jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2020/11/6 W134 2235510-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 06.11.2020

Entscheidungsdatum

06.11.2020

Norm

BVergG 2018 §141 Abs1
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §334
BVergG 2018 §342 Abs1
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W134 2235510-2/26E
W134 2235510-3/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

1)

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. Barbara Seelos als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Christoph Wiesinger als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „Überprüfung und Reparatur von Turn- und Sportgeräten, GZ 2709.03439“ der Republik Österreich (Bund), der Bundesbeschaffung GmbH sowie aller weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste, alle vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX , vertreten durch Schramm XXXX Rechtsanwälte GmbH, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 28.09.2020 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 27.10.2020 zu Recht erkannt:

A)

I. Die Anträge, das Bundesverwaltungsgericht möge „das Kalkulationsformblatt mit dem Dateinamen „Beilage_vert_Preisprüf_ XXXX “ für nichtig erklären; und das Schreiben der Auftraggeberin vom 02.07.2020 für nichtig erklären“ werden gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

II. Dem Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge „die Auswahlentscheidungen der Auftraggeberin vom 18.09.2020, die Rahmenvereinbarung betreffend die Lose 1 und 2 mit der XXXX abzuschließen, für nichtig erklären“ wird gemäß § 334 BVergG 2018 nicht stattgegeben.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

2)

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „Überprüfung und Reparatur von Turn- und Sportgeräten, GZ 2709.03439“ der Republik Österreich (Bund), der Bundesbeschaffung GmbH sowie aller weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste, alle vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX , vertreten durch Schramm XXXX Rechtsanwälte GmbH, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 28.09.2020, folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberinnen wird gemäß § 341 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

Entscheidungsgründe:

I. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 28.09.2020, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin unter anderem die Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung vom 18.09.2020 betreffend die Lose 1 und 2, Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberinnen und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend wurde von der Antragstellerin unter Bezugnahme auf das jeweils angefochtene Los im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Die Auftraggeberinnen hätten ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss der Rahmenvereinbarung betreffend die Dienstleistungen „Überprüfung und Reparatur von Turn- und Sportgeräten“, ausgeschrieben. Die Vergabe erfolge in 4 Losen. Ziel des Vergabeverfahrens sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen pro Los für die Überprüfung von Turn- und Sportgeräten (Los 1 bis 3) und mit 3 Unternehmen für die Reparatur und Wartung von Turn- und Sportgeräten (Los 4). Angefochtene Entscheidung sei die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarungen in den Losen 1 und 2 vom 18.09.2020.

Zur Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung für die Lose 1 und 2 gab die Antragstellerin zusammengefasst Folgendes an:

1. Keine oder nicht ordnungemäße vertiefte Angebotspreisprüfung: Die in den Losen 1 und 2 angebotenen Gesamtpreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien auffallend gering. Obwohl der ungewöhnlich niedrige Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin rund 60% unter den Gesamtpreisen der übrigen Bieter liege, hätten die Auftraggeberinnen eine vertiefte Angebotsprüfung entweder gar nicht oder nicht hinreichend durchgeführt, die Auswahlentscheidung sei daher rechtswidrig.

2. Keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises: Die präsumtive Zuschlagsempfängerin müsse aufgrund des extrem niedrigen Gesamtpreises die notwendigen Zeiten für die Durchführung falsch kalkuliert haben.

3. Der Ausschreibung widersprechendes Angebot / Verstoß gegen arbeits- und sozial-rechtliche Bestimmungen:

Der ungewöhnlich niedrige Gesamtpreis sei unter anderem nur dadurch zu erklären, dass arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen, insbesondere die Bestimmungen des anwendbaren Kollektivvertrags - Kollektivvertrag für Angestellte in Information und Consulting - und die Bestimmungen in Punkt 5.3.5 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen bzw Punkt 11.2 der Rah-menvereinbarung, wonach ein Mitarbeiter mit fünfjähigen Erfahrung bei der Leistungserbringung einzusetzen sei, nicht eingehalten worden seien.

4. Entscheidungen der Auftraggeberin vom 02.07.2020 / „Beilage_vert_Preisprüf_as-potec“: Das Kalkulationsformblatt mit dem Dateinamen „Beilage_vert_Preisprüf_ XXXX “ sei untauglich und damit rechtswidrig.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberinnen vom 01.10.2020 gaben diese bekannt, dass Auftraggeberinnen die Republik Österreich (Bund), die Bundesbeschaffung GmbH sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste, alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, seien. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich der in einem offenen Verfahren mit EU-weiter Bekannmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Vergabe erfolge in 4 Losen. Die Bekanntmachung in Österreich und in der EU sei am 24.04.2020 bzw 27.04.2020 erfolgt. Die Auswahlentscheidung sei am 18.09.2020 versendet worden.

Mit einstweiliger Verfügung des BVwG vom 07.10.2020, W134 2235510-1/2E, wurde den Auftraggeberinnen für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren die Rahmenvereinbarung für das Los 1 und 2 abzuschließen.

