

TE Lvwg Erkenntnis 2014/3/13 VGW-123/077/10225/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.03.2014

Entscheidungsdatum

13.03.2014

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

BVergG 2006 §129

WVRG 2014 §7

WVRG 2014 §16

WVRG 2014 §20

WVRG 2014 §41

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

Anmerkung

VwGH Zurückweisung

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 Bietergemeinschaft bestehend aus 1) K. GmbH, 2) H. GmbH und 3) P. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages für Maler- und Anstreicherarbeiten für diverse Objekte im Stadtgebiet Wien durch die Stadt Wien, Magistratsabteilung 34, vertreten durch Rechtsanwälte OG in Wien, nach mündlicher Verhandlung durch Verkündung zu Recht erkannt:

1.

Der Antrag, die Ausscheidensentscheidung der Antragsgegnerin vom 16.10.2013 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2.

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

3.

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

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, 41 WVRG 2014, §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 125 und 129 Abs. 1 Z 3 und 7 BVergG. 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, 41, WVRG 2014, Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 125 und 129 Absatz eins, Ziffer 3 und 7 BVergG.

Entscheidungsgründe

Das Verwaltungsgericht Wien ist auf Grund der Aktenlage und der mündlichen Verhandlung vom 13.03.2014 von folgendem entscheidungserheblichen Sachverhalt ausgegangen:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 34 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages betreffend die Vergabe des Rahmenvertrages Maler- und Anstreicherarbeiten im Preisauflags-/ Preisnachlassverfahren nach dem Billigstbieterprinzip in 5 Losen mit einer Laufzeit von drei Jahren. Mit der angefochtenen Entscheidung vom 16.10.2013 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, ihr Angebot für die Lose 1 bis 4 gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Ihre Entscheidung stützte die Antragsgegnerin auf eine Reihe von Ausscheidungsgründen, auf die in weiterer Folge gesondert eingegangen wird. Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 34 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages betreffend die Vergabe des Rahmenvertrages Maler- und Anstreicherarbeiten im Preisauflags-/ Preisnachlassverfahren nach dem Billigstbieterprinzip in 5 Losen mit einer Laufzeit von drei Jahren. Mit der angefochtenen Entscheidung vom 16.10.2013 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, ihr Angebot für die Lose 1 bis 4 gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden. Ihre Entscheidung stützte die Antragsgegnerin auf eine Reihe von Ausscheidungsgründen, auf die in weiterer Folge gesondert eingegangen wird.

Die Antragstellerin beantragte - unter anderem - die Nichtigerklärung dieser Ausscheidensentscheidung und brachte im Wesentlichen vor, dass sie ein Interesse am Abschluss des Vertrages im Hinblick auf die Lose 1 bis 4 habe und die ihr angelasteten Ausscheidensgründe nicht vorliegen würden. Auch hier wird auf die näheren Einzelheiten im Zusammenhang mit den einzelnen Ausscheidungsgründen näher eingegangen werden.

Das vorangegangene Vergabeverfahren hatte – so weit verfahrensgegenständlich - im Wesentlichen folgenden Verlauf:

Die Antragstellerin legte am 9.1.2013 ein Angebot. Die Öffnung und die Verlesung der Angebote fanden ebenfalls am 9.1.2013 statt.

1. Aufklärung

Am 13.2.2013 hielt die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit E-Mail vor, dass die von dieser im Angebot vorgesehene Imprägnierung A. des Herstellers M. für die Grundierung von Parkett gedacht ist, und ersuchte sie gleichzeitig, eine Imprägnierung desselben oder eines anderen Herstellers einzusetzen, das die Ökokauf-Kriterien erfüllt. Zugleich führte die Antragsgegnerin beispielhaft Produkte an, von denen ihr bekannt sei, dass sie diesen Kriterien genügen würden. An erster Stelle dieser Beispiele führte die Antragsgegnerin das Produkt Si. Ce. (N. GmbH) an.

Am 18.2.2013 beantwortete die Antragstellerin das Schreiben der Antragsgegnerin mit E-Mail dahingehend, dass anstatt der Imprägnierung A. des Herstellers M. das Produkt S. der N. GmbH zur Anwendung kommen werde.

2. Aufklärung

Nach weiteren Prüfschritten richtete die Antragsgegnerin am 7.6.2013 an die Antragstellerin ein Ersuchen um Nachreichung einer Reihe von Nachweisen, darunter die Kalkulationsblätter K3, K4 und K7 sowie Nachweise zu einzelnen Positionen.

Am 28.6.2013 übermittelte die Antragstellerin der Antragsgegnerin ein Schreiben, in dem sie detailliert auf die einzelnen Punkte des Schreibens der Antragsgegnerin vom 7.6.2013 einging.

3. Aufklärung

Nach zwischenzeitiger Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 20.9.2013 ersuchte die Antragsgegnerin die Antragstellerin am 16.8.2013 neuerlich, zu einer Reihe von Positionen Nachweise vorzulegen.

Am 21.8.2013 übermittelte die Antragstellerin dazu ein umfangreiches Antwortschreiben, dem die geforderten Nachweise angeschlossen waren.

Am 8.10.2013 erstellte die Antragsgegnerin zur Zl. MA 34 – 16022/2012 eine „Niederschrift zur Prüfung der Angebote – Ausscheiden des Angebotes“ betreffend das Angebot der Antragstellerin, wobei sie im Wesentlichen zu dem Ergebnis gelangte, dass das Angebot der Antragstellerin wegen der dieser in der Ausscheidensentscheidung angelasteten Gründe auszuschneiden sei. Am 8.10.2013 erstellte die Antragsgegnerin zur Zl. MA 34 – 16022 aus 2012, eine „Niederschrift zur Prüfung der Angebote – Ausscheiden des Angebotes“ betreffend das Angebot der Antragstellerin, wobei sie im Wesentlichen zu dem Ergebnis gelangte, dass das Angebot der Antragstellerin wegen der dieser in der Ausscheidensentscheidung angelasteten Gründe auszuschneiden sei.

Am 16.10.2013 stimmte die Antragstellerin einer Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 9.12.2013 zu.

