

TE Verg Bescheid 2013/5/23 VKS-243967/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.05.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §163

BVergG 2006 §165

BVergG 2006 §167

BVergG 2006 §267

BVergG 2006 §269

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 167 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 267 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe des Dienstleistungsauftrages "Smart Campus - Baugrubenaushub, Baugrubensicherung und Entsorgung; Ausschreibungsnummer EK-3371" durch die Auftraggeberin Wien Energie Stromnetz GmbH, Mariannengasse 4-6, 1090 Wien, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 15.3.2013 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 27.3.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 6, 12 Abs. 1 Z 1, 163, 165, 167, 267, 269 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a., 3 Absatz eins, Ziffer 2, 6, 12, Absatz eins, Ziffer eins, 163, 165, 167, 267, 269, BVergG 2006.

Begründung

Die Wien Energie Stromnetz GmbH (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Auftrages zur Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Baugrubenaushub, der Baugrubensicherung und Entsorgung aus Anlass der beabsichtigten Errichtung eines Objektes auf dem "Smart Campus". Wesentlicher Leistungsbestandteil ist die Behandlung, Wiederverwertung und Deponierung des teilweise hoch kontaminierten Aushubmaterials. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis und die Zahlungsbedingungen herangezogen werden (Pkt. B.6. der Besonderen Bestimmungen). Die Bekanntmachung des Beschaffungsvorganges ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 24.1.2013, 13.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich 8 Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot preislich an vierter Stelle gereiht wurde.

Mit Schreiben vom 15.3.2013, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag einer anderen Bietergemeinschaft erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 25.3.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 25.3.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz.

Die Antragstellerin führt zunächst aus, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (im Folgenden Teilnahmeberechtigte genannt) und der weiteren beiden, vor ihr gereihten Bieter, bei rechtmäßigem Vorgehen auszuschneiden gewesen wären. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten wäre deshalb nicht zu berücksichtigen, weil sie durch Nennung eines Sub-Sub-Unternehmers gegen zwingende Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen verstoßen habe. Überdies weise das Angebot der Teilnahmeberechtigten einen spekulativen Preis auf, weil sie bei der Kalkulation zwingend zu berücksichtigende ALSAG-Beiträge nicht entsprechend berücksichtigt habe. Das Angebot der an zweiter Stelle gereihten Bieterin sei wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit und Verstoßes gegen das Verbot der Sub-Sub-Vergabe auszuschneiden. Auch die an dritter Stelle gereichte Bietergemeinschaft wäre auszuschneiden gewesen, weil sie einen befugten Subunternehmer für die Eisenbahnverkehrsleistungen nicht genannt habe und überdies gegen das Verbot der Sub-Sub-Unternehmensnennung verstoßen habe. Weiters macht sie geltend, die Antragsgegnerin habe im Zuge der Angebotsöffnung gegen vergaberechtliche Bestimmungen verstoßen, weil die im Angebotsöffnungsprotokoll angeführte Bietergemeinschaft bzw. Unternehmung keinem bestimmten Unternehmen zugeordnet werden könne. Zusammenfassend führt sie aus, dass sämtliche der Antragstellerin vorgereichten Angebote auszuschneiden wären, womit die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Angebotes der Antragstellerin lauten müsste.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihren Rechten auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Ausscheiden von auszuschneidenden Angeboten, im Recht auf Prüfung des Angebotes der vorgereichten Bieter nach den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Eignungskriterien und Formalerfordernissen, im Recht auf Prüfung der Preisangemessenheit von vorgereichten Angeboten hinsichtlich spekulativer Preisgestaltung, im Recht für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des tatsächlichen Bestbieters und Zuschlagserteilung an die tatsächlichen Bestbieter und letztlich im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren in Folge eines allenfalls gebotenen Widerrufs, verletzt.

Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und habe daran auch ein entsprechendes Interesse. Ihr drohe ein Schaden durch Verlust der nicht unwesentlichen Kosten für die Erstellung des Angebotes. Dazu kämen die Kosten für die rechtliche Beratung und Vertretung sowie der drohende Verlust eines angemessenen Gewinns. Die der Antragstellerin drohenden Schäden werden im einleitenden Schriftsatz ziffernmäßig dargestellt. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, sollte sie den Zuschlag nicht erhalten, drohe ihr der Verlust eines für sie wesentlichen Referenzprojektes.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 27.3.2013 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses, beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 2.4.2013 ist die Teilnahmeberechtigte dem Verfahren als Partei beigetreten und hat zunächst darauf hingewiesen, dass es der Antragstellerin an der Legitimation zur Stellung des Nachprüfungsantrages fehlen dürfte. Die Antragstellerin habe es unterlassen, in ihrem Angebot die derzeit gültigen ALSAG-Beiträge in voller Höhe zu kalkulieren, sondern habe sich durch die Reduktion der ALSAG-Beiträge einen Vorteil bei der Bemessung des Gesamtpreises verschafft. Insoweit liege eine Spekulation mit einer Massenänderung und damit ein spekulatives Angebot vor. Die gestellten Anträge wären daher zurückzuweisen. Im Übrigen bestreitet sie das Vorliegen der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten.

Gleichfalls mit Schriftsatz vom 2.4.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, ebenfalls die Zurückweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, die Antragstellerin hätte ein Angebot mit nicht

plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises gelegt, wodurch eine Vergleichbarkeit der Angebote sowie ein fairer und lauterer Wettbewerb gemäß § 187 Abs. 1 BVergG 2006 nicht mehr gegeben sei. Im Übrigen bestreitet auch die Antragsgegnerin das Vorliegen der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten. Gleichfalls mit Schriftsatz vom 2.4.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, ebenfalls die Zurückweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, die Antragstellerin hätte ein Angebot mit nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises gelegt, wodurch eine Vergleichbarkeit der Angebote sowie ein fairer und lauterer Wettbewerb gemäß Paragraph 187, Absatz eins, BVergG 2006 nicht mehr gegeben sei. Im Übrigen bestreitet auch die Antragsgegnerin das Vorliegen der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten.

Auf diese beiden Schriftsätze hat die Antragstellerin ihrerseits mit Stellungnahme vom 21.5.2013 bzw. 22.5.2013 repliziert und dargestellt, wie sie die ALSAG-Beiträge bei der Kalkulation ihres Angebotes berücksichtigt hat. Ergänzend bringt sie vor, dass es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der erforderlichen Befugnis für die anzubietenden Eisenbahnverkehrsleistungen fehlen würde.

In seiner Entscheidung ist der Senat vom übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde, sowie vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 23.5.2013 ausgegangen. Danach wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt ergänzend festgestellt:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen für den Sektorenbereich zur Vergabe eines Leistungsauftrages im Zusammenhang mit dem Baugrubenaushub, der Baugrubensicherung und der Entsorgung des ausgehobenen Materials im Zuge eines von ihr geplanten Bauvorhabens auf dem "Smart Campus". Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis und die Zahlungsbedingungen herangezogen werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 24.1.2013, 13.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich acht Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot preislich an vierter Stelle gereiht wurde. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen für den Sektorenbereich zur Vergabe eines Leistungsauftrages im Zusammenhang mit dem Baugrubenaushub, der Baugrubensicherung und der Entsorgung des ausgehobenen Materials im Zuge eines von ihr geplanten Bauvorhabens auf dem "Smart Campus". Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis und die Zahlungsbedingungen herangezogen werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 24.1.2013, 13.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich acht Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot preislich an vierter Stelle gereiht wurde.

