jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Erkenntnis 2019/4/5 LVwG-VG-1/002-2019

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 05.04.2019

Entscheidungsdatum

05.04.2019

Norm

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §9
LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §15 Abs1
BVergG 2018 §208
BVergG 2018 §250
BVergG 2018 §255
BVergG 2018 §300
BVergG 2018 §302 Abs1 Z3
BVergG 2018 §315

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Die A Ges.m.b.H., ***, ***, vertreten durch B Rechtsanwälte OG, ***, ***, (im Folgenden kurz: AST für Antragstellerin), hat betreffend das Vergabeverfahren „Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Erbringung von Grünschnitt- und Lehnenberäumungsarbeiten“ der C (C), ***, ***, vertreten durch D, Rechtsanwalt, ***, *** (im Folgenden kurz: AG für Auftraggeberin), mit einem am 25.02.2019 (während der Amtsstunden) beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangten Schriftsatz u.a. die Anträge gestellt, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die „Zuschlagsentscheidung“ (Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll) der AG vom 15.02.2019 für nichtig erklären, der AG auftragen, der AST die Pauschalgebühren für diesen Antrag auf Nachprüfung und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von insgesamt € 2.400,-- binnen 14 Tagen zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen, der AST nach Vorlage des Vergabeaktes durch die AG Akteneinsicht, insbesondere auch in das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin (im Folgenden kurz: präs. RVP) gewähren und das Angebot der AST einschließlich der Teile der Angebotsprüfung, die auf das Angebot der AST Bezug nehmen, von der Akteneinsicht durch die präs. RVP ausnehmen.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt nach der am 22.03.2019 durchgeführten Nachprüfungsverhandlung (in welcher die Anträge auf Akteneinsicht, auf Einholung eines Gutachtens eines Sachverständigen für Kostenrechnung und Preiskalkulation bzw. eines Sachverständigen für Forsttechnik /Sicherheitstechnik von der AST zurückgezogen wurden) über die Anträge auf Nichtigerklärung und auf Ersatz der Pauschalgebühren durch den Vergabesenat 4 unter dem Vorsitz von

Richter Mag. Allraun im Beisein der Richter HR Dr. Grassinger (Berichterin) und MMag. Kammerhofer wie folgt:

1. Der Antrag der A Ges.m.b.H., ***, ***, vertreten durch B Rechtsanwälte OG, ***, ***, im Vergabeverfahren „Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Erbringung von Grünschnitt- und Lehnenberäumungsarbeiten", Auftraggeber: C (C), ***, ***, die Entscheidung der öffentlichen Auftraggeberin vom 15.02.2019, die Rahmenvereinbarung mit der E e.U., ***, ***, abzuschließen, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. Der Antrag der A Ges.m.b.H., ***, ***, vertreten durch B Rechtsanwälte OG, ***, ***, die C (C) zum Ersatz der von der A Ges.m.b.H. entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag in der Höhe von € 1.600,-- und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von € 800,--, insgesamt somit in der Höhe von € 2.400,--, zu verpflichten, wird abgewiesen.

Die ordentliche Revision gegen dieses Erkenntnis an den Verwaltungsgerichtshof ist nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 2 Z 2, 4 Abs. 1 und 2 Z 2, 4 Abs. 6, 5 Abs. 1, 7 Abs. 1 und 2, 9, 11 Abs. 1, 12 Abs. 2, 14 Abs. 1, 15 Abs. 1, 17 Abs. 3, 19 Abs. 1, 3, 8 und 9

NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. 7200/3, zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 70/2018 (NÖ VNG)

Entscheidungsgründe:

Mit einem am 25.02.2019 eingebrachten Schriftsatz hat die AST neben dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (erledigt durch Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 28.02.2019, LVwG-VG-1/001-2019) die Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Nichtigerklärung der „Zuschlagsentscheidung" (Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll) der AG vom 15.02.2019 und auf Ersatz der von der AST entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag gestellt.

Die AST hat zu dem die Auftraggeberentscheidung vom 15.02.2019 betreffenden Antrag auf Nichtigerklärung (unter gleichzeitiger Darlegung der genauen Bezeichnung der AG, der AST, des drohenden Schadens und des Interesses am Vertragsabschluss, bei gleichzeitiger Erstattung von Ausführungen betreffend den in der Folge zurückgezogenen Antrag auf Akteneinsicht, betreffend die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich, die Rechtzeitigkeit des Antrages und die entrichteten Pauschalgebühren) im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Die AST wendete die fehlende finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präs. RVP ein. Von der AG seien die konkreten Anforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in einem Schreiben an potenzielle Bieter am 11.09.2018 festgelegt worden. Diese Anforderungen erfülle die präs. RVP nicht. Die AG habe festgelegt, dass der Bieter einen durchschnittlichen konsolidierten Jahresumsatz in den Jahren 2014 – 2017 von zumindest 2 Mio. Euro aufweisen müsse. Entsprechend einer KSV-Auskunft habe die präs. RVP in den Jahren 2017, 2016 und 2015 einen durchschnittlichen Jahresumsatz von € 1.100.000,-- erzielt. Es sei davon auszugehen, dass der Jahresumsatz im Geschäftsjahr 2014 ebenfalls nicht wesentlich über den Umsätzen für die Geschäftsjahre 2015 und 2016 liege. Die präs. RVP erziele somit einen durchschnittlichen Gesamtumsatz, der lediglich knapp der Hälfte des zwingend geforderten Jahresumsatzes entspreche. Die präs. RVP weise also für sich alleine betrachtet die geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht auf. Diesen Umstand habe die AG im Vorverfahren bereits zugestanden (Seite 12 des Schriftsatzes der AG vom 11.12.2018).

Die AG habe im Vorverfahren angegeben, dass sich die präs. RVP zum Nachweis ihrer finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch auf die Umsätze der von ihr benannten Subunternehmerin stütze. Aus dem Urteil des Vorverfahrens ergebe sich, dass die Umsätze der AG lediglich gemeinsam mit den Umsätzen der präs. RVP den geforderten Mindestumsatz erreichten. Aus dem Urteil des Vorverfahrens ergebe sich auch, dass die AG nicht geprüft habe, ob die präs. RVP die geforderte Mindestkreditwürdigkeit bzw. Mindestbonität erreiche. Dazu habe die AG als Eignungsanforderung festgelegt, dass der Bieter über eine Mindestkreditwürdigkeit von € 1.000.000,-- verfügen oder zumindest eine überdurchschnittliche Bonität aufweisen müsse. Als Nachweis habe die AG eine aktuelle Bankauskunft (einer anerkannten österreichischen Bank bzw. Bank im EWR) oder eine Auskunft des Kreditschutzverbandes oder gleichwertiger ausländischer Einrichtungen (Rating-Agenturen) über eine Kreditwürdigkeit von zumindest € 1.000.000,-- bzw. über das Vorliegen einer überdurchschnittlichen Bonität (z.B. durch Vorlage eines KSV-Ratings mit einem Score von maximal 399 oder durch Vorlage eines gleichwertigen Ratings) verlangt.

Das Vorverfahren habe ergeben, dass die präs. RVP derartige Urkunden und Nachweise zu ihrer Subunternehmerin nicht vorgelegt habe.

Die AG habe das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung geführt. Die Eignung der Bieter müsse daher spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen (§ 250 Z 5 BVergG). Die AG habe die Bieter am 07.11.2018 zur Angebotsabgabe aufgefordert. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit sei daher der 07.11.2018. Im Fall des Nachreichens von Unterlagen sei daher zu prüfen, ob die betreffende Unterlage nachweise, dass der betreffende Bieter schon zu diesem maßgeblichen Zeitpunkt die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit besessen habe (VwGH 17.09.2014, 2013/04/0056). Bankauskünfte und Auskünfte von Kreditschutzverbänden bzw. Rating-Agenturen würden grundsätzlich lediglich Aussagen über die Bewertung des betreffenden Unternehmens zum Zeitpunkt der Ausstellung, nicht jedoch für vergangene Zeiträume, enthalten. Es sei deshalb davon auszugehen, dass ein Nachweis über das Vorliegen der erforderlichen Mindestbonität bzw. Mindestkreditwürdigkeit der Subunternehmerin für den bewertungsrelevanten Zeitpunkt (das sei der 07.11.2018) nicht vorliege.

