jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2018/1/19 LVwG-VG-13/002-2017

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 19.01.2018

Entscheidungsdatum

19.01.2018

Norm

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §4 Abs2
BVergG 2006 §22 Abs1
BVergG 2006 §22 Abs3
BVergG 2006 §125 Abs4
BVergG 2006 §125 Abs5

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Die Bietergemeinschaft ER, bestehend aus Egesellschaft m.b.H., FN *** und OR GmbH, FN ***, vertreten durch Dr. Wolfgang Berger, Rechtsanwalt, ***, *** (im Folgenden kurz: AST für Antragstellerin), hat betreffend die öffentliche Auftragsvergabe durch das Land Niederösterreich, p.A. Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, *** ***, ***, *** (im Folgenden kurz: AG für Auftraggeberin), im Vergabeverfahren STBA*** „Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf Landesstraßen B und L im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung *** für das Jahr 2018 mit Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2 Jahre“ mit einem am 20. November 2017 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangten Schriftsatz u.a. den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des AG vom 14. November 2017 sowie den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Nichtigerklärung zu Handen der Rechtsvertretung der AST binnen 14 Tagen gestellt.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat durch HR Mag. Kuchar als Einzelrichter über diese Anträge sowie den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach und aufgrund Verhandlungen vom 20.12.2017 und 10.1.2018 zu Recht erkannt:

1. Der Antrag der Bietergemeinschaft ER, bestehend aus Egesellschaft m.b.H., FN *** und OR GmbH, FN ***, vertreten durch Dr. Wolfgang Berger, Rechtsanwalt, ***, ***, betreffend die öffentliche Auftragsvergabe durch das Land Niederösterreich im Vergabeverfahren STBA*** „Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf Landesstraßen B und L im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung *** für das Jahr 2018 mit Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2 Jahre“, die Zuschlagsentscheidung vom 14. November 2017 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. Der Antrag der Bietergemeinschaft ER, bestehend aus Egesellschaft m.b.H., FN *** und OR GmbH, FN ***, vertreten durch Dr. Wolfgang Berger, Rechtsanwalt, ***, ***, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren (Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung: € 1.250,--, Antrag auf Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidung: €

2.500,--, insgesamt somit € 3.750,--)

aufzutragen, wird abgewiesen.

3. Die Bietergemeinschaft ER, bestehend aus Egesellschaft m.b.H., FN *** und OR GmbH, FN ***, vertreten durch Dr. Wolfgang Berger, Rechtsanwalt, ***, ***, ist verpflichtet, die Barauslagen für die Beiziehung des nichtamtlichen Sachverständigen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu tragen. Die Festsetzung des zu zahlenden Betrages und die Vorschreibung dieser Barauslagen der Höhe nach erfolgt durch gesonderten Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich.

4. Der Antrag der AST vom 9.1.2018 auf Ablehnung des mit Beschluss vom 29.12.2017 bestellten Sachverständigen MN wird als unbegründet abgewiesen.

5. Die ordentliche Revision gegen diese Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof ist nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

Zu 1.: §§°1; 4 Abs. 1, Abs. 2 Z 2; 5 Abs. 1; 7 Abs. 1 und 2; 9; 11 Abs. 1; 12 Abs. 2; 15 Abs. 1; und 17 Abs. 2 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. 7200/3 (NÖ Verg-NG)

Zu 2.: § 19 Abs. 1, 3, 8, 9 und 10 NÖ Verg-NG iVm §°1 Abs. 1 Z 7 NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung, LGBl. 7200/2-0

Zu 3.: § 76 Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) i.V.m. § 4 Abs. 7 NÖ Verg-NG

Zu 4.: § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die AST hat im Vergabeverfahren STBA*** „Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf Landesstraßen B und L im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung *** für das Jahr 2018 mit Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2 Jahre“, bei welchem es sich um ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung handelt, in dem ein Bauauftrag im Unterschwellenbereich vergeben werden soll, mit am 20. November 2017 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangten Schriftsatz die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der AG vom 14. November 2017 sowie auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Nachprüfungsverhandlung gestellt.