Gegenstand der ausgeschriebenen Leistungen ist unter anderem auch ein hoch komplexer Baugrubenaushub verbunden mit dem Abtransport und der Behandlung teilweise hoch kontaminierten Bodenmaterials. Die nicht deponierbaren gefährlichen Abfälle sind mit ihren Schlüsselnummern in der Leistungsgruppe 30 angeführt (Seite 115f). In der Leistungsbeschreibung wird dazu ausgeführt:

1. "30.Ziffer 30

BAUSTELLENENTSORGUNG UND TRANSPORTE

Allgemeines:

Der Begriff "Entsorgen" umfasst das Verwerten oder Deponieren von Materialien. Bei der Ausführung sind alle einschlägigen Normen und Richtlinien, insbesondere die einschlägigen rechtlichen Vorgaben (Deponieverordnung, Baurestmassentrennverordnung) in der jeweils letztgültigen Fassung einzuhalten.

Das abzuführende Material ist getrennt nach Wirtschaftsgut und Abfall zu behandeln. Der in den jeweiligen Pos. angegebene Deponietyp ist die vom AG erwartete Einstufung gemäß Gesamtbeurteilung laut Deponieverordnung".

Im Leistungsverzeichnis wird unter der Leistungsgruppe 30-Baustellenentsorgung und Transporte, festgelegt, dass der Begriff "Entsorgen" das Verwerten oder Deponieren von Materialien umfasst. Bei der Ausführung sind alle

einschlägigen Normen und Richtlinien, insbesondere die einschlägigen rechtlichen Vorgaben (Deponieverordnung, Baurestmassentrennverordnung) in der jeweils letztgültigen Fassung einzuhalten. In den einzelnen Positionsnummern dieser Leistungsgruppe sind jeweils auch die von der Antragsgegnerin geschätzten zu entsorgenden Aushubmassen teils in Tonnen, teils in Kilogramm vorgegeben. In der Position 30.1019Z des Leistungsverzeichnisses war der Altlastenbeitrag, gegliedert in drei Unterpositionen für jeweils eine bestimmte Aushubmenge anzubieten. In allen vier Positionen wird auf die Bestimmung des § 6 Abs. 4 ALSAG verwiesen. Im Leistungsverzeichnis wird unter der Leistungsgruppe 30-Baustellenentsorgung und Transporte, festgelegt, dass der Begriff "Entsorgen" das Verwerten oder Deponieren von Materialien umfasst. Bei der Ausführung sind alle einschlägigen Normen und Richtlinien, insbesondere die einschlägigen rechtlichen Vorgaben (Deponieverordnung, Baurestmassentrennverordnung) in der jeweils letztgültigen Fassung einzuhalten. In den einzelnen Positionsnummern dieser Leistungsgruppe sind jeweils auch die von der Antragsgegnerin geschätzten zu entsorgenden Aushubmassen teils in Tonnen, teils in Kilogramm vorgegeben. In der Position 30.1019Z des Leistungsverzeichnisses war der Altlastenbeitrag, gegliedert in drei Unterpositionen für jeweils eine bestimmte Aushubmenge anzubieten. In allen vier Positionen wird auf die Bestimmung des Paragraph 6, Absatz 4, ALSAG verwiesen.

Im Kapitel "Allgemeine Bestimmungen" des Leistungsverzeichnisses wird unter der Position 00.1723E unter Hinweis auf die Festlegungen zu den Positionsnummern 00.2001E festgelegt, wie die Bieter bei der Kalkulation ihrer Angebote den ALSAG-Beitrag zu behandeln haben. Diese Bestimmungen lauten auszugsweise wie folgt:

"Hinsichtlich Pflichten und Prozedere bei der Abfallbehandlung wird insbesondere auf die Festlegung verwiesen (siehe POS 00.2001E Z, 00.2001F Z).

