

TE Lvwg Erkenntnis 2014/7/17 VGW-123/077/26442/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.07.2014

Entscheidungsdatum

17.07.2014

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §129

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.in Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.a Mandl, über den Antrag der G., vertreten durch Rechtsanwalts-Partnerschaft, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Vergabeverfahren Los-Nr. 3 (Schlosserarbeiten) des Bauvorhabens "Thermische Sanierung der Wohnhausanlage M.-weg, Wien" (AZ ...), der W., vertreten durch Rechtsanwälte OG,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 19.05.2014 wird abgewiesenrömisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 19.05.2014 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr geleisteten Pauschalgebühren selbst zu tragenrömisch zwei. Die Antragstellerin hat die von ihr geleisteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß§ 25a VwGG eine ordentliche Revision an den

Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.römisch drei. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 und Abs. 4, 7 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2, 11, 13, 15, 16, 20, 22 Abs. 1 und Abs. 2, 23, 24 Abs. 1, 25, 26 WVRG 2014, §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 125, 126, 127, 128 und 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins und Absatz 4, 7, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer 2, 11, 13, 15, 16, 20, 22, Absatz eins und Absatz 2, 23, 24, Absatz eins, 25, 26, WVRG 2014, Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 125, 126, 127, 128 und 129 Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006.

Entscheidungsgründe

Verfahrensgang

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages nach dem Billigstbieterprinzip in Losen. Der in Lose gegliederte Gesamtauftrag betrifft die Erneuerung von ca. 800 Balkon- und Loggiengeländern, die Einfriedung von 100 Quadratmetern Kinderspielflächen, die Überdachung von 5 Müllräumen sowie die Herstellung von 30 Portalelementen.

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist das Los 3. Dieses Los betrifft die thermische Sanierung der Wohnhausanlage Wien, M.-weg. Der geschätzte Auftragswert für dieses Los beträgt xxx.xxx,-- Euro.

Ende der Angebotsfrist war der 17.12.2013. Die Angebotseröffnung fand am 17.12.2013 statt. Für Los 3 wurden 13 Angebote verlesen. Die Antragstellerin ist an erster Stelle gereiht, und zwar mit einem Angebotspreis von xxx.xxx,xx Euro.

Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung wurde die Antragstellerin mit einem „Kalkulationsfehler“ konfrontiert.

Die Antragsgegnerin übermittelte der Antragstellerin am 19.05.2014 mittels Fax ein Schreiben, mit dem dieser mitgeteilt wurde, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises ausgeschieden werde. Die Einheitspreise in den Positionen 31.04.33 „Trennwand ...“ und 34.02.31 C „Rohrr. ...“ seien aufgrund eines Kalkulationsfehlers nicht plausibel. Die Antragsgegnerin übermittelte der Antragstellerin am 19.05.2014 mittels Fax ein Schreiben, mit dem dieser mitgeteilt wurde, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises ausgeschieden werde. Die Einheitspreise in den Positionen 31.04.33 „Trennwand ...“ und 34.02.31 C „Rohrr. ...“ seien aufgrund eines Kalkulationsfehlers nicht plausibel.

Zuschlagsentscheidung wurde keine mitgeteilt.

Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der Antrag der Antragstellerin vom 28.05.2014 auf Nachprüfung der Ausscheidensentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Beschluss vom 04.06.2014, Zahl: VGW-123/V/077/26443/2014, mit der Begründung abgewiesen, dass der Antragstellerin vor einer etwaigen Zuschlagserteilung noch eine Zuschlagsentscheidung zugestellt werden müsste und ihr daher kein Schaden drohe.

Nachprüfungsantrag und Schriftsatzwechsel

Die Antragstellerin bringt in ihrem Nachprüfungsantrag im Wesentlichen vor, die Antragsgegnerin habe die Kalkulation der Antragstellerin völlig überzogen geprüft und - zu unrecht - die minuziöse Nachvollziehbarkeit der Kalkulation in den einzelnen Positionen verlangt. Es sei zulässig, einen „Kalkulationsfehler“ in den einzelnen Positionen über den ausreichenden (sprich: kostendeckenden) Gesamtpreis auszugleichen. Eine unternehmensinterne Quersubventionierung erfülle keinen Ausscheidenstatbestand (BVA 16.06.2003, 09N-49/03-8). Es müsse nur grob geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (VwGH 28.09.2011, 2007/04/0102).

Die Antragsgegnerin replizierte auf diesen Antrag mit Schriftsatz vom 06.06.2014. In diesem hielt sie dem Antrag im Wesentlichen entgegen, bei richtiger Kalkulation müsse das Angebot der Antragstellerin um xxx.xxx,-- Euro teurer sein. Diesen durch einen Kalkulationsfehler verursachten Differenzbetrag könne die Antragstellerin nicht durch „unternehmensinterne Quersubventionierung“ ausgleichen, was sie nebulos behauptete.

Die Antragsgegnerin habe als Baumanagerin die „D.“ beauftragt. Diese Baumanagerin habe gemäß § 123 Abs. 2 BVergG 2006 zunächst die rechnerische Richtigkeit des Angebotes geprüft. Diese sei gegeben. Danach habe sie gemäß § 123 Abs. 2 Z 4 BVergG 2006 die Angemessenheit der Preise geprüft und zu diesem Zweck das Angebot der Antragstellerin mit dem geschätzten Auftragswert sowie mit den Gesamtpreisen der anderen Bieter verglichen. Die Antragsgegnerin habe als Baumanagerin die „D.“ beauftragt. Diese Baumanagerin habe gemäß Paragraph 123, Absatz 2, BVergG 2006 zunächst die rechnerische Richtigkeit des Angebotes geprüft. Diese sei gegeben. Danach habe sie gemäß Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 die Angemessenheit der Preise geprüft und zu diesem Zweck das Angebot der Antragstellerin mit dem geschätzten Auftragswert sowie mit den Gesamtpreisen der anderen Bieter verglichen.

Demnach sei das Angebot der Antragstellerin (Euro xxx.xxx,xx netto bzw. Euro xxx.xxx,xx brutto) rund 37% günstiger als der geschätzte Auftragswert (Euro xxx.xxx,--), und 19% günstiger als das zweitgereichte und rund 27% günstiger als das drittgereichte Angebot. Diese prozentualen Abweichungen seien für die Baumanagerin nicht erklärbar gewesen. Daraufhin habe die Baumanagerin eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs. 4 BVergG 2006 vorgenommen. Dabei seien ihr insbesondere die Einheitspreise der Positionen 31.04.33 „Trennwand ...“ und 34.02.31 C „Rohrr. ...“ aufgefallen, weil die Einheitspreise für diese Positionen auffällig niedrig gewesen seien. Demnach sei das Angebot der Antragstellerin (Euro xxx.xxx,xx netto bzw. Euro xxx.xxx,xx brutto) rund 37% günstiger als der geschätzte Auftragswert (Euro xxx.xxx,--), und 19% günstiger als das zweitgereichte und rund 27% günstiger als das drittgereichte Angebot. Diese prozentualen Abweichungen seien für die Baumanagerin nicht erklärbar gewesen. Daraufhin habe die Baumanagerin eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, Absatz 4, BVergG 2006 vorgenommen. Dabei seien ihr insbesondere die Einheitspreise der Positionen 31.04.33 „Trennwand ...“ und 34.02.31 C „Rohrr. ...“ aufgefallen, weil die Einheitspreise für diese Positionen auffällig niedrig gewesen seien.

Die Leistungen in den strittigen Positionen wurden von der Antragstellerin zu Einheitspreisen von Euro xxx,xx (erstgenannten Position) und Euro x.xxx,xx (zweitgenannte Position) angeboten. Diese Einheitspreise seien aus den Erfahrungen nicht erklärbar.

Die Antragsgegnerin habe daraufhin die Antragstellerin mit Fax vom 24.01.2014 aufgefordert, ein K-4-Blatt vorzulegen (in den K-4-Blättern werden die Materialpreise entwickelt), weiters K-7-Blätter (das K-7-Blatt dient zur eigentlichen Preisermittlung). Die K-3-Blätter (Mittelohnpreise bzw. Lohnkosten) wurden bereits mit dem Angebot abgegeben.

Die Antragstellerin habe um Fristerstreckung bis 05.02.2014 ersucht und am 05.02.2014 die K-4-Blätter und K-7-Blätter vorgelegt.

Die Prüfung der nunmehr vorliegenden K-Blätter (K-3, K-4 und K-7) durch die Antragsgegnerin habe die beiden auffallend niedrigen Einheitspreise nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar machen können.

Am 26.02.2014 habe daher ein Aufklärungsgespräch mit der Antragstellerin stattgefunden, in diesem habe die Antragstellerin „Flüchtigkeitsfehler“ eingeräumt, also Kalkulationsfehler. Sie habe aber erklärt, diese Fehler in der Gesamtheit ausgleichen zu können. Sie könne daher die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen kostendeckend erbringen und stehe zu den angebotenen Preisen.

Am 17.03.2014 habe die Antragsgegnerin die Antragstellerin aufgefordert, rechnerisch nachzuweisen, dass der Kalkulationsfehler durch die Geschäftsgemeinkosten (abzüglich der ausgabenwirksamen Geschäftsgemeinkosten) auf Lohn und Material und durch den Gewinn auf Lohn und Material der anderen richtig kalkulierten Positionspreise abgedeckt sei.