Ebenfalls am 16.10.2013 übermittelte die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Bekanntgabe, dass deren Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ausgeschieden werde. Der Ausscheidensentscheidung war eine zweiseitige Auflistung angeschlossen, in jeweils welchen Positionen welche Gründe für das Ausscheiden vorliegen. Ebenfalls am 16.10.2013 übermittelte die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Bekanntgabe, dass deren Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden werde. Der Ausscheidensentscheidung war eine zweiseitige Auflistung angeschlossen, in jeweils welchen Positionen welche Gründe für das Ausscheiden vorliegen.

Mit Schriftsatz vom 28.10.2013 brachte die Antragstellerin gegen diese Ausscheidensentscheidung einen Nachprüfungsantrag ein.

Am 5.12.2013 erließ die Antragsgegnerin eine Zuschlagsentscheidung, die in der Folge von der Antragstellerin ebenfalls angefochten wurde und Gegenstand von zwei gesonderten Nachprüfungsverfahren beim Verwaltungsgericht Wien zu den Zahlen VGW-123/077/10237/2014 und VGW-123/077/10238/2014 ist.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Das WVRG 2014 lautet auszugsweise:

„Zuständigkeit

§ 7. (1) Das Verwaltungsgericht Wien ist auf Antrag zur Durchführung der Verfahren nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zuständig. Die Anträge sind unmittelbar beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Paragraph 7, (1) Das Verwaltungsgericht Wien ist auf Antrag zur Durchführung der Verfahren nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zuständig. Die Anträge sind unmittelbar beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung ist das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. (...)

2. zur Nichtigserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte.“ 2. zur Nichtigserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (Paragraph 24,) geltend gemachten Beschwerdepunkte.“

„Nichtigserklärungsverfahren

Antrag

§ 20. (1) Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nichtigserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen

Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag auf Nichtigkeitserklärung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zu. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit. b BVergG 2006) können nur gemeinsam mit der ihnen jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dies gilt in gleicher Weise für Nichtigkeitserklärungsverfahren betreffend die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergGVS 2012.“Paragraph 20, (1) Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag auf Nichtigkeitserklärung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zu. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera b, BVergG 2006) können nur gemeinsam mit der ihnen jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dies gilt in gleicher Weise für Nichtigkeitserklärungsverfahren betreffend die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergGVS 2012.“

„Übergangsbestimmung betreffend anhängige Verfahren

§ 41. (1) Die mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Vergabekontrollsenat anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen dieses Landesgesetzes beim Verwaltungsgericht Wien fortzuführen.“Paragraph 41, (1) Die mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Vergabekontrollsenat anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen dieses Landesgesetzes beim Verwaltungsgericht Wien fortzuführen.“

Das BVergG 2006 lautet auszugsweise:

„Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:Paragraph 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 (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;“

Im Folgenden wird in der gleichen Reihenfolge wie in der Ausscheidensentscheidung auf die der Antragstellerin angelasteten Ausscheidensgründe eingegangen, der diesbezüglich jeweils als erwiesen angenommene Sachverhalt mit Beweiswürdigung ausgeführt und der Sachverhalt jeweils rechtlich gewürdigt.

Position 46.2125A (Spachteln 1 x Standard)

Die Ausscheidensentscheidung hat diesbezüglich folgenden Wortlaut:

„Pos. 46.2125A I-Spachteln 1 x Standard: Die Arbeitsschritte Schleifen und Reinigen wurden nicht kalkuliert. Die zur Verwendung vorgesehene Spachtelmasse ist nicht für bei Renovierungsarbeiten vorhandene alte KH-Dispersionsgründe geeignet (nicht passend zum Untergrund).“

Die Antragstellerin hielt dem in ihren Schriftsätzen sowie in der mündlichen Verhandlung im Wesentlichen entgegen, sie habe die Arbeitsschritte Schleifen und Reinigen selbstverständlich angeboten. Die Zeitansätze seien berücksichtigt und im K-7-Blatt ausgewiesen worden. Ebenso finde sich der Zeitansatz in der dem Aufklärungsschreiben vom 28.06.2013 angeschlossenen Tabelle 3 wieder.

Das angebotene Produkt „D.“ der Firma M. habe die gleichen Produkteigenschaften (einschließlich gleicher Bindemittelbasis) wie das in der Vorgabekalkulation verwendete Produkt „X.“ der Firma Sa..

Die Antragsgegnerin hielt dem entgegen, diese Aussage sei nicht korrekt. Im K 7-Blatt sei im Zeitansatz lediglich ein Arbeitsschritt vorgesehen worden. In diesem Sinne ergebe sich dieser Zeitansatz aus „Spachteln 1 mal“ zu ca. 3,09

Minuten. Auch im Aufklärungsschreiben der Antragstellerin vom 28.06.2013 verstärkte sich dieses Bild, da der Bieter im Leistungsbild lediglich das „Spachteln“ mit 0,052 Stunden pro m² kalkuliert habe.

In der mündlichen Verhandlung vom 13.03.2014 wurde der Antragsgegnerin vom Senat vorgehalten, dass diese die Ausscheidensentscheidung lediglich auf § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG gestützt habe, in diesem Ausscheidenspunkt hingegen der Vorwurf eines Kalkulationsmangels erhoben werde. Daraufhin erklärte die Antragsgegnerin, im Zuge der mündlichen Verhandlung, die Begründung ihrer Ausscheidensentscheidung ausdrücklich auch auf § 129 Abs.1 Z 3 BVergG auszuweiten. In der mündlichen Verhandlung vom 13.03.2014 wurde der Antragsgegnerin vom Senat vorgehalten, dass diese die Ausscheidensentscheidung lediglich auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG gestützt habe, in diesem Ausscheidenspunkt hingegen der Vorwurf eines Kalkulationsmangels erhoben werde. Daraufhin erklärte die Antragsgegnerin, im Zuge der mündlichen Verhandlung, die Begründung ihrer Ausscheidensentscheidung ausdrücklich auch auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuweiten.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung konnte auf Grund des Akteninhaltes und des beiderseitigen Parteivorbringens festgestellt werden, dass die Antragstellerin die strittigen Zeiten für Schleifen und Reinigen zwar kalkuliert hat, dies aber nicht, wie von der Antragsgegnerin erwartet, in einer gesonderten Position, sondern in einem Gesamtansatz.