Mit Schreiben der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin XXXX vom 07.10.2020 erhob diese begründete Einwendungen.

Mit Schreiben der Auftraggeberinnen vom 09.10.2020 brachten diese zusammengefasst vor, dass sie eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt hätten. Diese habe ergeben, dass die angebotenen Ansätze der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin in sämtlichen Einzelpositionen plausibel aufgeschlüsselt und erläutert worden seien und dass ihre Angebotskalkulation vollumfänglich betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sei. Das Angebot der Antragstellerin sei auszuscheiden und ihre Antragslegitimation nicht gegeben, weil es bei der im Zuge der vertieften Angebotsprüfung geforderten Aufklärung zu Differenzen zwischen der Aufklärung und dem Angebot der Antragstellerin gekommen sei.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 22.10.2020 legte diese das „Gutachten Überprüfung Turnhalleneinrichtung“ vom 21.10.2020 des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für Sportanlagenbau XXXX (kurz: Gutachten XXXX) zur gegenständlichen Ausschreibung (nicht jedoch zum Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin) vor. Weiters brachte sie vor, dass das im Zuge der Aufklärung übermittelte Kalkulationsformblatt rechtswidrig sei, weil nicht sämtliche Kosten dargestellt hätten werden können, die Bieter zulässigerweise nach den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen in ihre Kalkulation mit eingerechnet hätten, nämlich: 1. Zeiten für die Planung und Organisation der Routen; 2. Touren- und Wegkosten (z.B. Reisekosten, Fremdleistungen wie Nächtigungskosten etc.); 3. Geschäftsgemeinkosten (z.B. Bürokosten, Sekretariat, Geschäftsführung); 4. Servicegebühr an die BBG.

Am 27.10.2020 fand darüber im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise:

„R: Wir kommen nun zur vorgebrachten fehlenden Antragslegitimation der Antragstellerin. Zum Zwecke der Prüfung der Preise bzw. genauen Daten bezüglich der Preise des Angebots der Antragstellerin, welche Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin darstellen, wird die Verhandlung unterbrochen um 09:49 Uhr und die präsumtive ZE ersucht den Verhandlungssaal während dieser Verhandlungsunterbrechung zu verlassen.

R: Es findet in der Verhandlungsunterbrechung nun mehr durch den Senat ein Vergleich der von der Antragstellerin angebotenen Einheitspreise mit den in der Aufklärung von der Antragstellerin angebotenen Einheitspreise statt.

XXXX Ich verweise zu den Differenzen der Einheitspreise laut Angebot und der Einheitspreise laut Aufklärung der Antragstellerin auf die Beilage./1 zu unserem Schreiben vom 09.10.2020.

Die genannte Beilage./1 wird der Antragstellerin ausgehändigt.

R: Sind die in der Beilage./1 der Auftraggeberin genannten Zahlen richtig?

XXXX Ja, die Zahlen sowohl zu Los 1 als auch zu Los 2 sind richtig. Ich verweise auf meine Stellungnahme vom 22.10.2020 Punkt 2. und verweise darauf, dass die Unvollständigkeit des Kalkulationsformblattes vom 02.07.2020 (Aufklärung, Unmöglichkeit der Abbildung der Zeiten von Planung und Organisation der Routen, der Touren und Wegkosten und insbesondere der Geschäftsgemeinkosten) es unmöglich gemacht haben, die Kosten so abzubilden, dass sie exakt dem Preisblatt laut Angebot entsprachen. Insbesondere ist es so, dass je nach Position verschiedene Leistungen vom Sekretariat bzw. Geschäftsführung erbracht werden, welche Geschäftsgemeinkosten darstellen und im Kalkulationsblatt nicht abgebildet werden können.

Das weitere Vorbringen wird wegen der darin enthaltenen Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin in der vertraulichen Beilage./2 protokolliert.

XXXX Die Ausschreibung und die darin enthaltenen und im Preisblatt angeführten Kalkulationsgrundlagen unterliegen der Präklusion. Im präkludierten Preisblatt sind nach „Turn- und Sportgeräte Indoor“ und nach „Sportgeräte Outdoor“ die gleichen Formulierungen angeführt, wie in den Spaltenüberschriften des Kalkulationsblattes vom 02.07.2020 „durchschnittlicher Zeitaufwand in [Losbezeichnung]“.

R fragt die Antragstellerin: Ist das richtig?

