieser Ziffer "wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind" nicht anwendbar und daher einer Verbesserung eines Ausschreibungswiderspruches und eine Mängelbehebung ausgeschlossen sind. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind keiner Verbesserung zugänglich. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen sind daher ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach Paragraph 126, BVergG auszuschneiden. Dies bezieht sich insbesondere auf in den Ausschreibungsunterlagen formulierte (vergaberechtsidrige, aber präkludierte) Ausscheidungstatbestände. In einem solchen Fall wird jede Abweichung von den Bestimmungen der Ausschreibung als widersprechendes Angebot zu qualifizieren sein. Im Falle

eines unbehebbarren Mangels, wie im gegenständlichen Fall bei der Unterlassung der zwingenden Vorlage des verbindlichen Personaleinsatzplanes ist die Auftraggeberin zur Ausscheidung des Angebotes ohne Gewährung einer vorhergehenden Verbesserungsmöglichkeit verpflichtet.

Fordert die Auftraggeberin die Bieterin dennoch zu einer Mängelbehebung auf und korrigiert der Bieter den (unbehebbarren) Mangel, so kann der Mangel nicht als behoben gelten. Im Wege einer Mängelbehebung kann aus einem unbehebbarren Mangel kein behobener Mangel werden. Auch die Formulierung des Punktes 1.1.24 Angebotsprüfung der D1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, Dienstleistungen kann an den vorgenannten Rechtsfolgen der unterlassenen Abgabe des verbindlichen Personaleinsatzplanes mit dem Angebot nichts ändern.

Bei objektiver Interpretation dieser Ausschreibungsbestimmung ist dieser lediglich jene Bedeutung zu entnehmen, als in dieser Bestimmung vorgegeben wird, wie bei einem unvollständigen bzw. fehlerhaften Angebot vorzugehen ist. Es wird daher von der Auftraggeberin klargelegt, wie im Falle eines behebbaren Mangels, welcher einer Verbesserung zugänglich ist, vorzugehen ist. Überdies gibt diese Vertragsbestimmung großteils die in § 126 Abs. 1 BVergG enthaltenen Formulierungen wieder. Eine solche Aufklärungsmöglichkeit besteht jedoch nicht, wenn ein Ausscheiden zwingend zu erfolgen hat, da ansonsten der Begriff "bedrohen" keinen Sinn ergibt. Bei objektiver Interpretation dieser Ausschreibungsbestimmung ist dieser lediglich jene Bedeutung zu entnehmen, als in dieser Bestimmung vorgegeben wird, wie bei einem unvollständigen bzw. fehlerhaften Angebot vorzugehen ist. Es wird daher von der Auftraggeberin klargelegt, wie im Falle eines behebbaren Mangels, welcher einer Verbesserung zugänglich ist, vorzugehen ist. Überdies gibt diese Vertragsbestimmung großteils die in Paragraph 126, Absatz eins, BVergG enthaltenen Formulierungen wieder. Eine solche Aufklärungsmöglichkeit besteht jedoch nicht, wenn ein Ausscheiden zwingend zu erfolgen hat, da ansonsten der Begriff "bedrohen" keinen Sinn ergibt.

Auch in diesem Falle musste ein durchschnittlich fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt davon ausgehen, dass eine Aufklärung nur bei behebbaren Mängeln möglich ist, diese Möglichkeit jedoch bei unbehebbarren Mängeln nicht bestehen kann.

Eine Zusammenschau des § 126 Abs. 1 iVm § 129 Abs. 1 BVergG zeigt, dass unter Mängel alle Fehler und Unvollständigkeiten in Angeboten erfasst sind, die zur Ausscheidung nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG führen können. Dem Zweck der Norm entsprechend ist aber nur dann Aufklärung zu verlangen, wenn ein behebbarer Mangel festgestellt wird. Bei einem unbehebbarren Mangel ist eine Aufklärung sinnlos und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten. Eine Zusammenschau des Paragraph 126, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 129, Absatz eins, BVergG zeigt, dass unter Mängel alle Fehler und Unvollständigkeiten in Angeboten erfasst sind, die zur Ausscheidung nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG führen können. Dem Zweck der Norm entsprechend ist aber nur dann Aufklärung zu verlangen, wenn ein behebbarer Mangel festgestellt wird. Bei einem unbehebbarren Mangel ist eine Aufklärung sinnlos und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten.

Bei objektiver Betrachtung vermag auch die dritte Berichtigung der Ausschreibung vom 15.01.2014 an der vorgenannten Interpretation der Ausschreibungsunterlagen nichts zu ändern. In der dritten Berichtigung vom 15.01.2014 wurde ausdrücklich daraufhin hingewiesen, dass zur besseren Nachvollziehbarkeit der Änderungen entfallende Inhalte durchgestrichen und neue Inhalte gelb hinterlegt werden.