Gemäß Altlastensanierungsgesetz (ALSAG) BGBl. IDGF. sind für näher genannte Tätigkeiten zur Behandlung von Abfällen näher definierte Beiträge (folgend ALSAG-Beitrag) zu leisten. Im LV sind in der LG 30 daher die Kosten
Gemäß Altlastensanierungsgesetz (ALSAG) Bundesgesetzblatt IDGF. sind für näher genannte Tätigkeiten zur Behandlung von Abfällen näher definierte Beiträge (folgend ALSAG-Beitrag) zu leisten. Im LV sind in der LG 30 daher die Kosten

- -Strichaufzählung
für Transport
- -Strichaufzählung
für die Behandlung (Verwertung oder Beseitigung) und
- -Strichaufzählung
für den ALSAG-Beitrag

gesondert auszuweisen.

Gemäß den Festlegungen der Ausschreibung obliegt dem AN die Entscheidung über die Art der Behandlung (Verwertung oder Beseitigung) der vom AG zur Behandlung übergebenen Abfälle. <....>

Die vom AN für die Beseitigung oder sonstige Verwertung gemäß ALSAG abzuführenden ALSAG-Beiträge werden mit den gemäß gesetzlichen Festlegungen gegliederten Positionen für "ALSAG-Beitrag" vergütet und zwar nur in der Höhe, wie die ALSAG-Beiträge den AN für die vom ihm gewählte Form der Behandlung belasten. Verwertet der AN z.B. vollständig durch Recycling, erhält er seine Aufwände dafür mit der Position "Behandlung" vergütet, erhält aber keine Vergütung für "ALSAG-Beitrag", da bei diesem Behandlungsweg diese nicht anfallen.

Da alle Aufwände (samt erzielbarer Deckungsbeiträge) für die Behandlung in die dafür vorgesehenen Positionen einzurechnen sind, sind in die Positionen für ALSAG-Beitrag nur die derzeit gültigen ALSAG-Beiträge gemäß ALSAG IDGF einzukalkulieren.

Der ALSAG-Beitrag ist mit dem vom AN vorzulegenden Endbehandlungsnachweis (Bestätigung der endbehandelnden Verwertungs- oder Beseitigungsanlage über die Übernahme der Abfälle) nachzuweisen und kann erst mit Vorlage dieses Nachweises verrechnet werden.

Da der Umfang der anfallenden ALSAG-Beiträge wesentlich vom Entsorgungskonzept des Bieters abhängt, wurden in den einzelnen Positionen vorerst 100 % der zur Behandlung ausgeschriebenen Massen angesetzt, selbst wenn die letztliche Abrechnung voraussichtlich geringe Werte ergeben wird. Da die Position "ALSAG-Beitrag" letztlich einem

Kostenersatz für den AN entstandene Aufwände in klar kalkulierbarer Höhe darstellt, stellt ein Entfall dieser Position für den AN keine Nachteile dar. Bei gesetzlicher Änderung der Beiträge hat der AN Anspruch auf Vergütung des Mehraufwandes."

Nach diesen Bestimmungen hatten die Bieter nur die im Zeitpunkt der Angebotslegung gültigen ALSAG-Beiträge gemäß ALSAG idGF einzukalkulieren. In einer Rückfragebeantwortung vom 15.1.2013 (Rückfrage Nr. 30) hat die Auftragsgegnerin nochmals darauf hingewiesen, dass in den Positionen für ALSAG-Beitrag nur die derzeit gültigen ALSAG-Beiträge gemäß ALSAG idGF einzukalkulieren sind.

Die Antragstellerin hat in der LG Pos. 30.1019B Z einen ALSAG-Beitrag von € 1,03, in der LG Pos. 30.1019C Z einen ALSAG-Beitrag in der Höhe von € 1,49 eingesetzt. Die im Zeitpunkt der Angebotslegung nach § 6 Abs. 4 des Altlastensanierungsgesetzes gültigen ALSAG-Beiträge haben für die Pos. 30.1019B Z (Reststoffdeponien) Die Antragstellerin hat in der LG Pos. 30.1019B Z einen ALSAG-Beitrag von € 1,03, in der LG Pos. 30.1019C Z einen ALSAG-Beitrag in der Höhe von € 1,49 eingesetzt. Die im Zeitpunkt der Angebotslegung nach Paragraph 6, Absatz 4, des Altlastensanierungsgesetzes gültigen ALSAG-Beiträge haben für die Pos. 30.1019B Z (Reststoffdeponien)

€ 20,60, für die Position 30.1019C Z (Massenabfalldeponie) € 29,80 je angefangener Tonne betragen.