Am 18.03.2014 habe die Antragstellerin eine „Gewinn-/Verlustsituation“ vorgelegt. Die Prüfung durch die Antragsgegnerin habe jedoch ergeben, dass nach Abzug von Wagnis und Gewinn auf Lohn und Material eine Unterdeckung von xx.xxx,xx Euro verbleibe. Dies ergebe sich, indem man vom Kalkulationsfehler (xxx.xxx,-- Euro) den Betrag für Wagnis und Gewinn (xx.xxx,xx Euro) abziehe.

Die Antragsgegnerin habe daher am 27.03.2014 der Antragstellerin den Kalkulationsfehler nochmalig vorgehalten und um Stellungnahme bis 01.04.2014 ersucht. Die Antragstellerin habe daraufhin am 03.04.2014, also nach Ablauf der gesetzten Frist, um Fristverlängerung bis 09.04.2014 ersucht und am 07.04.2014 (E-Mail) bzw. 08.04.2014 (Einlangen mit Post) eine „zweite Ausführung der Gewinn-/Verlustsituation“ übermittelt.

Diese Aufklärung habe nicht berücksichtigt werden können, weil sie einerseits verspätet gewesen sei und andererseits in einer teilweisen Neukalkulation des Angebotes bestanden habe. Insbesondere habe die Antragstellerin die Lohnkosten (K-3-Blatt) neu kalkuliert und nachträglich von der Firma T. einen Nachlass von 15% „zum Ausgleich der Kalkulationsfehler“ erhalten und diesen Nachlass in die Deckung des Kalkulationsfehlers eingerechnet.

Die Antragstellerin replizierte auf dieses Vorbringen mit Schriftsatz vom 23.6.2014. Die Antragstellerin vertritt darin die Auffassung, „Kalkulationsfehler“ könnten sehr wohl durch unternehmensinterne Quersubventionierungen ausgeglichen werden. Dies gelte insbesondere, wenn der Bieter - wie im Fall der Antragstellerin - ausdrücklich bestätige, dass es sich um einen Flüchtigkeitsfehler handle, und er zu den angebotenen Preisen stehe.

Durch das mit einem Flüchtigkeitsfehler behaftete Angebot der Antragstellerin sei der freie und lautere Wettbewerb nicht beeinträchtigt. Ein Ausscheiden sei nur berechtigt, wenn durch den Kalkulationsfehler der freie und lautere Wettbewerb beeinträchtigt wäre. In diesem Zusammenhang sei auch relevant, dass die Antragsgegnerin gar nicht verpflichtet gewesen sei, vertieft zu prüfen. Der freie und lautere Wettbewerb würde lediglich durch ruinösen und fehlenden Wettbewerb beeinträchtigt werden. Im Anlassfall würde jedoch ein „schlichtes Versehen“ der Antragstellerin beim Ausfüllen der Positionspreise vorliegen. Ein solches schlichtes Versehen sei kein ruinöser Wettbewerb.

Schließlich verwies die Antragstellerin darauf, dass es den Bietern frei stünde, ihre Geschäftsgemeinkosten mit anderen Aufträgen zu verdienen. Das Vergaberecht enthalte keine detaillierten Regelungen zur Kalkulation, sodass die Bieter Freiheit hinsichtlich der Art und Weise ihrer Kalkulation hätten. Es sei daher unzulässig, von den Bietern den rechnerischen Nachweis zu verlangen, dass der „Kalkulationsfehler“ durch die Geschäftsgemeinkosten auf Lohn und Material abgedeckt sei.

Auf diesen Schriftsatz replizierte die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 09.07.2014.

In diesem Schriftsatz wies die Antragsgegnerin insbesondere daraufhin, dass die Antragstellerin zugestanden habe, ihr Angebot aufgrund eines Fehlers nicht kostendeckend kalkuliert zu haben. Ein nicht kostendeckendes Angebot sei grundsätzlich ein betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbares Angebot. Gegenstand der vertieften Angebotsprüfung sei es gerade, die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von Angeboten zu prüfen, bei denen eine solche aufgrund von konkreten Anhaltspunkten möglicherweise nicht gegeben ist. Durch die auffallende Preisdifferenz habe sehr wohl Anlass zu einer solchen vertieften Angebotsprüfung bestanden.

Die Antragsgegnerin weist weiters daraufhin, dass die Antragstellerin bei den von ihr gegebenen Aufklärungen unklare und undeutliche Angaben gemacht habe und nach der Judikatur (BVA 21.05.2008, N/0044-BVA/09/2008/24) der Bieter, der auf ein Aufklärungersuchen unklare Angaben mache, sehr wohl die Nachteile daraus tragen müsse. Die Antragstellerin habe zunächst gar nicht vorgehabt, die Unterdeckung durch unternehmensinterne Quersubventionierungen auszugleichen, sondern sie habe ihren eigenen Angaben zur Folge kostendeckend kalkulieren wollen und erstmals in ihrem verspätet eingelangten Aufklärungsschreiben vom 07.04.2014 unklar und undeutlich behauptet, dass sie gedenke, die Kalkulationsfehler aus den kumulierten Umsätzen und Jahresgewinnen der Firmengruppe auszugleichen. Eine nachvollziehbare Darstellung, wie sie diese Unterdeckung aus den kumulierten Umsätzen und Jahresgewinnen auszugleichen gedenke, fehle jedoch noch immer.

Bei einem Eingabefehler sei nach ständiger Rechtsprechung zu prüfen, ob es sich um einen korrigierbaren Rechenfehler in Form eines „evidenten Erklärungsirrtums“ handle, der anhand der dem Angebot angeschlossenen Kalkulationsunterlagen ohne weitere Aufklärung des Bieters vom Auftraggeber korrigiert werden könne (VKS Wien 26.07.2012, VKS-6478/12).

Es sei auch unzutreffend, dass ein aufgrund eines Kalkulationsfehlers unterpreisiges Angebot den „freien, ungehinderten und lauteren Wettbewerb“ nicht behindern würde. Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre würden Angebote, die nicht kostendeckend kalkuliert wurden, sehr wohl einen Anwendungsfall des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 darstellen, und zwar insbesondere dann, wenn aufgrund des Ausmaßes der Unterdeckung von einem ungewöhnlichen Missverhältnis zwischen Preis und Leistung auszugehen sei. Es sei auch unzutreffend, dass ein aufgrund eines Kalkulationsfehlers unterpreisiges Angebot den „freien, ungehinderten und lauteren Wettbewerb“ nicht behindern würde. Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre würden Angebote, die nicht kostendeckend kalkuliert wurden, sehr wohl einen Anwendungsfall des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 darstellen, und zwar insbesondere dann, wenn aufgrund des Ausmaßes der Unterdeckung von einem ungewöhnlichen Missverhältnis zwischen Preis und Leistung auszugehen sei.

Es sei auch unzutreffend, dass es darauf ankomme, dass „ein seriöser Unternehmer“ die gegenständlichen Leistungen zu den von der Antragstellerin angebotenen Preisen ohne weiteres erbringen könne. Die Antragstellerin übersehe dabei, dass die Prüfung der Preisangemessenheit bei Unterangeboten nach ständiger Rechtsprechung nicht auf einen bloßen Vergleich mit Preisen der anderen Mitbewerber beschränkt werden dürfe, sondern es darauf ankomme, ob der betreffende Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten seriös kalkuliert hat.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass es das BVergG 2006 den Bietern weitgehend freistelle, wie sie ihre Angebote kalkulieren, hält die Antragsgegnerin entgegen, dass gemäß den der Ausschreibung zu Grunde gelegten „allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen“ (WD 307), Punkt 6.3, bei Vergabeverfahren über Bauleistungen die ÖNORM B 2061 zu beachten sei. Über die verwiesene ÖNORM B 2061 sei daher im Vergabeverfahren sehr wohl festgelegt, wie Angebote zu kalkulieren sind.

Über den Nachprüfungsantrag wurde am 17.07.2014 eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

Mündliche Verhandlung:

Die mündliche Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Vollinhaltlich aufrechterhalten werden von den Parteien insbesondere sämtliche Rechtsausführungen der Schriftsätze. In der Verhandlung zu erörtern sind im Wesentlichen Sachverhaltsfragen. Dabei kommt der Position 34.02 31 C sachverhaltsmäßig insoweit besondere Bedeutung zu, als das dort in Rede stehende „Kalkulationsversehen“ – dieses wird noch näher zu erörtern sein – betragsmäßig ein wesentlich größeres Ausmaß beträgt als das in Rede stehende „Kalkulationsversehen“ bei der Position 31.04 33.

Auf Frage aus dem Senat an die Antragsgegnerin erörtert diese, dass die Abkürzung „Rohrr“ für „Rohrrahmen“ steht. Gemeint sind Leichtmetallfenster, die unter anderem einen Rohrrahmen aufweisen.

Auf Frage aus dem Senat an die Antragstellervertreterin erörtert diese, dass im ursprünglichen Angebot des Zulieferers „T.“ unter der Bezeichnung „Frei Bau“ gemeint ist, dass die genannte Zulieferfirma die Leichtmetallfenster zur Baustelle anliefert und dort im Wesentlichen abstellt. Die Verbauung der Elemente würde dann durch die Antragstellerin erfolgen. Auf Vorhalt des von der Antragstellerin vorgelegten Angebotes von „T.“ (vorgelegt mit Schreiben vom 26.02.2014), in dem bei Position 34.02 31 C in Lohnkosten und sonstige Kosten differenziert wird, räumt die Antragstellervertreterin ein, dass es sich dabei offenkundig um Lohnkosten handeln müsse, welche bei der Zulieferfirma anfallen, von dieser kalkuliert worden sind und nicht die Montage der Fenster betreffen, da letztere durch die Antragstellerin erfolgen sollte. Die Antragstellerin weist jedoch ausdrücklich darauf hin, dass es sich bei diesem Angebot von „T.“ um das ursprüngliche Angebot handelt und dieses geändert worden ist.

