

TE Verg Bescheid 2012/4/26 VKS-4331/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.04.2012

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13 Abs2 Z3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §124

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3 und 7

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 § 5 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 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 124 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 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, ***, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages "Krankenanstalt Rudolfstiftung-Süd Zubau, 307.02 Hubschrauber Plattform" durch die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PM Rudolfstiftung Werner Consult - Moser Architekten, Leithastraße 10, 1200 Wien, diese vertreten durch Fellner Wratzfeld Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Ausscheidungsentscheidung sowie die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin je vom 5.4.2012 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 2 Z 3, 18, 19, 20, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 5, 12 Abs. 3, 123, 124, 129 Abs. 1 Z 3 und 7 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13 Absatz 2, Ziffer 3, 18, 19, 20, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 5, 12 Absatz 3, 123, 124, 129, Absatz eins, Ziffer 3 und 7 BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PM Rudolfstiftung Werner Consult - Moser Architekten (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Herstellung einer Hubschrauber Plattform im Zuge des Süd-Zubaus zur Krankenanstalt Rudolfstiftung. Bei dem gegenständlichen Beschaffungsvorgang handelt es sich um die Vergabe eines Loses, dessen Wert im Unterschwellenbereich liegt. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 15.9.2011, 8.30 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Das einzige Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Neben einem weiteren Bieter hat sich auch die Antragstellerin an diesem Verfahren beteiligt und ein Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 28.10.2011 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag dem Mitbewerber erteilen zu wollen. Als Begründung wurde lediglich angeführt, dass das Angebot der Antragstellerin nicht das günstigste Angebot sei.

Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin am 4.11.2011 mit Antrag auf Nichtigerklärung angefochten. In dem zu VKS - 11554/11 protokollierten Nachprüfungsverfahren wurde diesem Antrag mit Bescheid vom 16.2.2012 Folge gegeben und die (erste) Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf den Inhalt dieses, den Parteien zugegangenen Bescheides verwiesen.

Im fortgesetzten Verfahren hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu verschiedenen Punkten ihres Angebotes zur Aufklärung aufgefordert. Schließlich hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 5.4.2012, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot auszuschneiden und den Zuschlag der Mitbewerberin erteilen zu wollen. Die Ausscheidungsentscheidung wurde von ihr damit begründet, dass das Angebot der Antragstellerin eine spekulative Preisgestaltung aufweise und auch bestandfest gewordenen Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen widerspreche (§ 129 Abs. 1 Z 3 und 7 BVergG 2006). Im fortgesetzten Verfahren hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu verschiedenen Punkten ihres Angebotes zur Aufklärung aufgefordert. Schließlich hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 5.4.2012, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot auszuschneiden und den Zuschlag der Mitbewerberin erteilen zu wollen. Die Ausscheidungsentscheidung wurde von ihr damit begründet, dass das Angebot der Antragstellerin eine spekulative Preisgestaltung aufweise und auch bestandfest gewordenen Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen

widerspreche (Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und 7 BVergG 2006).

Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 11.4.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 und Abs. 2 WVRG 2007) eingelangte Schriftsatz, der über Aufforderung im Sinne des § 13 Abs. 3 AVG am 12.4.2012 verbessert wurde. Darin begehrt die Antragstellerin die Nichtigklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin vor, sie habe über Aufforderung der Antragsgegnerin im fortgesetzten Vergabeverfahren die von ihr verlangten Aufklärungen gegeben. So habe sie insbesondere die Lohnkosten sowie sonstige Entgeltbestandteile vollinhaltlich und lückenlos offengelegt, sodass "keine spekulative Preisgestaltung vorliegt". Die Ausscheidung ihres Angebotes sei daher "keinesfalls rechtmäßig erfolgt". Gegen die Zuschlagsentscheidung bringt sie vor, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe mit ihrem Angebot nicht alle Ausschreibungskriterien erfüllt, sie verfüge nur über eine eingeschränkte Befugnis für Stahlbauarbeiten und könne überdies den geforderten Mitarbeiterstand nicht nachweisen. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig. Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 11.4.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins und Absatz 2, WVRG 2007) eingelangte Schriftsatz, der über Aufforderung im Sinne des Paragraph 13, Absatz 3, AVG am 12.4.2012 verbessert wurde. Darin begehrt die Antragstellerin die Nichtigklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin vor, sie habe über Aufforderung der Antragsgegnerin im fortgesetzten Vergabeverfahren die von ihr verlangten Aufklärungen gegeben. So habe sie insbesondere die Lohnkosten sowie sonstige Entgeltbestandteile vollinhaltlich und lückenlos offengelegt, sodass "keine spekulative Preisgestaltung vorliegt". Die Ausscheidung ihres Angebotes sei daher "keinesfalls rechtmäßig erfolgt". Gegen die Zuschlagsentscheidung bringt sie vor, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe mit ihrem Angebot nicht alle Ausschreibungskriterien erfüllt, sie verfüge nur über eine eingeschränkte Befugnis für Stahlbauarbeiten und könne überdies den geforderten Mitarbeiterstand nicht nachweisen. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig.