Im Angebotsdeckblatt wird lediglich das Ende der Angebotsfrist vom 20.01.2014, 10.00 Uhr auf 22.01.2014, 10.00 Uhr, geändert. Nicht geändert und damit bestandfest wurde die zwingende Vorgabe den verbindlichen Personaleinsatzplan mit dem Angebot abzugeben. Dass eine ganze Unterlage entfallen könnte, insbesondere der verbindliche Personaleinsatzplan, kann der dritten Berichtigung der Ausschreibung nicht entnommen werden.

Wie die Auftraggeberin selbst zugesteht, findet sich im ursprünglichen Angebotsdeckblatt für den verbindlichen Personaleinsatzplan die Seitennummerierung 11 von 14. Im Zuge der dritten Berichtigung der Ausschreibung findet sich am Formblatt personenbezogene Referenzprojekte die Seitennummerierung Seite 2 von 5 und in der linken oberen Ecke die Anführung Seite 11.

Von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde in ihrem Anbot das Design des Formblattes personenbezogene Referenzprojekte in der Fassung der dritten Berichtigung vom 15.01.2014 nicht übernommen und kann der dritten Berichtigung nicht der Inhalt unterstellt werden, dass die Unterlage verbindlicher Personaleinsatzplan entfallen könnte. Eine Unklarheit ist daher auch in diesem Fall nicht gegeben. Unter zu Grunde Legung der bestandfesten

Ausschreibungsunterlagen kann bei objektiver Interpretation der Bestimmungen die irrtümlich unrichtige Seitenangabe keinen Zweifel daran begründen, dass der verbindliche Personaleinsatzplan zwingend mit dem Angebot abzugeben war. Ein weiteres Indiz für den objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen stellt der Umstand dar, dass die weiteren vier Bieter der dritten Berichtigung nicht die nunmehr von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin behauptete Interpretation des Entfalles der Vorlage des verbindlichen Personaleinsatzplanes unterstellten, zumal die restlichen Bieter diese Unterlage mit dem Angebot vorlegten.

Auch wird in Punkt 1.1.22 der D.1 Allgemeine Ausschreibungsbedingungen, Dienstleistungen zum Personaleinsatzplan angegeben, dass dort die Namen des eingesetzten Personals, das Unternehmen, Standort, die Qualifikation und die kalkulierten Mannmonate entsprechend dem Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" im Anhang zum Angebotsdeckblatt zwingend abzugeben sind. Darüber hinaus verpflichtet sich der Auftragnehmer, die gesamte vertraglich vereinbarte Leistung von jenen Personen ausführen zu lassen, welche er im "Verbindlichen Personaleinsatzplan" namhaft gemacht hat. Auch aus diesem Grund ist das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot, welches gem. § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuscheiden gewesen wäre. Auch wird in Punkt 1.1.22 der D.1 Allgemeine Ausschreibungsbedingungen, Dienstleistungen zum Personaleinsatzplan angegeben, dass dort die Namen des eingesetzten Personals, das Unternehmen, Standort, die Qualifikation und die kalkulierten Mannmonate entsprechend dem Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" im Anhang zum Angebotsdeckblatt zwingend abzugeben sind. Darüber hinaus verpflichtet sich der Auftragnehmer, die gesamte vertraglich vereinbarte Leistung von jenen Personen ausführen zu lassen, welche er im "Verbindlichen Personaleinsatzplan" namhaft gemacht hat. Auch aus diesem Grund ist das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot, welches gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden gewesen wäre.

Gemäß Punkt D.1.1.22 ist daher mit dem Angebot die Angabe des geplanten Personaleinsatzes bekanntzugeben. Die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungen ist ausschließlich mit dem Schlüsselpersonal (Projektleiter, Projektleiter-Stellvertreter und Projektteam-Mitglied ÖBA) nicht möglich, sodass die Verfügbarkeit weiteren Projektpersonals zwingende Voraussetzung für die Leistungserbringung ist.

Der verbindliche Personaleinsatzplan, sowie die darin genannten Personen bilden gemäß den Bestimmungen D.1.1.22 und D.4.1.6 eine wesentliche Vertragsgrundlage.