XXXX Das ist nicht richtig. Betreffend den ersten Punkt „Anfahrtspauschale/Wegkosten“: Dieser Punkt bedeutet, dass die Bieter in die Pauschalpreise auch Wegkosten, die zum Beispiel Nächtigungskosten einzurechnen haben. Dem gegenüber eröffnet das Kalkulationsformblatt vom 02.07.2020 lediglich die Einrechnungen von zeitgebundenen Personalkosten in Minuten. Der wesentliche konkrete Unterschied ist hier, dass beim Preisblatt Pauschalpreise pro Positionsleistung anzubieten waren, die auch Deckungsbeiträge zu den Geschäftsgemeinkosten und weitere Kostenbestandteile wie Wagnis, beinhalten mussten. Dem gegenüber eröffnet das Kalkulationsblatt vom 02.07.2020 nicht die Möglichkeit Geschäftsgemeinkosten einzurechnen. Wir verweisen auf unseren Schriftsatz vom 22.10.2020, wo wir in Randnummer 10 weitere Kostenbestandteile genannt haben, die im Kalkulationsblatt vom 02.07.2020 nicht abgebildet werden konnten. Aus diesem Grund sind die Einheitspreise des Preisblattes nicht vergleichbar mit den Einheitspreisen des Kalkulationsblattes.

XXXX Die Festlegung, dass der Einheitspreis laut Kalkulationsblatt dem Einheitspreis laut Preisblatt zu entsprechen hat, ergibt sich aus dem Schreiben der BBG vom 02.07.2020.

Die Verhandlung wird um 11:27 Uhr wieder aufgenommen.

Die präsumtive ZE erhält einen Ausdruck des bisherigen Verhandlungsprotokolls ausgehändigt. Die vertrauliche Beilage./2 zum Verhandlungsprotokoll erhält sie nicht ausgehändigt.

XXXX Ich ersuche im Rahmen eines Antrages auf Akteneinsicht gem. verfahrenseinleitenden Schriftsatz vom 28.09.2020 um Einsicht in die Niederschrift betreffend Prüfung des Angebotes der XXXX , und zwar im Hinblick auf die Information, ob die Angebote abschließend geprüft wurden und ob Hinweise auf das Bestehen eines Ausscheidungsgrundes vorliegen und ob die Angebote ausgeschieden wurden.

R fragt AG: Sollte das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden sein, gibt es in Los 1 und Los 2 noch andere Bieter, die für die Auswahlentscheidung in Frage kommen und wenn ja, welche, bitte alle entsprechenden Bieter nennen und wenn nein, warum?

XXXX Zu Los 1: Insgesamt wurden vier Angebote abgegeben, davon wurde bereits das Angebot des XXXX ausgeschieden. Im Los 1 verbleiben sohin drei Angebote, nämlich das der mitbeteiligten Partei, das der Antragstellerin und dass der XXXX . Es liegen lediglich hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin Anhaltspunkte hinsichtlich eines Ausscheidungsgrundes vor. Bezüglich der zwei weiteren Angebote im Los 1 liegen keine Anhaltspunkte für ein Ausscheiden vor. Das Angebot der XXXX wurde nicht vertieft geprüft, aber liegen bis dato keine Anhaltspunkte für ein Ausscheiden dar. Zuschlagsfähig ist das Angebot der mitbeteiligten Partei. Das Angebot der XXXX wurde formell geprüft. Eine vertiefte Preisprüfung hat bei diesem Angebot noch nicht stattgefunden.

R: Die Auftraggeberin wird ersucht, wenn möglich, die vertiefte Preisprüfung bei der XXXX abzuschließen und das entsprechende Ergebnis dem Gericht mitzuteilen.

Zu diesem Zweck wird die Verhandlung um 11:43 Uhr unterbrochen. Die Verhandlung wird um 12:02 Uhr wieder aufgenommen.

XXXX Die Antragsgegnerin kommt nach Durchsicht der vorliegenden Unterlagen, die auch dem BVwG vorliegen, zum Ergebnis, dass es sich beim Angebot der XXXX betreffend Los 1 um ein zuschlagsfähiges Angebot handelt. Zumal unter der Prämisse, dass die Angebote der Antragstellerin und der mitbeteiligten Partei auszuscheiden wären, keine vertiefte Preisprüfung indiziert wäre und liegen keine Anhaltspunkte vor, das Angebot der XXXX auszuscheiden.

XXXX Die eben durchgeführte Angebotsprüfung in Bezug auf die XXXX ist rechtswidrig, weil diese Prüfung ohne Aufforderung zur Aufklärung an den Bieter im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens erfolgt ist. Dies insbesondere auch deswegen, weil XXXX – im Unterschied zur Antragstellerin – nicht in ein rechtswidriges Kalkulationsformblatt gezwungen wurde und deswegen eine Ungleichbehandlung vorliegt.

XXXX Die XXXX hat bis dato das Kalkulationsblatt nicht auszufüllen gehabt und auch nicht ausgefüllt.

XXXX Im Übrigen sind Ergebnisse einer Angebotsprüfung, die sich nicht im vorgelegten Vergabeakt befinden, sondern die im Zuge der mündlichen Verhandlung nachgeholt werden, unbeachtlich und dürfen vom Verwaltungsgericht nicht berücksichtigt werden.