Mit Beschluss vom 24. November 2017, LVwG-VG-13/001-2017 hat das Gericht dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Folge gegeben.

Das Gericht verweist darauf, dass in den nachfolgenden Wiedergaben der jeweiligen Parteienvorbringen, die seitens der Parteien jeweils übermittelten vertraulichen Fassungen zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen dargestellt werden. Ebenso erfolgt die Darstellung von Parteienvorbringen in den mündlichen Verhandlungen, von Zeugenaussagen und des Sachverständigengutachtens zur Wahrung der genannten Interessen nur in der dazu notwendigerweise eingeschränkten Form.

Die Antragstellerin hat in ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Auftraggeberentscheidung Folgendes ausgeführt:

„I. Nachprüfungsantrag

1. Bezeichnung des Vergabeverfahrens / angefochtene

Entscheidung / Präsumtive Zuschlagsempfängerin

Der Auftraggeber führt folgendes Ausschreibungsverfahren nach dem BVergG 2006 durch:

Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf

Landstraßen B und L im Bereich der NÖ STBA *** für das Jahr 2018

mit der Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2 Jahre

Es handelt sich um ein offenes Verfahren für Bauleistungen, das vom Auftraggeber im Unterschwellenbereich

ausgeschrieben wird. Das Land Niederösterreich führt derzeit gleichzeitig im Bereich von insgesamt acht Straßenbauabteilungen (STBA 1 bis 8) Vergabeverfahren für Bodenmarkierungsarbeiten durch. Dieses Verfahren bezieht sich auf den Bereich der STBA ***.

Mit Telefax vom 14. November 2017 hat der Auftraggeber der Antragstellerin bekanntgegeben, dass er beabsichtigt,

„den Zuschlag für die Arbeiten im o.a. Bauvorhaben aufgrund der in den

Ausschreibungsunterlagen genannten Zuschlagskriterien und der daraus erfolgten Reihung an die FirmaARGE BR, *** als Bestbieter zu erteilen."

Gegenständlich wird diese Zuschlagsentscheidung angefochten. Es handelt sich dabei um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gem 5 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG.

Beweis: Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 14. November 2017

(Beilage A);

Vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

2. Genaue Bezeichnung des Auftraggebers

Auftraggeber ist das:

Land Niederösterreich

Vertreten durch das Amt der NÖ Landesregierung

***

***, ***

Ansprechperson: DI GD

Fax: ***

E-Mail: ***

Beweis: Auszug Ausschreibungsunterlagen, Allgemeine Angebotsbestimmungen (Beilage B);

Vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

3. Genaue Bezeichnung der Antragstellerin

Antragstellerin:

Bietergemeinschaft ER

pA federführendes Mitglied:

Egesellschaft m.b.H., FN ***

***, ***

Telefax: ***

E-Mail: ***

bestehend aus:

1. Egesellschaft m.b.H., FN ***

***, ***

2. OR GmbH,

FN ***

***, ***

Beweis: wie bisher;

Auszug aus dem Angebot der Antragstellerin (Erklärungen der

Bietergemeinschaft, Beilage C).

4. Zuständigkeit / Rechtzeitigkeit / Pauschalgebühren

4.1 Zuständigkeit

Der Auftraggeber ist das Land Niederösterreich. Als öffentlicher Auftraggeber unterliegt das Land Niederösterreich den Regelungen des BVergG 2006 und des NÖ Vergabe - Nachprüfungsgesetz. Die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich ergibt sich aus § 4 NÖ Verg-NG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens und zur Erlassung der einstweiligen Verfügung. Die NÖ Schlichtungsstelle wurde nicht angerufen.

4.2 Rechtzeitigkeit

Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers wurde der Antragstellerin am 14. November 2017 per Telefax übermittelt. Der gegenständliche – am 20. November 2017 eingebrachte – Nachprüfungsantrag sowie der Antrag auf Erlassung einer Einstweilige Verfügung gegen diese Entscheidung sind damit rechtzeitig.