Durch die angefochtenen Entscheidungen fühlt sich die Antragstellerin erkennbar in ihrem Recht "als Bestbieter den Zuschlag zu erhalten", verletzt. Sie führt aus, nach wie vor ein Interesse an der Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen zu haben. Sollte sie jedoch den Auftrag nicht erhalten, würde sie einen Gewinnentgang von rund 15 % der Auftragssumme erleiden und eine Auslastungsgrundlage für die bevorstehenden Monate verlieren.

Mit Schriftsatz vom 18.4.2012 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Partei dem Verfahren beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot die wesentlichen Positionen nicht in "Lohn" und "Sonstiges" aufgeteilt habe, womit sie ein eindeutig spekulatives Angebot abgegeben habe. Die Preisaufteilung sei in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festgelegt. Da eine Preisaufteilung nicht erfolgte, sei das Angebot der Antragstellerin unvollständig. Deren Angebot sei daher auszuschneiden, weshalb sie auch "kein Recht zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung" habe.

Mit Schriftsatz vom 19.4.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und zur Ausscheidungsentscheidung im Wesentlichen vorgebracht, die Antragstellerin habe in ihrem Angebot bei insgesamt 12 näher bezeichneten Positionen, davon bei sieben wesentlichen Positionen, die Einheitspreise nicht vollständig ausgepreist, indem die Lohnkosten jeweils mit Euro 0 angesetzt worden sind. Die Kalkulation sei nach den Angebotsbestimmungen zwingend nach der ÖNORM B 2061 vorzunehmen gewesen. Auch wenn die Antragstellerin dazu angegeben habe, dass es sich dabei um Subunternehmerleistungen handle, wären diese in einem Lohnkostenanteil und Sonstige Kosten aufzugliedern gewesen, was letztlich auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin getan habe. Die Umlagerung der Lohnkosten in die Sonstigen Kosten sei insofern spekulativ, als die für die Sonstigen Kosten zu erwartenden Preissteigerungen, auch zu einer unzulässigen Anhebung des Lohnanteils führen würden. Bei der Position 3200090 "Werkstattpläne AN" hatte der Auftragnehmer Konstruktions- und Detailpläne (Werkstattpläne) auszuarbeiten. Nach Angaben der Antragstellerin in ihrem Aufklärungsschreiben seien diese Kosten nicht in der Position, zu der sie gehörten, sondern auf eine andere Position (3214160 Dokumentation) umgelagert worden. Eine derartige Vorgangsweise sei spekulativ und ausschreibungswidrig. Weiters führt die Antragsgegnerin aus, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot einige Einheitspreise wesentlich zu hoch ausgepreist habe und es ihr in dem diesbezüglich durchgeführten Aufklärungsverfahren nicht gelungen sei, den Spekulationsverdacht auszuräumen. Indem die Antragstellerin die nach den Angebotsbestimmungen im Leistungsverzeichnis vorzunehmende Aufgliederung entsprechend der ÖNORM B 2061 nicht vorgenommen habe, liege ein unbehebbarer Mangel vor, da die Möglichkeit zur Verbesserung dieses Versäumnisses zu einer materiellen

Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin, in concreto ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung eines ausschreibungskonformen Angebotes, geführt hätte. Das Angebot der Antragstellerin sei daher zwingend gemäß §§ 129 Abs. 1 Z 3 und Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Mit Schriftsatz vom 19.4.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und zur Ausscheidungsentscheidung im Wesentlichen vorgebracht, die Antragstellerin habe in ihrem Angebot bei insgesamt 12 näher bezeichneten Positionen, davon bei sieben wesentlichen Positionen, die Einheitspreise nicht vollständig ausgepreist, indem die Lohnkosten jeweils mit Euro 0 angesetzt worden sind. Die Kalkulation sei nach den Angebotsbestimmungen zwingend nach der ÖNORM B 2061 vorzunehmen gewesen. Auch wenn die Antragstellerin dazu angegeben habe, dass es sich dabei um Subunternehmerleistungen handle, wären diese in einem Lohnkostenanteil und Sonstige Kosten aufzugliedern gewesen, was letztlich auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin getan habe. Die Umlagerung der Lohnkosten in die Sonstigen Kosten sei insofern spekulativ, als die für die Sonstigen Kosten zu erwartenden Preissteigerungen, auch zu einer unzulässigen Anhebung des Lohnanteils führen würden. Bei der Position 3200090 "Werkstattpläne AN" hatte der Auftragnehmer Konstruktions- und Detailpläne (Werkstattpläne) auszuarbeiten. Nach Angaben der Antragstellerin in ihrem Aufklärungsschreiben seien diese Kosten nicht in der Position, zu der sie gehörten, sondern auf eine andere Position (3214160 Dokumentation) umgelagert worden. Eine derartige Vorgangsweise sei spekulativ und ausschreibungswidrig. Weiters führt die Antragsgegnerin aus, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot einige Einheitspreise wesentlich zu hoch ausgepreist habe und es ihr in dem diesbezüglich durchgeführten Aufklärungsverfahren nicht gelungen sei, den Spekulationsverdacht auszuräumen. Indem die Antragstellerin die nach den Angebotsbestimmungen im Leistungsverzeichnis vorzunehmende Aufgliederung entsprechend der ÖNORM B 2061 nicht vorgenommen habe, liege ein unbehebbarer Mangel vor, da die Möglichkeit zur Verbesserung dieses Versäumnisses zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin, in concreto ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung eines ausschreibungskonformen Angebotes, geführt hätte. Das Angebot der Antragstellerin sei daher zwingend gemäß Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen.

Zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung bringt die Antragsgegnerin vor, dass der Antragstellerin, deren Angebot auszuschneiden war, keine Antragslegitimation diesbezüglich zukomme, da ihr Angebot für die Zuschlagserteilung ohnedies nicht in Betracht komme und folglich ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit auch kein Schaden entstehen bzw. drohen kann. Im Übrigen führt sie aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin sowohl die geforderten Nachweise zum Mindestumsatz, zur Firmengröße, zu den Eignungsreferenzen und zur Befugnis erbracht hätte.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie des Voraktes VKS - 11554/11, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, nachstehende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung war gemäß § 13 Abs. 2 Z 3 WVRG 2007 abzusehen. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht beantragt hat, konnte eine solche entfallen, weil bereits aufgrund der Aktenlage feststellbar war, dass der verfahrenseinleitende Antrag abzuweisen ist. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung war gemäß Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer 3, WVRG 2007 abzusehen. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht beantragt hat, konnte eine solche entfallen, weil bereits aufgrund der Aktenlage feststellbar war, dass der verfahrenseinleitende Antrag abzuweisen ist.

Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Im Zuge der Errichtung eines Zubaus an das bestehende Zentralobjekt der Krankenanstalt Rudolfstiftung führt die Antragsgegnerin ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Herstellung einer Hubschrauberplattform. Beim gegenständlichen Beschaffungsvorgang handelt es sich um die Vergabe eines Loses im Unterschwellenbereich. Das Ende der Angebotsfrist war der 15.9.2011, 8.30 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Das einzige Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Insgesamt haben sich nur zwei Bieter am Verfahren beteiligt, die Antragstellerin wurde mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht. Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Im Zuge der Errichtung eines Zubaus an das bestehende Zentralobjekt der Krankenanstalt Rudolfstiftung führt die Antragsgegnerin ein

offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Herstellung einer Hubschrauberplattform. Beim gegenständlichen Beschaffungsvorgang handelt es sich um die Vergabe eines Loses im Unterschwellenbereich. Das Ende der Angebotsfrist war der 15.9.2011, 8.30 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Das einzige Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Insgesamt haben sich nur zwei Bieter am Verfahren beteiligt, die Antragstellerin wurde mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht.

Nach dem Vorblatt zum Leistungsverzeichnis ist die Gesamtleistungsfrist mit 49 Wochen veranschlagt und die Bieter wurden darauf aufmerksam gemacht, dass die Leistungen abschnittsweise und gegebenenfalls mit Unterbrechungen oder Überschneidungen durchgeführt werden müssen, sodass ein kontinuierlicher Ablauf unter Umständen nicht gegeben ist (Leistungsverzeichnis Seite 6/41).

Folgende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sind für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren von Bedeutung:

1. "5.Ziffer 5

Kalkulationsvorschriften, vertiefte Angebotsprüfung

(1) Die Kalkulation ist zwingend nach der ÖNORM B 2061 oder einer in Form und Inhalt vergleichbaren Weise durchzuführen.

(2) Für alle Positionen des Angebotes, die als "wesentliche Positionen" (Kennzeichen "W" neben der Positionsüberschrift) gekennzeichnet sind, hat der Bieter eine nachvollziehbare Aufstellung der dem Einheitspreis zugrundegelegten Preiskomponenten auszufertigen und dem Angebot in einem eigenen Kuvert beizulegen. Diese Aufstellung umfasst je Position zumindest das K 7 - Blatt sowie für die Kalkulation des Mittellohnpreises das K 3 - Blatt (gemäß ÖNORM B 2061 oder in Form und Inhalt vergleichbar).

14. Preise; Vergütung der Leistungen (in Ergänzung zur ÖNORM B 2110 und VD 314)

(1) In Abänderung zur VD 314 erfolgen die Preismrechnungen gemäß ÖNORM B 2111, Ausgabe 01-05-2007.

(2) Die im Leistungsverzeichnis angebotenen Einheits-, Pauschal- und Regiepreise gelten als Festpreise für die Dauer eines Jahres ab Angebotseröffnung, danach sind die Preise im Sinne des Bundesvergabegesetzes veränderlich. Veränderungen werden gemäß ÖNORM B 2111 unter Anwendung der abgeminderten Indexwerte, wie sie unter Berücksichtigung der Empfehlungen des Bundesministeriums für Finanzen vom Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten verlautbart werden, berechnet. Falls für den gegenständlichen Auftrag in den Verlautbarungen des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten die zutreffende Arbeitskategorie nicht vorhanden ist, erfolgt die Berechnung von allfälligen Veränderungen unter Anwendung des Verfahrens gemäß ÖNORM B 2111 Pkt. 5.4.

(3) Überschreitet der Auftragnehmer die vereinbarten Durchführungstermine, so hat er nur in demselben Maß Anspruch auf Vergütung von Lohn- und Materialpreiserhöhungen, als diese Mehrkosten bei Einhaltung der vereinbarten Durchführungstermine zu vergüten gewesen wären.