Es sei deshalb davon auszugehen, dass die präs. RVP nicht über eine ausreichende finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfüge, weshalb ihr Angebot bereits aus diesem Grund auszuscheiden sei. Die AST verwies auf das Schreiben vom 11.09.2018, die KSV-Bonitätsauskunft betreffend die präs. RVP, den beizuschaffenden Akt des LVwG, LVwG-VG-5/002-2018, und auf den von der AG vorzulegenden Vergabeakt.

Die AST erstattete weiters Einwendungen im Zusammenhang mit der mangelnden vertieften Preisprüfung in Bezug auf das Angebot der präs. RVP.

Nach Wiedergabe der Bestimmung des § 300 Abs. 1 und 2 BVergG 2018 und der Feststellung, dass das Angebot der AST netto € ***, jenes der präs. RVP netto € *** betrage, somit um 14% unter dem Angebotspreis der AST liege, wies die AST darauf hin, dass sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote ergebe, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliege (VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011; 22.05.2012, 2009/04/0187).

Nach Hinweis auf die in der Literatur (Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann § 125
Rz 28) aufgezählten Fälle (bis 5%: geringe Abweichung; bis etwa 15%: tolerierbare Abweichung; ab etwa 15%: grobe Abweichung) wendete die AST ein, dass die vorliegende Abweichung schon knapp an jener Grenze liege, an der eine grobe Abweichung vorliege, die jedenfalls eine vertiefte Preisprüfung erforderlich mache, wenn man den Angebotspreis der präs. RVP lediglich mit jenem der AST vergleiche. Voraussichtlich sei die Abweichung noch höher (und damit keinesfalls mehr tolerierbar), wenn man in diese Beurteilung auch die Angebotspreise der übrigen Bieter miteinbeziehe. Im Übrigen komme es bei dieser Beurteilung nicht bloß auf fixe Prozentsätze an. Vielmehr sei auch die konkrete Marktsituation beurteilungsrelevant. Dementsprechend sei die Vergaberechtsprechung auch schon bei geringeren Abweichungen ab etwa 10% von ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreisen ausgegangen (Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann § 125 Rz 30).

Der gegenständliche Markt unterliege einem starken Wettbewerbsdruck, sodass konkurrenzfähige Angebote für alle Marktteilnehmer nur unter knapper und effizienter Kalkulation möglich seien. Dementsprechend wenig gestreut seien die Preise am Markt. Ein Angebotspreis mit der vorliegenden Preisschwankung von weit über 10% sei entsprechend dieser Marktsituation jedenfalls ungewöhnlich und hätte die AG zur vertieften Preisprüfung leiten müssen.

Nach ständiger Rechtsprechung sei eine Zuschlagsentscheidung schon dann für nichtig zu erklären, wenn ein Auftraggeber das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht vertieft prüfe, obwohl er dazu verpflichtet gewesen wäre (VwGH 28.09.2011, 2007/04/0102; 22.06.2011, 2011/04/0011; BVA 19.12.2011, N/0109-BVA/08/2011-51).

Die AST sei in diesem Vergabeverfahren nie zur Preisaufklärung aufgefordert worden. Sie müsse daher davon ausgehen, dass die AG eine solche vertiefte Preisprüfung nicht durchgeführt habe. Tatsächlich habe die AG dies im Vorverfahren bereits zugestanden. Die Zuschlagsentscheidung sei daher auch auf Grund der nicht erfolgten vertieften Angebotsprüfung für nichtig zu erklären. Die AST verwies auf den von der AG vorzulegenden Vergabeakt.

Die AST wendete weiters eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises der präs. RVP ein. Ein derart niedriger Angebotspreis sei betriebswirtschaftlich nicht erklärbar bzw. nicht nachvollziehbar. Der niedrige Angebotspreis der präs. RVP lege vielmehr nahe, dass diese ihrer Kalkulation den falschen Kollektivvertrag zugrunde

gelegt habe (anwendbar sei der Kollektivvertrag für Forstarbeiterinnen in der Privatwirtschaft), die kollektivvertraglichen Mindestlöhne nicht eingehalten habe, in ihrer Kalkulation die direkten Lohnnebenkosten falsch kalkuliert habe (die direkten Lohnnebenkosten seien der Höhe nach gesetzlich vorgegeben und seien von jedem Unternehmer seiner Kalkulation zugrunde zu legen, würden aktuell 29,08% betragen und würde jedes Angebot, dass im K3-Blatt diese gesetzlich vorgegebenen direkten Lohnnebenkosten nicht oder zu niedrig berücksichtige, zwingende arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen verletzen und sei jedenfalls auszuscheiden).

Sollte der in den K3-Blättern angeführte Mittellohnpreis den Betrag von € 37,-- unterschreiten, wäre dies ein klares Indiz dafür, dass die präs. RVP ihr Angebot unter Missachtung der kollektivvertraglichen Mindestlöhne und der direkten Lohnnebenkosten kalkuliert habe.

Weiters wendete die AST ein, dass bei den umgelegten Lohnnebenkosten unplausible und betriebswirtschaftlich nicht erklärbare Ansätze zu Grunde gelegt worden seien.

Gesetzlichen Zuschläge seien in den Positionen 01980204 „Zuschlag MO bis FR Nacht“, 01980205 „Zuschlag Samstag“, 01980206 „Zuschlag Sonn- und Feiertag“) nicht ausreichend berücksichtig worden, weshalb ein solches Angebot zwingend arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen verletze und damit jedenfalls auszuscheiden sei.

In der Leistungsgruppe „Regiearbeiten“ (Positionen 01980103 bis 01980105) würden die kollektivvertraglichen Mindestlöhne unterschritten, weshalb arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen verletzt würden und das Angebot damit jedenfalls auszuscheiden sei.

In der Position 01070101 „Felsräumung“ sei der tatsächliche Personalaufwand nicht ausreichend berücksichtigt. Das Arbeitsgelände zu dieser Position sei so steil, dass die Arbeiten aus Gründen der Arbeitssicherheit in Zweiseiltechnik auszuführen seien. Bei Steinschlaggefahr habe diese Zweiseiltechnik zwingend durch Sicherung der Arbeitskraft (des Steigers) durch eine zweite Arbeitskraft (den Sicherer) zu erfolgen. Für jede Arbeitskraft, die eine Arbeitsstunde für Felsräumungsarbeiten erbringe, benötige man also eine zweite Arbeitskraft, die die erste Arbeitskraft sichere. Der (Personal-)Zeitaufwand sei damit zu dieser Position doppelt zu kalkulieren. Ein Angebot, das dies nicht berücksichtige, verletze zwingende Bestimmungen zur Arbeitssicherheit und sei damit jedenfalls auszuscheiden.

In Position 01060107 „Gehölz größer 30-60 cm Fällen und Entasten und Schneiden 4-6 m“ seien der tatsächliche Personalaufwand oder die einzusetzenden Werkzeuge und Geräte sowie die aufzuwendenden Arbeits- und Betriebsmittel nicht ausreichend berücksichtigt. Diese Position beinhalte das Fällen, Entasten, Ablängen und die Rückung der Bäume zum Abtransport. Bei den in dieser Position zu fällenden Bäumen handle es sich um „Problembäume“, die schon stark in die Eisenbahntrasse hängen würden. Die Arbeiten müssten ohne Beschädigung der Oberleitung durchgeführt werden. Der Auftragnehmer müsse diese Bäume dazu vor dem Fällen mit einer Seilwinde hintersichern. Diese Hintersicherung erfolge mittels Traktor mit Seilwinde, Rückewagen oder diversen Ruppzügen. Diese Gerätekosten seien in diese Position zusätzlich zum Personalaufwand miteinzukalkulieren.

In Position 01060107 „Gehölz größer 60 cm Fällen + Entasten + Schneiden 4-6 m“ seien der tatsächliche Personalaufwand oder die einzusetzenden Werkzeuge und Geräte sowie die aufzuwendenden Arbeits- und Betriebsmittel nicht ausreichend berücksichtig worden. Der Ablauf und der Aufwand entsprächen grundsätzlich der Position 01060107. Allerdings seien die dieser Position zugeschlagenen Bäume größer, sodass sich daraus ein höherer Zeitaufwand ergebe.