4.3 Pauschalgebühren

Der Auftraggeber führt ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung über

Bauleistungen im Unterschwellenbereich durch. Gegenständlich wird die

Zuschlagsentscheidung angefochten. Die Pauschalgebühr beträgt daher gemäß NÖ Vergabe – Pauschalgebührenverordnung insgesamt EUR 3.750,00 (EUR 2.500,00 für den Nachprüfungsantrag und EUR 1.250,00 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung). Dieser Betrag wurde am 16. November 2017 eingezahlt.

Beweis: wie bisher;

Einzahlungsbelege vom 16. November 2017 (Beilage D).

5. Interesse / Angaben über den drohenden Schaden

5.1 Interesse

Aus der Tatsache, dass sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt hat, ist ihr Interesse am Vertragsabschluss evident. Die ausgeschriebenen Leistungen liegen in der zentralen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin.

Wie im Folgenden dargestellt wird, ist die gegenständlich angefochtene Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers rechtswidrig. Bei rechtskonformem Vorgehen hätte die Auftraggeberin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls ausscheiden müssen. Die Antragstellerin ist zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen geeignet. Die Antragstellerin ist bereit, an die Stelle der präsumtiven Bestbieterin zu treten, um Geschäftspartnerin des Auftraggebers zu werden. Darin liegt jedenfalls ein hinreichend begründetes Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss.

Beweis: wie bisher;

Herr FR als Zeuge pA Antragstellerin

5.2 Drohender Schaden

Die Antragstellerin erleidet durch die Entscheidung des Auftraggebers einen Schaden durch die Nichtabdeckung des projektgegenständlichen Deckungsbeitrags samt entgangenem Gewinn. Schon angefallen sind Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung sowie die für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühren. Schließlich entgeht der Antragstellerin durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung die Chance auf die Erlangung eines Referenzprojekts für künftige Vergabeverfahren.

Der drohende Schaden ist nur durch die Aufhebung der rechtswidrigen Auftraggeberentscheidung abzuwenden.

Beweis: Herr FR als Zeuge pA Antragstellerin;

Eidesstättige Erklärung vom 20. November 2017 (Beilage ./E)

wie bisher.

6. Bezeichnung der Rechte, in denen sich die Antragstellerin als verletzt erachtet

Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Auftraggeberentscheidung in folgenden Rechten verletzt:

? im Recht auf Ausscheiden von Angeboten von Bietern, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen

? im Recht auf Ausscheiden von Angeboten von Bietern, die die festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllen

? im Recht auf Zuschlagserteilung

? im Recht auf Durchführung einer ausschreibungs- und vergaberechtskonformen Angebotsprüfung insbesondere

o im Recht auf Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung;

o im Recht auf Vergabe zu angemessenen Preisen

? im Recht auf Einhaltung der von der Auftraggeberin getroffenen Festlegungen

? im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gem den Grundsätzen des Vergaberechts, insb. auf Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauteren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter und die Verpflichtung zur Vergabe an geeignete Bieter zu angemessenen Preisen

? im Recht auf Widerruf bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen.

Die angefochtene Entscheidung ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin getroffen hätte werden müssen.

7. Sachverhalt

7.1 Abriss des bisherigen Vergabeverfahrens

7.1.1 Vergabe in mehreren Ausschreibungen

Der Auftraggeber führt gleichzeitig acht Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der Leistung von „Bodenmarkierungsarbeiten auf Landstraßen B und L für das Jahr 2018 mit der Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2 Jahre“ durch. Vergebende Stelle ist die jeweils für den jeweiligen Bezirk zuständige Straßenbauabteilung:

NÖ Straßenbauabteilung

Leistungsort

Bekanntmachung

Angebotsabgabe

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

Nicht bekannt

25. Juli 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

3. Juli 2017

1. August 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

30. Juni 2017

25. Juli 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

3. Juli 2017

25. Juli 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

6. Juli 2017

1. August 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

10. Juli 2017

1. August 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

5. Juli 2017

1. August 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

3. Juli 2017

25. Juli 2017

Die einzelnen Straßenbauabteilungen des Landes NÖ sind der Gruppe „Straße“ organisatorisch zugeordnet. Aus dem Voranschlag des Landes Niederösterreich für das Jahr 2018 ergibt sich, dass für alle Straßenbauabteilungen ein gemeinsames Budget besteht.