(4) Wird die Leistungserbringung (nur auf ausdrückliche Anordnung der örtlichen Bauaufsicht des Auftraggebers) mit Überstundenaufwand erforderlich, werden dem Auftragnehmer für die von ihm auf Anordnung des Auftraggebers bzw. dessen Vertreters erbrachten Leistungen folgende Zuschläge vergütet:

1. 1.Ziffer eins

bei Leistungen mit Überstundenaufwand mit 50 % Überstundenzuschlag wird der Lohnanteil der betreffenden Normalposition mit einem Zuschlag von einem Drittel erhöht.

2. 2.Ziffer 2

bei Leistungen mit Überstundenaufwand mit 100 % Überstundenzuschlag wird der Lohnanteil der betreffenden Normalposition mit einem Zuschlag von zwei Drittel erhöht.

3. 3.Ziffer 3

Falls nur Teilleistungsansätze mit Überstundenaufwand anfallen, wird seitens der örtlichen Bauaufsicht des Auftraggebers der verrechenbare Prozentsatz (Bewertung) vorgegeben."

Im Punkt 17 des Leistungsverzeichnisses ist geregelt, welche Eignungsnachweise (Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit) die Bieter mit ihrem Angebot zu erbringen hatten.

Sowohl von der Antragstellerin als auch von der Teilnahmeberechtigten wurden sämtliche zum Nachweis der

Leistungsfähigkeit verlangten Unterlagen mit den Angeboten abgegeben. Die Antragstellerin hat vier Subunternehmer mit dem Formular "Subunternehmer Bekanntgabe" genannt. Im Angebot der Antragstellerin finden sich jedoch Subunternehmererklärungen von insgesamt sechs Subunternehmern, wie etwa eines Unternehmens für Feuerschutz und Sicherheit, die im Formblatt nicht angeführt werden. Sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnahmeberechtigte haben mit den von ihnen vorgelegten Nachweisen die in Punkt 17 der Ausschreibungsunterlagen verlangten Eignungsnachweise vollständig und ausreichend erbracht.

Die Teilnahmeberechtigte hat das Leistungsverzeichnis in allen Positionen, wo dies vorgesehen war, sowohl nach Lohn (Lo) als auch Sonstiges (So) ausgefüllt. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot in den folgenden Positionen die Lohnkosten mit Euro 0 angesetzt:

- 01.11040 Baustelle Einrichten/Vorhalten/Räumen
- 32.09120 Sicherheitsnetz Hubschrauberflugplatz
- 32.14010 Markierungsarbeiten Hubschrauberflugplatz
- 32.14020 Rettungs- und Bergeausrüstung
- 32.14030 Beschilderung Anlagen
- 32.14040 Beschilderung Landeplatz
- 32.14050 Sperrkreuz für Hubschrauberlandeplatz
- 32.14060 Windrichtungsanzeiger
- 32.14070 Landeplatzbefeuerung
- 32.14080 Hindernisbefeuerung
- 32.14090 Flugplatzleuchtfeuer
- 32.14120 Az. Farbbeschichtung

Über Vorhalt in der mündlichen Verhandlung vom 16.2.2012, die im Verfahren VKS - 11554/11 durchgeführt wurde, hat der Vertreter der Antragstellerin dazu erklärt, dass in all jenen Positionen wo in der Spalte Lohn 0 eingesetzt wurde, die dort angebotenen Leistungen an ihren Subunternehmer ausgelagert wurden. Über Vorhalt, wie ein Auftragnehmer ohne Bekanntgabe der Lohnanteile eine Preisangemessenheitsprüfung durchführen soll, hat der Vertreter der Antragstellerin erklärt, ohnedies im Schreiben vom 28.11.2011 (Angebotsöffnung 15.9.2011) der Antragsgegnerin angeboten zu haben, die Kalkulation auch hinsichtlich dieser Positionen offen zu legen (Protokoll Seite 2). Dass es sich bei diesen nicht ausgefüllten Lohnkomponenten keinesfalls um geringfügige Beträge handelt, ergibt sich bereits aus einer Gegenüberstellung der von der Teilnahmeberechtigten hier eingesetzten, deutlich über Euro 60.000,- liegenden Beträge.

Im fortgesetzten Vergabeverfahren hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin zunächst am 20.2.2012 um Übermittlung der Kalkulationsformblätter K 7 für insgesamt 17 näher bezeichnete Positionen ersucht. Die verlangten K 7 - Blätter sind von der Antragstellerin fristgerecht übermittelt worden. Schließlich hat die Antragsgegnerin mit E-Mail vom 28.3.2012 die Antragstellerin aufgefordert, zu jenen 13 Positionen, in denen sie die Lohnkosten mit Euro 0 ausgepreist hat, eine Erläuterung zu dieser Vorgangsweise abzugeben, zumal sie nicht "den angebotsgegenständlichen Bestimmungen der ÖNORM B 2061 entspricht".

Noch am gleichen Tage hat gleichfalls im E-Mail Wege die Antragstellerin ein umfangreiches Aufklärungsschreiben an die Antragsgegnerin gerichtet und zu jeder einzelnen Position die Ansätze für Lohn und Sonstiges mitgeteilt. Dazu ist auf den Inhalt des in den Vergabeakten erliegenden E-Mails zu verweisen. Darin führt die Antragstellerin unter anderen aus "bereits nach der Verhandlung am Samstag, dem 18.2.2012 wurden unsererseits die namhaft gemachten Subunternehmer aufgefordert, ihre Angebote in Lohn und Sonstiges zu gliedern". Die Aufteilung der Ansätze bei den näher bezeichneten 13 Positionen wird von der Antragstellerin in diesem Schreiben selbst als "unsere Verbesserung" bezeichnet.