Auf Vorhalt aus dem Senat, ob die Antragstellervertreterin damit das im Akt befindliche geänderte Angebot der Firma „T.“ an die Antragstellerin vom 03.04.2014 meint, in dem diese der Antragstellerin nachträglich einen Nachlass von insgesamt EUR xx.xxx,xx einräumt, führt die Antragstellervertreterin aus, dass dieser Nachlass der Antragstellerin bereits am 26.02.2014 eingeräumt worden sei. Dieses geänderte Angebot der Firma „T.“ sei jedoch zunächst undatiert gewesen und es sei aus diesem Grund von der Antragsgegnerin im Aufklärungsgespräch vom 26.02.2014 um Ergänzung eines Datums ersucht worden. Die Antragstellervertreterin weist dazu ausdrücklich darauf hin, dass dieses Angebot der Firma „T.“ rechtsgültig unterfertigt war (und zwar bereits am 26.02.2014) und dass die Antragsgegnervtreterin in ihrem Schriftsatz vom 06.06.2014 unter Punkt 1.11. gegen Ende des 1. Absatzes dies ausdrücklich eingeräumt hätte (arg. „hat die Antragstellerin ein mit 26.02.2014 datiertes Schreiben samt eines undatierten Angebotes des Lieferanten „T.“ (...) vorgelegt.“)

Der Antragsgegnervtreter bestreitet dieses Vorbringen und hält entgegen, dass es am 26.02.2014 ein Aufklärungsgespräch mit der Antragstellerin gegeben habe. Dabei wurden die im Vergabeakt einliegenden Unterlagen von der Antragstellerin vorgelegt. Dabei handelt es sich um das Schreiben vom 26.02.2014, mit dem gleichzeitig das undatierte Angebot der Firma „T.“ vorgelegt wurde. Bei diesem Gespräch war nie ein Thema, dass es einen weiteren Nachlass von „T.“ geben würde.

Vorgelegt worden sei laut Angaben des Antragsgegnervvertreters am 26.02.2014 lediglich das im Vergabeakt befindliche Schreiben der Firma „T.“, in welchem sie bei insgesamt 5 Positionen die Kosten in Lohn und Sonstiges aufgegliedert hat.

Der Antragsgegnervertreter bringt vor, dass das mit 03.04.2014 datierte Schreiben der Firma „T.“ erstmals mit E-Mail vom 07.04.2014 vorgelegt worden sei, was die Antragstellervertreterin ausdrücklich bestreitet. Am 26.02.2014 sei der Antragstellervertreterin zu Folge exakt das Angebot vorgelegt worden, das am 03.04.2014 datiert nachgereicht worden sei, dies mit einem Nachlass von EUR xx.xxx,xx. Die Antragstellervertreterin weist ausdrücklich darauf hin, dass ihrer Rechtsansicht zu Folge es irrelevant sei, wann der Preisnachlass offen gelegt wurde, nämlich bereits am 26.02.2014 oder erst am 03.04.2014, weil sich aus den offengelegten Kalkulationsgrundsätzen der Antragstellerin auf Anfrage der Antragsgegnerin ergibt, dass die hier verfahrensgegenständlichen Preispositionen sowohl die Fix- als auch die variablen Kosten abdecken und zudem ein, wenn auch bescheidener, Überschuss ohne Einbeziehung dieses Nachlasses in den hier gegenständlichen Preispositionen errechenbar ist.

Der Antragsgegnervertreter verweist auf den Einleitungssatz der Firma „T.“ in ihrem Schreiben vom 03.04.2014: „Preisnachlass, wegen des bei Ihnen unterlaufenen Fehlers beim Preisübertragen, können wir folgende Nachlässe kulanztweise für diese Bauvorhaben geben: (...)“

Die Antragstellervertreterin bestreitet das Vorbringen der Antragsgegnerin und bringt vor, dass die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 26.02.2014 anlässlich der ersuchten Aufklärungsbesprechung durch die Antragsgegnerin ausdrücklich den Zusammenhang zwischen dem damals undatierten, rabattierten Angebot des Zulieferers O. und T. herstellt, indem sie darlegt, „dass der gesamte Preisumfang für uns ausreichend ist“. Im Angebot, damals noch undatiert, der O. und T. wird eben darauf Bezug genommen, wenn dort, wie die Antragsgegnerin ausgeführt hat, auf den unterlaufen Fehler der Antragstellerin hingewiesen wird. Damit ist der Zusammenhang dieser zwei Schreiben erkennbar.

Aus dem Senat wird der Antragstellervertreterin das Schreiben der Antragstellerin vom 04.04.2014 vorgehalten, worin diese mit jeweils Minusbeträgen verschiedene Einsparungen darlegt und zusammenfassend ausführt: „Kostenverminderung aus Änderungen K3-Blatt und Nachlass Fa. O. & T. EUR xx.xxx,xx“. Vorgehalten wird auch, dass dieses Schreiben und der Akteninhalt eine nachträgliche Änderung des von der Antragstellerin bereits mit dem Angebot vorgelegten K3-Blattes nahezulegen scheint. Die Antragstellervertreterin wird diesbezüglich um Stellungnahme ersucht.

Die Antragstellervertreterin bringt dazu vor wie folgt: Diese Korrektur des K3-Blattes wurde offenkundig vor dem 19.02.2014 von der Antragsgegnerin verlangt. Es gab ja auch mehrerer Telefongespräche zwischen der Antragsgegnerin und Antragstellerin, da am 19.02.2014 die Antragstellerin an die Antragsgegnerin schreibt, „dass die Rundungsproblematik mit unseren K-Blättern bedauert wird“ und eine Verbesserung und Korrektur zugesagt wird. Daher ergeben sich die Änderungen in den K3-Blättern aus diesem Ersuchen der Antragsgegnerin einerseits und die Einbeziehung des Nachlasses des Zulieferers O. & T. bereits aus der Kalkulationsdarlegung der Antragstellerin vom 26.02.2014 anlässlich der Aufklärungsgespräche mit der Antragsgegnerin.

Der Antragsgegnervertreter bringt vor wie folgt: Es wurde ein K3-Blatt mit dem Angebot vorgelegt. Die Antragstellerin hat im Zuge der vertieften Angebotsprüfung unaufgefordert dieses K3-Blatt nochmals vorgelegt. Bei der Prüfung des K3-Blattes haben sich Rückfragen ergeben bzw. waren Klarstellungen erforderlich, z.B. Kollektivvertragsgruppe und Kennzeichnung für Montage. Daraufhin wurden die Kalkulationsfehler in den strittigen Positionen im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung erörtert. Der Antragstellerin wurde mehrfach aufgefordert auf Basis der bestehenden Kalkulationsunterlagen die Nachvollziehbarkeit der Preise nachzuweisen. Die Antragstellerin wurde nie aufgefordert das K3-Blatt inhaltlich abzuändern, wie sie dies schlussendlich mit dem verspätet übermittelten K3-Blatt gemacht hat. Dieses verspätet übermittelte K3-Blatt ist nichts anderes als eine Neukalkulation des Angebots. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist dies unzulässig, um Preise zu plausibilisieren.

Die Antragstellervertreterin bestreitet dieses Vorbringen und verweist auf die Schreiben der Antragsgegnerin vom 12.02.2014 (Mail von 10:49) und vom 20.02.2014 (Mail von 11:27) wonach die Antragsgegnerin ausdrücklich „die Überarbeitung der K7-Blätter“ verlangt. Gleiches wurde für die K3-Blätter verlangt, sodass die von der Antragsgegnerin herangezogene Rechtsprechung des VWGH deshalb nicht schlagend ist, da die Antragstellerin ausschließlich den Aufforderungen der Antragsgegnerin gefolgt ist. Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass sämtliche Kalkulationsangaben der Antragstellerin an die Antragsgegnerin ab dem 27.03.2014 Kalkulationsberechnungen der Antragstellerin beinhalten, welche die von der Antragsgegnerin unrichtigen Kalkulationsergebnisse der Antragsgegnerin zu Grunde gelegt wurde, um zu belegen, dass selbst mit den unrichtigen – nämlich nicht jenen der

Antragstellerin entsprechenden – Kalkulationsgrundlagen der Antragsgegnerin in den hier gegenständlichen Preispositionen sowohl die Fixkosten als auch die variablen Kosten gedeckt sind und insgesamt das Angebot jedenfalls einen Überschuss auspreisen würde. Indem die Antragstellerin der Antragsgegnerin die erwünschten Kalkulationsgrundlagen offen gelegt hat, zudem errechenbar klagegestellt hat, dass das Angebot in den hier verfahrensgegenständlichen Preispositionen plausibel, angemessen, Fixkosten und variable Kosten deckende Berechnungen sind und die Antragsgegnerin nachhaltig und wiederholend ausschließlich ihre Kalkulationsgrundlagen zu Grunde gelegt hat, wurde von der Antragstellerin ab etwa April 2014 sowohl telefonisch als auch schriftlich versucht der Antragsgegnerin klarzustellen, dass selbst die von ihr herangezogenen Kalkulationsgrundlagen, die nicht jenen des Bieters entsprechen, die Annahme von nicht plausiblen, nicht angemessen Preisen in dem hier verfahrensgegenständlichen Preispositionen entkräften.