Jedes Ausschreibungsverfahren wird im Unterschwellenbereich durchgeführt. Eine EU-weite Bekanntmachung ist nicht erfolgt.

Beweis: Bekanntmachungen der einzelnen Ausschreibungen (Beilage ./F), soweit vorhanden

Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Verfahren „***“, sowie im gleichzeitig geführten Ausschreibungsverfahren des Auftraggebers, vertreten durch die Straßenbauabteilung ***, für den Bezirk *** und im ebenfalls gleichzeitig geführten Ausschreibungsverfahren des Auftraggebers, vertreten durch die Straßenbauabteilung ***, für den Bezirk ***, vor Ablauf der Angebotsfristen ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Die Angebotsöffnung im gegenständlichen Verfahren hat am 1. August 2017 stattgefunden. In der Angebotsöffnung der gegenständlichen Ausschreibung sowie in den Angebotsöffnungen der Ausschreibungen der Straßenbauabteilung *** (***) und der Straßenbauabteilung *** (***) wurde neben dem jeweiligen Gesamtpreis verlesen, ob ein Bieter das qualitative Zuschlagskriterium der Erhöhung des Rückstrahlwerts angeboten hat. In allen drei Verfahren wurde von allen Bietern diese Maßnahme zur Erhöhung der Qualität angeboten.

Das Ergebnis der Angebotsöffnung im gegenständlichen Vergabeverfahren stellt sich wie folgt dar:

Bieter

Preis

Erhöhung der Qualität

Präsumtiver Bestbieter

EUR ***

Ja

M

EUR ***

Ja

P

EUR ***

Ja

Antragstellerin

EUR ***

Ja

Bieter 5

EUR ***

Ja

Bieter 6

EUR ***

Ja

Das Angebot der Antragstellerin ist somit an vierter Stelle gereiht.

Beweis: wie bisher, vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt

Mit Fax vorn 14. November 2017 wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers im gegenständlichen Verfahren übermittelt und mitgeteilt, dass beabsichtigt ist,

„den Zuschlag für die Arbeiten im o.a. Bauvorhaben aufgrund der in den

Ausschreibungsunterlagen genannten Zuschlagskriterien und der daraus erfolgten Reihung an die FirmaARGE BR, *** als Bestbieter zu erteilen."

Da der Preis mit 95% gewichtet ist, und ihr Angebot gegenüber dem Bestbieterangebot eine größere Preisdifferenz als 5,4% aufweist, wurde die oben angeführte Firma als Bestbieter ermittelt.

Auf Grund der höheren Preisdifferenz von mehr als 5,4 % haben die weiteren Zuschlagskriterien für die Berechnung der Reihung keine weitere Auswirkung. Die Vergabesumme beträgt EUR ***.

Die Stillhaltefrist endet am 24.11.2017."

Mit Fax vom selben Tag wurde der Antragstellerin seitens des Auftraggebers auch die Zuschlagsentscheidung im Verfahren des Auftraggebers, vertreten durch die Straßenbauabteilung *** (***), übermittelt. An dieser Stelle wird darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin mit heutigen Tag auch in diesem Verfahren einen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim LVwG NÖ eingebracht hat.