Obwohl die Antragstellerin im Vergabeverfahren vorgebracht hat, dass es sich bei jeder der näher bezeichneten zwölf Positionen, in denen Lohnkosten mit Euro 0 angesetzt wurden, um Positionen einer Subunternehmerleistung handelt, ist dies nicht richtig. Die Positionen 0111040 - Baustelle Einrichten/Vorhalten/Räumen, 3209120 - Sicherheitsnetz

Hubschrauberflugplatz und 3214050 - Sperrkreuz für Hubschrauberlandeplatz betreffen Leistungen, zu deren Erbringung der Einsatz eines Subunternehmers seitens der Antragstellerin nicht vorgesehen ist. Die Leistungen zu diesen Positionen werden offenbar von der Antragstellerin selbst erbracht, weshalb es ihr möglich gewesen sein müsste, zumindest bei diesen drei Positionen, die nach den Ausschreibungsunterlagen verlangte Aufgliederung in Lohn und Sonstiges vorzunehmen.

Bei Position 3200090 - Werkstattpläne AN hatte der jeweilige Auftragnehmer Konstruktions- und Detailpläne (Werkstattpläne) auszuarbeiten. Darüber hinaus sind sämtliche Zeichnungen und Berechnungen des Auftragnehmers in maximal - 3facher Ausfertigung vorzulegen. Es waren daher in der "Position 320115D - Werkstattplanung alles AN" in der Unterposition "Sonstiges", die Kosten für die im Zusammenhang mit der Werkstattplanung stehenden Zeichnungen und Berechnungen auszuweisen. Nach den Angaben der Antragstellerin in ihrem Aufklärungsschreiben wurden diese Kosten von ihr nicht kalkuliert. Dazu ist festzustellen, dass in der mündlichen Verhandlung vom 16.2.2012 im Vorverfahren VKS - 11554/11 der Vertreter der Antragstellerin angegeben hat, dass sämtliche Kosten in Zusammenhang mit der Dokumentation in die Position 3214160 "Dokumentation" einkalkuliert wurden. Von dieser Position sind ausschließlich jene Kosten umfasst, die im Zusammenhang mit der Erstellung der Bestandsdokumentation stehen. Die Werkstattplanung bzw. die daraus resultierende Dokumentation (Pläne etc.) sind von der Bestandsdokumentation zu unterscheiden, sodass festzustellen ist, dass die Antragstellerin Kosten der Leistungserbringung von der Position 3200090 - Werkstattpläne AN, zu der sie gehörten, unzulässiger Weise auf die Position 3214160 - Dokumentation, umgelagert hat.

Obwohl die Antragsgegnerin zu einzelnen weiteren Positionen, wie etwa Position 01.11040 - Baustellengemeinkosten, darauf hingewiesen hat, dass der dort von der Antragstellerin angesetzte Einheitspreis massiv über dem Angebot der Teilnahmeberechtigten sowie des Kostenanschlages liegt und auch bei vier weiteren Positionen (01.11040, 01.11050, 32.14020 und 32.14070) die dort von der Antragstellerin veranschlagten Beträge bei Gegenüberstellung zum Angebot der Teilnahmeberechtigten stark abweichende Beträge aufweisen, hat der Senat von Feststellungen dazu, insbesondere ob damit eine Umlagerung einzelner Positionen in andere Positionen beabsichtigt war, aus verfahrensökonomischen Gründen abgesehen.

Sowohl die Ausscheidungsentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung je vom 5.4.2012 sind der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist am 11.4.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 und 2 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 WVRG 2007 ist nachgewiesen, ebenso die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich (Losregelung des § 18 WVRG 2007). Sowohl die Ausscheidungsentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung je vom 5.4.2012 sind der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist am 11.4.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins und 2 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, WVRG 2007 ist nachgewiesen, ebenso die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich (Losregelung des Paragraph 18, WVRG 2007).

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat - ohne dass es der Durchführung einer mündlichen Verhandlung bedurft hätte - im Wesentlichen aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten, des Voraktes VKS - 11554/11 sowie des Inhaltes der Schriftsätze der Parteien. Soweit Feststellungen aus den Vergabeakten bzw. dem Vorakt getroffen wurden, sind die Fundstellen jeweils angeführt. Nach dem Inhalt der Vergabeakten war eindeutig festzustellen, dass nach dem Bescheid der Nachprüfungsbehörde vom 16.2.2012 die Antragsgegnerin ihr Vergabeverfahren im Sinne der Begründung im aufhebenden Bescheid fortgesetzt und die Antragstellerin entsprechend um Aufklärung ersucht hat, warum sie in den mehrfach angeführten zwölf Positionen den Bereich Lohn mit Euro 0 ausgepreist hat. Aus den Vergabeakten ergibt sich, dass diese Aufforderung Anlass für die Antragstellerin gewesen war, diese näher bezeichneten Positionen in einem E-Mail in Lohn und Sonstiges aufzuschlüsseln, wobei es sich nicht bei allen Positionen - wie von ihr im Vorverfahren behauptet - um Leistungen von Subunternehmern handelt. Aus diesem Antwortschreiben ergibt sich auch eindeutig, dass die Antragstellerin erst nach der Verhandlung im Vorverfahren vom 16.2.2012 am 18.2.2012, die von ihr namhaft gemachten Subunternehmer aufgefordert hat, ihre Angebote in Lohn und Sonstiges zu gliedern. Damit steht jedenfalls fest, dass im Zeitpunkt der Angebotseröffnung (15.9.2011) eine derartige Aufgliederung hinsichtlich der Subunternehmerleistungen der Antragstellerin noch nicht vorgelegen ist. Warum die Antragstellerin