Im Vorverfahren seien einzelne Aspekte der nicht plausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises bereits teilweise erörtert worden. Dabei habe sich insbesondere herausgestellt, dass die präs. RVP ihr Angebot so kalkuliert habe, dass sie ihren Dienstnehmern offenbar entgegen zwingenden gesetzlichen kollektivvertraglichen Bestimmungen die Entlohnung für Anfahrtswege verweigere, dass sie die in Position 01070101 „Felsräumung“ aus Gründen der Arbeitssicherheit zwingend erforderliche Sicherung des Steigers (erste Arbeitskraft) durch eine zweite Arbeitskraft (den Sicherer) ignoriere und ihr Angebotspreis deshalb ausschließlich unter Nichteinhaltung zwingender arbeits- und sozialrechtliche Mindestvorschriften zustande kommen könne.

Wäre die AG ihrer Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung nachgekommen, hätte sie festgestellt, dass der von der präs. RVP angebotene Gesamtpreis betriebswirtschaftlich nicht erklärbar und nachvollziehbar sei. Tatsächlich sei das Angebot der präs. RVP auf Grund der nicht plausiblen Zusammensetzung dieses Gesamtpreises auszuscheiden. Die Zuschlagsentscheidung sei daher auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Die AST stellte den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Nichtigerklärung der „Zuschlagsentscheidung“ der AG vom 15.02.2019, auf Ersatz der Pauschalgebühren, beantragte Akteneinsicht (insbesondere auch in das Angebot der präs. RVP) und beantragte weiters, das Angebot der AST einschließlich der Teile der Angebotsprüfung, die auf dieses Angebot der AST Bezug nehmen, von der Akteneinsicht durch die präs. RVP und allfällige sonstige Dritte auszunehmen.

Der gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung wurde durch das erkennende Gericht mit Schriftsatz vom 25.02.2019, nach vorheriger Kundmachung im Internet gemäß § 12 Abs. 3 NÖ VNG, gemäß § 12 Abs. 4 und 5 NÖ VNG der AG und der präs. RVP (Letztgenannter mit dem Hinweis auf § 7 Abs. 2 NÖ VNG) zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Mit Schriftsatz vom 26.02.2019 hat die AG (zusätzlich zur Stellungnahme im Verfahren betreffend den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung) die von ihr in diesem Schriftsatz bezeichneten Urkunden vorgelegt bzw. auf die bereits beim erkennenden Gericht (bei dem im Vorverfahren zuständig gewesenen Senat) befindlichen Unterlagen verwiesen.

Weiters führte die AG zum Themenbereich Eignungsprüfung aus, dass Unternehmen zur Vorlage von Nachweisen zur Eignung eingeladen worden seien, darunter die AST und die präs. RVP. Die Eignungsnachweise seien gemäß dem Aufforderungsschreiben der AG vom 11.09.2018 per E-Mail an die Kontaktperson der AG, RA D, zu übermitteln gewesen. Sowohl die AST als auch die präs. RVP hätten Nachweise zur Eignung vorgelegt.

Die präs. RVP habe mit Vorlage ihrer Eignungsnachweise einen Subunternehmer genannt und eine diesbezügliche Subunternehmererklärung vorgelegt, wonach die Subunternehmerin die von der präs. RVP bezeichneten Leistungsteile erbringen werde. Darüber hinaus habe die Subunternehmerin erklärt, dass sie ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die technische Leistungsfähigkeit zur Verfügung stelle und darüber hinaus für sämtliche Ansprüche des Auftraggebers aus oder im Zusammenhang mit dem in diesem Vergabeverfahren erteilten Auftrag solidarisch hafte und den Auftraggeber insoweit schad- und klaglos halte.

Darüber hinaus habe die präs. RVP Nachweise für sich und ihre Subunternehmerin vorgelegt.

Eine Auskunft der Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsbehörde habe sowohl betreffend die präs. RVP als auch betreffend die von ihr benannte Subunternehmerin ergeben, dass keine rechtskräftigen Entscheidungen gegen diese nach §§ 28, 29 bzw. 31 LSD-BG bzw. § 7i, § 7j, § 7k AVRAG vorlägen. Ebensowenig läge gemäß Auskunft der Zentralen Koordinationsstelle der Finanzbehörde eine gemäß § 28b Abs. 2 AuslBG zu berücksichtigende Bestrafung in Bezug auf diese Unternehmen vor. Die berufliche Zuverlässigkeit sei im Übrigen bezüglich aller am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmer vorgelegen. Die AG verwies auf den Prüfbericht und auf die vorgelegten Eignungsnachweise.

Es seien die von der AG in ihrem Schriftsatz bezeichneten Unternehmer auf Grund der nachgewiesenen Eignung in das Verhandlungsverfahren und somit zur Abgabe von Angeboten eingeladen worden.

Ein erstes Angebot sei bis längstens 19.10.2018 abzugeben gewesen. Alle eingeladenen Bieter hätten rechtzeitig ein ausschreibungskonformes erstes Angebot abgegeben.

Es seien auf Grund des exorbitant hohen Angebotspreises der AST von allen Bietern Kalkulationsunterlagen eingefordert und diese im Zuge der Verhandlungsgespräche erörtert worden. Dabei habe sich herausgestellt, dass die Bieter für die Kalkulation nähere Informationen zu den Abrufmodalitäten durch die AG benötigten. Diese Festlegungen seien am 07.11.2018 nach der Durchführung der Verhandlungsgespräche mit allen Bietern in gleicher Weise an alle Teilnehmer im Vergabeverfahren erfolgt. Ein verbindliches LAST AND BEST OFFER (LBO) sei bis längstens 21.11.2018 bei der Kontaktperson RA D abzugeben gewesen. Alle im Verhandlungsverfahren eingeladenen Bieter hätten fristgerecht ein verbindliches und ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Die Angebotspreise dieser Bieter seien infolge der Verhandlungsgespräche und Festlegungen markant aneinander angeglichen worden, sodass auf Grund der LBOs jedenfalls von einer Angemessenheit und Nachvollziehbarkeit der Angebotspreise auszugehen gewesen sei. Die AG verwies auf den dem Gericht vorliegenden Vergabeakt.

Hinsichtlich der Angebotspreisprüfung verwies die AG darauf, dass die eingereichten ersten Angebote auf Grund der Angaben der Bieter in den K3-Blättern bzw. der sonstigen Kalkulationsunterlagen in den Verhandlungsgesprächen erörtert worden seien. Soweit erforderlich, seien mit der Abgabe des LBO weitere Kalkulationsunterlagen gefordert

worden. Die AG habe insbesondere nach Vergleich der einzelnen Leistungspositionen, ob ein angemessener Stundenaufwand zur Leistungserbringung kalkuliert worden sei und ob die angebotenen Stundensätze bzw. Materialaufwendungen auskömmlich kalkuliert worden seien, auch eine Überprüfung hinsichtlich der Löhne vorgenommen, ob die Lohnnebenkosten sowie allgemeinen Gemeinkosten inklusive Gewinn einkalkuliert worden seien und sei auch überprüft worden, ob auch unproduktive Zeit in die Kalkulation eingeflossen sei. Es habe sich zu allen Bietern herausgestellt, dass die angebotenen Stundensätze sämtliche Lohn- und Lohnnebenkosten sowie weitere Preisbestandteile (allgemeine Gemeinkosten) beinhalteten.

Darüber hinaus sei insbesondere zu den LBOs festgestellt worden, dass keine Auffälligkeiten zu den Gesamtpreisangeboten bestünden und dass somit die Angebotspreise nachvollziehbar seien.

Am 30.11.2018 habe die AG den Bietern ihre (erste) „Zuschlagsentscheidung" zum gegenständlichen Vergabeverfahren übermittelt. Mit dieser ersten „Zuschlagsentscheidung" sei bekannt gegeben worden, dass die AG beabsichtige, der (auch verfahrensgegenständlichen) präs. RVP den Zuschlag zu erteilen.

