

TE Lvwg Erkenntnis 2016/8/12 405-5/16/1/20-2016

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.08.2016

Entscheidungsdatum

12.08.2016

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72005 Beschaffung Vergabe Salzburg

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §272 Abs1

LVergKG Slbg 2007 §26

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat durch den Richter Mag. Peter Berger sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Martin Huber und Dr. Martin Niklas über den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ABC security GmbH & Co KG, T., vertreten durch RA Dr. F. H., T., im Vergabeverfahren „T. – Fahrscheinkontrolle im O-Bus der Stadt T. PA xxxx“ der Auftraggeberin T. AG für Energie, Verkehr, und Telekommunikation, T., vergebende Stelle: T. AG, vertreten durch LM Rechtsanwälte OG, Wien,

zu Recht e r k a n n t :

I. Dem Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin T. AG, ausgesprochen durch die vergebende Stelle, T. AG Abteilung Einkauf und Logistik, im Vergabeverfahren „T. AG – Fahrscheinkontrolle im O-Bus der Stadt T. PA xxxx“ vom 27.06.2016, der P. Sicherheitsdienstleistungen GmbH den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig zu erklären, wird stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 27.06.2016 zugunsten der P. Sicherheitsdienstleistungen GmbH für nichtig erklärt.

II. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin Pauschalgebühren in Höhe von € 1.992,00 zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

1. Verfahrensgang:

1.1.

Mit Nachprüfungsantrag vom 06.07.2016 (verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) beantragte die Antragstellerin ABC security GmbH & Co KG, die Zuschlagsentscheidung vom 27.06.2016 der Auftraggeberin T. AG in der Ausschreibung „T. AG – Fahrscheinkontrolle im O-Bus der Stadt T. PA xxxx“, der P. Sicherheitsdienstleistungen GmbH den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig zu erklären. Weiters wurde beantragt, der Auftraggeberin den Ersatz der geleisteten Pauschalgebühr aufzutragen.

Begründend wurde – auf das Entscheidungswesentliche zusammengefasst – vorgebracht, dass der Antrag rechtzeitig gestellt worden sei, das rechtliche Interesse darin bestehe, dass zeitgerecht ausschreibungskonforme Angebote gelegt worden seien, die Pauschalgebühr unwiderruflich zur Anweisung gebracht worden sei und ein Schaden in Höhe von zumindest ca. € 75.300,00 drohe, hinzu kämen frustrierte interne Kosten für die Angebotserstellung von zumindest € 8.000,00 sowie Kosten für die anwaltliche Vertretung von € 3.000,00.

Die Zuschlagsentscheidung stütze sich auf die in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens eingelangten Letztangebote, deren Vergleichbarkeit jedoch nicht gegeben sei. Die Auftraggeberin habe sowohl in ihrem Schreiben vom 17.05.2016 als auch in ihrem Schreiben vom 24.05.2016 mitgeteilt, dass nach Abgabe der LBO eine fehlende Vergleichbarkeit der Angebote gegeben sei. Wenngleich diese Festlegungen zurückgezogen worden seien, ändere dies nichts an der Tatsache, dass mit beiden Entscheidungen der Auftraggeberin bestätigt worden sei, dass tatsächlich keine Vergleichbarkeit der Angebote gegeben sei, was - ohne Festlegung einer weiteren echten Verhandlungsrunde - zwingend zum Widerruf der Ausschreibung führen müsse. (Hierzu führte der Rechtsvertreter der Antragstellerin ausführlich aus, warum einzelne Punkte der Verfahrensordnung sowie der Besonderen Vertragsbestimmungen die Angebote unkalkulierbar bzw. nicht vergleichbar machen würden).

Die Antragstellerin habe eine Software-Lizenz gemäß Punkt 2.8. der Vertragsbestimmungen inne und sei fraglich, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine solche Software-Lizenz im maßgeblichen Zeitpunkt (spätestens mit Angebotsabgabe) nachweisen habe können.

Es sei weiters fraglich, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin tatsächlich ausreichendes Personal gemäß Punkt 3.1. mit möglichem Vertragsbeginn 01.07.2016 nachweisen habe können.

Betreffend Inkassobüro habe die Antragstellerin eine entsprechende Verfügbarkeitserklärung abgeben lassen und würden Inkassoleistungen auch durch einen Subunternehmer abgedeckt werden. Sollte dies bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht erfolgt sein, wäre deren Angebot auch aus diesem Grunde auszuschneiden gewesen.