bei jenen Positionen, für die sie keine Subunternehmer vorgesehen hat, nicht selbst die Aufgliederung vorgenommen hat, blieb ungeklärt. Da die Antragstellerin sowohl die Ausscheidungsentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung angefochten hat, hat sich der Senat zunächst auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe vorliegen. Da diesbezüglich die Feststellungen eindeutig sind und - wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung darzustellen sein wird - die Ausscheidungsentscheidung vergaberechtskonform ergangen ist, konnten weitere Feststellungen zur Frage der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung unterbleiben.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Errichtung des Südzubaus zur Krankenanstalt Rudolfstiftung, nämlich zur Herstellung einer Hubschrauberplattform. Beim gegenständlichen Beschaffungsvorgang handelt es sich um die Vergabe eines Loses. Die ausgeschriebenen Leistungen betreffen die Herstellung eines konstruktiven Stahlbaus mit einer geschätzten Auftragssumme von rund Euro 1.000.000,--. An dieser Ausschreibung haben sich zwei Unternehmen beteiligt, nämlich die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigte. Die Antragstellerin wurde mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Errichtung des Südzubaus zur Krankenanstalt Rudolfstiftung, nämlich zur Herstellung einer Hubschrauberplattform. Beim gegenständlichen Beschaffungsvorgang handelt es sich um die Vergabe eines Loses. Die ausgeschriebenen Leistungen betreffen die Herstellung eines konstruktiven Stahlbaus mit einer geschätzten Auftragssumme von rund Euro 1.000.000,--. An dieser Ausschreibung haben sich zwei Unternehmen beteiligt, nämlich die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigte. Die Antragstellerin wurde mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidungen wie auch den ihr drohenden Schaden gerade noch ausreichend erkennbar dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigkeitsklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren ist nachgewiesen, wobei hier die Losregelung des § 18 Abs. 3 WVRG 2007 anzuwenden war. Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 5.4.2011 zugekommen, der am 11.4.2012 eingelangte und am 12.4.2012 verbesserte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 und 2 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 Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidungen wie auch den ihr drohenden Schaden gerade noch ausreichend erkennbar dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigkeitsklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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 ist nachgewiesen, wobei hier die Losregelung des Paragraph 18, Absatz 3, WVRG 2007 anzuwenden war. Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 5.4.2011 zugekommen, der am 11.4.2012 eingelangte und am 12.4.2012 verbesserte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins und 2 WVRG 2007.

Die Antragstellerin hat sowohl die Ausscheidungsentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin mit ihrem Nichtigerklärungsantrag bekämpft. Da Voraussetzung für die Parteistellung im Verfahren zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist, dass das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden ist, hatte sich der Senat zunächst mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung zu befassen.

Nach den Ausschreibungsbedingungen hatten die Bieter bei der Kalkulation ihrer Angebote (Punkt 5 des Leistungsverzeichnisses) zwingend die Bestimmungen der ÖNORM B 2061 einzuhalten. Dabei hatten die Bieter für alle Positionen des Angebotes, die als wesentliche Positionen gekennzeichnet waren, eine nachvollziehbare Aufstellung der den Einheitspreis zugrunde gelegten Preiskomponenten auszufertigen und mit dem Angebot abzugeben. Nach dem Leistungsverzeichnis waren im Sinne des Punktes 9.1.2 die Preisanteile für Lohn und für Sonstiges pro Position anzugeben. Der Preisanteil Lohn ergibt sich dabei aus den Einzellohnkosten für die betreffende Leistung, zuzüglich des jeweiligen Gesamtzuschlages, der Preisanteil Sonstiges ergibt sich aus den Einzelmaterialekosten und den Einzelgerätekosten für die betreffende Leistung, zuzüglich des jeweiligen Gesamtzuschlages. Eine wie von der Antragstellerin bei den im Rahmen der Feststellungen zitierten Positionen vorgenommene Vorgangsweise, den Gesamtbetrag, der vom Subunternehmer für diese Leistung veranschlagt wird, unter Sonstiges einzusetzen, verstößt eindeutig gegen diese Kalkulationsvorschriften. Gerade die von der Antragstellerin gewählte Art der Kalkulation ermöglicht ihr im Ergebnis eine vergaberechtlich unzulässige Spekulation, da nach den Angebotsbestimmungen (Punkt 14 Abs. 2 des Leistungsverzeichnisses) die angebotenen Einheits-, Pauschal- und Regiepreise als Festpreise für die Dauer eines Jahres ab Angebotseröffnung gelten, danach die Preise im Sinne des Bundesvergabegesetzes jedoch veränderlich sind. Die Veränderungen werden gemäß der ÖNORM B 2111 berechnet. Die Angebotseröffnung fand am 15.9.2011 statt, die Gesamtleistungsfrist ist mit 49 Wochen angenommen, wobei die Leistungen auch abschnittsweise und gegebenenfalls mit Unterbrechungen ausgeführt werden müssen. Mit den Arbeiten wurde bisher nicht begonnen. Damit ist jedenfalls davon auszugehen, dass es zu einer Preisanpassung im Sinne des Punktes 14 des Leistungsverzeichnisses kommen wird. Berücksichtigt man nun, dass Preisänderungen unter Sonstiges zumindest in der Vergangenheit höhere Preissteigerungen aufgewiesen haben, als die Steigerungen bei Lohn, besteht hier die Möglichkeit zur Spekulation, weil der Lohnanteil nicht bereits im Angebot festgelegt ist. Die Umlagerung der Lohnkosten in die Sonstigen Kosten ist daher insofern als spekulativ zu bezeichnen, als die für die Sonstigen Kosten zu erwartenden Preissteigerungen somit auch zu einer - unzulässigen - Anhebung des Lohnanteils führen würden.