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 22.2.2013 die Antragstellerin um Aufklärung ersucht, wie sich der von ihr in den beiden genannten Positionen ausgewiesene ALSAG-Beitrag zusammensetzt. Sie hat in diesem Schreiben die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass nach den bestandfest gewordenen Festlegungen zu den beiden genannten Positionen "nur die derzeit gültigen ALSAG-Beiträge gemäß ALSAG idGF einzukalkulieren" waren. Unter einem hat die Antragsgegnerin die derzeit gültigen ALSAG-Beiträge angeführt.

Mit Schreiben vom 26.2.2013 hat die Antragstellerin diese Anfrage auszugsweise wie folgt beantwortet:

"Unser Entsorgungskonzept sieht die Entsorgung von Aushubmaterial, welches einer Reststoff- bzw. Massenabfalldeponie zugeordnet wird, eine Behandlung vor, bei der auf Grund der Baugrundbeschreibung davon auszugehen ist, dass nach Behandlung und Verwertung nur mehr 5 Prozent der Gesamtmenge auf die entsprechende Deponie (Reststoff- bzw. Massenabfalldeponie) zu entsorgen sind. Dieser Sachverhalt wurde in den beiden ALSAG Positionen LG. POSNR 30.1019B Z (5 % von 20,60 €/t ergibt den Positionspreis von 1,03 €/t) und LG. POSNR 30.1019C Z (5 % von 29,80 €/t ergibt den Positionspreis von 1,49 €/t) berücksichtigt und auch so kalkuliert."

Ein Abfallentsorgungskonzept war nach den Ausschreibungsunterlagen nicht anzubieten. Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot ein solches auch nicht abgegeben.

In der mündlichen Verhandlung vom 23.5.2013 hat die Antragstellerin zur Kalkulation der ALSAG-Beiträge ausgeführt, dabei sowohl die Mengenvorsätze eingehalten zu haben, als auch die gesetzlichen ALSAG-Beiträge. Sie habe nichts anderes getan, als die Preise so ausgepreist "wie wir sie nach unserem Konzept umsetzen wollen." Dabei ist die Antragstellerin davon ausgegangen, dass jene Baurestmenge, die an der Baustelle (Baugrube) abtransportiert und dort gewogen wird, maßgeblich ist, nicht aber jene Restmenge davon, die in der Abfallentsorgungsanlage abgeliefert wird. Deswegen habe sie den ALSAG-Beitrag auf die zunächst an der Baugrube gewogene Menge umgelegt (Protokoll Seite 4).

Nach der Festlegung in der Position 00.20.02 K ist für den Anfall des ALSAG-Beitrages jene Menge maßgebend die auf der Abfallbehandlungsablage gewogen und dort abgeladen werden soll. Dazu ist auch auf die Position 00.2003B, 6. Absatz des Leistungsverzeichnisses, zu verweisen, in der ausdrücklich bestimmt wird, dass vor der Abfallbehandlung der LKW zur Überprüfung der angelieferten Menge nochmals gewogen wird. "Für die ALSAG-Abgabe gilt der Wert auf der Abfallbehandlungs- oder Verwertungsanlage".