Beweis: wie bisher, insbesondere Zuschlagsentscheidung vom 14. November

2017 betreffend das gegenständliche Verfahren (Beilage ./A) und

Zuschlagsentscheidung vom 14. November 2017 betreffend den Bezirk

*** (Beilage ./G).

7.2 Wesentliche Ausschreibungsbestimmungen

7.2.1 Festlegung des Bestbieterprinzips

Der Zuschlag erfolgt in sämtlichen Verfahren – so auch im gegenständlichen Verfahren – auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot, also nach dem Bestbieterprinzip1. In Punkt 2.6 der spezifischen Angebotsbestimmungen für die Ausführung von Bodenmarkierungsarbeiten werden folgende Zuschlagskriterien und deren Gewichtung festgelegt:

1 Vgl Punkt 1.3 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen.

2.6 ZUSCHLAGSKRITERIEN

[Abweichend vom Original – Bild nicht wiedergegeben]

„…“

Beweis: Auszug aus den Ausschreibungsunterlagen der einzelnen

Straßenbauabteilungen (Beilage ./H)

7.3 Anforderungen an die finanzielle / wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Die Anforderungen an die finanzielle / wirtschaftliche Leistungsfähigkeit werden in der gegenständlichen Ausschreibung in Punkt 2.4.4 ua wie folgt festgelegt:

2.4.4 Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

X Es ist eine Erklärung über den Gesamtumsatz der letzten drei Jahre oder einen kürzeren Tätigkeitszeitraums, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht, vom Bieter bzw. bei einer Bietergemeinschaft von jedem Partner der Bietergemeinschaft vorzulegen.
Mindestanforderung: 2 Mio EUR (ohne USt.) durchschnittlicher spartenspezifischer (Bodenmarkierungsarbeiten) Jahresumsatz. Bei einer Bietergemeinschaft gilt die Summe der Umsätze aller Partner.

o Eine entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft).

X Eine Erklärung über die solidarische Haftung von Dritten (z.B. Subunternehmern) gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähgkeit auf die Kapazitäten von Dritten stützt.

X Der Nachweis des aktuellen KSV-Ratings des Kreditschutzverbandes (KSV) oder einer gleichwertigen Institution.
Mindestanforderung: Die Ratingziffer des KSV-Ratings (oder einer gleichwertigen Institution) darf nicht größer als 399 sein.

7.4 Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit

Die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit werden in der gegenständlichen Ausschreibung in Punkt 2.4.5 ua wie folgt festgelegt.

X Referenzen: Es ist ein Nachweis über die geleisteten Arbeiten mit zur gegenständlichen Ausschreibung vergleichbarer technischer Spezifikation Bodenmarkierungsarbeiten der letzten fünf Jahre (Fertigstellungszeitpunkt innerhalb der letzten fünf Jahre) unter Auflistung der Projekte mit Angabe des AG samt Ansprechperson, Zeit und Ort der Bauausführung sowie maßgebender technischer Daten vom Bieter bzw. bei einer Bietergemeinschaft vom jeweiligen Partner der Bieterge-meinschaft für deren jeweiligen Referenzen vorzulegen.

Genannte Referenzen, welche im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften oder als Subunternehmer erbracht wurden, werden nur dann gewertet, wenn eine maßgebliche Beteiligung von mindestens 25 % am spartenspezifischen (Bodenmarkierung) Geschäftsumfang des Projektes oder die Wahrnehmung einer technischen Geschäftsführung oder die Stellung des Bauleiters nachgewiesen wird.
Mindestanforderung: Nachweis von insgesamt 3 Projekten mit einem Gesamtauftragwert von mindestens 2 Mio. EUR.

X Eine Beschreibung der Maßnahmen zur Gewährleistung der Qualität oder eine entsprechende gleichwertige Qualitätsbescheinigung gemäß ÖNORM EN ISO 9001 oder 9002 von einer EU-akkreditierten Zertifizierungsstelle vorzulegen. Auf § 77 Abs 1 BVergG wird verwiesen.

X Eine entsprechende gültige Bescheinigung gemäß ÖNORM EN ISO 14001 (Umweltmanagementsystem) ist dem Angebot beizulegen. Auf § 77 Abs 2 BverG wird verwiesen.