Gegen diese Entscheidung habe die AST am 07.12.2019 einen Nachprüfungsantrag eingebracht, mit welchem die Entscheidung angefochten worden sei. In weiterer Folge habe das Landesverwaltungsgericht dem (ersten) Nachprüfungsantrag der AST stattgegeben und die angefochtene Entscheidung mit Erkenntnis vom 22.01.2019, LVwG-VG-5/002-2018, für nichtig erklärt. Diese Entscheidung sei damit begründet worden, dass zum Abschluss der Eignungsprüfung auch die Überprüfung der Mindestkreditwürdigkeit bzw. Mindestbonität des von der präs. RVP genannten notwendigen Subunternehmerin erforderlich sei, was unterblieben wäre. Das besagte Verfahren werde in der Folge als „Vorverfahren" bezeichnet. Das Bezug habende Erkenntnis des LVwG Niederösterreich sei „in Rechtskraft erwachsen".

Auf Grund des Erkenntnisses des LVwG Niederösterreich sei seitens der AG eine weitere Prüfung der Eignung durchgeführt und die präs. RVP aufgefordert worden, die ergänzenden Nachweise zur geforderten Mindestkreditwürdigkeit bzw. zur Mindestbonität vorzulegen. Dies, obwohl der Einleitungssatz des § 79 / § 250 BVergG 2018 keine Verpflichtung des Auftraggebers zu einer ständigen Überprüfung enthalte, ob nach den in den Z 1 bis 8 genannten Zeitpunkten die Eignung seitens des Unternehmers noch vorliege oder nicht. Nur wenn konkrete Anhaltspunkte für den Verlust eines Eignungselementes bestünden, sei der Auftraggeber gehalten, das Bestehen der Eignung zu verifizieren (vgl. RV 1171 BlgNR 22 GP 61, BVA12N 0038-BVA/201142 = VIL-Slg. 2011/27 (Fink)). In diesem Sinne sei vorsichtshalber nochmals den Anwürfen der AST nachgegangen worden und sei eine ergänzende Angebotsprüfung erfolgt. Diese habe – entgegen dem Vorbringen der AST – ergeben, dass die präs. RVP über die geforderte Rechtsfähigkeit, Befugnis, berufliche Zuverlässigkeit, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und technische Leistungsfähigkeit verfüge.

Es sei daher mit Schreiben vom 15.02.2019 eine neuerliche „Zuschlagsentscheidung", welche abermals zu Gunsten der präs. RVP ausgefallen sei, erfolgt.

Zur bisherigen Leistungserbringung durch die präs. RVP führte die AG aus, dass diese in den letzten Jahren immer wieder Grünschnitt- und Lehenberäumungsarbeiten für das Unternehmen der AG erbracht habe. Diese seien stets zur Zufriedenheit der AG erfolgt, und habe es weder beanstandete Mängel noch vertragliche Streitigkeiten bzw. Sanktionen, wie z.B. Schadenersatzansprüche oder Vertragsauflösungen, gegeben. Auch sei die bisherige Leistungserbringung durch die präs. RVP stets in rechtskonformer Weise erfolgt und liege daher keinerlei gegenteilige behördliche Entscheidung zu den von der AST behaupteten Anwürfen zur bisherigen Leistungserbringung durch die präs. RVP vor.

Die AG verwies weiters auf EuGH-Judikatur und höchstgerichtliche Judikatur im Zusammenhang mit der Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in Bezug auf die von der AST gestellten Anträge auf Akteneinsicht.

Mit Schriftsatz vom 28.02.2019 erfolgte seitens der AG an das erkennende Gericht eine ergänzende Urkundenvorlage samt Hinweis auf umfassende Erfordernisse des Ausschlusses von der Akteneinsicht.

Mit Stellungnahme der AG vom 05.03.2019 zum Nachprüfungsantrag verwies die AG darauf, dass der neuerliche Nachprüfungsantrag der AST auf reinen Vermutungen beruhe und nicht den Fakten entspreche. Richtigerweise verfüge die präs. RVP unter Berücksichtigung der von ihr bei Angebotsabgabe genannten Subunternehmerin zum

Nachweis ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit über die geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, insbesondere über die geforderten Jahresumsätze und die geforderte Bonität.

Die AG habe selbstverständlich eine vertiefte Preisprüfung hinsichtlich des Angebotspreises der präs. RVP vorgenommen, und sei die Zusammensetzung des Gesamtpreises der präs. RVP plausibel. Die AG verwies auf den Vergabeakt und auf den ergänzenden Prüfbericht vom 07.02.2019.

Nach Hinweisen auf die Vorgaben der AG hinsichtlich des Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des jeweiligen Bieters verwies die AG darauf, dass die präs. RVP gemeinsam mit der von ihr benannten Subunternehmerin am gegenständlichen Vergabeverfahren teilnehme und dass der konsolidierte geforderte Umsatz bei weitem über dem in der Ausschreibung geforderten konsolidierten durchschnittlichen Jahresumsatz liege, weshalb die von der AST die ins Treffen geführten Behauptungen somit unzutreffend seien. Die von der präs. RVP vorgelegte Umsatzerklärung stamme darüber hinaus auch vom 24.09.2018, sodass auch die Eignung zweifelsfrei vor dem 07.11.2018 vorgelegen sei, welchen die AST selbst als maßgebliches Datum für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit nenne.

Die AG legte die von der Steuerberatungskanzlei vorgenommene Aufschlüsselung der Umsätze bzw. die nach KSV vorgenommene Aufschlüsselung der Umsätze detailliert dar.

Hinsichtlich der Bonität der Subunternehmerin verwies die AG darauf, dass die AG im Einladungsschreiben vom 11.09.2018 festgelegt habe, dass die Vorlage eines KSV-Ratings mit einem Score von max. 399 ausreichend sei, um die Bonität nachzuweisen. Auch die geforderte Bonität der Subunternehmerin sowie jene der präs. RVP seien entgegen den unbelegten Behauptungen der AST gegeben.

Gemäß § 250 Z 5 BVergG 2018 habe die Eignung zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe vorzuliegen. Somit habe die Subunternehmerin nachzuweisen, dass die erforderliche Bonität zum 03.10.2018 vorgelegen sei. Dieser Nachweis sei erbracht worden.

Die Subunternehmerin habe über Aufforderung der AG (Ergänzungen zum Prüfbericht vom 07.02.2019) einen historischen KSV-Auszug vom 31.01.2019 übermittelt, aus welchem sich die Bonität der Subunternehmerin auch im Zeitablauf entnehmen lasse. Nach detaillierten Hinweisen der AG auf den Score der Subunternehmerin verwies die AG darauf, dass damit die präs. RVP auch vor dem Hintergrund des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 22.01.2019, LVwG-VG-5/002-2018, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nachgewiesen habe.

Zur behaupteten mangelnden vertieften Preisprüfung in Bezug auf das Angebot der präs. RVP führte die AG aus, dass sie entgegen der Vermutung der AST eine vertiefte Preisprüfung in Bezug auf dieses Angebot durchgeführt habe, weshalb der diesbezügliche Vorwurf schon deshalb nicht zutreffe.

Die AG verwies zum Erfordernis der Preisprüfung bei Sektorenauftraggebern auf die Judikatur zu § 125 BVergG 2006, aus der sich ergebe, dass die Bestimmungen zur Preisprüfung zwischen dem Sektorenbereich (Teil III) und jenem für den klassischen Bereich (Teil II) sich wesentlich unterscheiden würden.

Nach Hinweis auf die für den Sektorenauftraggeber relevante Bestimmung zur Preisprüfung nach § 300 Abs. 2 BVergG 2018 wendete die AG ein, dass für den Sektorenauftraggeber somit ausschließlich relevant sei, ob der Gesamtpreis eines Angebotes im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig sei oder begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestünden. Darüber hinausgehende Gründe dürfe der Sektorenauftraggeber keinesfalls einem Ausscheiden zugrunde legen. Die von der AST ins Treffen geführten Ausführungen zur vertieften Angebotspreisprüfung würden ausschließlich den klassischen Bereich des Vergaberechts betreffen und seien auf den gegenständlichen Fall nicht anwendbar. Nur der klassische Auftraggeber sei berechtigt und verpflichtet, zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise zu wesentlichen Positionen (§ 135 Abs. 3 Z 3 BVergG) bzw. die Verhältnisse der Einheitspreise von höherwertigen Leistungen zu jenen niederwertigerer Leistungen (§ 135 Abs. 4 Z 2 BVergG) vertieft zu prüfen.