XXXX Die Antragsgegnerin hat im Zuge der mündlichen Verhandlung keine Angebotsprüfung der XXXX nachgeholt, sondern lediglich die im Vergabakt befindlichen und dem BVwG vorliegenden abschließenden Prüfprotokolle durchgesehen und war das nur erforderlich, da die Prüfprotokolle den Vertretern der Auftraggeberin nicht erinnerlich waren. Es wurden daher weder Prüfschritte nachgeholt oder erst in der mündlichen Verhandlung gesetzt, sondern ausschließlich die Ergebnisse der vorliegenden Prüfprotokolle wiedergegeben.

XXXX Ich ersuche im Akteneinsicht betreffend die Prüfprotokolle der Auftraggeberin betreffend das Angebot XXXX ; insbesondere ob sich bereits dort eine Aussage wieder findet, wonach es sich beim Angebot der XXXX um ein ausschreibungskonformes zuschlagsfähiges Angebot handelt. Im Übrigen sind auch fachliche oder juristische Wertungen von bereits im Akt befindlichen Tatsachen Teil der Angebotsprüfung, so dass offenbar sehr wohl die Angebotsprüfung gerade eben finalisiert wurde; dies belegen auch Aussagen des Vertreters der Antragsgegnerin im Protokoll.

R: Ich ersuche die Auftraggeberin das Prüfprotokoll der XXXX dem Senat zu übergeben und zu erläutern.

Das Prüfprotokoll XXXX wird dem Senat übergeben und als vertrauliche Beilage./3 zum Verhandlungsprotokoll genommen und Folgendes dazu von der Auftraggeberin erläutert:

XXXX Bei der Erläuterung der Angebotsprüfung der XXXX könnte es zur Verletzung von Geschäftsgeheimnissen kommen, weshalb ich um vertrauliche Behandlung ersuche.

R: Die Verhandlung wird um 12:31 Uhr unterbrochen und die anderen Parteien ersucht, den Verhandlungssaal zu verlassen. Das nun mehr in der Verhandlungsunterbrochene wird in der vertraulichen Beilage./2 protokolliert.

Es wurden in der unterbrochenen Verhandlung folgende nicht vertrauliche Angaben von der Auftraggeberin gemacht:

XXXX In dem vorliegenden Angebotsprüfprotokoll final betreffend die XXXX sind die meisten Punkte bereits mit „ok“ grün unterlegt. Lediglich in zwei Punkten befindet sich der Vermerk „nicht abschließend geprüft“. Dies betrifft einerseits die kaufmännisch wirtschaftliche Angebotsprüfung, wobei sich jedoch bei Durchsicht der in diesem Punkt angeführten Beilage ergibt, dass die Preisprüfung stattgefunden hat und eine vertiefte Preisprüfung nicht indiziert war und ist. Daher wäre auch dieser Punkt als „ok“ zu bewerten. Eine vertiefte Angebotsprüfung bei der XXXX ist nicht erforderlich, zumal unter der Prämisse, dass die Angebote der Antragstellerin und der mitbeteiligten Partei auszuscheiden wären, keine vertiefte Preisprüfung indiziert wäre und liegen keine Anhaltspunkte vor, das Angebot der XXXX auszuscheiden.

XXXX : Im Los 1 wurde als geschätzter Auftragswert €347.818 angenommen. Die XXXX hat im Los 1 € 302.311,20 angeboten und liegt daher eine preisliche Differenz von ca. 13% vor, weshalb keine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen ist. Im Los 2 wurde als geschätzter Auftragswert €215.487,92 angenommen. Die XXXX hat im Los 2 € 252.882,70 angeboten und liegt daher eine preisliche Differenz von ca. 17% über dem geschätzten Auftragswert vor, weshalb keine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen ist, da kein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegt. Im Los 2 wurden insgesamt vier Angebote abgegeben. Es handelt sich hierbei um dieselben Bieter wie bei Los 1. Im Los 2

wurde kein Angebot ausgeschieden und liegen daher unter der Prämisse, dass das Angebot der Antragstellerin und das Angebot der mitbeteiligten Partei auszuscheiden wären, zwei zuschlagsfähige Angebote vor, nämlich das Angebot der XXXX und der XXXX . Im Übrigen darf darauf hingewiesen werden, dass die preisliche Differenz zwischen den zwei Angeboten lediglich bei 8% liegen. Eine vertiefte Angebotsprüfung ist somit auch unter Heranziehung dieses Aspektes nicht indiziert.

Die Verhandlung wird um 12:57 Uhr wieder aufgenommen und allen Parteien ein Ausdruck des bisherigen Verhandlungsprotokolls übergeben, damit alle Parteien darüber informiert sind, was in der Verhandlungsunterbrechung passiert ist, soweit Geschäftsgeheimnisse nicht verletzt werden. Die vertraulichen Passagen wurden in der Beilage./2 zum Verhandlungsprotokoll protokolliert.