Die Antragsgegnerin konnte nicht nachvollziehbar darlegen, ob und gegebenenfalls inwieweit die von ihr gewählte Kalkulationsmethode, soweit sie von der vorgegebenen Musterkalkulation abweichen sollte, zu ungünstigen Preisänderungen für die Antragsgegnerin führen könnte und insoweit allenfalls eine spekulative Preisgestaltung vorliegen würde. Eine diesbezügliche Prüfung findet sich nicht im Akt. Gleichfalls konnte nicht festgestellt werden, ob und inwieweit die von der Antragstellerin gewählte Kalkulationsmethode allenfalls auf die Zusammensetzung des Gesamtpreises in einer Art und Weise durchschlägt, dass von einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises gesprochen werden könnte. Zwar hat der im Auftrag der Antragsgegnerin tätige Privatsachverständige KR W. in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, die in Rede stehenden Arbeiten würden rund 20 % der „Zeitansätze insgesamt“ ausmachen. Eine signifikante Auswirkung auf die Zusammensetzung des Gesamtpreises wurde jedoch auch mit diesem Vorbringen nicht nachgewiesen.

Eine vertiefte Angebotsprüfung dahin, ob auf Grund der von der Antragstellerin gewählten Kalkulationsmethode für diese Zeitansätze allenfalls eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. eine spekulative Preisgestaltung vorliegt, wurde nicht in ausreichendem Maß durchgeführt. Vom Vorliegen eines diesbezüglichen Ausscheidensgrundes kann daher nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens nicht ausgegangen werden.

Zum Vorwurf, dass der dem Angebot zu Grunde gelegte Glättspachtel D. den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche, weil er für den vorgesehenen Untergrund nicht geeignet sei, legte die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung insbesondere das Produktdatenblatt für diese Spachtelmasse vor, aus dem ersichtlich ist, dass das Produkt für eine Anwendung auf „tragfähigen Altanstrichen auf Dispersionsbasis“ ausdrücklich vorgesehen ist.

Das Vorbringen des im Auftrag der Antragsgegnerin tätigen Privatsachverständigen KR W., dass bei den „tragfähigen Altanstrichen auf Dispersionsbasis“ danach differenziert werden müsse, um welche Dispersionsbasis es sich jeweils handle, konnte nicht nachvollzogen werden. Es mag zwar zutreffen, dass Altanstriche auf Dispersionsbasis weiter danach differenziert werden können, ob es sich beispielsweise um Anstriche auf Kunstharz-Dispersionsbasis oder auf einer anderen Dispersionsbasis handelt. Den Ausschreibungsbestimmungen zu Folge sind jedoch die Herstellerangaben maßgeblich. Der Senat hat dabei die Angabe „Dispersionsbasis“ seinem Wortsinn nach ohne Zweifel so verstanden, dass es sich dabei um einen Überbegriff handelt, der grundsätzlich weitergehende Differenzierungen nach verschiedenen Dispersionsbasen einschließt. Der Senat konnte daher eine Ausschreibungswidrigkeit hinsichtlich der im Angebot vorgesehenen Spachtelmasse nicht erkennen. Der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG war insoweit nicht nachvollziehbar. Das Vorbringen des im Auftrag der Antragsgegnerin tätigen Privatsachverständigen KR W., dass bei den „tragfähigen Altanstrichen auf Dispersionsbasis“ danach differenziert werden müsse, um welche Dispersionsbasis es sich jeweils handle, konnte nicht nachvollzogen werden. Es mag zwar zutreffen, dass Altanstriche auf Dispersionsbasis weiter danach differenziert werden können, ob es sich beispielsweise um Anstriche auf Kunstharz-Dispersionsbasis oder auf einer anderen Dispersionsbasis handelt. Den Ausschreibungsbestimmungen zu Folge sind jedoch die Herstellerangaben maßgeblich. Der Senat hat dabei die Angabe „Dispersionsbasis“ seinem Wortsinn nach ohne Zweifel so verstanden, dass es sich dabei um einen Überbegriff handelt, der grundsätzlich

weitergehende Differenzierungen nach verschiedenen Dispersionsbasen einschließt. Der Senat konnte daher eine Ausschreibungswidrigkeit hinsichtlich der im Angebot vorgesehenen Spachtelmasse nicht erkennen. Der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerG war insoweit nicht nachvollziehbar.

Position 46.2131A (kein systemgerechtes Gewebe)

Die Ausscheidensentscheidung hat diesbezüglich folgenden Wortlaut:

„Pos. 46.2131A – I-Flächen arm. M. Gewebe Standard-Wand: Es wurde kein systemgerechtes Gewebe kalkuliert bzw. bekannt gegeben.“

Die Antragstellerin brachte dazu im Wesentlichen vor, sie habe auf Seite 6 ihres Aufklärungsschreibens vom 28.6.2013 und mit beigefügtem technischen Merkblatt im Aufklärungsschreiben vom 21.8.2013 (Beilagenkonvolut B) das Produkt und den Hersteller sehr wohl bekannt gegeben; das Produkt sei ausschreibungskonform.

Die Antragsgegnerin hielt dem in ihrer Stellungnahme vom 11.11.2013 entgegen, laut ÖNORM B 2230 bedeute „systemkonform“ die Verwendung eines Beschichtungssystems von einem Hersteller. Die Produkte müssten nämlich im System geprüft sein (Haltbarkeit, Umweltverträglichkeit, Brandschutz etc), was eine Kombination von Produkten unterschiedlicher Hersteller ausschließe.

Auf Grund der Aktenlage und der diesbezüglich umfangreichen Erörterung im Rahmen der mündlichen Verhandlung erachtet der Senat folgenden Sachverhalt als erwiesen:

Das Glasvlies des Herstellers Sa. soll dem Angebot der Antragstellerin zu Folge mit dem Glasgewebekleber C. des gleichen Herstellers kombiniert werden. Eine Kombination von Glasgewebe und Glasgewebekleber verschiedener Hersteller liegt daher hinsichtlich des Glasfaservlieses nicht vor.