Die Antragstellerin verweist auf § 125 Abs. 4 BVergG, wonach die Antragsgegnerin zu prüfen hat, ob die Preise von Angeboten betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Dabei hat die Antragsgegnerin nach der ganz einschlägigen Rechtsprechung jedenfalls die Kalkulationsgrundlagen der Antragstellerin und nicht die eigenen zu Grunde liegenden Kalkulationsgrundlagen heranzuziehen. Indem die Antragsgegnerin die Kalkulationsgrundlagen der Antragstellerin, welche schlüssig, plausibel und angemessen wiederholend seit dem 05.02.2014 in vier schriftlichen Darlegungen sowie in der Besprechung am 26.02.2014 von der Antragstellerin aufgeklärt wurden, ignoriert hat, hat sie den Rechtsrahmen der Überprüfung gemäß § 125 Abs. 4 BVergG 2006 nicht eingehalten. Die Antragstellerin verweist auf Paragraph 125, Absatz 4, BVergG, wonach die Antragsgegnerin zu prüfen hat, ob die Preise von Angeboten betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Dabei hat die Antragsgegnerin nach der ganz einschlägigen Rechtsprechung jedenfalls die Kalkulationsgrundlagen der Antragstellerin und nicht die eigenen zu Grunde liegenden Kalkulationsgrundlagen heranzuziehen. Indem die Antragsgegnerin die Kalkulationsgrundlagen der Antragstellerin, welche schlüssig, plausibel und angemessen wiederholend seit dem 05.02.2014 in vier schriftlichen Darlegungen sowie in der Besprechung am 26.02.2014 von der Antragstellerin aufgeklärt wurden, ignoriert hat, hat sie den Rechtsrahmen der Überprüfung gemäß Paragraph 125, Absatz 4, BVergG 2006 nicht eingehalten.

Auf Frage aus dem Senat, worin denn das von der Antragstellerin in ihren Schriftsätzen eingestandene Versehen bei der ursprünglichen Kalkulation bestanden habe, erläutert die Antragstellervertreterin, dass in der ursprünglichen Kalkulation Wagnis und Gewinn irrtümlich geringer als bei den anderen Positionen angesetzt worden sei. Fixkosten und variable Kosten seien jedenfalls von Anfang an gedeckt gewesen. Die Antragstellerin habe auch nachgewiesen, dass keine Unterdeckung gegeben sei. Dies ergebe sich auch aus der Stellungnahme der Antragsgegnervertreter vom 06.06.2014, Punkt 1.14., wonach die Antragsgegnerin einen Abzug für Wagnis und Gewinn von EUR xx.xxx,xx angibt. Wohingegen die Antragstellerin in ihrer Aufstellung vom 18.03.2014 an die Antragsgegnerin einen Betrag für Wagnis und Gewinn von EUR xx.xxx,xx angibt. Dies belegt, dass die Antragsgegnerin andere Prozentsätze für ihre Kalkulation heranzieht als jene die in den hier verfahrensgegenständlichen Preispositionen in dem Angebot insgesamt von der Antragstellerin in ihrer Kalkulation zu Grunde gelegt wurde.

Schluss des Beweisverfahrens

Der Senat gibt Gelegenheit zu Schlussausführungen:

Der Antragsgegnervertreter führt in seinen Schlussworten aus wie folgt:

Zum Aufklärungsersuchen betreffend K3-Blatt: ausschreibungsgegenständlich ist das Gewerk Schlosserarbeiten. Bei der Prüfung des K3-Blattes ist aufgefallen, dass der Antragstellerin mit dem Kollektivvertrag für Baugewerbe und Industrie kalkuliert hat (siehe E-Mail vom 12.02.2014). Die Antragstellerin hat daraufhin mit E-Mail vom 13.02.2014 aufgeklärt, dass sie über die Befugnis über Baumeister und Schlosser verfügt und sie alle Arbeiter ihres Unternehmens nach dem Kollektivvertrag für Baugewerbe und Industrie entlohnen würde. Es hat sich daher um eine schlichte Klarstellung zur Frage des Kollektivvertrags-Ansatzes gehandelt, der keine Änderung des K3-Blattes bewirkte.

Zum Versehen: Die Antragstellerin widerspricht sich. In der Stellungnahme vom 23.06.2014 spricht die Antragstellerin selbst davon, dass sie sich beim Ausfüllen der Positionspreise verschrieben hätte bzw. hier Übertragungsfehler passiert seien. Es kann daher nicht die Rede davon sein, dass sich das Versehen auf einen falschen Ansatz hinsichtlich Gewinn und Wagnis bezieht.

Abschließend wird auf den vollständig vorgelegten Vergabeakt verwiesen. Das von der Antragstellerin insbesondere heute vorgebrachte Vorbringen lässt sich aus der schriftlichen Korrespondenz nicht herauslesen bzw. ableiten. Die

Antragstellerin hat auch keine Zeugen namhaft oder stellig gemacht. Selbst der Herr Ing. S. ist zur Verhandlung nicht erschienen. Es fehlt daher an Beweisen für das heutige Vorbringen der Antragstellervertreterin.

Zur geführten Korrespondenz ist darauf hinzuweisen, dass die vorgelegten Unterlagen der Antragstellerin fehlerhaft waren (z.B. Rechenfehler). Inhaltliche Änderungen der Kalkulationsansätze wurden von der Antragstellerin nicht verlangt, verlangt wurde lediglich der Nachweis der Plausibilität ihrer Angebotskalkulation. Im Übrigen wird auf das bisherige schriftliche Vorbringen verwiesen.

Auf Frage aus dem Senat wird klargestellt, dass die Aufforderung im o.a. Absatz von der Antragsgegnerin an die Antragstellerin ergangen ist.

Die Antragstellervertreterin bringt in ihrem Schlusswort vor: Der Vorhalt der Antragsgegnerin, wonach der Zeuge S. nicht erschienen ist, ist unrichtig, da die Antragstellerin keinen Zeugen genannt hat. Und wenn sich die Antragsgegnerin auf die Parteienvernehmung bezieht, dann ist die Rechtsvertretung nach der RAO in der Lage, die Partei umfassend zu vertreten, wodurch das Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach für das Vorbringen der Antragstellerin kein Beweis erbracht worden sei, rechtlich und faktisch unrichtig ist. Schließlich wird das Vorbringen der Antragsgegnerin auch deshalb bestritten, weil nachweislich und errechenbar kein unplausibles oder/und unangemessenes Angebot der Antragstellerin gelegt wurde und gleichermaßen kein wettbewerbswidriges Angebot der Antragstellerin vorliegt. Vielmehr geht aus dem gesamten Schriftverkehr und sämtlichen Anfragen, Antworten und weiteren Anfragen hervor, dass es der Antragsgegnerin gerade darauf ankommt, durch Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen BVergG die Antragstellerin herauszuprüfen.“

Das Verwaltungsgericht hat folgenden entscheidungswesentlichen Sachverhalt festgestellt:

Die W. führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe eines Bauauftrages durch. Der Gesamtauftrag betrifft die Erneuerung von 800 Balkon- und Loggiengeländern, die Einfriedung von 100 m² Kinderspielplätzen, die Überdachung von 5 Müllräumen und die Herstellung von 30 Portalelementen. Das Vergabeverfahren ist in Lose gegliedert.

Die Antragstellerin hat ein Angebot für Los 3 gelegt. Los 3 betrifft Schlosserarbeiten in Wien, M.-weg. Angebotsöffnung war am 17.12.2013. Für Los 3 wurden 13 Angebote verlesen. Die Antragstellerin war mit einem Angebotspreis von xxx.xxx,xx Euro netto (xxx.xxx,xx brutto) an erster Stelle gereiht.

Bei ihrem Angebot war u.a. der Preis für die Position 34 02 31 C auffallend niedrig. Diese Position betrifft den Einbau von Leichtmetallfenstern.

Die Antragstellerin hat diese Position zu folgendem Preis angeboten:

Pro Stück x.xxx,xx Euro Lohnkosten und x.xxx,xx Euro sonstige Kosten, was einen Einheitspreis von x.xxx,xx Euro ergibt. Dieser Einheitspreis fällt 27 mal an und wurde daher mit 27 multipliziert. Dies ergibt einen Positionspreis von xx.xxx,xx Euro.

Diese Feststellung beruht auf dem von der Antragstellerin in ihrem Angebot ausgefüllten Leistungsverzeichnis auf dessen Seite 36.

Die Antragstellerin hat ihrem Angebot zu Grunde gelegt, dass die von ihr einzubauenden Leichtmetallfenster von der O. und T. als Zulieferunternehmen „Frei Bau“ geliefert werden. Unter einer Lieferung „Frei Bau“ wurde verstanden, dass die Leichtmetallfenster vom Zulieferer bis auf die Baustelle geliefert werden.

Der genannte Zulieferer hat der Antragstellerin für diese Zulieferung ein undatiertes Angebot unterbreitet, in welchem er pro Leichtmetallfenster an Lohnkosten x.xxx,xx Euro und an sonstigen Kosten x.xxx,xx Euro ausgepreist hat. Dies ergibt einen Stückpreis von x.xxx Euro und für 27 Stück durch Multiplikation mit der Zahl 27 einen Preis von xxx.xxx,- Euro.