XXXX Bei der Angebotsprüfung der XXXX finden sich zwei gelb unterlegte Überschriften, wobei diese Überschriften „nicht abschließend geprüft" jedoch folgendermaßen zu interpretieren sind, dass die Überschriften lediglich noch nicht „nachgezogen" und nicht auf grün „ok" umgestellt wurden und ergibt sich aus den vorliegenden Unterlagen, dass keine weitere Prüfung zu erfolgen hätte.

XXXX Ich möchte im Rahmen der Akteneinsicht wissen, wie die Auswahlentscheidung an die XXXX lautet. Ob hier ein Vermerk enthalten ist, dass die Angebotsprüfung betreffend diesen Bietern noch nicht abgeschlossen ist.

XXXX Nein, ein solcher Vermerk befindet sich nicht in der Auswahlentscheidung.

XXXX Der nun mehr vorgelegten Verhandlungsschrift, Seite 8, ist zu entnehmen, dass im Los 1 als geschätzter Auftragswert € 347.818 angenommen wurden. Nimmt man entsprechend der herrschenden Rechtsprechung nun mehr diesen Wert und sämtliche Angebotspreise und bildet das Mittel, so liegt auch der Angebotspreis der Antragstellerin unter 15% Abweichungen. Damit bestand keine Pflicht zur vertieften Angebotspreisprüfung in Bezug auf das Angebot der Antragstellerin. Die nun mehr getätigte Aussage der Antragsgegnerin, dass der XXXX nicht vertieft preisgeprüft wurde und auch nicht musste, während das Angebot der Antragstellerin sehr wohl vertieft geprüft wurde, stellt eine Ungleichbehandlung dar. Dies insbesondere deswegen, weil nur die Antragstellerin in ein rechtswidriges Kalkulationsblatt gezwungen wurde und damit – so zumindest das Vorbringen der Antragsgegnerin – ein Ausscheidungsgrund generiert wurde. Würde der XXXX zur Befüllung des Kalkulationsblattes aufgefordert werden, würde – so zumindest nach Ansicht der Antragsgegnerin – ebenso ein Ausscheidungsgrund vorliegen, weil es nicht darstellbar ist.

XXXX Das Vorbringen der Antragstellerin wird bestritten und festgehalten, dass schon die Aufklärung der mitbeteiligten Partei zeigt, dass es entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin es sich um kein rechtswidriges Kalkulationsformblatt handelt und sehr wohl eine Darlegung der Kalkulation ohne Differenzen zum Angebot möglich ist.

XXXX Wir schließen uns dem Vorbringen der Auftraggeberin an."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberinnen für die Lose 1 und 2 haben einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Es ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung beabsichtigt. Die Bekanntmachung in Österreich und in der EU ist am 24.04.2020 bzw 27.04.2020 erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberinnen vom 01.10.2020).

Die Entscheidung mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll wurde am 18.09.2020 versendet. Diese Entscheidung erfolgte in den Losen 1 und 2 zugunsten der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin XXXX . (Schreiben der Auftraggeberinnen vom 01.10.2020).

Die Auftraggeberinnen haben folgendes Aufklärungsschreiben vom 02.07.2020 an die Antragstellerin gerichtet:

„Vertiefte Preisprüfung

Sehr geehrter Bieter!

Im Zuge der Prüfung sind leider Zweifel an der Angemessenheit der von Ihnen angebotenen Preise aufgetreten. Es wird daher eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 137 BVergG 2018 durchgeführt. Wir ersuchen Sie um verbindliche schriftliche Aufklärung über folgende Punkte:

Die Kalkulation aller Einheitspreise für die Lose 1 und 2 ist offen zu legen.

Das heißt, es ist insbesondere darzustellen, wie hoch die durchschnittlichen Zeitaufwände der einzelnen Tätigkeiten im Zuge der Überprüfung sind, wie hoch der Stundensatz der prüfenden Person ist, welche Material-, Geräte-, und Kapitalkosten enthalten sind, und welche Deckungs-beiträge bzw. Gewinnaufschläge berücksichtigt wurden. Der so aufgeschlüsselte Preis muss dem angebotenen Einheitspreis entsprechen.

Das beiliegende Excel-Dokument ist dafür zwingend zu verwenden. Es dürfen keine Zeilen oder Spalten gelöscht werden.