Nach den Ausschreibungsbedingungen hatten die Bieter bei der Kalkulation ihrer Angebote (Punkt 5 des Leistungsverzeichnisses) zwingend die Bestimmungen der ÖNORM B 2061 einzuhalten. Dabei hatten die Bieter für alle Positionen des Angebotes, die als wesentliche Positionen gekennzeichnet waren, eine nachvollziehbare Aufstellung der den Einheitspreis zugrunde gelegten Preiskomponenten auszufertigen und mit dem Angebot abzugeben. Nach dem Leistungsverzeichnis waren im Sinne des Punktes 9.1.2 die Preisanteile für Lohn und für Sonstiges pro Position anzugeben. Der Preisanteil Lohn ergibt sich dabei aus den Einzellohnkosten für die betreffende Leistung, zuzüglich des jeweiligen Gesamtzuschlages, der Preisanteil Sonstiges ergibt sich aus den Einzelmaterialekosten und den Einzelgerätekosten für die betreffende Leistung, zuzüglich des jeweiligen Gesamtzuschlages. Eine wie von der Antragstellerin bei den im Rahmen der Feststellungen zitierten Positionen vorgenommene Vorgangsweise, den Gesamtbetrag, der vom Subunternehmer für diese Leistung veranschlagt wird, unter Sonstiges einzusetzen, verstößt eindeutig gegen diese Kalkulationsvorschriften. Gerade die von der Antragstellerin gewählte Art der Kalkulation ermöglicht ihr im Ergebnis eine vergaberechtlich unzulässige Spekulation, da nach den Angebotsbestimmungen (Punkt 14 Absatz 2, des Leistungsverzeichnisses) die angebotenen Einheits-, Pauschal- und Regiepreise als Festpreise für die Dauer eines Jahres ab Angebotseröffnung gelten, danach die Preise im Sinne des Bundesvergabegesetzes jedoch veränderlich sind. Die Veränderungen werden gemäß der ÖNORM B 2111 berechnet. Die Angebotseröffnung fand am 15.9.2011 statt, die Gesamtleistungsfrist ist mit 49 Wochen angenommen, wobei die Leistungen auch abschnittsweise und gegebenenfalls mit Unterbrechungen ausgeführt werden müssen. Mit den Arbeiten wurde bisher nicht begonnen. Damit ist jedenfalls davon auszugehen, dass es zu einer Preisanpassung im Sinne des Punktes 14 des Leistungsverzeichnisses kommen wird. Berücksichtigt man nun, dass Preisänderungen unter Sonstiges zumindest in der Vergangenheit höhere Preissteigerungen aufgewiesen haben, als die Steigerungen bei Lohn, besteht hier die Möglichkeit zur Spekulation, weil der Lohnanteil nicht bereits im Angebot festgelegt ist. Die Umlagerung der Lohnkosten in die Sonstigen Kosten ist daher insofern als spekulativ zu bezeichnen, als die für die Sonstigen Kosten zu erwartenden Preissteigerungen somit auch zu einer - unzulässigen - Anhebung des Lohnanteils führen würden.

Indem die Antragstellerin einzelnen Positionen nicht entsprechend der ÖNORM B 2061 aufgliedert hat, hat sie ihre