Das Glasgitter der Firma „B.“ soll nicht geklebt, sondern in den Unterputz eingelegt werden. Daher sieht das Angebot eine Kombination des Glasgitters der Firma B. mit dem Glasgewebekleber C. der Firma Sa. nicht vor. Eine Kombination von einerseits Glasgewebe und andererseits Glasgewebekleber unterschiedlicher Hersteller bzw. unterschiedlicher Anbieter ist daher im Angebot nicht vorgesehen.

Der angelastete Ausscheidensgrund liegt insoweit nicht vor.

Position 46.2402A (Innendispersion waschbeständig Standard)

Die Ausscheidensentscheidung hat diesbezüglich folgenden Wortlaut:

„Pos. 46.2402A I-Dispersion waschbeständig Standard: Es fehlt die Kalkulation eines Arbeitsganges. Das Vorbereiten des Untergrundes wurde nicht kalkuliert. Es wurde keine für KH-Dispersionsbeschichtungen als Untergrund geeignete passende Spachtelmasse kalkuliert.“

Die Antragstellerin brachte dazu im Nachprüfungsantrag vor, für das Vorbereiten des Untergrundes seien von der Antragsgegnerin im Leistungsverzeichnis eigene Positionen vorgesehen worden (z.B. Abscherarbeiten, Tiefengrundieren, Spachtelungen etc). Wenn die Antragsgegnerin das Überscheren, um Mörtelspritzer oder ähnliche Verunreinigungen zu entfernen, sowie das Verspachteln von geringfügigen Schäden meinen sollte, so sei das selbstverständlich mit dem Einheitspreis abgegolten.

Die Antragsgegnerin hielt dem in ihrem Schriftsatz vom 11.11.2013 entgegen, tatsächlich wäre im K7 – Blatt nicht ersichtlich, dass das oft aufwendige Vorbereiten des Untergrundes mit dem Einheitspreis abgegolten sei. Der kalkulierte Zeiteinsatz in Höhe von ca. 0,0433h ergebe sich aus „Grundieren“ zu ca. 0,0215h, „Streichen 1 mal“ zu ca. 0,0215h und „Profiweiss“ zu ca. 0,0002h. Dagegen würden im Zeiteinsatz die wesentlichen Arbeitsschritte, die im Leistungsverzeichnis angeführt sind, fehlen, wie insbesondere „Überscheren“, „Verspachteln“ sowie „Schlussbeschichtung“.

Der Senat hat auf Grund der Aktenlage und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung folgenden Sachverhalt als erwiesen angesehen:

Die Antragsgegnerin hat in diesem Punkt der Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin angelastet, einen Arbeitsgang nicht oder zumindest nicht an der dafür ihrer Ansicht nach vorgesehenen Stelle kalkuliert zu haben. Die Antragstellerin hat diesen Arbeitsgang zwar kalkuliert, dies jedoch nicht in dem nach Ansicht der Auftraggeberin dafür erforderlichen eigenen Kostenansatz ausgewiesen, sondern in den gesamten Zeiteinsatz einfließen lassen. Konkrete

Anhaltspunkte für die allfällige Annahme, dass diese kalkulationsmäßige Abweichung zumindest denkmöglich nachteilige Kostenauswirkungen für die Auftraggeberin in einem relevanten Ausmaß haben könnte und insoweit Anhaltspunkte für eine spekulative Preisgestaltung vorliegen würden, wurden von der Antragsgegnerin nicht herausgearbeitet. Desgleichen wurde nicht herausgearbeitet, dass die in Rede stehenden Zeitanätze ein Ausmaß hätten, welches sich - insbesondere im Hinblick auf deren Berücksichtigung in einem Gesamtansatz anstatt in einem gesonderten Ansatz - auf die Plausibilität der Zusammensetzung des Gesamtpreises in relevantem Maße auswirken könnte. Eine diesbezügliche vertiefte Angebotsprüfung ist zumindest nicht im ausreichenden Maße erfolgt.

Der Senat konnte daher nicht davon ausgehen, dass der Gesamtpreis als Auswirkung der in Rede stehenden Position nicht plausibel zusammengesetzt wäre. Das Vorliegen eines diesbezüglichen Ausscheidensgrundes ist daher nicht nachvollziehbar.

Position 46.2403A (Dispersion scheuerbeständig Standard)

Die Ausscheidensentscheidung hat diesbezüglich folgenden Wortlaut:

„Pos. 46.2403A I-KH Dispersion scheuerbeständig Standard: Es fehlt die Kalkulation eines Arbeitsganges. Das Vorbereiten des Untergrundes wurde nicht kalkuliert. Es wurde keine für KH-Dispersionsbeschichtungen als Untergrund geeignete passende Spachtelmasse kalkuliert.“

Die Antragstellerin hielt dem in ihrem Nachprüfungsantrag entgegen, die Antragsgegnerin habe im Leistungsverzeichnis für das Vorbereiten des Untergrundes eigene Positionen vorgesehen (z.B. Abscherarbeiten, Tiefengrundieren, Spachtelungen etc). Wenn die Antragsgegnerin das Überscheren, um Mörtelspritzer oder ähnliche Verunreinigungen zu entfernen, sowie das Verspachteln von geringfügigen Schäden meinen sollte, so sei das selbstverständlich mit dem Einheitspreis abgegolten.

Die Antragsgegnerin hielt dem in ihrem Schriftsatz vom 11.11.2013 entgegen, tatsächlich wäre im K7 – Blatt nicht ersichtlich, dass diese Arbeitsschritte mit dem Einheitspreis abgegolten seien. Der kalkulierte Zeitanatz sei dafür viel zu gering. Außerdem sei der Materialeinsatz für die bei diesem Arbeitsgang benötigte Spachtelmasse nicht kalkuliert.

Auf Grund der Aktenlage und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung hat der Senat als erwiesen angenommen, dass die Antragstellerin den hier in Rede stehenden Arbeitsgang in ihrer Kalkulation - ähnlich wie hinsichtlich der vorhin ausgeführten Position - zwar berücksichtigt hat, dies jedoch anstatt in einem von der Antragsgegnerin erwarteten gesonderten Ansatz in einem Gesamtansatz getan hat. Inwieweit diese Vorgangsweise gegebenenfalls den Tatbestand einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. einer spekulativen Preisgestaltung erfüllen kann, wurde im Vergabeverfahren nicht in ausreichendem Maße geprüft. Das Vorliegen des diesbezüglichen Ausscheidenstatbestandes ist daher für den Senat nicht nachvollziehbar.