Der Zuschlagsentscheidung vom 27.06.2016 sei nicht zu entnehmen, warum die präsumtive Zuschlagsempfängerin in den Qualitätskriterien die volle Punktzahl erreicht habe. Im Hinblick darauf, dass Zuschlagskriterien mit dem ausgeschriebenen Leistungsbild in Zusammenhang stehen müssten, könne nur so überprüft werden, ob die Annahme der Auftraggeberin, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die vollen Punkte zu geben, richtig sei. Auch diese Rechtsfrage sei von wesentlichem Einfluss, da bereits ein geringer Punkteabschlag von fünf Punkten in einem Kriterium einen Bietersturz zugunsten der Antragstellerin verursachen würde.

Die Rechtswidrigkeiten würden sohin in einer fehlenden Vergleichbarkeit der abgegebenen Angebote, in einer nicht nachvollziehbaren Bewertung der Zuschlagskriterien sowie in einem Begründungsmangel liegen.

Unter einem wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, wonach der Auftraggeberin untersagt werden möge, bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag den Zuschlag zu erteilen.

1.2.

Mit Beschluss vom 13.07.2016, Zahl 405-5/16/2/6-2016, wurde dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattgegeben und der Auftraggeberin untersagt, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag zu erteilen.

1.3.

Mit Schreiben vom 13.07.2016 wurde der Gesamttakt übermittelt.

1.4.

Mit Schriftsatz vom 15.07.2016 langten die begründeten Einwendungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beim Landesverwaltungsgericht ein. Diese beantragte, sämtliche Anträge der Antragstellerin als unbegründet abzuweisen, in eventu zurückzuweisen und führte begründend - zusammengefasst - aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin

Weltmarktführerin im Bereich Sicherheit, Marktführer im Bereich Fahrscheinkontrolle für Verkehrsunternehmen in Österreich sei und über mehrere Aufträge in diesem Bereich in Österreich sowie international verfüge. Sie erfülle sämtliche Eignungskriterien und Anforderungen der Ausschreibung. Die behaupteten Rechtswidrigkeiten würden nicht vorliegen. Die Ausschreibungsunterlagen, welche bestandfest geworden seien, seien umfangreich und detailliert. Darüber hinaus habe die Antragstellerin in ihren Fragebeantwortungen zusätzliche Klarstellungen getroffen. Es sei auch der Antragstellerin unbenommen gewesen, zu ihrer Meinung nach unklaren Bestimmungen Fragen zu stellen bzw. die Ausschreibung fristgerecht anzufechten. Die vorliegende Ausschreibung sei im Übrigen nahezu ident mit der vorangegangenen Ausschreibung aus 2012, aus der die Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin hervorgegangen sei.

Es sei ein All-In-Preis pro Stunde auf Basis von 15.000 Stunden zu kalkulieren, dies sei eine absolut branchenübliche Vorgangsweise. Schon die geringe Preisdifferenz laut Zuschlagsentscheidung zwischen dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Antragstellerin belege eindeutig, dass die Bieter zu vergleichbaren Preisen gelangt seien. Bei einer derart geringen Preisdifferenz sei eine vertiefte Angebotsprüfung im Übrigen nicht einmal annähernd indiziert. Die Mutmaßung der Antragstellerin, die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte die Verfügbarkeit eines EDV-Systems nicht nachgewiesen, sei falsch. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge über ein bestehendes EDV-System mit bundesweiter Lizenz. Eine Neuanschaffung sei daher nicht notwendig. Ebenso verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nachweislich über mehr als 100 angestellte Mitarbeiter in Vollzeitbeschäftigung, welche im Kontroll- oder Bewachungsdienst stünden. Österreichweit seien in Niederlassungen in Summe sogar rund 2.300 Mitarbeiter beschäftigt. Die von der Antragstellerin offenbar versuchte Auslegung, es wären nur Mitarbeiter im Raum T. zu werten, sei mit dem Wortlaut der bestandsfesten Festlegungen nicht in Einklang zu bringen.

Auf Basis der bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen sei keine Verpflichtung zu erkennen, ein Inkassobüro als Subunternehmer zu benennen.

1.5.