Kalkulation nicht, wie in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, erstellt, wodurch sie einen Aufwand unterlassen hat, zudem sie binnen der Angebotsfrist verpflichtet gewesen wäre. Wenn im fortgesetzten Vergabeverfahren die Antragstellerin mit Schreiben vom 2.4.2012 nachträglich eine Aufschlüsselung der Einheitspreise bei den näher bezeichneten 13 Positionen in Lohn und Sonstiges vorgenommen hat, steht damit zunächst fest, dass sie im Zeitpunkt der Angebotseröffnung über eine derartige Aufgliederung ihrer Subunternehmer noch nicht verfügt hat und diese Aufschlüsselung, die von ihr selbst als "unsere Verbesserung" bezeichnet wird, erst nachträglich, nämlich am 2.4.2012, vorgenommen hat. Um allenfalls eine zulässige Mängelbehebung annehmen zu können, hätte diese Aufgliederung bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung (§ 69 Z 1 BVergG 2006) vorliegen müssen. Indem die Antragstellerin einzelnen Positionen nicht entsprechend der ÖNORM B 2061 aufgliedert hat, hat sie ihre Kalkulation nicht, wie in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, erstellt, wodurch sie einen Aufwand unterlassen hat, zudem sie binnen der Angebotsfrist verpflichtet gewesen wäre. Wenn im fortgesetzten Vergabeverfahren die Antragstellerin mit Schreiben vom 2.4.2012 nachträglich eine Aufschlüsselung der Einheitspreise bei den näher bezeichneten 13 Positionen in Lohn und Sonstiges vorgenommen hat, steht damit zunächst fest, dass sie im Zeitpunkt der Angebotseröffnung über eine derartige Aufgliederung ihrer Subunternehmer noch nicht verfügt hat und diese Aufschlüsselung, die von ihr selbst als "unsere Verbesserung" bezeichnet wird, erst nachträglich, nämlich am 2.4.2012, vorgenommen hat. Um allenfalls eine zulässige Mängelbehebung annehmen zu können, hätte diese Aufgliederung bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung (Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006) vorliegen müssen.

Durch diese Bemühungen, nachträglich eine den Ausschreibungsbedingungen entsprechende Aufschlüsselung der Positionspreise vorzunehmen, handelt es sich nicht um eine zulässige Behebung eines Mangels. Gemäß § 126 Abs. 2 BVergG 2006 darf die durch die erteilten Aufklärungen veranlasste weitere Verbesserung die Grundsätze des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 nicht verletzen. Wollte man die von der Antragstellerin im Zuge des fortgesetzten Vergabeverfahrens vorgenommene Verbesserung zulassen, würde damit eine materielle Verbesserung ihrer Wettbewerbsstellung objektiv gesehen dadurch eintreten "als nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über den selben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten (durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt würde)" (vgl. VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186 u.a.). Durch diese Bemühungen, nachträglich eine den Ausschreibungsbedingungen entsprechende Aufschlüsselung der Positionspreise vorzunehmen, handelt es sich nicht um eine zulässige Behebung eines Mangels. Gemäß Paragraph 126, Absatz 2, BVergG 2006 darf die durch die erteilten Aufklärungen veranlasste weitere Verbesserung die Grundsätze des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 nicht verletzen. Wollte man die von der Antragstellerin im Zuge des fortgesetzten Vergabeverfahrens vorgenommene Verbesserung zulassen, würde damit eine materielle Verbesserung ihrer Wettbewerbsstellung objektiv gesehen dadurch eintreten "als nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über den selben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten (durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt würde)" vergleiche VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186 u.a.).

Indem die Antragstellerin in ihrem Angebot bei insgesamt 13, teilweise als wesentlich bezeichneten Positionen, entgegen den Ausschreibungsbestimmungen im Leistungsverzeichnis die Spalte Lohn mit Euro 0 ausgepreist hat, ist diesbezüglich objektiv gesehen von einer spekulativen Preisgestaltung auszugehen, weshalb hier der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 vorliegt. Da die Antragstellerin darüber hinaus eine Gliederung der Einheitspreise in Lohn und Sonstiges während der Angebotsfrist unterlassen hat, weshalb diesbezüglich ein nicht behebbarer Mangel vorliegt, sodass ihre im Zuge des fortgesetzten Vergabeverfahrens vorgenommenen Verbesserungsversuche als unzulässig nicht zu berücksichtigen waren, liegt ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor, was gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 die Ausscheidung dieses Angebotes rechtfertigt. Indem die Antragstellerin in ihrem Angebot bei insgesamt 13, teilweise als wesentlich bezeichneten Positionen, entgegen den Ausschreibungsbestimmungen im Leistungsverzeichnis die Spalte Lohn mit Euro 0 ausgepreist hat, ist diesbezüglich objektiv gesehen von einer spekulativen Preisgestaltung auszugehen, weshalb hier der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 vorliegt. Da die Antragstellerin darüber hinaus eine Gliederung der Einheitspreise in Lohn und Sonstiges während der Angebotsfrist unterlassen hat, weshalb diesbezüglich ein nicht behebbarer Mangel vorliegt, sodass ihre im Zuge des fortgesetzten Vergabeverfahrens vorgenommenen Verbesserungsversuche als unzulässig nicht zu berücksichtigen waren, liegt ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor, was gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 die Ausscheidung dieses Angebotes rechtfertigt.

Aus diesen Gründen war daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung abzuweisen.

Ausgehend von diesem Ergebnis war auch der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen, weil das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden war und damit ihre Antragslegitimation im Verfahren zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wegfällt. Durch die von ihr behauptete Rechtswidrigkeit kann ihr auch kein Schaden entstehen bzw. drohen, da ihr Angebot infolge der Ausscheidung nicht mehr für den Zuschlag in Frage kommt (VwGH 25.3.2012, 2005/04/0144 u.a.).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung 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 beginnt der Lauf der Fristen zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 beginnt der Lauf der Fristen zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidung; Abweisung; mangelhafte Kalkulation; spekulative Preisgestaltung;

Zuletzt aktualisiert am

12.07.2012

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