In die Spalte „Erläuterungen" können jeweils Anmerkungen zu Besonderheiten in der Kalku-lation eingetragen werden, um Unterschiede/Abweichungen in einzelnen Preispositionen nachvollziehen zu können." (Akt des Vergabeverfahrens)

Das dem Aufklärungsschreiben der Auftraggeberinnen vom 02.07.2020 beiliegende Exel-Dokument für das Los 1 lautet auszugsweise (kurz „Kalkulationsformblatt" genannt; in den einzelnen Spalten sind die Werte für die einzelnen Hallentypen einzutragen; in 2 weiteren Spalten rechts von der Spalte „Einheitspreis" wird in der Spalte „Diff" die Differenz zu dem von der Antragstellerin angebotenen Einheitspreis der jeweiligen Zeile ausgewiesen und in einer weiteren Spalte „Kontrollfeld" gegebenenfalls darauf hingewiesen, dass der kalkulierte Wert der jeweiligen Zeile nicht dem angebotenen Preis entspricht; das Kalkulationsformblatt zu Los 2 ist im Wesentlichen gleichlautend):

wird automatisch berechnet

durchschnittlicher Zeitaufwand in West-Österreich (Vorarlberg, Tirol, Salzburg, Oberösterreich)

sind einzutragen, um "Besonderheiten" in der Kalkulation zu erläutern

Anfahrt in Minuten	Anmeldung beim Auftraggeber vorort und Zutritt in Minuten	Prüfung der Geräte und gelagerte Geräte in Minuten	Erstellen des Prüfberichts in Minuten	Abschluss-gespräch in Minuten	Kennzeichnung nicht betriebssicherer Geräte in Minuten	Erstellen des Leistungs-verzeichnisses + Übermittlung an AG in Minuten	GESAMTZEIT in Stunden	Stundensatz in €	Personal-kosten	Material-kosten	Geräte-kosten	Kapital-kosten	Wagnis/ Gewinn	Erläuterungen	Einheitspreis
							0,00		€ -						€ -
							0,00		€ -						€ -
							0,00		€ -						€ -
							0,00		€ -						€ -
							0,00		€ -						€ -
							0,00		€ -						€ -
							0,00		€ -						€ -
							0,00		€ -						€ -
							0,00		€ -						€ -
							0,00		€ -						€ -
							0,00		€ -						€ -
							0,00		€ -						€ -

(Akt des Vergabeverfahrens)

Die Einheitspreise des Kalkulationsformblattes der Antragstellerin bezüglich Los 1 weichen in 18 von 18 Positionen von den Einheitspreisen laut ihrem Angebot ab. Die Einheitspreise des Kalkulationsformblattes der Antragstellerin bezüglich Los 2 weichen in 18 von 18 Positionen von den Einheitspreisen laut ihrem Angebot ab. (Tabelle in Beilage ./1 des Schreibens der Auftraggeberinnen vom 09.10.2020; diese Tabelle ist entsprechend dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung unstrittig)

Der allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige für Sportanlagenbau XXXX hat zur gegenständlichen Ausschreibung (nicht jedoch zum Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin) das „Gutachten Überprüfung Turnhalleneinrichtung" vom 21.10.2020 (kurz: Gutachten XXXX) erstattet. Darin wird unter Punkt 2.5 Kosten eines Prüftechnikers pro Stunde (Stundensatz) ein Stundensatz für einen Prüftechniker laut Ausschreibung gemäß dem Kollektivvertrag Consulting, Verwendungsgruppe 4, von mindestens € 44,50 bzw € 55,62 (Gutachten XXXX 16 und Tabelle S. 59) errechnet. (Gutachten XXXX 16 und Tabelle S. 59)

Die präsumtive Rahmenvereinbarungsunternehmerin ist ein Unternehmen, das auf die Prüfung von Turnhallen, Spielplätzen, Kranen und Hebezeugen, Toren und kraftbetriebenen Türen spezialisiert ist und in ganz Österreich über eine große Anzahl an Kunden verfügt. (vertrauliche Beilage ./2 zum Verhandlungsprotokoll W134 2235515-2/26Z, XXXX ; vertrauliche Kundenlisten der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin Beilagen ./4, ./5 und ./6 zum Verhandlungsprotokoll W134 2235515-2/26Z)

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht oder die Feststellungen sind unstrittig. Das Gutachten XXXX hat die gegenständliche Ausschreibung nicht jedoch das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin zum Gegenstand und ist daher

insofern nur eingeschränkt verwertbar. Die vertraulichen Kundenlisten der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin sowie ihre Angaben in der mündlichen Verhandlung und im Internet zu ihrem Tätigkeitsfeld sind schlüssig und nachvollziehbar.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen, welche mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest wurden und an welche daher alle am Vergabeverfahren Beteiligten gebunden sind, sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029; VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; VwGH 15. 3. 2017, Ra 2014/04/0052).

Wurden Daten im Nachprüfungsverfahren vertraulich behandelt, hat die Abwägung des Zugangsrechtes der Antragstellerin zu allen beim Bundesverwaltungsgericht eingereichten dieses Vergabeverfahren betreffenden Informationen und somit dem Recht auf ein faires Verfahren gegen das Recht der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse ein Überwiegen des Rechts der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse ergeben, da ansonsten die Stellung der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin im Wettbewerb unverhältnismäßig beeinträchtigt würde.