Selbst wenn man jedoch davon ausgehen wollte, dass es sich bei der unterlassenen Vorlage des "Verbindlichen Personaleinsatzplans" bei Angebotsabgabe um ein fehlerhaftes oder unvollständiges Angebot handelt, würde es sich um einen unbehebbarer Mangel handeln, weil der Bieter dadurch, dass er für die Planung seines Personaleinsatzes mehr Zeit zur Verfügung hat als die anderen Bieter, die das Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" bereits mit ihrem Angebot vollständig abgegeben haben, einen Wettbewerbsvorteil erlangt (vgl. VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186). Selbst wenn man jedoch davon ausgehen wollte, dass es sich bei der unterlassenen Vorlage des "Verbindlichen Personaleinsatzplans" bei Angebotsabgabe um ein fehlerhaftes oder unvollständiges Angebot handelt, würde es sich um einen unbehebbarer Mangel handeln, weil der Bieter dadurch, dass er für die Planung seines Personaleinsatzes mehr Zeit zur Verfügung hat als die anderen Bieter, die das Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" bereits mit ihrem Angebot vollständig abgegeben haben, einen Wettbewerbsvorteil erlangt (vergleiche VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186).

Außerdem könnte er damit spekulieren, etwaige bisher fehlende oder anderweitig eingesetzte Personalressourcen erst ab Auftragserteilung an sich bzw an diesen Auftrag binden zu müssen, wodurch er ebenfalls einen Wettbewerbsvorteil erlangen würde.

Der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgend sind solche Mängel aus unbehebbar zu qualifizieren bei welchen die Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könnte. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbarer Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde (vgl. VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087). Für den erkennenden Senat steht auf Grund der obigen Ausführungen fest, dass der Bieter durch das Nachreichen des verbindlichen Personaleinsatzplanes seine Wettbewerbsstellung verbessern kann, da einerseits die Angaben des verbindlichen Personaleinsatzplanes für die Bewertung der Berufserfahrung und Ausbildung des Schlüsselpersonales ausschlaggebend ist und gemäß D.1.2.5. der

verbindliche Personaleinsatzplan Voraussetzung für eine Bewertung der fachspezifischen Ausbildung des eingesetzten Schlüsselpersonales ist. Der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgend sind solche Mängel aus unbehebbar zu qualifizieren bei welchen die Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könnte. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbar Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde (vergleiche VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087). Für den erkennenden Senat steht auf Grund der obigen Ausführungen fest, dass der Bieter durch das Nachreichen des verbindlichen Personaleinsatzplanes seine Wettbewerbsstellung verbessern kann, da einerseits die Angaben des verbindlichen Personaleinsatzplanes für die Bewertung der Berufserfahrung und Ausbildung des Schlüsselpersonales ausschlaggebend ist und gemäß D.1.2.5. der verbindliche Personaleinsatzplan Voraussetzung für eine Bewertung der fachspezifischen Ausbildung des eingesetzten Schlüsselpersonales ist.

Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin insbesondere vermeint, so in der Beantwortung der Aufforderung zur Stellungnahme vom 11.02.2014, dass das ausgefüllte Formblatt "Ausbildung und Berufserfahrung" die geforderten Informationen des Formblatts "Verbindlicher Personaleinsatzplan" enthalte, so übersieht sie, dass entsprechend Punkt 1.1.22 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen D.1 - ohne Einschränkung - die Namen des eingesetzten Personals und insbesondere der kalkulierten Mannmonate zwingend anzugeben sind. Darüber hinaus verpflichtet sich der Auftragnehmer, die gesamte vertraglich vereinbarte Leistung von jenen Personen ausführen zu lassen, welche er im "Verbindlichen Personaleinsatzplan" namhaft gemacht hat. Auch dies spricht gegen eine Einschränkung der Namhaftmachung des Personals im Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" (vgl. BVA 15.01.2013, N/0106-BVA/13/2012-32). Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin insbesondere vermeint, so in der Beantwortung der Aufforderung zur Stellungnahme vom 11.02.2014, dass das ausgefüllte Formblatt "Ausbildung und Berufserfahrung" die geforderten Informationen des Formblatts "Verbindlicher Personaleinsatzplan" enthalte, so übersieht sie, dass entsprechend Punkt 1.1.22 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen D.1 - ohne Einschränkung - die Namen des eingesetzten Personals und insbesondere der kalkulierten Mannmonate zwingend anzugeben sind. Darüber hinaus verpflichtet sich der Auftragnehmer, die gesamte vertraglich vereinbarte Leistung von jenen Personen ausführen zu lassen, welche er im "Verbindlichen Personaleinsatzplan" namhaft gemacht hat. Auch dies spricht gegen eine Einschränkung der Namhaftmachung des Personals im Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" (vergleiche BVA 15.01.2013, N/0106-BVA/13/2012-32).