Mit Schriftsatz vom 20.07.2016 erstattete die Auftraggeberin eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag, beantragte, den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der P. Sicherheitsdienstleistungen GmbH zurückzuweisen, in eventu abzuweisen, sowie den Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zurückzuweisen, in eventu abzuweisen.

Begründend wurde zunächst der Verfahrensgang bis zur Zuschlagsentscheidung resümierend dargestellt.

Im Zusammenhang mit der Kalkulierbarkeit der Angebote wurde ausgeführt, dass die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren seien. Allfällige Einwände gegen unsachliche, nicht erfüllbare, unkalkulierbare oder widersprüchliche Festlegungen würden ins Leere gehen, wenn sie nicht innerhalb der vorgesehenen Frist bekämpft würden. Die Antragstellerin habe von der Möglichkeit Fragen zu stellen, trotz des Hintergrundes der scheinbar unklaren Kalkulationsgrundlagen, nicht Gebrauch gemacht. Innerhalb der Frist sei ein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen nicht eingebracht worden. Diese seien daher bestandsfest geworden.

Die Bieter hätten bereits mit Abgabe der Erstangebote am 31.03.2016 bestätigt, dass die Ausschreibungsunterlagen für die Kalkulation ausreichend seien. Weiters seien mit allen Bietern nach Abgabe der Erstangebote Verhandlungen über den Angebotsinhalt durchgeführt worden. Auch während der Verhandlung habe die Antragstellerin keine Bedenken gegen die Kalkulierbarkeit der Angebote geäußert.

In ihrem weiteren Vorbringen bestritt die Auftraggeberin substantiiert das Vorbringen der Antragstellerin betreffend eine fehlende Kalkulierbarkeit der Angebote und führte hierzu unter anderem aus, dass die Angebote vergleichbar seien, sämtliche Bieter hätten von denselben kalkulatorischen Gegebenheiten auszugehen. Die Höhe des Gesamtpreises sei leicht vergleichbar. Angebote der Bieter müssten vergleichbar, betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sein. Eine idente Kalkulation sei keine Anforderung des Vergaberechts an vergleichbare Angebote.

Die Antragstellerin habe entgegen ihren Ausführungen bei Angebotslegung angegeben, keine Subunternehmer einzusetzen.

Die Zuschlagsentscheidung vom 27.06.2016 sei sowohl inhaltlich als auch formell rechtskonform und entspreche den Vorgaben gemäß § 272 BVergG. Den im Verfahren verbliebenen Bietern seien unter anderem die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie andererseits die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes

bekanntzugeben. Aufgrund der vollen Punkteanzahl auf Seiten der präsumtiven Bestbieterin sei ersichtlich, dass diese sowohl das Kriterium Mitarbeiter erfülle, als auch bereits über ein EDV-System verfüge. Wenn die Antragstellerin die Bekanntgabe des verwendeten EDV-Systems oder die Namen der genannten Mitarbeiter meine, so sei dem zu entgegnen, dass die Offenlegung bzw. Weitergabe solcher Informationen eine Offenlegung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Sinne des § 272 Abs 1 BVergG bedeuten würde und daher zutreffend unterlassen worden sei. In diesem Zusammenhang werde auch auf die Bestimmungen im § 191 Abs 1 BVergG hingewiesen.

Dies treffe insbesondere auch auf technische Geheimnisse, Betriebsgeheimnisse, vertrauliche Aspekte der Angebote, Schutzrechte oder Geheimhaltungsinteressen zu. Der Judikatur sei zu entnehmen, dass eine Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Begründung nur dann mit Rechtswidrigkeit belastet sei, wenn dadurch die Einbringung eines Nachprüfungsantrages erschwert oder behindert werden sollte, was beispielsweise im Falle der Unterlassung der Begründung oder in Summe bei gänzlichem Fehlen der Begründung anzunehmen sein werde - was im gegenständlichen Fall keineswegs zutrefte. Der Auftraggeber sei nicht verpflichtet, die Merkmale und Vorteile eines erfolgreichen Angebotes „umfassend“ darzustellen.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht auszuschneiden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe das Vorhandensein einer Lizenzierung ihrer Software glaubhaft schriftlich beurkundet.

1.6.

Am 27.07.2016 langte die replizierende Stellungnahme der Antragstellerin ein. In dieser wurde substantiiert das Vorbringen der Auftraggeberin sowie der mitbeteiligten Partei bestritten.