Die Teilnahmeberechtigte hat entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung (Leistungsverzeichnis Seite 6f) die ALSAG-Beiträge nach den Bestimmungen des Altlastensanierungsgesetzes in der richtigen Höhe angesetzt und damit ausschreibungskonform angeboten. Von der Antragstellerin wurden hingegen die ALSAG-Beiträge nicht gesetztes- und ausschreibungskonform angeboten. Der ALSAG-Beitrag war nach den Ausschreibungsunterlagen in der gesetzlichen Höhe zu kalkulieren und im Einheitspreis anzusetzen. Ein niedrigerer Ansatz war untersagt, wie sich auch aus einer in den Vergabeakten erliegenden, allen Bietern zugegangenen Fragebeantwortung ergibt. (Rückfrage Nr. 30).

Die Zuschlagsentscheidung vom 15.3.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf Nichtigkeitsklärung derselben ist am 25.3.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist ebenso nachgewiesen, wie die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007. Die Zuschlagsentscheidung vom 15.3.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf Nichtigkeitsklärung derselben ist am 25.3.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist ebenso nachgewiesen, wie die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem auf Grund des Inhaltes der sorgfältig und transparent geführten Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien. Danach war als erwiesen anzunehmen - was letztlich auch von der Antragstellerin gar nicht mehr bestritten wurde - dass von ihr bei den Positionen 30.1019B Z und 30.1019C Z der ALSAG-Beitrag in der derzeit gültigen Höhe nicht eingesetzt worden ist, sondern sie vielmehr den gesetzlichen ALSAG-Beitrag auf die bei diesen Positionen angesetzten Massen umgelegt hat. Dass es für die Berechnung des ALSAG-Beitrages jedoch nicht auf jene Aushubmengen ankommt, die von der Baugrube abtransportiert und dort gewogen werden, sondern nur auf jene Restmenge davon, die in der Abfallentsorgungsanlage angeliefert und dort abgewogen wird, steht auf Grund des klaren Inhaltes der diesbezüglichen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen fest. Dass die Antragstellerin den ALSAG-Beitrag entsprechend ihrem Entsorgungskonzept berücksichtigt haben will, mag zwar zutreffen, ist aber gegenständlich ohne Bedeutung, da nach den Ausschreibungsunterlagen weder ein Ausschreibungskonzept verlangt noch ein solches von der Antragstellerin mit ihrem Angebot abgegeben wurde. Damit liegt aber auf der Hand, dass die Antragstellerin ein nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechendes Angebot gelegt hat.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006, die nach den Bestimmungen für Sektorenauftraggeber die Vergabe eines Auftrages zur Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Baugrubenaushub, der Baugrubensicherung und der Entsorgung des ausgehobenen, teilweise kontaminierten Materials führt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis und die Zahlungsbedingungen herangezogen werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, die nach den Bestimmungen für Sektorenauftraggeber die Vergabe eines Auftrages zur Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Baugrubenaushub, der Baugrubensicherung und der Entsorgung des ausgehobenen, teilweise kontaminierten Materials führt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis und die Zahlungsbedingungen herangezogen werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie hat auch begründet, warum auch die vor ihr liegenden Angebote auszuschneiden wären, sodass ihr Antragslegitimation zukommt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 15.3.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage als Fax zugegangen. Ihr am 25.3.2013 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher

rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie hat auch begründet, warum auch die vor ihr liegenden Angebote auszuschneiden wären, sodass ihr Antragslegitimation zukommt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 15.3.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage als Fax zugegangen. Ihr am 25.3.2013 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Voraussetzung für einen Nachprüfungsantrag ist, dass der Antragstellerin durch die von ihr behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ist dies nicht gegeben, ist der Antrag mangels Antragslegitimation zurückzuweisen (VWGH 12.5.2011, 2011:04:0043). Dies gilt auch dann, wenn ein Angebot zwar nicht ausgeschieden wurde, aber vor einer Zuschlagsentscheidung hätte ausgeschieden werden müssen (VWGH 27.6.2007, 2006:04:0106; VWGH 28.3.2007, 2005:04:0200). Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin wesentliche Mängel ausweist, die zum Ausscheiden desselben führen müssen. Die Beurteilung dieses Sachverhaltes war der Nachprüfungsbehörde ohne weiteres, ergänzendes Verfahren möglich, weil sich die Ausscheidungsgründe eindeutig aus dem Vergabeakt ergeben (VWGH 1.7.2010, 2009:04:0207; VWGH 18.3.2009, 2007:04:0095).