Da es sich bei der AG um eine Sektorenauftraggeberin handle, sei diese nicht berechtigt, zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise zu wesentlichen Positionen (im Gegensatz zum klassischen Auftraggeber § 135 Abs. 3 Z 3 BVergG) bzw. die Verhältnisse der Einheitspreise von höherwertigen Leistungen zu jenen niederwertigerer Leistungen (§ 135 Abs. 4 Z

2 BVergG) vertieft zu prüfen. Der Gesetzgeber habe diese aufgeweichte Prüfpflicht für den Sektorenbereich bewusst vorgesehen.

Aus ErlRV 69 BlgNR XXVI, GP, 187 f, sei zu beachten, dass insbesondere die Regelungen des § 300 weniger detailliert seien als jene des § 137. Auch darüber hinaus sei die Regelung dieses Abschnittes weniger formal als jener im zweiten Teil dieses Bundesgesetzes; so fehlten hier die Bestimmungen der §§ 139 und 140 zu Aufklärungen und Erörterungen bzw. zur Dokumentation der Angebotsprüfung.

Die AG habe keine über den Sektorenbereich hinausgehenden Festlegungen zur Kalkulation und Angebotspreisprüfung getroffen. In diesem Sinne sei auch nicht gefordert worden, dass die Aufgliederungen der Preise den Bestimmungen der Ö-Norm B 2061 zu entsprechen hätten. Umso weniger habe eine Aufgliederung innerhalb einzelner Leistungspositionen zu erfolgen gehabt. Damit gelte der Grundsatz, dass der Bieter in seiner Kalkulation grundsätzlich frei sei.

Hinsichtlich des Maßstabes der vertieften Preisprüfung sei der Auftraggeber lediglich zu Plausibilitätsprüfung verpflichtet (VwGH 28.02.2012, 2007/04/0218). Der angebotene Gesamtpreis (!) müsse plausibel sein. Der Auftraggeber sei nicht verpflichtet, die abgegebene Kalkulation bzw. die Angebotspreise nachzukalkulieren. Dies gelte umso mehr für Sektorenauftraggeber. Wenn §§ 300 (folgende) BVergG 2018 anders als § 137 BVergG 2018 nicht auf „zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen“ abstelle und auch keine zu § 137 Abs. 3 BVergG 2018 vergleichbare Bestimmung hinsichtlich des Erfordernisses der Prüfung enthalten sei, ob im Preis direkt zuordenbare Kosten enthalten seien und die Leistungsansätze auf Grund der Erfahrungen erklärbar seien, könne sich die vertiefte Angebotsprüfung des Sektorenauftraggebers umso mehr auf eine bloße Plausibilitätsprüfung beschränken und sei die AG nicht verpflichtet, Detailfragen zu Einzelpreisen nachzugehen. Es genüge die Angemessenheit des Gesamtpreises im Vergleich

a) zum Mitbewerb bzw.

b) auch zu den Erfahrungswerten.

Die AG legte detailliert die Angebotspreise der LBOs sowie deren Abweichung in einer Tabelle dar.

Nichtsdestotrotz habe die AG eine den Anforderungen des klassischen Bereiches entsprechende vertiefte Angebotspreisprüfung vorgenommen und sei diese damit für den Sektorenbereich jedenfalls auch zulässig.

Die Annahme der AST, bei der präs. RVP sei keine Preisaufklärung gefordert worden, und ihre Schlüsse daraus seien daher verfehlt.

Zur Plausibilität des Gesamtpreises des Angebotes des präs. RVP führte die AG aus, dass der mit dem LBO angebotene Gesamtpreis der präs. RVP plausibel und angemessen sei und den bisherigen Erfahrungswerten der AG betreffend ihre Eisenbahnstrecken entspreche. Die AG sei bei der Angebotspreisprüfung zum Ergebnis gelangt, dass die Angebotspreise der LBOs im marktüblichen Bereich lägen. Gerade durch die Verhandlungsführung der AG infolge des Erstangebotes und die daran anschließenden Festlegungen und Aufforderungen sei es der AG gelungen, letztlich miteinander vergleichbare Angebote und sohin auch plausible Gesamtpreise von den Bietern zu erhalten, so auch von der nunmehrigen präs. RVP. Gerade dieser Verhandlungsprozess sei ein Beleg für die Plausibilität des Gesamtpreises der präs. RVP.

Es seien in diesem Sinne die K3-Blätter bzw. sonstige Aufklärungen zu den Stundensatzkalkulationen sowie die K7-Blätter sowie sonstige Aufklärungen zu den Materialeinsätzen von allen Bietern zu den Erstangeboten gefordert worden, da bei der Angabe des ersten Angebotes größere Unterschiede zwischen den Angebotspreisen der Bieter vorgelegen seien. Während der Angebotspreis der präs. RVP nachvollziehbar sei (und auch den aktuellen Preisen entspreche), sei vor allem der Angebotspreis der AST in ihrem ersten Angebot exorbitant hoch gewesen und habe die interne Kostenschätzung um ein Vielfaches überschritten.

Die vorgelegten Kalkulationsunterlagen seien durch die AG auf Plausibilität kontrolliert und in den Verhandlungsgesprächen mit allen Bietern erörtert worden. Dabei habe sich herausgestellt, dass ergänzende Festlegungen zu den Abrufmodalitäten eine exaktere Kalkulation der zu erwarteten Kosten zuließen.

In diesem Sinne habe die AG weitere Festlegungen infolge der Verhandlungsgespräche getroffen. Die LBOs hätten sich beachtlich angeglichen im Vergleich zu den ersten Angeboten.

Die AG führte detailliert die Angebotspreise der ersten Angebote sowie der LBOs aus.

Die präs. RVP habe im Vergleich zu ihrem ersten Angebot keine kalkulatorischen Änderungen vorgenommen. Der Angebotspreis der präs. RVP habe sich nur erhöht, weil die Regieleistungen gemäß Festlegungen vom 07.11.2018 in den bewertungsrelevanten Gesamtangebotspreis einzukalkulieren gewesen seien.

Die angebotenen Preise zu den LBOs aller Bieter stünden in einem gewöhnlichen Verhältnis zueinander. Die Abweichung des Angebotspreises des Angebotes der AST zum Angebot der präs. RVP (13,07 Prozent) ergebe kein ungewöhnliches Verhältnis zwischen diesen Angebotspreisen. Von einem ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis könne keine Rede sein.

Zur behaupteten nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes der präs. RVP verwies die AG erneut darauf, dass im Sektorenbereich die Plausibilität des Gesamtpreises genüge. Ausschließlich auf Grund des bisherigen Vorverfahrens und der unzähligen Interventionen der AST habe die AG auch auf Ebene der Positionspreise die Angebotsprüfung vorgenommen und die Plausibilität der Preise hinterfragt, und sei diese auch nachgewiesen.

Hinsichtlich des anzuwendenden Kollektivvertrages verwies die AG darauf, dass es nach der österreichischen Rechtsordnung nicht zwingend geboten sei, dass alle Bieter zu demselben Kollektivvertrag anbieten. Der jeweils anzuwendende Kollektivvertrag richte sich nicht nach dem Auftraggeber, sondern nach dem jeweiligen Bieter. Abhängig von der Zugehörigkeit des Bieters zu einer bestimmten Branche/Fachgruppe etc. könnten unterschiedliche Kollektivverträge anwendbar sein. Im gegenständlichen Fall könne es dahingestellt bleiben, ob die AST dem Kollektivvertrag für Forstarbeiter in der Privatwirtschaft unterliege. Die präs. RVP unterliege jedenfalls zu Recht dem Kollektivvertrag der gewerblichen Forstunternehmer Österreichs.