Das Verwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Antragstellerin mit ihrem im Vergabeakt befindlichen Schreiben vom 26.2.2014 bzw. im Zuge der von der Antragstellerin im Zuge der vertieften Angebotsprüfung diesbezüglich zunächst gegebenen Aufklärung das im Vergabeakt nach dem Schreiben vom 26.2.2014 befindliche Angebot der Zulieferfirma vorgelegt hat und dieses Angebot der Zulieferfirma der Angebotskalkulation durch die Antragstellerin zu Grunde gelegen ist.

Daraus folgt, dass die Antragstellerin pro verbautem Leichtmetallfenster x.xxx,- Euro an ihren Zulieferer bezahlen, der Antragsgegnerin jedoch nur x.xxx,xx Euro verrechnen würde. Dies ergibt noch ohne Berücksichtigung der weiteren Kosten für die Antragstellerin pro Leichtmetallfenster einen Verlust von x.xxx,xx Euro, was bei 27 derartigen Fenstern einen Verlust von xx.xxx,xx Euro ergibt.

Dazu kommt, dass für den Einbau dieser Fenster nicht ausschließlich Zulieferkosten anfallen, sondern auch weitere kalkulatorische (nicht ausgabenwirksame) Kosten. Die Antragsgegnerin hat dazu den von der Antragstellerin vorgelegten Kalkulationsblättern, und zwar dem K-3-Blatt vom 17.12.2013 und dem auf Aufforderung am 5.2.2014 nachgereichten K-7-Blatt, entnommen, dass die Antragstellerin pro Fenster einen Fremdleistungszuschlag von 19,98% sowie ebenfalls pro Fenster für die Montage xxx,xx Euro (laut nachgereichtem K-7-Blatt) plus xx,xx Euro (laut nachgereichtem K-7-Blatt) kalkuliert hätte. Das im Vergabeakt befindliche K-3-Blatt der Antragstellerin in der bei Angebotsabgabe gültigen Fassung weist in der Zeile „T“ einen Fremdleistungszuschlag von 19,976% auf, was gerundet den von der Antragsgegnerin angeführten 19,98% entspricht. Dieser Fremdleistungszuschlag setzt sich aus den Zuschlägen für Geschäftsgemeinkosten (Zeile N), Bauzinsen (Zeile O), Wagnis (Zeile P) und Gewinn (Zeile Q) zusammen.

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes setzt sich der Kalkulationsfehler aus zumindest folgenden Beträgen zusammen: Der Positionspreis für den Einbau der 27 Fenster minus die Zulieferkosten ergibt minus xx.xxx,xx Euro. Die Kosten für die Montage einschließlich sonstige Kosten betragen pro Fenster xxx,xx Euro (xxx,xx Euro für Montage plus xx,xx Euro sonstige Kosten), was für 27 Fenster x.xxx,xx Euro ergibt. Rechnet man diese Montagekosten dem vorhin angeführten Verlust von xx.xxx,xx hinzu, so ergibt dies einen Verlust von xx.xxx,xx Euro.

Die Antragstellerin hat somit bei der in Rede stehenden Position zumindest um xx.xxx,xx Euro zu wenig kalkuliert. Sie würde damit aus der in Rede stehenden Position keinen Deckungsbeitrag zu ihren Geschäftsgemeinkosten und keinen Beitrag für Bauzinsen, Wagnis und Gewinn erwirtschaften, sondern einen Verlust von xx.xxx,xx Euro.

Hingegen konnte für den Sachausgang des Nachprüfungsverfahrens dahingestellt bleiben, ob und gegebenenfalls inwieweit der Rechnungsweise der Antragsgegnerin, wonach auch die Fremdleistungszuschläge in das Ausmaß des Kalkulationsfehlers hineingerechnet wurden, zutrifft, zumal es im gegenständlichen Fall keinen entscheidungswesentlichen Unterschied ausmacht, ob der Kalkulationsfehler – der Berechnungsweise der Antragsgegnerin zu Folge - xxx.xxx,xx Euro oder „lediglich“ xx.xxx,xx Euro ausmacht.

Die Antragsgegnerin ist nun davon ausgegangen, dass ein Kalkulationsfehler dann toleriert werden könne, wenn die Antragstellerin rechnerisch nachweise, „dass der Kalkulationsfehler durch die Geschäftsgemeinkosten (abzüglich der ausgabenwirksamen Geschäftsgemeinkosten) auf Lohn und Material und durch den Gewinn auf Lohn und Material der richtig kalkulierten Positionspreise abgedeckt wird.“ Die Antragsgegnerin forderte die Antragstellerin daher mit E-Mail vom 17.3.2014 auf, eine solche Deckung bis 19.3.2014 nachzuweisen.

Die Antragstellerin nahm dazu mit Schreiben vom 18.3.2014 dahingehend Stellung, dass die in ihrem K-3-Blatt ausgewiesenen Lohnkosten fixer Bestandteil der Kalkulation seien, die Gesamtzuschläge in der Zeile T ihres K-3-Blattes jedoch „variabel“ seien, also reduziert werden könnten. Insbesondere könne sie in der Zeile O die Bauzinsen statt mit 3% mit 1%, in der Zeile P das Wagnis statt mit 3,5% bzw. 4,5% mit 1,5% und in der Zeile Q den Gewinn statt mit 2,9% bzw. 2,77% mit 0,5% ansetzen. Aus einer Reduktion dieser Zuschläge würden sich Einsparungen von xx.xxx,xx Euro ergeben.

Die Antragsgegnerin hat daraufhin mit E-Mail vom 27.3.2014 der Antragstellerin eine Berechnung übermittelt, wonach deren Kalkulationsfehler in der in Rede stehenden Position insgesamt rund xxx.xxx,- Euro betrage und sich daher mit einer Gegenrechnung von xx.xxx,- Euro nicht ausgleichen lasse. In einem forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin auf, bis 1.4.2014 eine schlüssige und nachvollziehbare Stellungnahme zu übermitteln, „wie die Kalkulationsfehler mit den anderen richtig kalkulierten Positionspreisen Deckung finden können.“

Die Antragstellerin übermittelte innerhalb der ihr gesetzten Frist weder eine Stellungnahme noch ersuchte sie innerhalb dieser Frist um Fristverlängerung.

Nach Fristablauf übermittelte sie jedoch am 3.4.2014 ein Ersuchen um Fristverlängerung bis 9.4.2014, welches von der Antragsgegnerin nicht bewilligt wurde.

Am 4.4.2014 übermittelte sie eine Stellungnahme mit folgendem Erklärungsinhalt: In ihrem K-3-Blatt könnten in Zeile O

die Zuschläge für Bauzinsen durchgehend auf 0 gesenkt werden, weil es sich um Eigenkapital handle. In Zeile P des K-3-Blattes könnte die Wagnis auf 0 gesenkt und in Zeile Q des K-3-Blattes der Gewinn auf 0 gesenkt werden. Aus der Änderung ihres K-3-Blattes lasse sich eine Kostenverminderung von xx.xxx,xx Euro erzielen.

Weiters legte die Antragstellerin am 4.4.2014 ein mit 3.4.2014 datiertes Schreiben ihres Zulieferers O. u. T. vor, in welchem dieser Zulieferer folgendes erklärte:

„Auf Grund Ihrer Anfrage bezüglich Preisnachlass wegen des bei Ihnen unterlaufenen Fehlers beim Preisübertragen können wir kulanztweise folgende Nachlässe für dieses Bauvorhaben geben: (...)“ Es folgen Nachlässe auf vier unterschiedliche Positionen, darunter nicht die in Rede stehende Position, die insgesamt einen Nachlass von xx.xxx,xx Euro ergeben.

Der Senat nimmt dazu als erwiesen an, dass die Antragstellerin, um ein Ausscheiden ihres Angebotes zu verhindern und ihren Kalkulationsfehler auszugleichen, durch eine nach Angebotsöffnung und nach Erhalt eines Aufforderungssuchens der Antragsgegnerin erfolgte Änderung ihres K-3-Blattes und durch einen bei ihrem Zulieferer nachträglich erzielten Nachlass eine Kostenreduktion kalkuliert hat. Als erwiesen wird auch angesehen, dass es sich dabei um nachträgliche Änderungen ihrer Angebotskalkulation handelt, die einen vorhandenen Kalkulationsfehler nicht betriebswirtschaftlich erklären, sondern durch einen nachträglichen Nachlass des Zulieferers und durch eine Reduzierung von Zuschlägen auf 0 nachträglich kostenrechnungsmäßig ausgleichen sollen. Ebenfalls als erwiesen angesehen wird, dass die von der Antragstellerin mit Schreiben vom 4.4.2014 erfolgten Änderungen ihrer Kalkulation nach Ablauf der für eine Aufklärung des Kalkulationsfehlers gesetzten Frist (1.4.2014) erfolgt sind.