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin in den Positionen 30.1019B Z und 30.1019C Z ALSAG-Beiträge eingesetzt hat, die nicht den derzeit gültigen ALSAG-Beiträgen laut Altlastensanierungsgesetz idGF entsprechen. Nach den bestandfest gewordenen Festlegungen in den beiden betreffenden Positionen war verlangt, dass die Bieter nur die derzeit gültigen ALSAG-Beiträge einzusetzen und zu kalkulieren hatten. Darauf hat die Antragsgegnerin auch in einer Rückfragebeantwortung vom 15.1.2013 ausdrücklich hingewiesen. Da die Antragstellerin mit ihrem Angebot in den fraglichen Positionen deutlich niedrigere Beiträge angesetzt hat, hat sie die Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung um Aufklärung ersucht. In dieser Aufklärung hat die Antragstellerin zwar versucht zu argumentieren, aus welchen Überlegungen sie ALSAG-Beiträge in der von ihr angeführten Höhe eingesetzt hat und sich dabei auf ein Entsorgungskonzept berufen. Da ein Entsorgungskonzept von den Bietern nicht vorzulegen war, die Antragstellerin ein solches auch tatsächlich nicht vorgelegt hat, hat ihre Erklärung nur insoweit Bedeutung, als sie damit ausdrücklich zugestanden hat, abweichend von den Ausschreibungsbedingungen, nicht den im Zeitpunkt der Angebotslegung gültigen ALSAG-Beitrag berücksichtigt zu haben. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass den Ausschreibungsunterlagen nicht entnommen werden kann, dass Abfälle der Qualität Reststoff- bzw. Massenabfalldeponie zu 95 % verwertet werden könnten.

Aus der Erklärung der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ergibt sich, dass sie bei der Berücksichtigung der ALSAG-Beiträge den gesetzlich gültigen Beitrag auf die gesamte Vorgabemenge umgerechnet hat, und zwar in der Annahme, dass letztlich eine wesentlich geringere Menge (etwa 5 %) tatsächlich deponiert werden muss. Sowohl nach den Ausschreibungsbestimmungen als auch nach dem Altlastensanierungsgesetz sind die ALSAG-Beiträge nur für jene Mengen zu entrichten, die tatsächlich auf einer entsprechenden Deponie abgelagert werden. Nach den Festlegungen zur Pos. 00.1723E Z werden einem Auftragnehmer die von ihm entrichteten ALSAG-Beiträge, nach entsprechendem Nachweis, von der Auftraggeberin in voller Höhe ersetzt. Der ALSAG-Beitrag für die deponierten Massen bildet damit für einen Auftragnehmer nur einen Durchlaufposten, der letztlich aber davon abhängig ist, welche Mengen tatsächlich nach den Bestimmungen des Altlastensanierungsgesetzes zur Deponierung gelangen. Deshalb war nach den Ausschreibungsbedingungen auch der ALSAG-Beitrag in der jeweils geltenden gesetzlichen Höhe als Einheitspreis anzusetzen und nicht einen durch eine nach den Ausschreibungsunterlagen unzulässige Reduktion der