Hinsichtlich Mindestlohn, Lohnnebenkosten und Stundensätzen verwies die AG darauf, dass die Stundensatzkalkulation der präs. RVP den Bruttolohn, die Lohnnebenkosten und allgemeine Gemeinkosten inklusive Wagnis/Gewinn einkalkulierten. Nicht verrechenbare Stunden (unproduktive Zeit) seien hierin berücksichtigt. Der Angebotspreis der präs. RVP beinhalte sämtliche Lohn- und Lohnnebenkosten sowie weitere indirekte Kosten (allgemeine Gemeinkosten). Die von der präs. RVP angesetzten Arbeitszeiten zu den einzelnen zu rodenden Flächen bzw. Fällarbeiten seien auskömmlich kalkuliert und entsprächen auch den bisherigen Erfahrungswerten der AG. Für einen Waldarbeiter Lohngruppe 2 sei der von der AG bezeichnete Stundenlohn (Angabe der monatlichen Bruttolohnsumme) vorgesehen. Der von der präs. RVP kalkulierte Bruttolohn bzw. Stundensatz liege bei weitem über diesen Vorgaben (auch inklusive Lohnnebenkosten, Wagnis und Gewinn) und sei somit jedenfalls auskömmlich kalkuliert.

Sogar die AST habe in ihrem Nachprüfungsantrag ausgeführt, dass erst bei Unterschreiten des Mittellohnes in der Höhe von € 37,-- ein Indiz dafür vorläge, dass die präs. RVP ihr Angebot unter Missachtung der kollektivvertraglichen Mindestlöhne oder der direkten Lohnkosten kalkuliert hätte. Dies sei hier offenkundig nicht der Fall. Damit sei der Vorwurf eines zu niedrigen Stundensatzes entkräftet.

Hinsichtlich Anfahrtspauschalen verwies die AG darauf, dass die Anfahrtswege als nicht der Arbeitszeit zuzurechnende Wegzeiten gelten und somit keine Lohnkosten, sondern lediglich Materialkosten (PKW/LKW-Kosten) verursachten.

Die AG verwies auf das von ihr im Nachprüfungsverfahren vorgelegte Rechtsgutachten von F und darauf, dass allein aus diesem Grund der Unterschied zu den übrigen Angebotspreisen nachvollziehbar sei.

Betreffend Aufwandsansätze verwies die AG darauf, dass die kalkulierten Aufwandsansätze der präs. RVP auskömmlich angesetzt worden seien. Die ausgeschriebenen Leistungen könnten in der angebotenen Zeit erbracht werden.

In den Regiepreisen würden sich die Preise zwischen jenen der AST und der präs. RVP nicht wesentlich unterscheiden, sodass schon deshalb der Vorwurf der mangelnden Plausibilität auszuschließen sei.

Gleiches gelte für die Zuschläge für Nachtarbeit, Samstag und Sonn- und Feiertage.

Betreffend die Positionen Felsräumung/Seiltechnik bzw. Gehölze verwies die AG darauf, dass die von der präs. RVP angewandte Abseiltechnik von der AUVA nicht untersagt werde, auch wenn die AUVA das Ablassen gegenüber dem Abseilen im Felsen bevorzuge. Es werde auf die unverbindliche Sicherheitsbroschüre der AUVA verwiesen. Bei Felsberäumungsarbeiten gehe es in erster Linie um das Entfernen von losem Geröll oder Steinen. Darüber hinaus sei

mitgeteilt worden, dass für den Fall eines Bewuchses auf einer Felswand dieser mit einer kleinen Handsäge (keiner Motorsäge) entfernt werde. Hier werde aktives Abseilen verwendet. Das Durchtrennen von zwei Seilen mit einer Handsäge sei unmöglich. Somit seien die angewandten Techniken der präs. RVP rechtlich zulässig.

Die Differenzen zu den Positionen „Felsräumung“ und „Gehölz“ seien von der präs. RVP unter Vorlage der mit den Angebotspreisen „kollidierenden“ K3- und K7-Blätter aufgeklärt worden. Der Unterschied ergebe sich durch die dem Stand der Technik und dem Arbeitnehmerschutz entsprechende Abseiltechnik, den plausiblen und aus der bisherigen Betriebspraxis nachvollziehbaren Leistungsansätzen (Hinweis auf das diesbezüglich vorgelegte K7-Blatt vom 15.11.2018) und durch die etwas niedrigeren, aber innerhalb der von der AST selbst vorgenannten Lohnkosten. Zu betonen sei hier, dass die von der präs. RVP angegebenen Leistungsansätze den bisherigen Erfahrungen der AG entsprächen. Sie seien in der Praxis bereits in der Vergangenheit erprobt. Vor diesem Hintergrund seien auch diese Detailpreise nachvollziehbar und plausibel.

Es sei somit festzustellen, dass der Angebotspreis der präs. RVP nicht nur auf Grund seiner Höhe, sondern auch vor dem Hintergrund der offengelegten Kalkulation und des offengelegten Inhaltes auskömmlich und nachvollziehbar kalkuliert worden sei.

Insgesamt sei daher die „Zuschlagsentscheidung“ konform, weshalb beantragt werde, den Antrag der AST zurück – in eventu abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 07.03.2019 hat die präs. RVP innerhalb der 10-tägigen Frist des§ 7 Abs. 2 NÖ VNG begründete Einwendungen erhoben und im Wesentlichen eingewendet, dass die Behauptungen der AST unrichtig seien, es sich vielmehr hierbei um reine Vermutungen handle, welchen keine Berechtigung zukomme. Das Verhalten der AST lasse weiterhin darauf schließen, dass diese mit dem gegenständlichen Antrag vielmehr das Ziel verfolge, Akteneinsicht – und so Einsicht in vertrauliche Geschäftsunterlagen der präs. RVP, welche für die AST hinkünftig von Vorteil sein könnten – zu erreichen. Es werde daher bereits jetzt ersucht, der AST, insbesondere zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der präs. RVP, keine Akteneinsicht in vertrauliche Aktenbestandteile, insbesondere in das von der präs. RVP gelegte Angebot und die Eignungsnachweise, zu gewähren.

Die präs. RVP sei durch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag unmittelbar in ihrem rechtlichen Interesse zum Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung nachteilig betroffen.

Außer Streit stehe, dass das gegenständliche Verfahren gemäß § 206 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 als Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Sektorenbereich durchgeführt werde.

Hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der präs. RVP führte diese aus, dass die AG in ihrer Aufforderung zur Übermittlung von Eignungsnachweisen vom 11.09.2018 unter anderem bekannt gegeben habe, welche Eignungsanforderungen zu erfüllen seien. Diesbezüglich könne auf die von der präs. RVP vorgelegten Eignungsnachweise (Vergabe) verwiesen werden. Tatsächlich habe die präs. RVP gemeinsam mit der von ihr bezeichneten Subunternehmerin mit entsprechender Subunternehmererklärung am gegenständlichen Vergabeverfahren teilgenommen.

Sie habe eine Umsatzerklärung vorgelegt, aus welcher die Jahresumsätze der präs. RVP und der Subunternehmerin hervorgingen. Diese Umsatzerklärung stamme von September 2018. Die von der AST im Nachprüfungsantrag genannten Umsätze der präs. RVP seien nicht nur unrichtig, sondern auch im Hinblick darauf, dass die präs. RVP mit der Subunternehmerin gemeinsam teilgenommen habe, nicht relevant. Aus der von der präs. RVP vorgelegten Urkunde „Umsatzerklärung der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin“, wobei hier ausdrücklich beantragt werde, der AST zur Wahrung der Interessen der präs. RVP keine Akteneinsicht zu gewähren, sei eindeutig erkennbar, dass die vorgesehenen durchschnittlichen konsolidierten Jahresumsätze in den Jahren 2014 bis 2017 bei weitem erreicht worden seien.

Die vorgelegten Unterlagen zeigten daher, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präs. RVP gegeben sei und dass ein Rechtswidrigkeitsgrund nicht vorliege.

Weiters habe die AG die präs. RVP aufgefordert, eine Aufschlüsselung der Umsätze der vergangenen Jahre vorzulegen. Auch dieser Aufforderung sei die präs. RVP fristgerecht nachgekommen. Sie würden durch den Steuerberater bzw. durch die KSV 1870 - Bewertungen belegt. Es könne daher den Unterlagen laut Vergabeakt entnommen werden, dass

der geforderte durchschnittliche konsolidierte Jahresumsatz von 2014 bis 2017 von zumindest € 2.000.000,-- vorliege.