1.7.

Am selben Tag erstattete die mitbeteiligte Partei eine Replik, in welcher sie dem Vorbringen der Antragstellerin substantiiert entgegentrat.

1.8.

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg führte am 28.07.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch. Zu dieser waren Vertreter der Auftraggeberin, der Antragstellerin sowie der präsumtiven Zuschlagsempfängerin samt ihren Rechtsvertretern geladen und gekommen.

Die Parteien brachten im Wesentlichen vor wie schriftlich. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin verwies insbesondere darauf, dass ein Inkassobüro als Subunternehmer einzusetzen sei, von Seiten der Antragstellerin sei dieses Formblatt rechtzeitig abgegeben worden, von der mitbeteiligten Partei hingegen nicht. Die mitbeteiligte Partei verfüge über keine Gewerbeberechtigung im Zusammenhang mit einer Inkassotätigkeit, weshalb sie einen Subunternehmer beizuziehen hätte. Dies sei von der mitbeteiligten Partei unterlassen worden, weshalb ihr Angebot auszuschneiden sei. Unter Verweis auf den Fahrplan der Linie 3 wurde vorgebracht, dass in wesentlich mehr Nachtstunden zu kontrollieren sei als von der Auftraggeberin angegeben worden sei. Es ergebe sich daher eine mangelnde Vergleichbarkeit auch daraus, dass von unterschiedlichen Betriebszeiten ausgegangen werde.

Die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin brachte unter anderem vor, dass man im Zuge der Verhandlung mit der präsumtiven Bestbieterin zu dem Ergebnis gekommen sei, dass auch von den übrigen Bietern eine vertiefte Kalkulation vorzulegen gewesen wäre. Aus diesem Grund sei man übereingekommen, eine „zweite Letzte Runde“ durchzuführen. Diesem Vorhaben sei aber von sämtlichen Bietern widersprochen worden, weshalb diese Festlegung zurückgezogen worden sei. Bei einer Erstprüfung der Angebote sei man zu dem Ergebnis gekommen, dass die Angebote nicht miteinander vergleichbar seien. In weiterer Folge sei aber das Angebot der präsumtiven Bestbieterin nochmals einer Prüfung unterzogen worden und sei man dann zu dem Ergebnis gekommen, dass zugunsten dieser die Zuschlagsentscheidung ergehen könne. Die Kalkulation müsse schließlich nicht identisch sein, sondern nur deren Basis. Die schriftliche Information, wonach von unterschiedlichen Annahmen ausgegangen worden sei, beziehe sich nicht auf konkrete Positionen, sondern bringe die allgemeine Unsicherheit der Auftraggeberin zum damaligen Zeitpunkt zum Ausdruck.

Im Zusammenhang mit der Bonusregelung gaben sowohl die mitbeteiligte Partei als auch die Antragstellerin an, in etwa von ähnlichen Werten ausgegangen zu sein.

Der Rechtsvertreter der Antragstellerin brachte vor, dass mit den Herstellern einer Softwarelizenz Kontakt

aufgenommen worden sei und diese Kontaktaufnahme ergeben habe, dass es offenbar unterschiedliche Lizenzsysteme gebe, welche erweiterbar seien. Man könne es zwar technisch bewerkstelligen, dass beispielsweise ein System, welches in V. situiert sei, auch in T. verwendet werde, allerdings entspreche dies nicht den Anforderungen der Ausschreibung.

Die mitbeteiligte Partei brachte in diesem Zusammenhang vor, dass das ...-System der W. GmbH als Mandantensystem auf einem zentralen Serversystem genutzt werde. Die mitbeteiligte Partei habe das Lizenzrecht, weitere Mandanten im ...-Mandantensystem anzulegen, ohne zusätzliche Lizenzkosten für weitere Mandanten entrichten zu müssen.

Die Auftraggeberin brachte in diesem Zusammenhang vor, dass in der Verfahrensordnung geregelt sei, dass für die Kontrollorgane vor Ort ein EDV-System mit mobilen Datenerfassungsgeräten erforderlich sei.

Die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin brachte vor, dass die Antragstellerin sowohl beim Erstangebot als auch beim Letztangebot angegeben habe, dass keine Subunternehmer beigezogen werden würden, wie dies auch von den anderen Bietern vorgenommen worden sei.