ausgeschriebenen Mengen ableitbaren Einheitspreis. Damit weicht das Angebot der Antragstellerin von den Vorgaben der Ausschreibung ab, womit der Ausscheidungsgrund des § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 gegeben ist. Aus der Erklärung der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ergibt sich, dass sie bei der Berücksichtigung der ALSAG-Beiträge den gesetzlich gültigen Beitrag auf die gesamte Vorgabemenge umgerechnet hat, und zwar in der Annahme, dass letztlich eine wesentlich geringere Menge (etwa 5 %) tatsächlich deponiert werden muss. Sowohl nach den Ausschreibungsbestimmungen als auch nach dem Altlastensanierungsgesetz sind die ALSAG-Beiträge nur für jene Mengen zu entrichten, die tatsächlich auf einer entsprechenden Deponie abgelagert werden. Nach den Festlegungen zur Pos. 00.1723E Z werden einem Auftragnehmer die von ihm entrichteten ALSAG-Beiträge, nach entsprechendem Nachweis, von der Auftraggeberin in voller Höhe ersetzt. Der ALSAG-Beitrag für die deponierten Massen bildet damit für einen Auftragnehmer nur einen Durchlaufposten, der letztlich aber davon abhängig ist, welche Mengen tatsächlich nach den Bestimmungen des Altlastensanierungsgesetzes zur Deponierung gelangen. Deshalb war nach den Ausschreibungsbedingungen auch der ALSAG-Beitrag in der jeweils geltenden gesetzlichen Höhe als Einheitspreis anzusetzen und nicht einen durch eine nach den Ausschreibungsunterlagen unzulässige Reduktion der ausgeschriebenen Mengen ableitbaren Einheitspreis. Damit weicht das Angebot der Antragstellerin von den Vorgaben der Ausschreibung ab, womit der Ausscheidungsgrund des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 gegeben ist.

Die von der Antragstellerin gewählte Art der Berücksichtigung des ALSAG-Beitrages führt aber auch zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises und damit zu einem möglichen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Mitbewerbern, die mit dem richtigen gesetzlichen ALSAG-Beitrag kalkuliert haben. Nicht zuletzt ermöglicht aber die von der Antragstellerin vorgenommene Umlage des ALSAG-Beitrages auf die bei den beiden Positionen ausgeworfenen Massen im Hinblick auf die Berechnung des ALSAG-Beitrages, wie in der Position 00.1723 E Z geregelt, eine vergaberechtlich unzulässige Spekulation (verrechnet wird der ALSAG-Beitrag, umgelegt auf den Aushub an der Baugrube, für jede dort anfallende Tonne, tatsächlich wird der Beitrag nur für jene Menge entrichtet, die an der Deponie gewogen und dort abgeladen wird). Damit ist aber auch der Ausscheidungsgrund des § 269 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 gegeben. Die von der Antragstellerin gewählte Art der Berücksichtigung des ALSAG-Beitrages führt aber auch zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises und damit zu einem möglichen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Mitbewerbern, die mit dem richtigen gesetzlichen ALSAG-Beitrag kalkuliert haben. Nicht zuletzt ermöglicht aber die von der Antragstellerin vorgenommene Umlage des ALSAG-Beitrages auf die bei den beiden Positionen ausgeworfenen Massen im Hinblick auf die Berechnung des ALSAG-Beitrages, wie in der Position 00.1723 E Z geregelt, eine vergaberechtlich unzulässige Spekulation (verrechnet wird der ALSAG-Beitrag, umgelegt auf den Aushub an der Baugrube, für jede dort anfallende Tonne, tatsächlich wird der Beitrag nur für jene Menge entrichtet, die an der Deponie gewogen und dort abgeladen wird). Damit ist aber auch der Ausscheidungsgrund des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 gegeben.

Wenn auch das Angebot der Antragstellerin von der Antragsgegnerin nicht ausgeschieden wurde, hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass es wegen der aufgezeigten Gründe auszuschneiden gewesen wäre. Damit kommt aber das Angebot der Antragstellerin für eine Zuschlagserteilung nicht in Frage, weshalb ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mangels entsprechender Antragslegitimation zurückzuweisen war.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 27.3.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 27.3.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Zurückweisung; Fehlende Antragslegitimation; Angebot hätte ausgeschieden werden müssen;

Zuletzt aktualisiert am

12.11.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at