Unter zu Grunde Legung der Ausführungen im vorhergehenden Absatz ändert auch der Umstand nichts an der Interpretation, dass in den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen unter D.1 Seite 17 darauf hingewiesen wird, dass nur das zur Qualitätsbewertung herangezogene Personal auch tatsächlich zur Verfügung stehen müsse und somit auch nur dieses namentlich benannt werden müsse.

Überdies erfolgt gemäß den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen die Bewertung der Ausbildung und Berufserfahrung ausschließlich anhand der Angaben des zwingend einzureichenden verbindlichen Personaleinsatzplanes. In Punkt D.1.2.5. wird festgelegt:

"Bewertet wird die fachspezifische Ausbildung von im verbindlichen Personaleinsatzplan angegebenem Schlüsselpersonal in Abhängigkeit der fachspezifischen Berufserfahrung."

Gemäß den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen kann der Bewertung daher nur die fachspezifische Ausbildung von im verbindlichen Personaleinsatzplan angegebenen Schlüsselpersonen gewertet werden. Gemäß den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen ist es daher unmöglich die Informationen aus anderen Quellen zu verwerten.

Auf die weiteren Ausführungen im Schreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 11.02.2014 ist nicht weiter einzugehen, da nach den Feststellungen in den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot vorliegt, welches nicht nachträglich verbessert werden kann.

Alleine deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl. VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 23.07.2004, 14F-09/03-18; 23.07.2004, 14N-64/03-22, 28.01.2005, 04N-131/04-38 ua.). Alleine deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein

auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann vergleiche VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 23.07.2004, 14F-09/03-18; 23.07.2004, 14N-64/03-22, 28.01.2005, 04N-131/04-38 ua.).

Abschließend ist zur Entscheidung BVA N/0106-BVA/02/2013-11 auszuführen, dass sich der vom BVA zu beurteilende Sachverhalt wesentlich von der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation unterscheidet. In dem vom BVA zu beurteilenden Sachverhalt unterließ der Bieter mit dem Angebot die zwingende Abgabe des Angebotsdeckblattes. Das BVA wertete die unterlassene Vorlage des Angebotsdeckblattes als behebbaren Mangel, da der am Angebotsdeckblatt auszuweisende Gesamtpreis, sowie die Verlängerung der Gewährleistungsfrist bereits in dem verbindlichen Begleitschreiben enthalten war, welches dem Angebot angeschlossen war. In dieser besonderen Sachverhaltskonstellation konnte durch die Nachreichung des Angebotsdeckblattes die Wettbewerbsstellung des Bieters nicht verbessert werden, wobei gerade dieser Umstand, die Verbesserung der Wettbewerbsstellung, im gegenständlich zu beurteilenden Fall vorliegt.

Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung die Antragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt und - wie oben aufgezeigt - mit Rechtswidrigkeit behaftet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs. 1 Z BVergG von wesentlichem Einfluss ist (vgl. dazu VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.02.2006, 2004/04/0127), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung die Antragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt und - wie oben aufgezeigt - mit Rechtswidrigkeit behaftet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Z BVergG von wesentlichem Einfluss ist vergleiche dazu VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.02.2006, 2004/04/0127), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Gebührenersatz durch den Auftraggeber

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

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

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

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 4.617,-- (€ 3.078,-- für den Nachprüfungsantrag und € 1.539,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.03.2014, W114 2003874-1/6E) als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß § 319 BVergG der Auftraggeberin der Gebührenersatz aufzuerlegen. Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 4.617,-- (€ 3.078,-- für den Nachprüfungsantrag und € 1.539,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.03.2014, W114 2003874-1/6E) als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß Paragraph 319, BVergG der Auftraggeberin der Gebührenersatz aufzuerlegen.

Zu B. Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage

abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (vgl. die im Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes wiedergegebene Rechtsprechung des VwGH), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (vergleiche die im Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes wiedergegebene Rechtsprechung des VwGH), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Ausscheiden eines Angebotes,
Ausscheiden von Angeboten, Ausscheidensgrund, Ausscheidensgründe,
Ausscheidung, Behebbarkeit, Behebbarkeit von Mängeln,
Bestandsfestigkeit, Bestandsfestigkeit, Bindung, Gleichbehandlung,
Mängelbehebung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
Nachreichung von Unterlagen, Nichtigerklärung, Nichtigerklärung der
Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, objektiver
Maßstab, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebühren,
Pauschalgebührenauflegung, Pauschalgebührenersatz, Punktevergabe,
Schlüsselkraft, Stillhaltefrist, Unbehebbarkeit, Unvollständigkeit,
Verbesserung, Verbesserung der Wettbewerbsstellung,
verbesserungsfähiger Mangel, Wettbewerbsrelevanz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W114.2003874.1.00

Zuletzt aktualisiert am

02.06.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at