Der Rechtsvertreter der Auftraggeberin legte in diesem Zusammenhang die mit 30.03.2016 datierten eingereichten Erklärungen betreffend die Beziehung des Inkassobüros vor. Die mitbeteiligte Partei bracht in diesem Zusammenhang vor, dass hinsichtlich der Inkassoleistungen kein Subunternehmer eingesetzt werde, aus ihrer Sicht stelle die Leistung eines Inkassobüros keine Leistung eines Subunternehmers dar.

Der Rechtsvertreter der Antragstellerin verwies in diesem Zusammenhang auf die Schreiben der Auftraggeberin vom 17.05.2016 bzw. 24.05.2016, wonach das Inkassobüro im Formblatt der Subunternehmer anzugeben sei und diese Festlegung nicht zurückgezogen worden sei, es sei nur die Festlegung der Durchführung einer letzten zweiten Runde zurückgezogen worden.

Die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin verwies in diesem Zusammenhang darauf, dass die gesamte zweite Runde zurückgezogen worden sei. Es könne nicht sein, dass eine von der Antragstellerin übermittelte Erklärung übersehen worden sei.

2. Das Landesverwaltungsgericht T. hat hierzu festgestellt und erwogen:

2.1. Sachverhalt:

Die Auftraggeberin T. AG (vergebende Stelle: T. AG Einkauf und Logistik) hat den Abschluss eines Rahmenvertrages zur Durchführung der Fahrscheinkontrolle im O-Bus der Stadt T. ausgeschrieben und dabei ein Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich gewählt („T. AG – Fahrscheinkontrolle im O-Bus der Stadt T. PA xxxx“).

Die öffentliche Bekanntmachung erfolgte am 02.02.2016 im Amtsblatt der Europäischen Union (GZ ...).

Zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens wurden drei Bieter (unter anderem die präsuntive Zuschlagsempfängerin P. Sicherheitsdienstleistungen GmbH sowie die Antragstellerin ABC security GmbH & Co KG) zugelassen. Diese wurden am 11.03.2016 zur Legung eines Angebotes eingeladen. Ab diesem Zeitpunkt standen auch die Ausschreibungsunterlagen, die Verfahrensordnung und die Besonderen Vertragsbestimmungen auf dem Beschaffungsportal zum Download bereit. Den Bietern wurde die Möglichkeit eingeräumt, bis längstens 18.03.2016, 11:00 Uhr, Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen zu stellen.

Die Angebotsfrist endete am 31.03.2016 11:00 Uhr. Die drei zur Angebotsabgabe eingeladenen Bieter legten rechtzeitig ein Angebot.

Die Auftraggeberin führte nach Prüfung der Erstangebote mit sämtlichen Bietern am 04.04.2016 Vergabeverhandlungen durch. In weiterer Folge forderte die Auftraggeberin die Bieter auf, bis längstens 14.04.2016 ein Letztangebot zu legen. In diesem war das befüllte Leistungsverzeichnis vorzulegen.

Am 17.05.2016 teilte die Auftraggeberin nach Prüfung der Letztangebote und Durchführung einer weiteren Vergabeverhandlung mit der präsuntiven Zuschlagsempfängerin den Bietern Folgendes mit:

„Die Angebotsprüfung hat ergeben, dass in den eingelangten Angeboten unterschiedliche Annahmen getroffen wurden, die eine Vergleichbarkeit der Angebote derzeit nicht zulassen.

Der AG macht daher von seinem Recht Gebrauch, noch einmal zu einer neuerlichen Angebotslegung einzuladen. Um die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen wird ein Kalkulationsschema vorgegeben und weiterführende Erläuterungen den Bietern zur Verfügung gestellt.

Gemäß Punkt 5.6. der Besonderen Vertragsbestimmungen sind Forderungen, die nach erfolgloser bzw. reaktionsloser Mahnung über ein Inkassobüro einzuheben. Das Inkassobüro ist im Formblatt für Subunternehmer anzugeben.

Abgabedatum ist der 30.05.2016."