Position 46.2502A (Fassade Silikatfarbe 1-Komp Standard)

Die Ausscheidensentscheidung hat diesbezüglich folgenden Wortlaut:

„Pos. 46.2502A Fassade Silikonharzfarbe Standard: Es fehlt die Kalkulation von Arbeitsgängen. Es fehlt ein vollflächiger Arbeitsgang gemäß Technischem Merkblatt und ON B 2230-2.“

Auch hier legte die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag dar, dass sie den vermeintlich in der Kalkulation fehlenden Arbeitsgang in die Einheitspreise einkalkuliert habe. Die Antragsgegnerin hielt dem entgegen, dass die Zeitanätze der betroffenen Einheitspreise so gering seien, dass dieser Arbeitsgang nicht einkalkuliert sein könne, und es daher an der Kalkulation des betreffenden Arbeitsganges fehle.

Der Senat ist auf Grund der Aktenlage und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung auch in diesem Punkt zu dem Ergebnis gekommen, dass die Antragstellerin die Arbeitsgänge, deren fehlende Kalkulation ihr mit der Ausscheidensentscheidung angelastet worden ist, in einem Gesamtansatz anstatt in den nach Ansicht der Antragsgegnerin erforderlichen gesonderten Ansatz berücksichtigt hat. Eine vertiefte Angebotsprüfung, inwieweit die von der Antragstellerin gewählte Kalkulationsmethode eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. eine nicht plausible Preisgestaltung bewirken könne, ist nach Ansicht des Senates von der Antragsgegnerin bisher nicht in ausreichendem Maße vorgenommen worden. Der Senat vermag daher zu diesem Punkt das Vorliegen eines Ausscheidensgrundes nicht nachzuvollziehen.

Position 46.2504A (Fassade Silikonharzfarbe Standard), Position 46.2611A (Betonversiegeln 2 x polymer Standard), Position 46.2701B (Kehrsockel Dispersion Stufen), Position 45.1205A (Holzlasur 1fach) und Position 45.1302A (AZ Metallbearbeitung ganz entfernen)

Die Ausscheidensentscheidung hat diesbezüglich folgenden Wortlaut:

„Pos. 46.2504A Fassade Silikonharzfarbe Standard: Es fehlt die Kalkulation von Arbeitsgängen. Es fehlt ein vollflächiger Arbeitsgang gemäß Technischem Merkblatt und ON B 2230-2.

Pos. 46.2611A Beton versiegeln 2 x Polymer Standard: Es fehlt die Kalkulation von Arbeitsgängen. Es wird ein zweimaliges Versiegeln gefordert. Kalkuliert wurde jedoch nur ein einmaliges Versiegeln.

Pos. 46.2701B Kehrsockel Dispersion Stufen: Es fehlt die Kalkulation von Arbeitsgängen. Es wurde eine Grund- und eine Schlussbeschichtung gefordert. Es wurde jedoch nur eine Beschichtung kalkuliert.

Pos. 45.1201A Imprägnieren f. Deckbesch.: Es wurde kein systemgerechtes Produkt angegeben. Daher ist auch die Verbrauchsmenge nicht feststellbar.

Pos. 45.1205A Holz Lasur einfach: Es fehlt die Kalkulation eines vollflächigen Arbeitsganges. Bei dieser Position wurde nur eine Beschichtung kalkuliert, obwohl lt. Ö-Norm eine zweimalige Beschichtung gefordert wird.

Pos. 45.1302A Az Metallb. Ganz entfernen. N. W.AN: Lt. Aufklärungsschreiben Arge Maler 34 vom 28.6.2013, Seite 4, beträgt der im Formblatt K 7 kalkulierte Arbeitsaufwand nicht 14,16 Minuten, sondern 65,58 Minuten.“

Auch in diesen Punkten hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin jeweils vorgehalten, unterschiedliche Arbeitsgänge jeweils nicht kalkuliert zu haben. Die Antragstellerin hat jeweils dargelegt, die entsprechenden Arbeitsgänge sehr wohl kalkuliert zu haben. Die Antragsgegnerin hat dem jeweils entgegen gehalten, dass auf Grund der geringen Höhe der kalkulierten Zeiteinsätze die fehlenden Arbeitsschritte gar nicht einkalkuliert sein können.

Der Senat konnte auf Grund der diesbezüglich noch nicht abgeschlossenen vertieften Preisprüfung nicht nachvollziehen, dass die Antragstellerin in den genannten Positionen jeweils einen Kalkulationsfehler (Nichtkalkulation der Arbeitsgänge) begangen habe bzw. ihr jeweils ein Kalkulationsmangel (unzulässige Mischkalkulation) unterlaufen wäre. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin der Aktenlage zu Folge nicht geprüft, ob sich etwaige Kalkulationsmängel betragsmäßig im Bereich der Geringfügigkeit bewegen oder aber auf den Gesamtpreis im Sinne einer nicht plausiblen Zusammensetzung oder einer spekulativen Preisgestaltung signifikant durchschlagen könnten.

Aus diesen Gründen konnte der Senat bei den angelasteten Kalkulationsmängeln das Vorliegen eines Ausscheidensgrundes nicht als erwiesen annehmen.

Zu den angelasteten Kalkulationsmängeln ist seitens des Senates zusammengefasst auszuführen wie folgt:

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass es nicht Aufgabe der Vergabenachprüfung sein könne, an Stelle der Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen. Etwaige Unklarheiten hinsichtlich der Kalkulation müssten daher von der Auftraggeberin im Zuge von diesbezüglichen Aufklärungsersuchen an die Bieterin, welche die Bieterin selbstverständlich vollständig beantworten müsse, abgearbeitet werden.