Auch der Nachweis der Bonität in Bezug auf die Subunternehmerin sei durch Vorlage eines KSV-Ratings nachgewiesen worden. Bei dem am 31.01.2019 vorgelegten KSV-Rating handle es sich um einen historischen KSV-Auszug, sodass neben den letzten Jahresumsätzen auch erkennbar sei, dass der Score seit dem Jahr 2015 bis zum Zeitpunkt der Eingabe jedenfalls besser als der Branchendurchschnitt sei. Auch die diesbezüglichen Einwendungen gingen daher ins Leere. Dem Vergabeakt könne eindeutig entnommen werden, dass die präs. RVP die erforderlichen Nachweise ausschreibungsgemäß und damit rechtzeitig vorgelegt habe.

Hinsichtlich der Einwendungen zur vertieften Preisprüfung und der plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises verwies die präs. RVP darauf, dass dem Vergabeakt entnommen werden könne, dass die Unterlagen entsprechend geprüft und offensichtlich für nachvollziehbar erachtet worden seien. Darüber hinaus sei der von der präs. RVP angebotene Preis jedenfalls nachvollziehbar. Die präs. RVP habe in der Vergangenheit bereits vergleichbare Aufträge erfüllt und könne somit auf Erfahrungswerte zurückgreifen. Darüber hinaus seien die von der AST zu diesem Punkt gemachten Ausführungen rechtlich unrichtig, und sei die vorliegende Abweichung auch nicht unüblich. Ausdrücklich bestritten werde, dass die gegenständliche Preisschwankung unter Berücksichtigung der Marktsituation ungewöhnlich sei. Die gegenständliche Preisschwankung sei nicht als ungewöhnlich, sondern als völlig üblich zu qualifizieren. Die präs. RVP verwies auf die Teilnahme an früheren Vergabeverfahren und darauf, dass auch dort ein Preisunterschied zwischen den Angeboten von 14% vorgelegen sei. Preisschwankungen in dieser Branche seien durchaus üblich, und liege gegenständlich keine grobe Abweichung vor.

Zum ersten Angebot und zum LBO der präs. RVP sei auszuführen, dass die Kalkulation der Preise identisch sei. Es seien keine kalkulatorischen Änderungen vorgenommen worden. Tatsächlich sei es auf dem Datenträger zur Abgabe des LBO nicht möglich, die Preissubposition „Sonstiges“ auszufüllen. Aus diesem Grund sei die Preissubposition „Sonstiges“ zur Subposition Lohn eingefügt worden. Die Kalkulation der Preise sei jedoch identisch mit der Kalkulation zum ersten Angebot. Der jeweilige Positionspreis bestehe daher, gleich wie bei der Abgabe des Erstangebotes, aus Lohn und Sonstigem. Den angegebenen Preisen zur Subposition „Lohn“ liege der im LBO aufgeschlüsselte kalkulierte Stundensatz zugrunde.

Da es sich gegenständlich um ein Verfahren im Sektorenbereich handle, genüge die Plausibilität des Gesamtpreises. Auch dies sei durch das Angebot bzw. das LBO der präs. RVP jedenfalls gegeben. Dem Antrag könne nicht entnommen werden, was die AG über die durchgeführten Prüfungshandlungen hinaus noch hätte tun sollen.

Die präs. RVP habe ihrer Berechnung eine Stundenkalkulation zugrunde gelegt. In diesem Stundensatz seien der Bruttolohn, die Lohnnebenkosten und allgemeine Gemeinkosten inklusive Wagnis/Gewinn einkalkuliert. Selbstverständlich seien die hier anzuwendenden Kollektivverträge berücksichtigt worden und sei eine genaue Kalkulation durchgeführt worden.

Die präs. RVP unterliege dem Kollektivvertrag der gewerblichen Forstunternehmer Österreichs. Es sei daher unrichtig, dass die präs. RVP gesetzliche oder kollektivvertragliche Entlohnung für Anfahrtswege verweigert habe. Offensichtlich lege die AST hier einen falschen Kollektivvertrag zu Grunde. Die angebotenen Preise lägen jedenfalls auch im marktüblichen Bereich. Zu berücksichtigen sei hier vor allem auch die einschlägige Erfahrung der präs. RVP. Vielmehr zeige das Vorbringen der AST, dass diese im Gegensatz zur präs. RVP keine einschlägigen Erfahrungen aufweise und daher zur Leistungserbringung nicht geeignet sei.

Die Ausführungen der AST zur Zweiseiltechnik seien völlig unrichtig. Diese Technik erfordere nicht, wie von der AST behauptet, dass jedenfalls zwei Arbeitskräfte benötigt würden. Vielmehr gehe es hier um den Einsatz von zwei unabhängig getrennt voneinander angebrachten, also redundanten, Systemen. Es gebe z.B. ein Arbeits- und ein Sicherungsseil. Dies setze jedoch nicht unbedingt die Anwesenheit zweier Arbeitskräfte voraus. Es werde daher auch bestritten, dass die AST in diesem Bereich seit Jahren tätig sei. Wäre dies der Fall, sollte sie wissen, was unter Zweiseiltechnik zu verstehen sei. Es lägen auch hier keine Anhaltspunkte für eine Rechtswidrigkeit vor.

Die „Zuschlagsentscheidung“ sei daher entsprechend den vergaberechtlichen Bestimmungen erfolgt.

Nach Ausführungen betreffend den Antrag auf Akteneichsicht und dem Hinweis auf die Notwendigkeit zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen unter gleichzeitiger Berücksichtigung der EuGH-Judikatur stellte die präs. RVP den Antrag, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge der präs. RVP die Parteistellung zuerkennen,

der präs. RVP die weiteren Schriftsätze im gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren übermitteln, den Nachprüfungsantrag der AST zurück – in eventu abweisen sowie die Angebote und Eignungsnachweise der präs. RVP vollständig von der Akteneinsicht ausnehmen.

Mit Schriftsatz vom 13.03.2019 hat die AST nach neuerlichen Hinweisen betreffend die Verpflichtung der AG zur Preisangemessenheitsprüfung, auf den Inhalt der Preisangemessenheitsprüfung, auf die Festlegungen des Auftraggebers im Zusammenhalt mit der Kalkulation der Position „Felsräumung", Ausführungen betreffend „passives Abseilen wegen Steinschlaggefahr" und „passives Abseilen wegen Verwendung scharfer Werkzeuge" unter Hinweis auf den Stand der Technik und darauf, dass dem Stand der Technik der Personensicherung gegen Absturz bei Felsräumarbeiten inzwischen ausschließlich das passive Abseilen entspreche, das Angebot der präs. RVP diese Vorgabe im Rahmen der Kalkulation nicht erfülle und damit den zwingenden Festlegungen der AG widerspräche, sowie nach Hinweisen darauf, dass die Kalkulation der Anfahrten durch die präs. RVP nicht berücksichtigten, dass die Dienstnehmer jedenfalls einen zwingenden Anspruch auf Vergütung für ihre den Anfahrtspauschalen zuzuordnenden Arbeitsleistungen hätten, weiters nach Hinweisen über Entgelt für Weg- und Fahrzeit und Ausführungen betreffend die Kalkulation der Anfahrten durch die Subunternehmerin sowie unter gleichzeitigem Hinweis auf die von der AST mit dem Schriftsatz gleichzeitig vorgelegten Unterlagen darauf verwiesen, dass nach ständiger Rechtsprechung das Landesverwaltungsgericht die von der AG versäumte Preisprüfung und Beurteilung der Preisangemessenheiten nunmehr selbst durchzuführen habe und diese nicht im Wege einer „Kassation" der Zuschlagsentscheidung auf den Auftraggeber rückübertragen könne (VwGH 25.01.2011, 2008/04/0082), weshalb für diese Beurteilung die Einholung eines Gutachtens aus dem Fachgebiet der Kostenrechnung, Leistungsrechnung und Kalkulation erforderlich sei, weiters ausgeführt, dass für diese Beurteilung die Überprüfung der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gewählten Zeitansätze zur Position 01 07 01 „Felsräumung" erforderlich sei, weshalb für diese Beurteilung die Einholung eines Gutachtens aus dem Fachgebiet „Sicherheitswesen – technisches Unfallwesen, Arbeitsschutz" erforderlich sei.