X Nachweis von 5 Dienstnehmern mit Ausbildung zur Fachkraft für Bodenmarkierung. .:
Der Auftraggeber behält sich vor, zum Nachweis der Ausbildung entsprechende Zeugnisse zu verlangen.

X Nachweis über die Verfügbarkeit über folgende Spezialgeräte für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung:

? 1 Fräse zur Entfernung von Markierungen

? 1 Bodenmarkierungsmaschine für Farbe

? 1 Bodenmarkierungsmaschine für Mehrkomponenten (Kaltspritzplastiken und Kaltplastiken) und Spezialmarkierungen

? 1 Bodenmarkierungsmaschine für Wasserfarbe (WV-Farbe)

Beweis: Auszug aus den Ausschreibungsunterlagen der einzelnen Straßenbauabteilungen (Beilage ./H)

8. Gründe, auf die sich die Rechtswidrigkeit stützt

8.1 Mangelnde vertiefte Preisprüfung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

Gemäß 5 129 Abs. 1 Z 3 BVergG sind Angebote auszuscheiden, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen.

Das Angebot der Antragstellerin beträgt netto EUR ***. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beträgt netto EUR *** und liegt somit 34,75 % (!) unter dem Angebot der Antragstellerin. Die Abweichung zum preislich zweitgereihten liegt bereits bei 13,30 % (!) und zum durchschnitten (sic!) Gesamtpreis aller Bieter bei 41,13 % (!).

Unter Bezugnahme auf Meinungen aus der Literatur1 verlangt die höchstgerichtliche

Rechtsprechung des VwGH2, dass der Auftraggeber die Plausibilität der Angebotspreise durch einen Vergleich untereinander zu überprüfen hat. So der VwGH wörtlich:

„Ob ein derart ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. "

Dabei werden folgende Fälle unterschieden:

? geringfügige Abweichungen bis etwa 5 %;

? tolerierbare Abweichungen bis etwa 15 %;

? grobe Abweichungen ab etwa 15 %.

Gegenständlich liegt schon zum durchschnittlichen Gesamtpreis aller Bieter eine grobe Abweichung von 41,13 % des Gesamtpreises der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vor. Aufgrund dieser Preisdifferenzen wäre die Auftraggeberin daher schon gem § 125 Abs. 3 Z 1 BVergG verpflichtet gewesen, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Zudem ist davon auszugehen, dass nicht nur grobe Abweichungen beim Gesamtpreis, sondern auch Auffälligkeiten in Teilpreisen (Positionspreisen oder Leistungsansätzen) bestehen, aufgrund derer die Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung auch gem § 125 Abs. 3 Z 3 BVergG hätte durchführen müssen.

Der Antragstellerin liegen keine Informationen darüber vor, dass eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt wurde. Die Antragstellerin wurde nie zur Preisaufklärung aufgefordert, was darauf schließen lässt, dass auch die präsumtive Bestbieterin und die beiden anderen vorgereihten Bieter zu keinem Zeitpunkt zur Aufklärung ihrer Preise aufgefordert worden sind und somit auch keine vertiefte Preisprüfung stattgefunden hat.

1 Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 5125 Rz 28.

2 Vgl Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 5125 Rz 28.

Gem § 125 Abs. 4 BVergG ist bei einer vertieften Angebotsprüfung ua zu prüfen, ob

„im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-,

Material-, Geräte-, Fremdleistungs – und Kapitalkosten enthalten sind und ob

die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese

insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten

Kollektivverträge, nachvollziehbar sind;...“

Die vertiefte Angebotsprüfung hat so detailliert und umfangreich zu sein, dass eine ausreichend begründete

Schlussfolgerung, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann, möglich ist. Der Auftraggeber hat die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung zu prüfen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, unter denen die Leistung zu erbringen sein wird. Es ist nicht nur die Plausibilität des Gesamtpreises auf seine betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit zu überprüfen, sondern auch die einzelnen Positionen.1

Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Zuschlagsentscheidung schon dann für nichtig zu erklären, wenn ein Auftraggeber das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht vertieft prüft, obwohl er dazu verpflichtet gewesen wäre.2 Der Auftraggeber hat mit der Preisprüfung sachkundige Personen zu betrauen. Sofern der Auftraggeber über entsprechend sachkundiges Personal nicht verfügt, hat er mit der Preisprüfung einen entsprechend sachkundigen externen Prüfer zu beauftragen.3

Die Zuschlagsentscheidung ist daher schon aufgrund der nicht erfolgten vertieften

Angebotsprüfung für nichtig zu erklären.

Beweis: wie bisher; insbesondere vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt

8.2 Nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

Aufgrund der dargestellten Preisdifferenzen ist darüber hinaus von einem nicht angemessenen Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie der beiden anderen vor der Antragstellerin gereihten Bieter auszugehen. Derart niedrige Gesamtpreise können nach Ansicht der Antragstellerin nicht betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sein.

Bei einem derart niedrigen Gesamtpreis muss die Antragstellerin davon ausgehen, dass die präsumtive Bestbieterin sowie die beiden anderen vorgereihten Bieter ihrer Kalkulation

1 LVwG NÖ 26.01.2016, LVwG-AV-1295l002-2015.

2VwGH 2007/04/0102, 2011/04/0011, BVA 19.12.2011, N/0109-BVA/08/2011-51.

3Vgl zB BVA15. 3. 2012, N/OO16-BVA/09/2012-42.

? den falschen Kollektivvertrag zu Grunde gelegt hat, und / oder

? die kollektivvertraglichen Mindestlöhne nicht eingehalten haben, und / oder

? die direkten Lohnnebenkosten, die der Höhe nach gesetzlich vorgegeben sind, die jeder Unternehmer seiner Kalkulation zu Grunde zu legen hat und damit dem Bieter in seiner Kalkulation keinen Spielraum lassen, falsch kalkuliert wurden: Die direkten Lohnnebenkosten (bestehend aus Arbeitslosenversicherung, Zuschlag Insolvenzentgeltsicherung, Pensionsversicherung, Krankenversicherung, Unfallversicherung, Familienlastenausgleichsfonds, Wohnbauförderungsbeitrag und

Schlechtwetterentschädigungsbeitrag) sind jene Kosten, die gesetzlich vorgegeben sind und als Prozentsatz – ohne Spielraum – direkt auf den laufenden Lohn aufzuschlagen sind. Dieser Prozentsatz liegt ab 1.5.2017 bei Unternehmen, die dem Schlechtwetterentschädigungsgesetz nicht unterliegen, bei 25,58 % und bei Unternehmen, die dem Schlechtwetterentschädigungsgesetz unterliegen, bei genau 26,28 %. Dh jedes Angebot, das im K3-Blatt diese gesetzlich vorgegebenen direkten Lohnnebenkosten nicht berücksichtigt, ist falsch kalkuliert und verletzt auch die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen und ist daher jedenfalls auszuscheiden; und/oder

? bei den umgelegten Lohnnebenkosten unplausible und betriebswirtschaftlich nicht erklärbare Ansätze vorgenommen hat und / oder

? erhöhte Aufwandswerte aufgrund der angebotenen Erhöhung der Rückstrahlwerte in der Kalkulation nicht berücksichtigt hat: wie oben ausgeführt, wurde bei der Angebotsöffnung auch beim Angebot der präsumtiven Bestbieterin verlesen, dass diese die Erhöhung des Rückstrahlwerts (qualitatives Zuschlagskriterium) anbietet. Die Erhöhung des Rückstrahlwertes hat jedenfalls Einfluss auf die Kalkulation. Um auf einen Rückstrahlwert von 250 mcd/m²lx zu kommen, müssen entsprechend mehr „Perlen“ aufgetragen werden. Das bedeutet gleichzeitig, dass langsamer mit dem auftragenden Fahrzeug gefahren werden muss, also entsprechend länger Zeit benötigt wird. Bei

einem derart niedrigen Gesamtpreis können diese erhöhten Aufwandswerte nicht berücksichtigt sein und liegt somit der Verdacht nahe, dass die präsumtive Bestbieterin sowie die beiden anderen vorgereihten Bieter die angebotene Erhöhung der Rückstrahlwerts nicht kalkuliert oder nicht ausreichend kalkuliert haben.