Diesen Rechtsausführungen der Antragstellerin ist nach Ansicht des Senates zu folgen. Es liegt – soweit eine vertiefte Angebotsprüfung nicht zwingend erforderlich ist – im privatwirtschaftlichen Ermessen der Auftraggeberin, ob und wie tief diese vertieft prüfen will. Es ist dem Verwaltungsgericht verwehrt, dieses privatwirtschaftliche Ermessen an Stelle der Auftraggeberin auszuüben und im Zuge des Nachprüfungsverfahrens selbst vertieft zu prüfen. Daher obliegt es der Auftraggeberin, eine etwaige nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG durch eine vertiefte Angebotsprüfung so herauszuarbeiten, dass sich ein diesbezüglich schlüssig nachvollziehbares Ergebnis im Vergabeakt befindet. Eine nicht abgeschlossene Prüfung, die allenfalls mögliche Zweifel an der völligen Richtigkeit der Angebotskalkulation aufwirft und vor allem die Frage der möglichen Tragweite dieser kalkulatorischen Fragen unbehandelt lässt (die möglichen betragsmäßigen Auswirkungen könnten sich in der Bandbreite zwischen Null über Bagatellbereiche bis zu erheblichen Auswirkungen bewegen), genügt den Anforderungen einer abgeschlossenen vertieften Angebotsprüfung nicht. Diesen Rechtsausführungen der Antragstellerin ist nach Ansicht des Senates zu folgen. Es liegt – soweit eine vertiefte Angebotsprüfung nicht zwingend erforderlich ist – im privatwirtschaftlichen Ermessen der Auftraggeberin, ob und wie tief diese vertieft prüfen will. Es ist dem Verwaltungsgericht verwehrt, dieses privatwirtschaftliche Ermessen an Stelle der Auftraggeberin auszuüben und

im Zuge des Nachprüfungsverfahrens selbst vertieft zu prüfen. Daher obliegt es der Auftraggeberin, eine etwaige nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG durch eine vertiefte Angebotsprüfung so herauszuarbeiten, dass sich ein diesbezüglich schlüssig nachvollziehbares Ergebnis im Vergabeakt befindet. Eine nicht abgeschlossene Prüfung, die allenfalls mögliche Zweifel an der völligen Richtigkeit der Angebotskalkulation aufwirft und vor allem die Frage der möglichen Tragweite dieser kalkulatorischen Fragen unbehandelt lässt (die möglichen betragsmäßigen Auswirkungen könnten sich in der Bandbreite zwischen Null über Bagatelldbereiche bis zu erheblichen Auswirkungen bewegen), genügt den Anforderungen einer abgeschlossenen vertieften Angebotsprüfung nicht.

Position 45.1201A (Imprägnieren für Deckenbeschichtung)

Die Ausscheidensentscheidung hat diesbezüglich folgenden Wortlaut:

„Pos. 45.1201A Imprägnieren f. Deckbesch.: Es wurde kein systemgerechtes Produkt angegeben. Daher ist auch die Verbrauchsmenge nicht feststellbar.“

Der Senat ist auf Grund der Aktenlage und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung vom 13.03.2014 von folgendem als erwiesen anzusehenden Sachverhalt ausgegangen:

Gemäß Leistungsverzeichnis betrifft die Position 45 Beschichtungen auf Holz und Metall. Die nach dieser Position zu beschichtenden Holzflächen sind im Wesentlichen Fensterstöcke, Fensterrahmen, Türstöcke und Türblätter, grob ausgedrückt also im Wesentlichen „Fenster und Türen“. In Position 45.1201A war das Imprägnieren für Deckbeschichtungen anzubieten, wobei eine Menge von 600 m² im Leistungsverzeichnis angegeben war.

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot die Durchführung dieser Imprägnierung mit dem Mittel „A.“ des Herstellers M. angeboten, wie aus der von der Antragstellerin dem Angebot angeschlossenen Bauchemikalienliste ersichtlich ist. Das genannte Imprägniermittel ist laut den Herstellerangaben der M. im technischen Merkblatt für die Grundierung von Parkettböden vorgesehen. Eine allfällige Verwendung des angebotenen Grundiermittels für die Grundierung von Türen und Fenstern entspricht nicht dem von der Herstellerin angegebenen Verwendungszweck. Der Senat ist daher davon ausgegangen, dass die im Angebot vorgesehene Grundierung der Fenster und Türen mit einem für Parkettböden gedachten Grundiermittel nicht den Ausschreibungsbestimmungen entspricht, zumal den Ausschreibungsbestimmungen zu Folge die einschlägige ÖNORM B 2230 als Bestandteil der Ausschreibung gilt und gemäß Pkt. 5.3.1.2. des Teiles 2 der zit. ÖNORM bei der Bearbeitung der Beschichtungsmaterialien die Richtlinien der Hersteller zu beachten sind und daher gemäß Ausschreibungsbestimmungen die vorgesehene Verwendung des Grundiermittels, welche vom Hersteller für Parkettböden und somit nicht für Türen und Fenster vorgesehen ist, zu beachten ist.

Der Vollständigkeit halber ist seitens des Senates noch Folgendes auszuführen:

Im Zuge der Prüfung des Angebotes der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin bemerkt, dass die Antragstellerin in dieser Position ein nicht entsprechendes Grundiermittel vorgesehen hat. Sie hat daher mit E-Mail vom 13.02.2013 der Antragstellerin u.a. Folgendes mitgeteilt:

„LG45:

Imprägnierung A., Hersteller: M.

Das Produkt entspricht zwar den umweltbezogenen Ausschreibungskriterien. Laut technischem Merkblatt ist es aber für die Grundierung von Parkett gedacht. Ich ersuche Sie, eine Imprägnierung desselben oder eines anderen Herstellers einzusetzen, das die ÖKO Kauf-Kriterien erfüllt. In der folgenden Tabelle sind beispielhaft Produkte angeführt, von denen mir bekannt ist, dass sie den Kriterien genügen.

Produkthersteller

S. N. GmbH

(...)“

Die Antragstellerin hat daraufhin der Antragsgegnerin mit E-Mail vom 18.02.2013 zur gegenständlichen Leistungsgruppe Folgendes geantwortet:

„In Beantwortung Ihrer tieferstehenden Anfrage geben wir wie folgt bekannt:

LG45:

Imprägnierung A., Hersteller: M.