Am 24.05.2016 wurde ein Schreiben mit folgendem Inhalt an die Bieter übermittelt:

"Die Angebotsprüfung hat ergeben, dass in den eingelangten Angeboten unterschiedliche Annahmen getroffen wurden, die eine Vergleichbarkeit der Angebote nur schwer zulassen. Um die Vergleichbarkeit der "Last-and-best-Offer" Angebote sicherzustellen, legen wir ihnen ein berichtigtes Kalkulationsschema vor, welches sie bitte auf Basis ihres LBOs ausfüllen und bis zum 06.06.2016 gemeinsam mit ihrem LBO (selber Angebotspreis, den sie bereits im April auf VEMAP abgeben haben) neuerlich im VEMAP hochladen. Die Berichtigung ist notwendig, da das Kalkulationsschema einen Formfehler aufgewiesen hat und die von der AG getroffenen Kalkulationsgrundlagen zu weit gefasst waren.

Gemäß Punkt 5.6 der besonderen Vertragsbestimmungen sind Forderungen, die nach erfolgloser bzw. reaktionsloser Mahnung über ein Inkassobüro einzuheben. Das Inkassobüro ist im Formblatt für Subunternehmer anzugeben."

Mit Schreiben vom 09.06.2016 teilte die Auftraggeberin den Bietern Nachstehendes mit:

„Die Auftraggeberin zieht ihre Festlegung vom 17.05.2016, eine zweite Letzte Runde durchzuführen, sowie die Berichtigung dieser zweiten Letzten Runde in Form der Festlegungen vom 24.05.2016 („Berichtigung der Ausschreibung“) zur Gänze zurück. Es wird keine zweite Letzte Runde durchgeführt. Die am 06.06.2016 abgegebenen Angebote in Form der berichtigten Preiskalkulation werden vom Auftraggeber nicht geöffnet."

Punkt 5.6. der Besonderen Vertragsbestimmungen lautet:

„Bleiben Mahnungen (Brief/eingeschrieben) ohne Reaktion, sind die offenen Forderungen über ein Inkassobüro einzuheben. Die Auswahl eines geeigneten Inkassobüros obliegt grundsätzlich dem Auftragnehmer. Dem Auftraggeber steht jedoch ein zu begründendes Vetorecht vor Vertragsunterzeichnung zwischen Auftragnehmer und Inkassobüro zu."

Die Antragstellerin bestätigte sowohl bei Legung des Erstangebotes als auch beim Letztangebot - ebenso wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin - keine Subunternehmen für das gegenständliche Verfahren einzusetzen.

Die von den Bietern im Rahmen der „zweiten Letzten Runde" gelegten Angebote wurden aufgrund der Rücknahme dieser Festlegung nie geöffnet. Es kann daher nicht festgestellt werden, dass von einem der Bieter allenfalls im Rahmen dieses Angebotes das Subunternehmen im vorgeschriebenen Formblatt angegeben worden wäre.

Mit Schreiben vom 27.06.2016 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Zuschlag erteilt werden solle. Ausschlaggebend für die Zuschlagsentscheidung sei der Gesamtpreis. Der Gesamtpreis der mitbeteiligten Partei betrage € 343.950, jener der Antragstellerin € 363.600. Demnach wurde der mitbeteiligten Partei die maximale Punktezahl von 80 Punkten gegeben, der Antragstellerin 75,68 Punkte.

Sowohl hinsichtlich des technischen Equipments als auch der Anzahl der Mitarbeiter erhielten beide Bieter die volle Punktzahl in Höhe von jeweils 10. Als Begründung für die Bewertung der Qualitätskriterien wurde angeführt, dass der Bieter (ABC security GmbH & Co KG) derzeit bereits die Software ... 2 (... update 2015) im Einsatz habe, dieses System entspreche den aktuellen Standards laut ÖPNV. Demnach habe hier die volle Punkteanzahl vergeben werden können.

Der Bieter habe im Jahr 2015 mehr als 100 Mitarbeiter im Kontroll- oder Bewachungsdienst in Vollzeitbeschäftigung angestellt. Demnach habe hier die volle Punkteanzahl vergeben werden können.

Die Gründe, warum auch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die volle Punktezahl vergeben worden sei, wurden nicht angeführt.

2.2. Beweiswürdigung:

Diese Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf die Einsichtnahme in den vorgelegten Vergabeakt, die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung sowie den Akt Landesverwaltungsgerichts Salzburg.