Zu dem ebenfalls verfahrensgegenständlichen Kalkulationsfehler bei der Position 31.04.33 „Trennwand ...“ genügt es, folgendes festzuhalten:

Den Vorhalten der Antragsgegnerin zu Folge belaufe sich der Kalkulationsfehler bei dieser Position auf insgesamt x.xxx,- Euro. Allein die von der Antragstellerin in ihrem Angebot kalkulierte Gewinnspanne übersteigt diesen Betrag deutlich. Nach Ansicht des Senates ist ein Kalkulationsfehler, so lange Prüfmaßstab lediglich der § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 ist, dann grundsätzlich nicht relevant, wenn er lediglich bewirken kann, dass der betroffene Bieter einen geringeren als den veranschlagten Gewinn erzielen würde. Ein näheres Eingehen auf diesen der Antragstellerin vorgehaltenen Kalkulationsfehler wäre grundsätzlich nur dann erforderlich, wenn dieser Kalkulationsfehler im Zusammenwirken mit etwaigen anderen Kalkulationsfehlern in Summe ein relevantes Ausmaß erreichen würde. Dieses relevante Ausmaß erreicht jedoch der Kalkulationsfehler in der Position 34 02 31 C betreffend Leichtmetallfenster bereits ohne Zusammenwirken mit anderen Kalkulationsfehlern. Der Frage, ob der Antragstellerin angesichts ihres Kalkulationsfehlers um xx.xxx,xx Euro allenfalls noch ein weiterer Kalkulationsfehler um x.xxx,- Euro unterlaufen sei, war daher nicht entscheidungsrelevant. Den Vorhalten der Antragsgegnerin zu Folge belaufe sich der Kalkulationsfehler bei dieser Position auf insgesamt x.xxx,- Euro. Allein die von der Antragstellerin in ihrem Angebot kalkulierte Gewinnspanne übersteigt diesen Betrag deutlich. Nach Ansicht des Senates ist ein Kalkulationsfehler, so lange Prüfmaßstab lediglich der Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 ist, dann grundsätzlich nicht relevant, wenn er lediglich bewirken kann, dass der betroffene Bieter einen geringeren als den veranschlagten Gewinn erzielen würde. Ein näheres Eingehen auf diesen der Antragstellerin vorgehaltenen Kalkulationsfehler wäre grundsätzlich nur dann erforderlich, wenn dieser Kalkulationsfehler im Zusammenwirken mit etwaigen anderen Kalkulationsfehlern in Summe ein relevantes Ausmaß erreichen würde. Dieses relevante Ausmaß erreicht jedoch der Kalkulationsfehler in der Position 34 02 31 C betreffend Leichtmetallfenster bereits ohne Zusammenwirken mit anderen Kalkulationsfehlern. Der Frage, ob der Antragstellerin angesichts ihres Kalkulationsfehlers um xx.xxx,xx Euro allenfalls noch ein weiterer Kalkulationsfehler um x.xxx,- Euro unterlaufen sei, war daher nicht entscheidungsrelevant.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin am 19.5.2014 mit Telefax eine Ausscheidensentscheidung zugestellt, in welcher sie der Antragstellerin im Wesentlichen mitteilte, dass deren Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises ausscheide, zumal nach der Rechtsprechung des VwGH eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auch dann vorliege, wenn Teilpreise bzw. Einheitspreise nicht plausibel seien (VwGH 28.9.2011, 2007/04/0102). Die Antragstellerin hätte in den vor ihr im Zuge der vertieften Angebotsprüfung gegebenen Aufklärungen keine nachvollziehbare Begründung für die Zusammensetzung ihres Gesamtpreises geben können. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin am 19.5.2014 mit Telefax eine Ausscheidensentscheidung zugestellt, in welcher sie der Antragstellerin im Wesentlichen mitteilte, dass deren Angebot

gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises ausscheide, zumal nach der Rechtsprechung des VwGH eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auch dann vorliege, wenn Teilpreise bzw. Einheitspreise nicht plausibel seien (VwGH 28.9.2011, 2007/04/0102). Die Antragstellerin hätte in den vor ihr im Zuge der vertieften Angebotsprüfung gegebenen Aufklärungen keine nachvollziehbare Begründung für die Zusammensetzung ihres Gesamtpreises geben können.

Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der rechtzeitige Nachprüfungsantrag der Antragstellerin.

In rechtlicher Hinsicht hat der Senat erwogen:

§ 125 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 125, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

„§ 125. (1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

(2) Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

(3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn (3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 4 und 5 vertieft prüfen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,

2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs. 4 aufweisen, oder 2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß Paragraph 79, Absatz 4, aufweisen, oder

3. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen 3. nach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

(4) Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;

2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;

3. die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist. 3. die gemäß Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 3, geforderte oder vom Bieter gemäß Paragraph 109, Absatz 2, vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

(5) Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche – bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische – Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Auftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.“

§ 129 Abs. 1 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

„§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

(...)

3. Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen;“

Ausgabenwirksame Kosten

Nach der Literatur (z.B. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG², § 129, Rz 26 ff, Rz 35 ff) und Rechtsprechung (VwGH 29.3.2006, 2003/04/0181, VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032) bilden Unterangebote, also nicht kostendeckende Angebote, eine Fallgruppe von wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschcheidenden Angeboten. Der von der Rechtsprechung an die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von solchen Angeboten angelegte Maßstab ist, dass grob geprüft werden muss, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. Das Angebot muss also „kostendeckend“ sein. Nach der Literatur (z.B. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG², Paragraph 129, Rz 26 ff, Rz 35 ff) und Rechtsprechung (VwGH 29.3.2006, 2003/04/0181, VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032) bilden Unterangebote, also nicht kostendeckende Angebote, eine Fallgruppe von wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschcheidenden Angeboten. Der von der Rechtsprechung an die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von solchen Angeboten angelegte Maßstab ist, dass grob geprüft werden muss, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. Das Angebot muss also „kostendeckend“ sein.

Das durchgeführte Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass der von der Antragsgegnerin bei der Antragstellerin in der Position 34 02 31 C (Einbau von Leichtmetallfenstern) festgestellte Kalkulationsfehler zumindest insoweit vorliegt, als die Antragstellerin ausgabenwirksame (variable) Kosten von xx.xxx,xx Euro nicht kalkuliert hat. Diese von der Antragsgegnerin nicht kalkulierten Kosten sind deswegen ausgabenwirksam, weil sie die Antragstellerin den zum Zeitpunkt der Angebotslegung bestehenden Kalkulationsgrundlagen zu Folge im Fall der Ausführung des Auftrages selbst zu zahlen gehabt hätte, und zwar einerseits an ihren Subunternehmer für die Lieferung der Leichtmetallfenster „Frei Bau“ und andererseits an ihre Arbeitnehmer für Löhne und Gehälter bzw. an Materialeinsatz und sonstigen Kosten im Zuge der Montage dieser Fenster.

Nach Ansicht des Senates musste die Antragstellerin zumindest diese ausgabenwirksamen (variablen) Kosten in Rechnung stellen. Dies ist darin begründet, dass diese Kosten auf Grund der Leistungserbringung anfallen und die Verrechnung zumindest der ausgabenwirksamen Kosten die preisliche Untergrenze bildet, zu der ein seriöser Unternehmer die Leistung allenfalls noch erbringen kann. Eine Leistungserbringung unter diesem Preis wäre für den Unternehmer bereits mit einem Verlust verbunden.

Zu den Feststellungen der Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin dem in ihrem K-3-Blatt angesetzten Fremdleistungszuschlag zu Folge zu den Zulieferleistungen noch hätte 19,976% Zuschlag hinzurechnen müssten, ist auszuführen, dass die von der Antragsgegnerin zusätzlich errechneten Fehlbeträge deswegen dahingestellt bleiben können, weil durch die von der Antragstellerin im Zuge der Aufklärung nachgewiesenen Beträge nicht einmal die ausgabenwirksamen Kosten von xx.xxx,xx Euro abgedeckt sind.

Deckung der Kosten

Nach der bereits zit. Rechtsprechung des VwGH liegt ein Unterangebot bzw. ein nicht kostendeckendes Angebot dann nicht vor, wenn ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. Dies ist nach Ansicht des Senates so zu verstehen, dass die angebotenen Preise insgesamt kostendeckend sein müssen. Eine Kostendeckung ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn nicht einmal die ausgabenwirksamen Kosten gedeckt sind.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin mehrfach die Gelegenheit eingeräumt, nachzuweisen, dass deren Kalkulationsfehler „durch die Geschäftsgemeinkosten (abzüglich der ausgabenwirksamen Geschäftsgemeinkosten) auf Lohn und Material und durch den Gewinn auf Lohn und Material der anderen richtig kalkulierten Positionspreise abgedeckt wird“.

Zu dieser Aufforderung ist festzuhalten, dass Kalkulationsfehler insoweit unbehebbarer Mängel darstellen, als der Bieter sein Angebot bis zum Ende der Angebotsfrist kalkuliert haben muss und – abgesehen vom hier nicht einschlägigen Fall einer Angebotsänderung im Verhandlungsverfahren – seine Kalkulation danach nicht ändern bzw. sein Angebot nicht neu kalkulieren darf. Kalkulationsfehler sind insoweit mit der Angebotslegung perpetuiert. Die

Antragstellerin durfte daher als mit dem Vergaberecht vertraute Bieterin die Aufforderungen durch die Antragstellerin nicht so verstehen, dass sie ihre Kalkulation nachträglich ändern oder ihr Angebot neu kalkulieren dürfe oder gar solle. Nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Antragstellerin ihr Angebot selbst dann nicht hätte neu kalkulieren oder ihre Kalkulation hätte ändern dürfen, wenn sie die Vorhalte durch die Auftraggeberin in diesem Sinne verstanden hätte oder sie sogar in diesem Sinne gemeint gewesen wären, weil es nicht in der Disposition von Auftraggebern liegt, den Bietern die Beseitigung allfälliger Kalkulationsmängel durch eine nachträgliche Änderung der Kalkulation zu ermöglichen.