Hier wird S. von der N. GmbH zur Anwendung kommen.“

In der Folge hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin einer Prüfung hinsichtlich der hier behandelten Position dahingehend unterzogen, ob das nunmehr im Angebot vorgesehene Grundierungsmittel S. den Ausschreibungsbestimmungen entspricht. In ihrer Ausscheidensentscheidung hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin vorgeworfen, mit dem Grundierungsmittel S. kein systemgerechtes Produkt angeboten zu haben, da dieses Grundierungsmittel dem Prüfergebnis der Antragsgegnerin zu Folge in Kombination mit den Produkten anderer Hersteller eingesetzt werde.

Das technische Merkblatt des Imprägniermittels S. enthält auf Seite 2 „Grund-, Zwischen- und Schlussbeschichtung“ folgenden Hinweis:

„Auf imprägnierten Untergründen und intakten, vorbereiteten Altbeschichtungen können für den weiteren Beschichtungsaufbau je nach geforderter Beanspruchung und Glanzgrad alle objektspezifisch geeigneten wässrigen R.-Lackfarben * und Ce.-Lasuren * verwendet werden. *Bitte beachten Sie das entsprechende Merkblatt.“

Die in diesem technischen Merkblatt für einen weiteren Beschichtungsaufbau angesprochenen „R.-Lackfarben“ und „Ce.-Lasuren“ sind den in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen gebliebenen Angaben der Antragsgegnerin zur Folge Produkte des Herstellers Si.. Das technische Merkblatt für das Imprägniermittel S. sieht somit vor, dass der weitere Beschichtungsaufbau mit Lackfarben und Lasuren des Herstellers Si. wie im technischen Merkblatt angegeben erfolgt. Es ist unbestritten, dass die Antragstellerin für den weiteren Beschichtungsaufbau Produkte von anderen Herstellern vorgesehen hat.

Nach den Ausschreibungsbestimmungen (Angebotsformblatt MD-BD – SR 75 (2011), Seite 1) ist im Vergabeverfahren die Legung eines Abänderungsangebotes nicht zulässig. Hinzuweisen ist jedoch auf die Festlegung auf S 9 des Leistungsverzeichnisses für Gebietsteil 1 zum Leistungsbereich „Beschichtungen auf Holz und Metall“ (45):

„Stoffaufbau – Verträglichkeit:

Wenn nicht alle Stoffe eines Beschichtungsaufbaues Materialien desselben Herstellers sind, wird deren Verträglichkeit vom Auftragnehmer nachgewiesen. Bei Instandsetzungsarbeiten haftet der Auftragnehmer für die Verträglichkeit der neuen Beschichtungsstoffe mit den verbliebenen alten Beschichtungen.“

(Für die anderen Gebietsteile gilt das Gleiche.)

Der Senat entnimmt dieser Festlegung die Bedeutung, dass damit eine Kombination von Produkten unterschiedlicher Hersteller in Leistungsgruppe 45 nur unter der Voraussetzung ausschreibungskonform ist, dass die Verträglichkeit der Produkte nachgewiesen wird. Die Antragstellerin hat einen solchen Nachweis nicht erbracht. Ohne einen solchen Nachweis wäre auch dieses Angebot nicht ausschreibungskonform.

Im Übrigen hat der Senat Folgendes erwogen:

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot im Angebotsformblatt SR 75 auf Seite 4 folgende Erklärung angekreuzt:

„Ich (Wir) erkläre(n), dass ich (wir) das (die) im Leistungsverzeichnis angegebene(n) Produkt(e) verwende(n) werde(n), falls mein (unser) angebotene(s) Produkt(e) nicht gleichwertig ist (sind).“

Die Antragstellerin hat dazu in der mündlichen Verhandlung im Wesentlichen argumentiert, dass für den Fall, dass das dem Angebot zu Grunde gelegte Imprägniermittel S. dem von der Antragsgegnerin im Leistungsverzeichnis angegebenen Produkt nicht gleichwertig sein sollte, das von der Antragsgegnerin angeführte Produkt als angeboten gelte. Die Antragsgegnerin habe in ihrer Musterkalkulation für die Pos. 45.1201A als Leitprodukt das Imprägniermittel Da. angegeben, so dass für den Fall, dass die anderen Imprägniermittel nicht gleichwertig sein sollten, das Vorgabeprodukt Da. angeboten sei.

Der Senat ist diesbezüglich auf Grund der Aktenlage und des beiderseitigen Parteivorbringens in der mündlichen Verhandlung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Ausschreibung diesbezüglich die Vorgabe eines Leitproduktes nicht beinhaltet. Die Musterkalkulation hat ihrem objektiven Erklärungswert zu Folge nicht die Funktion, das Leistungsverzeichnis durch die Vorgabe von Leitprodukten zu ergänzen, sondern stellt lediglich die Grundlage für die

von den Bietern auszuarbeitende Kalkulation im hier bestandsfest festgelegten Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren dar. Der Senat vermag daher nicht nachzuvollziehen, dass das Imprägniermittel Da. angeboten worden sei. Es erübrigt sich daher eine Überprüfung, ob das Angebot der Antragstellerin unter zu Grundelegung von Da. ausschreibungskonform wäre.

Weiters ist in den Ausschreibungsunterlagen in den besonderen Vertragsbestimmungen auf Seite 6, Pkt. 10 Bauchemikalienliste Folgendes festgelegt:

„Für die Vertragserfüllung dürfen nur die, in dieser Bauchemikalienliste angeführten und von der MA34 genehmigten Produkte zur Anwendung kommen.

Etwaige Änderungen sind rechtzeitig vor dem Einsatz dem Auftraggeber zur Zustimmung vorzulegen. Die Kosten für den Nachweis hat der Auftragnehmer zu tragen.“

In rechtlicher Hinsicht war zu prüfen, ob durch die obzit. bestandsfeste Ausschreibungsbestimmung für die Bieter die Möglichkeit eröffnet worden ist, ihre Angebote während des offenen Vergabeverfahrens dahingehend abzuändern, dass zwischen der Angebotseröffnung und der Zuschlagserteilung im Zusammenwirken mit der Antragsgegnerin Produkte ausgetauscht werden können.