3.a) Zu Spruchpunkt 1) A) I.:

Die Antragstellerin brachte vor, dass das im Zuge der Aufklärung übermittelte Kalkulationsformblatt rechtswidrig sei, weil nicht sämtliche Kosten dargestellt hätten werden können, die Bieter zulässigerweise nach den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen in ihre Kalkulation mit eingerechnet hätten, nämlich: 1. Zeiten für die Planung und Organisation der Routen; 2. Touren- und Wegkosten (z.B. Reisekosten, Fremdleistungen wie Nächtigungskosten etc.); 3. Geschäftsgemeinkosten (z.B. Bürokosten, Sekretariat, Geschäftsführung); 4. Servicegebühr an die BBG.

Bei einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 137 BVergG 2018 handelt es sich um eine Plausibilitätsprüfung, bei welcher die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär-und Nachvollziehbarkeit überprüft wird, wobei zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen werden muss, sondern nur grob geprüft werden muss, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu dem angebotenen Preisen erbringen kann (VwGH 28.09.2011, 2007/04/0102). Das Kalkulationsformblatt und das Aufklärungsschreiben vom 02.07.2020 entsprechen diesen Anforderungen. Die Auftraggeberinnen sind bei der vertieften Angebotsprüfung nicht verpflichtet - wie dies offenbar die Antragstellerin vermeint wenn sie rügt, im Kalkulationsformblatt nicht sämtliche Kosten darstellen zu können - die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachzuvollziehen. Im Übrigen wäre es der Antragstellerin möglich gewesen, im Kalkulationsformblatt in der Spalte „Erläuterungen“ die Besonderheiten ihrer Kalkulation zu erläutern, was sie jedoch unterlassen hat.

Weiters wird darauf verwiesen, dass im Kalkulationsblatt zur Abfrage des durchschnittlichen Zeitaufwandes ähnliche Formulierungen verwendet wurden, wie in der Beschreibung des Inhalts der Pauschale für die Überprüfung im bereits präkludierten Preisblatt, welches bei Angebotsabgabe zu verwenden war, was sachgerecht ist.

Das Kalkulationsformblatt und das Aufklärungsschreiben vom 02.07.2020 sind daher nicht rechtswidrig.

3.b) Zu Spruchpunkt 1) A) II.:

Die Antragstellerin brachte vor, die präsumtive Rahmenvereinbarungsunternehmerin habe einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis angeboten. Die Auftraggeberinnen hätten eine vertiefte Angebotsprüfung und damit die Prüfung der Angemessenheit der Preise nicht oder nicht gesetzeskonform vorgenommen.

Die Auftraggeberin brachte zusammengefasst vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden und ihre Antragslegitimation nicht gegeben sei, weil es bei der im Zuge der vertieften Angebotsprüfung geforderten Aufklärung zu Differenzen zwischen der Aufklärung und dem Angebot der Antragstellerin gekommen sei.

Die Auftraggeberinnen haben mit ihrem Aufklärungsschreiben vom 02.07.2020 die Antragstellerin um verbindliche schriftliche Aufklärung der Kalkulation aller Einheitspreise für die Lose 1 und 2 mithilfe eines Kalkulationsformblattes ersucht. Die Antragstellerin wurde in dem Aufklärungsschreiben ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der so

aufgeschlüsselte Preis dem angebotenen Einheitspreis entsprechen muss. Das Kalkulationsformblatt ist so ausgestaltet, dass die Antragstellerin vom Abweichen des aufgeschlüsselten Preises zum angebotenen Einheitspreis in jeder Zeile und somit bezüglich jedes Hallentyps ausdrücklich hingewiesen wird.

Die Einheitspreise des Kalkulationsformblattes der Antragstellerin bezüglich Los 1 weichen in 18 von 18 Positionen von den Einheitspreisen laut ihrem Angebot ab. Die Einheitspreise des Kalkulationsformblattes der Antragstellerin bezüglich Los 2 weichen ebenfalls in 18 von 18 Positionen von den Einheitspreisen laut ihrem Angebot ab.

Da die Auftraggeberinnen in ihrem rechtmäßigem Aufklärungsschreiben vom 02.07.2020 ausdrücklich darauf hingewiesen haben, dass der aufgeschlüsselte Preis dem angebotenen Einheitspreis entsprechen muss, dies jedoch bei der Antragstellerin in keiner einzigen Position beider Lose der Fall ist, wäre das Angebot der Antragstellerin bezüglich der Lose 1 und 2 gemäß § 141 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen, weil das Angebot der Antragstellerin bezüglich der Lose 1 und 2 eine durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist.

Zu prüfen ist nunmehr auch, ob es der Antragstellerin aufgrund der Tatsache, dass ihr Angebot bezüglich der Lose 1 und 2 auszuscheiden gewesen wäre, an der Antragslegitimation mangelt. Die Antragslegitimation der Antragstellerin würde entsprechend der Judikatur des EuGH (EuGH 04.07.2013, C-100/12, Fastweb; EuGH 05.04.2016, C-689/13, PFE) auch wenn ihr eigenes Angebot auszuscheiden wäre, weiterhin bestehen, falls die Angebote aller anderen Bieter auszuscheiden wären. Anders ausgedrückt: Falls auch nur ein ausschreibungskonformes Angebot im Vergabeverfahren verbliebe, würde es der Antragstellerin, da ihr Angebot auszuscheiden wäre, an der Antragslegitimation mangeln, da ihr kein Schaden im Sinne des § 342 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2018 durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstehen könnte. Zu prüfen ist daher, ob noch ausschreibungskonforme Angebote im Vergabeverfahren verblieben sind (vgl. EuGH 05.04.2016, C-689/13, PFE, Rz 25).