Hätte der Auftraggeber seiner Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung entsprochen, hätte er festgestellt, dass der angebotene Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie der beiden anderen vorgereihten Bieter betriebswirtschaftlich nicht erklärbar und nicht nachvollziehbar sind. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie die Angebote der beiden anderen vorgereihten Bieter wären daher aufgrund ihrer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuscheiden gewesen. Die Zuschlagsentscheidung ist somit auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Schließlich liegt auch im Hinblick darauf, dass die präsumtive Bestbieterin , aber auch die

beiden anderen vorgereihten Bieter, über die – im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit – geforderte Bodenmarkierungsmaschine für Wasserfarbe nicht verfügt bzw. nicht verfügen (vgl. dazu Punkt 8.4 unten), der Verdacht nahe, dass die geforderte Wasserfarbe von der präsumtiven Bestbieterin sowie den beiden anderen Bietern nicht kalkuliert wurde.

Auch das hätte der Auftraggeber – wenn er seiner Verpflichtung zur Angebotsprüfung entsprochen hätte – feststellen müssen und können.

Die gegenständliche Ausschreibung bzw. die gegenständliche Leistungserbringung hat schließlich noch einen weiteren ganz wesentlichen kalkulationsrelevanten Aspekt:

Gegenständlich sind die Landesstraßen im sog „***“ (zB B10, B 11, B 17) sowie 240 (!) Kreisverkehre betroffen. Es handelt sich demnach um viel befahrene Straßen, die für die Bodenmarkierungsarbeiten nicht gesperrt werden können. Vielmehr ist es erforderlich, diese Straßen vor allem nachts zu bearbeiten. Für die Bodenmarkierung im Kreisverkehr ist darüber hinaus erforderlich, dass man entsprechend ausgebildetes Personal einsetzt, die eine Berechtigung gem § 97 Abs. 3 StVO zur Regelung des Verkehrs haben. Diese müssen den Verkehr regeln, während die Bodenmarkierungsarbeiten erbracht werden. Auch dieser Umstand muss bei der Kalkulation berücksichtigt werden. Bei derart niedrigen Gesamtpreisen der präsumtiven Bestbieterin und beiden anderen Bieter können diese erhöhten Aufwände nicht kalkuliert worden sein. Auch das hätte der Auftraggeber - wenn er seiner Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung entsprochen hätte - feststellen müssen und können. Die Angebote der präsumtiven Bestbieterin und der beiden anderen vor der Antragstellerin gereihten Bieter sind daher gem § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG auszuscheiden.

Auch aus diesem Grund ist die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Beweis: wie bisher; Information der Wirtschaftskammer Österreich, Geschäftsstelle Bau (Beilage ./l).

8.3 Mangelnde Befugnis der präsumtiven Bestbieterin sowie der übrigen beiden vorgereihten Bieter

8.3.1 Keine Bodenmarkierungsmaschine für Wasserfarbe

Punkt 2.4.5 der Ausschreibungsbestimmungen legt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ua Folgendes fest:

,,Nachweis über die Verfügbarkeit über folgende Spezialgeräte für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung:

. 1 Fräse zur Entfernung von Markierungen

. 1 Bodenmarkierungsmaschine für Farbe

. 1 Bodenmarkierungsmaschine für Mehrkomponenten (Kaltspritzplastiken und

Kaltplastiken) und Spezialmarkierungen

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreic, http://www.lvwg.noe.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at