Die AST stellte die Anträge auf Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachgebiet der Kostenrechnung, Leistungsrechnung und Kalkulation zum Beweis dafür, dass der Angebotspreis des Angebotes der präs. RVP nicht plausibel zusammengesetzt, betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll bzw. erklärbar sei und dass nicht alle Kostenfaktoren einschließlich Lohn- und sonstige Kosten sowie Abgaben berücksichtigt worden seien.

Weiters stellte die AST den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachgebiet „Sicherheitswesen – technisches Unfallwesen, Arbeitsschutz" zum Beweis dafür, dass passives Abseilen für die in Position 01 07 01 01 „Felsräumung" beschriebenen Arbeiten gesetzlich zwingend vorgeschrieben sei, zumindest aber Stand der Technik sei und deshalb das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin ohne passives Abseilen den Festlegungen der AG zur Position 01 07 01 01 „Felsräumung" bzw. den gesetzlichen Bestimmungen zum Arbeitnehmerschutz widersprächen.

Mit Schriftsatz vom 19.03.2019 legte die AST ergänzende Unterlagen vor (Fotokonvolut, AUVA- Leitlinie Höhenarbeit am Seil und Sachverständigenprivatgutachten von G im Auftrag der AST), beantragte die Einvernahme von G als „sachverständigen Zeugen" und verwies im Wesentlichen darauf, dass die präs. RVP der AG auf deren ausdrückliche Nachfrage mitgeteilt habe, dass für den Fall eines Bewuchses auf einer Felswand dieser mit einer kleinen Handsäge (keiner Motorsäge) entfernt werde.

Die AG habe daraus abgeleitet, dass das Durchtrennen der Sicherungsseile deshalb unmöglich und deshalb aktives Abseilen zulässig sei.

Die AST verwies dazu auf die Webseite der präs. RVP und darauf, dass sich in der Kategorie „Sommerbetrieb", in der Unterkategorie „Felsberäumung", Fotos zu jenen Arbeiten fänden, die Leistungsinhalt der Position 01 07 01 01 „Felsräumung" seien.

Diese Fotos bildeten das bisherige und auch das geplante Vorgehen der präs. RVP im Zusammenhang mit der Bezug habenden Leistungserbringung ab.

Aus den Fotos ergebe sich eindeutig, dass die präs. RVP für die positionsgegenständlichen Arbeiten laufend Motorsägen einsetze, wobei die Gefahr einer Durchtrennung eines Seiles auch bestehe, wenn die Motorsägen nicht während der gesamten Arbeitsdauer sondern nur teilweise eingesetzt würde.

Nach Hinweisen, wonach der erforderliche Einsatz von Stahlvorfächern bei aktivem Abseilen technisch nicht möglich sei, somit das von der präs. RVP vorgesehene aktive Abseilen kein durchtrennungssicheres Sicherungssystem darstelle, verwies die AST darauf, dass sich aus den Fotos der Homepage der präs. RVP auch ergebe, dass diese die beabsichtigte Abseilmethode mit bloß einem Seil, somit nicht einmal redundant, durchführe, was jedenfalls den gesetzlichen Vorgaben des § 6 Abs. 8 Bauarbeiterschutzverordnung widerspreche, gesetzlich verboten sei und auch nicht dem Stand der Technik laut vorgelegter AUVA-Leitlinie Höhenarbeit am Seil entspreche, in welcher grundsätzlich hinsichtlich der Sicherungssysteme Vollredundanz verlangt sei.

Unter Hinweis auf § 249 Abs. 2 Z 10 BVergG 2018 brachte die AST vor, dass die präs. RVP in diesem Zusammenhang gegenüber der AG irreführende Informationen über ihr Angebot übermittelt habe, eine irreführende Auskunftserteilung seitens der präs. RVP auch bewusst erfolgt sei, und dies zum Zweck der Beeinflussung der AG zu Gunsten des Angebotes der präs. RVP.

Das Angebot der präs. RVP hätte daher auch aus diesem Grund durch die AG ausgeschieden werden müssen.

Da die präs. RVP zwingende, dem Stand der Technik entsprechende Arbeitssicherheitsvorschriften bei Felsberäumungsarbeiten in der Vergangenheit nicht eingehalten habe, auch angekündigt habe, diese notwendigen und dem Stand der Technik entsprechenden Sicherungstechniken auch bei den gegenständlichen Leistungen nicht anzuwenden, sich die präs. RVP mit diesem Bruch zwingender arbeitsrechtlicher Mindestvorschriften einen erheblichen Arbeitszeit- und Materialaufwand erspare, sei deren Angebot dementsprechend preisunangemessen (mangels Kalkulation ausreichender Arbeitskräfte für die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen), im Widerspruch zu Arbeitssicherheitsbestimmungen (zwingender arbeits- und sozialrechtlicher Mindestvorschriften) und im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen, die dem Stand der Technik entsprechende Sicherungsmaßnahmen verlangten.

Sämtliche Stellungnahmen wurden den jeweiligen Parteien des Nachprüfungsverfahren, soweit nicht Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu wahren waren, vom erkennenden Gericht übermittelt bzw. inhaltlich zur Kenntnis gebracht.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat hierzu in Entsprechung des

§ 24 Abs. 1 VwGVG eine öffentliche mündliche Nachprüfungsverhandlung in Anwesenheit aller Parteienvertreter durchgeführt, in welcher anhand der von der AG vorgelegten bzw. beim Gericht befindlichen Vergabeunterlagen, sämtlicher von der AG, der AST und der präs. RVP vorgelegter zusätzlicher Unterlagen und durch Befragung der informierten Vertreter der Parteien des Verfahrens sowie durch Einvernahme des Zeugen H Beweis erhoben wurde.

Die AG hat in der Nachprüfungsverhandlung zum Nachweis dafür, dass das aktive Abseilen im Zweiseilverfahren, wie von der präs. RVP bei der Ausführung der Felsäumungsarbeiten beabsichtigt, eine zulässige Abseilmethode darstellt, ein schriftliches Gutachten von I vom 16.03.2019 vorgelegt, welches den übrigen Parteien des Verfahrens ebenfalls ausgefolgt wurde.

Der Vertreter der AST hat in der Nachprüfungsverhandlung am 22.03.2019 die Anträge auf Akteneinsicht, auf Einholung eines Gutachtens eines Sachverständigen für Kostenrechnung und Preiskalkulation bzw. eines Sachverständigen für Forsttechnik /Sicherheitstechnik und den Antrag auf zeugenschaftliche Einvernahme des von der AST stellig gemachten Privatgutachters G (Privatgutachten zum Stand der Technik im Bereich Höhenarbeit und Seilzugangstechniken für Lehnenarbeiten - Felsberäumungsarbeiten) zurückgezogen.

Festgestellt wird, dass sämtliche von den Parteien des Nachprüfungsverfahrens vorgelegte Privatgutachten der Beurteilung durch das erkennende Gericht ebenfalls zugrunde gelegt wurden.

Auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens hatte das erkennende Gericht von folgendem, als feststehend anzusehenden Sachverhalt auszugehen:

Die AG führt verfahrensgegenständlich ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich (§ 206 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018) gemäß Bundesvergabegesetz 2018, Teil III (Sektoren), zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend das Vorhaben „Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Erbringung von Grünschnitt- und Lehnenberäumungsarbeiten“ durch.

Mit Schriftsatz der AG vom 11.09.2018, übermittelt an alle eingeladenen Unternehmer (somit auch an die AST und an die präs. RVP), erfolgte seitens der AG die Anfrage zur Vorlage von Nachweisen für die Eignung im Bezug habenden Vergabeverfahren gegenüber den eingeladenen Unternehmern.

Unter Angabe der im bezeichneten Schriftsatz vom 11.09.2018 unter den lit. a bis
lit. e bezeichneten Eignungsanforderungen wurde von der AG unter lit. d gefordert, dass die Struktur und die wirtschaftliche Situation des Bieters sicherstellen müssen, dass die ausgelobte Leistung problemlos erbracht wird; das heißt in concreto:

? Der Bieter mus

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