Die Aufforderung der Antragsgegnerin war vielmehr so zu verstehen, dass die Antragstellerin die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit wenigstens ihres Gesamtpreises hätte nachweisen sollen. Die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit wenigstens des Gesamtpreises hätte nämlich dann durchaus gegeben sein können, wenn der Kalkulationsfehler das Ausmaß nicht überschreitet, das in der Kalkulation an Reserven im Sinne von Gewinnzuschlägen und Beiträgen zur Deckung der Gemeinkosten vorhanden ist.

Die Antragstellerin konnte jedoch diesen Nachweis insoweit nicht erbringen, als sie im Zuge der durch sie erfolgten Aufklärung kalkulatorische Reserven nur im Bereich von deutlich unter xx.xxx,xx Euro darlegen konnte und somit der Kalkulationsfehler jedenfalls ein Ausmaß erreicht, durch welches der Gesamtpreis insgesamt betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar ist. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin im Zuge der vertieften Angebotsprüfung und in ihren Schriftsätzen durchaus zugegeben hat, dass ihr ein Kalkulationsfehler unterlaufen ist, und ihr diesbezüglich anderslautendes Vorbringen in der mündlichen Verhandlung nicht überzeugend war.

Nachlass durch den Zulieferer

Gemäß dem Erkenntnis des VwGH vom 28.2.2012, 2007/04/0218, dient die vertiefte Angebotsprüfung der Überprüfung der Preise des Angebotes und nicht deren Neukalkulation, zumal eine Neukalkulation dem Bieter die Möglichkeit eröffnen würde, einen ursprünglich möglicher Weise unplausiblen Preis zu einem plausiblen zu machen, was dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz des Verfahrens widerspräche (vgl. auch EuGH vom 25.4.1996, C-87/94 – „Wallonische Omnibusse“). Aus diesem Grund sind nachträgliche Änderungen der Kalkulation nicht zulässig, und zwar auch dann, wenn es sich nur um geringfügige Änderungen wie z.B. eine geringfügige Modifikation des K-3-Blattes handeln sollte. Gemäß dem Erkenntnis des VwGH vom 28.2.2012, 2007/04/0218, dient die vertiefte Angebotsprüfung der Überprüfung der Preise des Angebotes und nicht deren Neukalkulation, zumal eine Neukalkulation dem Bieter die Möglichkeit eröffnen würde, einen ursprünglich möglicher Weise unplausiblen Preis zu einem plausiblen zu machen, was dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz des Verfahrens widerspräche (vergleiche auch EuGH vom 25.4.1996, C-87/94 – „Wallonische Omnibusse“). Aus diesem Grund sind nachträgliche Änderungen der Kalkulation nicht zulässig, und zwar auch dann, wenn es sich nur um geringfügige Änderungen wie z.B. eine geringfügige Modifikation des K-3-Blattes handeln sollte.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist zu dem der Antragstellerin von ihrem Zulieferunternehmen mit Schreiben vom 3.4.2014 eingeräumten Nachlass im Ausmaß von xx.xxx,xx Euro auszuführen:

Aus dem Schreiben des Zulieferunternehmens selbst geht hervor, dass die Antragstellerin diesen Nachlass bei Angebotserstellung noch nicht berücksichtigen konnte, weil dieser Nachlass erst nachträglich aus Anlass eines der Antragstellerin „beim Preisübertragen unterlaufenen Fehlers“ kulanzweise gewährt wurde. Es handelt sich somit um eine Angebotsänderung des Zulieferunternehmens an die Antragstellerin nach der Angebotslegung im gegenständlichen Vergabeverfahren, welche diese an die Antragsgegnerin weiterzugeben beabsichtigt. Nach Ansicht des Senates verlässt die Antragstellerin mit dieser Vorgangsweise den Rahmen der zulässigen Aufklärung über die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit ihres Preises und begibt sich in die unzulässige nachträgliche Änderung ihrer Kalkulation. Dies ist rechtlich dahingehend zu werten, dass die Antragstellerin damit nicht nur die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit ihres Angebotspreises nicht erklärt, sondern darüber hinaus durch eine unzulässige Änderung ihrer Kalkulation einen weiteren Ausscheidensgrund setzt, soweit sie damit ihr ursprüngliches Angebot mit der diesem zu Grunde liegenden Kalkulation nicht mehr aufrecht erhält.

Zum anderen räumt die Antragstellerin in ihrem letzten Aufklärungsschreiben vom 4.4.2014 ausdrücklich ein, dass sie ihr K-3-Blatt nunmehr geändert habe, und ist auch dazu festzuhalten, dass im gegenständlichen offenen Verfahren eine nachträgliche Änderung der Kalkulation und damit eine Neukalkulation sowie auch nur eine Änderung des K-3-

Blattes vergaberechtlich nicht zulässig ist. Auch damit entzieht die Antragstellerin ihr ursprüngliches Angebot – soweit dieses allenfalls doch noch für eine Zuschlagserteilung in Betracht gekommen wäre - jedenfalls der Möglichkeit einer Zuschlagserteilung, weil das Angebot in seiner ursprünglichen Form und Kalkulationsgrundlage durch die unzulässige nachträgliche Änderung der Kalkulation in seiner ursprünglichen Form nicht mehr vorhanden ist.

Zur verspäteten Aufklärung

Die Antragsgegnerin brachte in ihrem Schriftsatz vor, dass die Antragstellerin die von ihr bis 1.4.2014 verlangte letzte Aufklärung nicht fristgerecht gegeben und erst nach Ablauf der Frist um deren Verlängerung angesucht habe. Die schließlich am 9.4.2014 von der Antragstellerin abgegebene Stellungnahme sei verspätet und es sei die genannte Stellungnahme der Antragstellerin wegen ihrer Verspätung nicht mehr weiter zu berücksichtigen gewesen. Der Baumanager habe daher diese Stellungnahme der Antragstellerin nicht weiter berücksichtigt.

Nach Ansicht des Senates ist dieses Vorbringen der Antragsgegnerin nicht ganz schlüssig. Zum einen ist dem Vergabeakt sehr wohl zu entnehmen, dass sich die Antragsgegnerin mit dieser von ihr als verspätet bezeichneten Stellungnahme inhaltlich auseinandergesetzt hat diese damit sehr wohl berücksichtigt hat.

Bei der von der Antragsgegnerin gesetzten Frist handelt es sich um eine materiell-rechtliche Frist im Sinne der §§ 902 bis 904 ABGB, auf die das Verbot, eine bereits abgelaufene verfahrensrechtliche Frist zu verlängern, nach Ansicht des Senates nicht übertragen werden kann. Bei der von der Antragsgegnerin gesetzten Frist handelt es sich um eine materiell-rechtliche Frist im Sinne der Paragraphen 902 bis 904 ABGB, auf die das Verbot, eine bereits abgelaufene verfahrensrechtliche Frist zu verlängern, nach Ansicht des Senates nicht übertragen werden kann.

Zum weiteren Vorbringen der Antragstellerin

Unternehmensinterne Quersubventionierungen

Die Antragstellerin bringt vor, dass es sehr wohl zulässig sei, Kalkulationsfehler unternehmensintern durch Quersubventionierungen auszugleichen. Es würde ausreichen, wenn der angebotene Preis insgesamt kostendeckend sei.

Nach Ansicht des Senates ist mit diesem Vorbringen für die Antragstellerin nichts gewonnen. Die Antragsgegnerin hat ohnedies die Antragstellerin aufgefordert nachzuweisen, dass der Kalkulationsfehler durch kalkulatorische Reserven in richtig kalkulierten Positionen abgedeckt ist. Wäre der Kalkulationsfehler auf diese Weise abgedeckt gewesen, so würde zwar immer noch ein Kalkulationsfehler vorliegen, dieser jedoch nicht in einer Art und Weise auf den Gesamtpreis durchschlagen, dass das Angebot deswegen ausgeschieden werden müsste.

Der Kalkulationsfehler der Antragstellerin beläuft sich jedoch den obigen Sachverhaltsfeststellungen zu Folge auf die irrtümliche Nichtkalkulation von xx.xxx,xx Euro an ausgabenwirksamen Kosten in der Position 34.02.31C betreffend Lieferung von Leichtmetallfenstern. Von diesen nicht kalkulierten Kosten ist nach der ursprünglichen Kalkulation nur ein Teil durch kalkulatorische Reserven abgedeckt. Die Tatsache, dass die Antragstellerin im Zuge der Aufklärung ihre dem Angebot zu Grunde gelegte Kalkulation so geändert hat, dass der Kalkulationsfehler – auf Grund der nachträglichen Änderungen des K-3-Blattes und eines vom Zulieferer nachträglich eingeräumten Nachlasses - nachträglich vollständig abgedeckt ist, muss im Zuge der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit des ursprünglichen Angebotes außer Betracht bleiben.

Die Kalkulationsfehler betreffen keine wesentlichen Positionen

Die Antragstellerin führt aus, dass ihre Kalkulationsfehler keine wesentlichen Positionen betreffen würden. Daher habe die Antragsgegnerin nicht vertieft prüfen müssen. Außerdem führe nicht jeder betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbare Positions- oder Einheitspreis zum Ausscheiden, sondern sei die Beeinträchtigung eines freien, ungehinderten und lauten Wettbewerbs Voraussetzung für ein Ausscheiden. Dies setze wiederum voraus, dass der Positions- bzw. Einheitspreis einen nicht nur geringfügigen Anteil am Gesamtpreis ausmache, weshalb der von der Antragsgegnerin ständig hervorgehobene Fehler in der Position 31.04.33 in Höhe von bloß x.xxx Euro überhaupt keine Rolle spielen könne.