Aus dem vorgelegten Vergabeakt ergibt sich zweifelsfrei, dass von der Antragstellerin erklärt worden war, keine Subunternehmer im gegenständlichen Verfahren eingesetzt zu haben. Die von der Antragstellerin im Rahmen der Verhandlung vorgelegten Beilagen „Subunternehmererklärung“ sowie „Verpflichtungserklärung des Subunternehmers – Wechsel/Hinzuziehung von Subunternehmern“ können dem Akt nicht entnommen werden, darin findet sich nämlich vielmehr die Erklärung der Antragstellerin, keine Subunternehmer beizuziehen. Es kann mangels Öffnen der im Juni eingelangten Angebote nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass diese Formulare allenfalls im Zuge der Legung der Angebote der „zweiten Letzten Runde“ übermittelt worden seien, wenngleich dagegen sowohl das auf der Erklärung der Antragstellerin angegebene Datum 30.03.2016 (was für eine Übermittlung im Zuge des Erstangebotes sprechen würde), als auch die jeweiligen Angaben in der Verhandlung sprechen.

2.3. Rechtliche Erwägungen zum festgestellten Sachverhalt

2.3.1. Zur Zuständigkeit und den formellen Voraussetzungen

Die Auftraggeberin T. ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 1 Abs 1 Z 5 T.er Vergabekontrollgesetz 2007 (SVKG 2007) und Sektorenauftraggeberin gemäß dem Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006).

Die Antragstellerin hat am 06.07.2016 gemäß § 22 Abs 1 SVKG 2007 innerhalb der hierfür vorgesehenen zehntägigen Frist den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 27.06.2016 eingebracht. Der Antrag erfüllt die formellen Voraussetzungen gemäß § 19 leg cit (Gebühren), § 21 leg cit (Interesse am Vertragsabschluss sowie drohender Schaden durch die behauptete rechtswidrige Zuschlagsentscheidung und § 23 Abs 1 Z 1 – Z 8 leg cit (Inhaltserfordernisse des Antrages) und richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung (§ 14 Abs 2 Z 2 leg cit iVm § 2 Z 16 lit a sublit dd BVerG 2006).

Die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Salzburg ist daher gegeben (§ 2 SVKG 2007), wobei die Entscheidung im Senat zu treffen ist (§ 3 Abs 1 leg cit).

Partei des Nachprüfungsverfahrens ist neben der Auftraggeberin und der Antragstellerin (§ 25 Abs 1 leg cit) auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin als mitbeteiligte Partei, welche mit ihren Einwendungen vom 15.07.2015 ihre Parteistellung gewahrt hat (§ 25 Abs 2 und 3 leg cit).

2.3.2. Zur Sache

Nach § 2 Z 16 lit a sub.lit dd BVerG 2006 sind im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb die Ausschreibung, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist sowie die Zuschlagsentscheidung - wie sie im vorliegenden Fall angefochten wurde - eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Die Festlegung des Gesetzgebers auf gesondert und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen ist insbesondere deshalb von großer Bedeutung, weil ihr vom Gesetzgeber Präklusionsregelungen beigeordnet wurden. Werden nämlich gesondert anfechtbare Entscheidungen nicht innerhalb bestimmter Fristen bekämpft, werden sie bestandsfest (Präklusion). Dadurch soll eine missbräuchliche Inanspruchnahme des Rechtsschutzes durch Bieter vermieden werden, die erkennen, dass sie den Zuschlag nicht erhalten werden und in der Folge versuchen, das Verfahren von Beginn an neu aufzurollen. Im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb besonders bedeutsam sind daher die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) sowie sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist. Bestandsfest gewordene Festlegungen können im weiteren Verfahren nicht mehr aufgegriffen werden, sondern sind vielmehr der weiteren Beurteilung zugrunde zu legen.

Die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere die Verfahrensordnung sowie die Besonderen Vertragsbestimmungen, sind jedenfalls bestandsfest geworden.

Die Festlegungen der Auftraggeberin bzw. die Berichtigung der Ausschreibung vom 17.05.2016 bzw. vom 24.05.2016 wurden von der Antragstellerin zum Teil angefochten, weshalb die Auftraggeberin die Festlegung vom 17.05.2016, eine „zweite Letzte Runde“ durchzuführen, sowie die Berichtigung dieser „zweiten Letzten Runde“ in Form der Festlegungen vom 24.05.2016 („Berichtigung der Ausschreibung“) zur Gänze zurückzog und darauf verwies, dass keine „zweite Letzte Runde“ durchgeführt werde.