Der geschätzte Auftragswert im Los 1 beträgt € 347.818,--. Der im Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin angebotene Preis beträgt € 129.061,--. Der geschätzte Auftragswert im Los 2 beträgt € 215.487,92. Der im Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin angebotene Preis beträgt € 108.004,--. Angesichts solcher außergewöhnlicher Preisunterschiede war die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung geboten und wurde diese von den Auftraggeberinnen auch durchgeführt.

Der Senat hat zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin in Abwesenheit der Antragstellerin mit den Auftraggeberinnen und der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin geprüft. Die Einheitspreise im Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin in den Losen 1 und 2 sind in den entsprechenden Positionen entsprechend gleich. Es wurde geprüft, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist und unter Berücksichtigung der auch den Auftraggeberinnen zur Verfügung gestandenen Unterlagen mittels einer Plausibilitätsprüfung grob geprüft, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (vgl. VwGH 25.01.2011, 2008/04/0082). Der Senat kam zu dem Ergebnis, dass die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist und dass ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. Der von der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin angegebene Stundensatz im Kalkulationsblatt vom 02.07.2020 (welcher als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis vertraulich behandelt wird) erscheint auch unter Berücksichtigung des Gutachtens XXXX jedenfalls plausibel.

Weiters hat sich gezeigt, dass die präsumtive Rahmenvereinbarungsunternehmerin ein Unternehmen ist, das auf die Prüfung von Turnhallen, Spielplätzen, Kranen und Hebezeugen, Toren und kraftbetriebenen Türen spezialisiert ist und in ganz Österreich über eine große Anzahl an Kunden verfügt. Sie verfügt über spezielle Durchführungsmethoden, welche es ihr ermöglichen, diese große Anzahl an Kunden so effizient wie möglich zu servicieren, sodass sowohl die Anfahrtszeiten als auch die sonstige Abwicklung eines Auftrages sehr zeitsparend und effizient durchgeführt werden können. Sowohl die Anzahl der Kunden als auch die oben genannten Durchführungsmethoden werden als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vertraulich behandelt.

Im Gutachten XXXX wird die erforderliche Zeit für die Durchführung der verfahrensgegenständlichen Leistungen

teilweise deutlich länger angegeben, als diese von der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin in ihrem Kalkulationsblatt angegeben wird. Die von der präsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin angegebenen kürzeren Zeiten erscheinen jedoch angesichts ihres großen Kundenstockes in Kombination mit ihren effizienten und zeitsparenden Durchführungsmethoden plausibel.

Weiters hat die mündliche Verhandlung ergeben, dass es sich auch bei dem Angebot der XXXX betreffend die Lose 1 und 2 um ein ausschreibungskonformes Angebot handelt.

Bei den Angeboten der päsumtiven Rahmenvereinbarungsunternehmerin sowie der XXXX betreffend die Lose 1 und 2 handelt es sich somit um 2 ausschreibungskonforme Angebote. Daher mangelt es der Antragstellerin betreffend die Lose 1 und 2 bereits an der Antragslegitimation, da ihr kein Schaden im Sinne des § 342 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2018 durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstehen kann.

Es ist auch kein Grund iSd. § 347 Abs. 1 BVergG 2018 hervorgekommen, die angefochtene Auswahlentscheidung betreffend die Lose 1 und 2 für nichtig zu erklären.

3.b) Zu Spruchpunkt 2.) A) - Gebührenersatz:

Da die Antragstellerin nicht obsiegt hat, hat sie gemäß § 341 BVergG 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberinnen.

B) Revision (Spruchpunkte 1) B) und 2) B)):

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Nach Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vgl. VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120).

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich.

Schlagworte

Abschlussverbot Angemessenheit Antragslegimitation Antragsrecht Auslegung der Ausschreibung Ausschreibung Auswahlentscheidung bestandfeste Ausschreibung Betriebsgeheimnis Dienstleistungsauftrag Geschäftsgeheimnis Gutachten Kalkulation mündliche Verhandlung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren Nachvollziehbarkeit Nichtigerklärung objektiver Erklärungswert Plausibilität Preisvergleich Rahmenvereinbarung Sachverständigengutachten spekulativer Preis Vergabeverfahren vertiefte Angebotsprüfung (vertiefte) Preisprüfung Vertraulichkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W134.2235510.2.00

Im RIS seit

28.01.2021

Zuletzt aktualisiert am

28.01.2021

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

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