Dem hält die Antragsgegnerin entgegen, dass es sich bei Position 34.02.31C (Lieferung von Leichtmetallfenstern) ihrer Ansicht nach um eine wesentliche Position handeln würde. Der Antragsgegnerin kann in diesem Punkt nicht gefolgt werden, weil die genannte Position im Leistungsverzeichnis nicht als wesentliche Position bezeichnet ist und die

fehlende Bezeichnung als wesentliche Position zur Folge hat, dass die betreffende Position nicht als wesentliche Position behandelt werden kann (vgl. Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG², § 79, Rz 141). Der Antragstellerin ist also darin Recht zu geben, dass ihre Kalkulationsfehler keine wesentlichen Positionen betreffen. Dem hält die Antragsgegnerin entgegen, dass es sich bei Position 34.02.31C (Lieferung von Leichtmetallfenstern) ihrer Ansicht nach um eine wesentliche Position handeln würde. Der Antragsgegnerin kann in diesem Punkt nicht gefolgt werden, weil die genannte Position im Leistungsverzeichnis nicht als wesentliche Position bezeichnet ist und die fehlende Bezeichnung als wesentliche Position zur Folge hat, dass die betreffende Position nicht als wesentliche Position behandelt werden kann (vergleiche Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG², Paragraph 79, Rz 141). Der Antragstellerin ist also darin Recht zu geben, dass ihre Kalkulationsfehler keine wesentlichen Positionen betreffen.

Daraus, dass die Kalkulationsfehler der Antragstellerin keine wesentlichen Positionen betreffen, folgt jedoch nicht, dass die Antragsgegnerin keine vertiefte Angebotsprüfung hätte durchführen dürfen. Gemäß § 125 Abs. 3 Z 1 und Z 3 BVergG 2006 ist die Auftraggeberin nämlich verpflichtet, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, wenn das Angebot einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweist oder nach der erfolgten Prüfung der Angemessenheit der Preise begründete Zweifel an der Preisangemessenheit bestehen. Im Anlassfall war der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis rund 37% günstiger als der geschätzte Auftragswert und signifikant günstiger als die Angebotspreise der nächstgereihten Bieter, sodass die Antragsgegnerin gemäß § 125 Abs. 3 Z 1 und Z 3 BVergG 2006 zu einer vertieften Angebotsprüfung sogar verpflichtet war. Daraus, dass die Kalkulationsfehler der Antragstellerin keine wesentlichen Positionen betreffen, folgt jedoch nicht, dass die Antragsgegnerin keine vertiefte Angebotsprüfung hätte durchführen dürfen. Gemäß Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins und Ziffer 3, BVergG 2006 ist die Auftraggeberin nämlich verpflichtet, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, wenn das Angebot einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweist oder nach der erfolgten Prüfung der Angemessenheit der Preise begründete Zweifel an der Preisangemessenheit bestehen. Im Anlassfall war der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis rund 37% günstiger als der geschätzte Auftragswert und signifikant günstiger als die Angebotspreise der nächstgereihten Bieter, sodass die Antragsgegnerin gemäß Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins und Ziffer 3, BVergG 2006 zu einer vertieften Angebotsprüfung sogar verpflichtet war.

Aus dem Vorbringen der Antragstellerin, dass der vom Kalkulationsfehler betroffene Positions- bzw. Einheitspreis einen nicht nur geringfügigen Anteil am Gesamtpreis ausmachen müsse und deswegen der Kalkulationsfehler in der Position 31.04.33 in Höhe von bloß x.xxx,- Euro überhaupt keine Rolle spielen würde, ist für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil bereits die Nichtkalkulation an ausgabenwirksamen Kosten von xx.xxx,xx Euro bewirkt, dass der Gesamtpreis ihres Angebotes um rund 37% niedriger als der geschätzte Auftragswert sowie signifikant niedriger als die anderen Angebote ist.

Schlichtes Versehen der Antragstellerin

Die Antragstellerin weist schließlich darauf hin, dass ihr Kalkulationsfehler auf ein schlichtes Versehen zurückgehe und aus diesem Grund kein Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz und insbesondere kein ruinöser oder fehlender Wettbewerb vorliege. Es hätten sich 13 Unternehmer mit der Abgabe eines Angebotes beteiligt und könne deshalb nicht vom Fehlen eines Wettbewerbs ausgegangen werden. Auch von einem ruinösen Wettbewerb könne nicht ausgegangen werden, weil das Angebot der Antragstellerin trotz ihres Kalkulationsfehlers gerade mal um 16% billiger sei als das zweitgereichte Angebot.

Dem ist entgegen zu halten, dass mit einem erheblichen Kalkulationsfehler behaftete Angebote auch dann den Wettbewerb beeinträchtigen, wenn ein solcher Fehler auf einem bloßen Versehen beruht.

Kalkulationsfreiheit der Bieter

Die Antragstellerin weist schließlich unter Berufung auf Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG², § 129 Rz 32, darauf hin, dass es den Bietern freistehe, ihre Geschäftsgemeinkosten mit der Ausführung anderer Aufträge zu verdienen. Es sei deshalb auf Grund dieser Kalkulationsfreiheit der Bieter nicht zulässig, von der Antragstellerin den rechnerischen Nachweis zu verlangen, dass der Kalkulationsfehler durch die Geschäftsgemeinkosten auf Lohn und Material abgedeckt wird. Die Antragstellerin weist schließlich unter Berufung auf Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG², Paragraph 129, Rz 32, darauf hin, dass es den Bietern

freistehe, ihre Geschäftsgemeinkosten mit der Ausführung anderer Aufträge zu verdienen. Es sei deshalb auf Grund dieser Kalkulationsfreiheit der Bieter nicht zulässig, von der Antragstellerin den rechnerischen Nachweis zu verlangen, dass der Kalkulationsfehler durch die Geschäftsgemeinkosten auf Lohn und Material abgedeckt wird.

Aus dieser Argumentation ist für die Antragstellerin nach Ansicht des Senates insoweit nichts gewonnen, als damit ein Angebotspreis, der nicht einmal die ausgabenwirksamen Kosten deckt, nicht erklärt werden kann.

Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin wegen ihres Kalkulationsfehlers in der Position 34.02.31 C /Einbau von Leichtmetallfenstern) insgesamt nicht kostendeckend ist und nicht kostendeckende Angebote ein gesicherter Fall für betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbare und insoweit gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 auszuscheidende Angebote sind (vgl. näher Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG², § 129, Rz 36 mwN). Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin wegen ihres Kalkulationsfehlers in der Position 34.02.31 C /Einbau von Leichtmetallfenstern) insgesamt nicht kostendeckend ist und nicht kostendeckende Angebote ein gesicherter Fall für betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbare und insoweit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 auszuscheidende Angebote sind vergleiche näher Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG², Paragraph 129,, Rz 36 mwN).

Die Antragstellerin hat xx.xxx,xx Euro an ausgabenwirksamen Kosten nicht kalkuliert, ohne dass dieser Betrag durch Reserven in anderen Positionen ihres Angebotes gedeckt wäre. Ein seriöser Unternehmer an ihrer Stelle könnte daher die Leistung nicht kostendeckend erbringen und auch die Antragstellerin kann dies auf der Grundlage ihrer mit dem Angebot abgegebenen Kalkulation nicht. Um Kostendeckung zu erreichen, bedurfte es eines nachträglichen Nachlasses durch den Zulieferer sowie einer nachträglichen Überarbeitung des K-3-Blattes, was beides keine zulässige Vorgehensweise ist, um einen fehlerhaft kalkulierten Preis betriebswirtschaftlich zu erklären.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Dass ein Angebot, welches auf Grund eines betragsmäßig erheblichen Kalkulationsfehlers nicht einmal die ausgabenwirksamen Kosten abdeckt, als Unterangebot auszuscheiden ist, ist gesicherter Stand (vgl. z.B. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG², § 129, Rz 36 bis 38, mwN) und die Beantwortung der im Erkenntnis behandelten Detailfragen wie z.B. die Frage der Verlängerbarkeit einer bereits abgelaufenen materiell-rechtlichen Frist ist lediglich für die Begründung maßgeblich, ohne dass durch eine andere Beantwortung im Anlassfall ein anderer Verfahrensausgang erzielt worden wäre. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Dass ein Angebot, welches auf Grund eines betragsmäßig erheblichen Kalkulationsfehlers nicht einmal die ausgabenwirksamen Kosten abdeckt, als Unterangebot auszuscheiden ist, ist gesicherter Stand vergleiche z.B. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG², Paragraph 129,, Rz 36 bis 38, mwN) und die Beantwortung der im Erkenntnis behandelten Detailfragen wie z.B. die Frage der Verlängerbarkeit einer bereits abgelaufenen materiell-rechtlichen Frist ist lediglich für die Begründung maßgeblich, ohne dass durch eine andere Beantwortung im Anlassfall ein anderer Verfahrensausgang erzielt worden wäre.

Schlagworte

Ausgabenwirksame Kosten; Deckung der Kosten; Nachlass durch den Zulieferer; verspätete Aufklärung; unternehmensinterne Quersubventionierungen; Kalkulationsfehler über unwesentliche Positionen; schlichtes Versehen des Bieters; Kalkulationsfreiheit der Bieter;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2014:VGW.123.077.26442.2014

Zuletzt aktualisiert am

10.10.2014

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at