Der Senat misst der zit. Ausschreibungsbestimmung in rechtlicher Hinsicht jedoch lediglich die Bedeutung bei, dass nach Beendigung des Vergabeverfahrens und erfolgtem Vertragsschluss ein Austausch von Produkten mit Zustimmung der Auftraggeberin zulässig ist. Diese Auslegung ergibt sich daraus, dass sich Vertragsbestimmungen bereits begrifflich auf die Phase der Vertragsabwicklung, welche nach Zuschlagserteilung an das beendete Vergabeverfahren anschließt, bezieht. Eine allfällige Auslegung dahingehend, dass diese Vertragsbestimmung bereits im anhängigen Vergabeverfahren zum Tragen käme und die Möglichkeit von Angebotsänderungen während eines offenen Verfahrens ermöglichen würde, entbehrt jeder Grundlage. Insbesondere wären die fundamentalen Grundsätze des Vergabeverfahrens wie Bietergleichbehandlung und Transparenz verletzt, wenn es einzelnen Bietern im Zuge eines offenen Vergabeverfahrens möglich wäre, etwaige im Zuge der vertieften Angebotsprüfung festgestellte Ausschreibungswidrigkeiten ihres Angebotes dadurch zu beheben, dass sie nachträglich ein den Ausschreibungsbestimmungen nicht entsprechendes Produkt gegen ein solches, das den Ausschreibungsbestimmungen entspricht, austauschen könnten.

Der Tatsache, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin unter Hinweis auf die Unzulässigkeit des angebotenen Produktes zur Nennung eines anderen Produktes und somit zur Angebotsänderung aufgefordert und eine solche Angebotsänderung akzeptiert hat, kommt jedoch keine vergaberechtliche Relevanz zu, weil es nicht in der Disposition der Auftraggeberin steht, einem Bieter im Rahmen eines offenen Verfahrens die Änderung seines ausschreibungswidrigen Angebotes zu gestatten.

Das Angebot der Antragstellerin war daher als den Ausschreibungsbestimmungen nicht entsprechend gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuscheiden. Das Angebot der Antragstellerin war daher als den Ausschreibungsbestimmungen nicht entsprechend gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuscheiden.

Verwendung von Lehrlingen

Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung in ihrem Schlusswort vorgebracht, die Antragstellerin habe ihr Angebot unter Beiziehung von vollbeschäftigten Lehrlingen kalkuliert und sei in ihrer Aufklärung davon ausgegangen, dass sie Lehrlinge für das gesamte Leistungsbild uneingeschränkt heranziehe. Dies sei unzulässig, weil gemäß der Verordnung BGBl II 181/2013 für die Berufsbilder im 1., 2. und 3. Lehrjahr nur jeweils eingeschränkte Teiltätigkeiten zulässig seien. Die zu Grunde liegende Mischkalkulation gehe aber von der uneingeschränkten Verwendung von Lehrlingen aus und sei daher unzulässig. Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung in ihrem Schlusswort vorgebracht, die Antragstellerin habe ihr Angebot unter Beiziehung von vollbeschäftigten Lehrlingen kalkuliert und sei in ihrer Aufklärung davon ausgegangen, dass sie Lehrlinge für das gesamte Leistungsbild uneingeschränkt heranziehe. Dies sei unzulässig, weil gemäß der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, 181 aus 2013, für die Berufsbilder im 1., 2. und 3. Lehrjahr nur jeweils eingeschränkte Teiltätigkeiten zulässig seien. Die zu Grunde liegende Mischkalkulation gehe aber von der uneingeschränkten Verwendung von Lehrlingen aus und sei daher unzulässig.

Der Senat vermag diesbezüglich das etwaige Vorliegen eines weiteren Ausscheidensgrundes nicht nachzuvollziehen.

Die an dieser Stelle von der Antragsgegnerin angesprochene Ausbildungsordnung für den Lehrberuf MalerIn und BeschichtungstechnikerIn regelt die Mindestinhalte, welche ein Lehrbetrieb seinen Lehrlingen im Rahmen der Lehrausbildung zu vermitteln hat. Ein allfälliges Verbot, den Lehrlingen mehr als diese Mindestinhalte zu vermitteln, vermag der Senat der zit. Ausbildungsordnung nicht zu entnehmen. Es ist auch nicht nachvollziehbar, dass es sich bei einer solchen über die Mindestausbildungsinhalte hinausgehenden Verwendung von Lehrlingen allenfalls um berufsfremde und daher aus diesem Grund unzulässige Tätigkeiten handeln würde.

Gebühren

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag betreffend die Ausscheidensentscheidung entrichtet. Die entrichteten Gebühren entsprechen dem gesetzmäßigen Ausmaß. Da der Antrag nicht erfolgreich war und auch kein Fall einer Klaglosstellung durch die Antragsgegnerin vorlag, hat die Antragstellerin die Gebühren selbst zu tragen (§ 16 Abs. 1 WVRG 2014). Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag betreffend die Ausscheidensentscheidung entrichtet. Die entrichteten Gebühren entsprechen dem gesetzmäßigen Ausmaß. Da der Antrag nicht erfolgreich war und auch kein Fall einer Klaglosstellung durch die Antragsgegnerin vorlag, hat die Antragstellerin die Gebühren selbst zu tragen (Paragraph 16, Absatz eins, WVRG 2014).

Zulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil im Nachprüfungsverfahren überwiegend Fragen zu Kalkulationsmängeln abgehandelt wurden und diesbezüglich ausreichend Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshof fehlt, ob und inwieweit es auf die betragsmäßige Relevanz etwaiger Kalkulationsmängel ankommt.

Schlagworte

Ausscheiden eines Bieters; Kalkulationsmangel; Plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises; Spekulative Preisgestaltung; Vertiefte Angebotsprüfung; Nichtkalkulation der Arbeitsgänge; Unzulässige Mischkalkulation; Richtlinien des Herstellers als Bestandteil der Ausschreibung; Kombination von Produkten unterschiedlicher Hersteller; Nachweis der Verträglichkeit; Vorgabe eines Leitproduktes; Verwendung von Lehrlingen

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2014:VGW.123.077.10225.2014

Zuletzt aktualisiert am

03.04.2017

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at