In diesem Zusammenhang wurde von der Auftraggeberin aber unterlassen, auch die Festlegung vom 17.05.2016, wonach das Inkassobüro im Formblatt für Subunternehmer anzugeben sei, zurückzunehmen:

Diese Festlegung steht in keinem erkennbaren Zusammenhang mit der beabsichtigten „zweiten Letzten Runde“, welche infolge fehlender Vergleichbarkeit der Angebote durchgeführt werden sollte, sodass daraus zu schließen ist, dass diese Festlegung mangels Anfechtung und/oder ausdrücklicher Zurücknahme bestandsfest geworden ist. Im Schreiben vom 09.06. wird hierzu nämlich nur ausgeführt, dass die Festlegung vom 17.05., eine „zweite Letzte Runde“ durchzuführen, sowie die Berichtigung dieser „zweiten Letzten Runde“ zurückgezogen werden würden – auf die Festlegung betreffend Subunternehmer wird in diesem Zusammenhang nie Bezug genommen.

Ausgehend von diesen Ausführungen ist daher für ein vollständiges Angebot das Inkassobüro im Formblatt für Subunternehmer anzugeben. Dies wurde von sämtlichen Bietern unterlassen, wobei in diesem Zusammenhang anzumerken ist, dass (wie festgestellt) nicht gänzlich auszuschließen ist, dass nicht doch im Rahmen des Angebotes vom 06.06.2016 diese Erklärung abgegeben worden sein könnte.

Trotz des Umstandes, dass auch seitens der Antragstellerin – basierend auf der derzeitigen Sachlage - kein zuschlagsfähiges Angebot gelegt worden ist, ist deren Antragslegitimation zu bejahen: Spätestens seit der Rs Fastweb steht nämlich fest, dass in Fällen, in denen im Nachprüfungsantrag behauptet wird, dass alle bzw. alle vorgereichten Angebote auszuschneiden sind, dem Anfechtungswerber immer Antragslegitimation zukommt. In diesen Fällen ist der Antrag immer inhaltlich zu behandeln (EuGH 04.07.2013, Rs C-100/12). Laut Stellungnahme des BKA besteht aufgrund der Rs Fastweb Antragslegitimation „immer dann, wenn der (präsumtive) Zuschlagsempfänger ein nicht zuschlagsfähiges Angebot gelegt hat und sich der Antragsteller auf ein - mit den Worten des EuGH – ‚berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des anderen‘ beruft“ (BKA 24.07.2013, GZ BKA-VA.C-100/12/0001-V/7/2013).

Auf dem Boden des oben festgestellten Sachverhaltes und den rechtlichen Ausführungen dazu hätte zugunsten der mitbeteiligten Partei (noch) keine Zuschlagsentscheidung ergehen dürfen, weshalb dem Nachprüfungsantrag Berechtigung zukommt und die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin für nichtig zu erklären war (Spruchpunkt I.).

Bei einer neuerlichen Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sollten gemäß § 272 Abs 1 BVergG 2006 den verbliebenen Bietern nicht nur die Merkmale des eigenen Angebotes, sondern auch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes verbal bekannt gegeben werden, was im gegebenen Fall möglich sein sollte, ohne berechtigten Geschäftsinteressen der betroffenen Unternehmer zu widersprechen.

Die Kostenentscheidung zu Spruchpunkt II. gründet auf § 20 Abs 1 und 2 SVKG 2007. Demnach hat die vor dem Landesverwaltungsgericht obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 19 leg cit geleisteten Gebühren.

Zu Spruchpunkt III.: Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Im vorliegenden Fall auf den Einzelfall bezogen zu beurteilen, ob sämtliche Zuschlagskriterien von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfüllt wurden – eine Bedeutung, die über jene des Einzelfalls hinausgeht, ist daraus nicht abzuleiten.

Schlagworte

Vergaberecht; Zuschlagsentscheidung, vollständiges Angebot, Bestandsfestigkeit, Festlegungen, Subunternehmer, Sektorenauftraggeber, Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, zuschlagsfähiges Angebot, Fastweb

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGS:2016:405.5.16.1.20.2016

Zuletzt aktualisiert am

05.03.2020

Quelle: Landesverwaltungsgericht Salzburg LVwg Salzburg, <https://www.salzburg.gv.at/lvwg>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at