

TE Verg Bescheid 2011/11/3 VKS-9468/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.11.2011

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 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

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 § 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 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
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 SR *** über den Antrag der *** Ges.m.b.H, ***, vertreten durch Mag. Marcus Essl, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Dienstleistungsauftrages zur Durchführung von Reinigungsarbeiten in der Krankenanstalt Rudolfstiftung, Ausschreibungsnummer KAV-GED-A/04/2011/SE, durch die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund - Generaldirektion, Geschäftsbereich Strategischer Einkauf, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1) Ziffer eins
Der Antrag, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 1.9.2011 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2) Ziffer 2
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 1.9.2011 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.
3. 3) Ziffer 3
Die einstweilige Verfügung vom 15.9.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
4. 4) Ziffer 4
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 1, 6, 123, 125, 129 Abs. 1 Z 7 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 eins, 6, 123, 125, 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006

Begründung:

Die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung der Reinigungsarbeiten in der Krankenanstalt Rudolfstiftung. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 19.5.2011, 13 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich 13 Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin zunächst als an neunter Stelle, jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als an achter Stelle liegend gereiht.

Mit Schreiben vom 1.9.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden, weil die Antragstellerin bei ihrer Kalkulation sich nicht an die Bestimmungen des anzuwendenden Kollektivvertrages gehalten hätte. Weiters hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag dem vor der Antragstellerin gereihten Unternehmen erteilen zu wollen. Mit Schreiben vom 1.9.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden, weil die Antragstellerin bei ihrer Kalkulation sich nicht an die Bestimmungen des anzuwendenden Kollektivvertrages gehalten hätte. Weiters hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag dem vor der Antragstellerin gereihten Unternehmen erteilen zu wollen.

Dagegen richtet sich der am 12.9.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangte Antrag mit dem Begehren, sowohl die Ausscheidungsentscheidung als auch die

Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin zur Ausscheidungsentscheidung aus, dass die von der Antragsgegnerin in der bekämpften Entscheidung angeführten Verstöße gegen kollektivvertragliche Bestimmungen nicht vorliegen. Die Antragstellerin habe ihr Angebot nach den Ansätzen im Kollektivvertrag kalkuliert und sehr wohl die Bestimmungen über die Nachtarbeit an Sonntagen/Feiertagen beachtet. Dazu stellt sie Art und Weise der Berechnung ihrer Stundensätze dar. In diesem Zusammenhang macht sie auch geltend, dass die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, der Antragstellerin eine weitere Möglichkeit zur Aufklärung ihrer Kalkulation einzuräumen, was nicht geschehen sei. Damit erweise sich die Ausscheidungsentscheidung als rechtswidrig. Zur bekämpften Zuschlagsentscheidung macht die Antragstellerin geltend, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die kollektivvertraglichen Vorgaben nicht eingehalten hätte, insbesondere die Bestimmungen über die höchstzulässigen Reinigungsleistungen. Um die kollektivvertraglichen Vorgaben einzuhalten, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch zu wenige Stunden zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen kalkuliert. Dieses Angebot wäre daher auszuschneiden, worauf die Antragstellerin selbst den Zuschlag als Billigstbieterin erhalten müsste. Dagegen richtet sich der am 12.9.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangte Antrag mit dem Begehren, sowohl die Ausscheidungsentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin zur Ausscheidungsentscheidung aus, dass die von der Antragsgegnerin in der bekämpften Entscheidung angeführten Verstöße gegen kollektivvertragliche Bestimmungen nicht vorliegen. Die Antragstellerin habe ihr Angebot nach den Ansätzen im Kollektivvertrag kalkuliert und sehr wohl die Bestimmungen über die Nachtarbeit an Sonntagen/Feiertagen beachtet. Dazu stellt sie Art und Weise der Berechnung ihrer Stundensätze dar. In diesem Zusammenhang macht sie auch geltend, dass die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, der Antragstellerin eine weitere Möglichkeit zur Aufklärung ihrer Kalkulation einzuräumen, was nicht geschehen sei. Damit erweise sich die Ausscheidungsentscheidung als rechtswidrig. Zur bekämpften Zuschlagsentscheidung macht die Antragstellerin geltend, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die kollektivvertraglichen Vorgaben nicht eingehalten hätte, insbesondere die Bestimmungen über die höchstzulässigen Reinigungsleistungen. Um die kollektivvertraglichen Vorgaben einzuhalten, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch zu wenige Stunden zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen kalkuliert. Dieses Angebot wäre daher auszuschneiden, worauf die Antragstellerin selbst den Zuschlag als Billigstbieterin erhalten müsste.

Durch die angefochtenen Entscheidungen fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Berücksichtigung ihres Angebotes für die Zuschlagsentscheidung und in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages verletzt. Die Antragstellerin sei geeignet und daran interessiert, die ausgeschriebenen Leistungen zugeschlagen zu erhalten. Im Falle der Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidungen würde der Antragstellerin ein Gewinn von zumindest 3% ihres Angebotes entgehen, wozu noch die frustrierten Kosten der Angebotslegung sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung kämen. Letztlich würde die Antragstellerin ein für sie wichtiges Referenzprojekt verlieren.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 15.9.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugewandten Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 21.9.2011 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Partei dem Verfahren beigetreten, hat die Abweisung bzw. Zurückweisung der gestellten Anträge begehrt und im einzelnen ausgeführt, unter Anwendung des einschlägigen Kollektivvertrages sei der Stundenlohn für Nachtarbeit an Sonntagen (zwischen 20 Uhr und 6 Uhr früh) mit € 22,70 anzusetzen. Die Antragstellerin habe in ihrem einleitenden Schriftsatz selbst dargestellt, dass sie bei ihrer Kalkulation die Vorgaben des anzuwendenden Rahmenkollektivvertrages nicht eingehalten habe. Die Ausscheidung ihres Angebotes sei daher gerechtfertigt. Zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung bringt die Teilnehmerechte vor, auch hier habe sie ihr Angebot streng nach den Bestimmungen des einschlägigen Kollektivvertrages kalkuliert, ein Ausscheidungsgrund sei damit nicht gegeben.

Mit Schriftsatz vom 27.9.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zur Anfechtung der Ausscheidungsentscheidung vorgebracht, die Antragstellerin sei zunächst an neunter Stelle, die Teilnehmerechte an achter Stelle gereiht gewesen. Die Angebote der Bieter, die an

den Stellen eins bis sieben gereiht gewesen seien, hätten jedoch nach Prüfung und Durchführung von Aufklärungsgesprächen ausgeschieden werden müssen. Sie habe die Anwendung der kollektivvertraglichen Bestimmungen bei der Kalkulation der Angebote genauestens überprüft und sich dabei auch einer Auskunft der Wirtschaftskammer Wien, Fachgruppe Gebäudereiniger, bedient. Nach den Bestimmungen des Kollektivvertrages sei bei Nachtarbeiten an Sonntagen der Sonntagszuschlag von 100% auf den bereits um den Nachtzuschlag von 50% erhöhten Stundensatz anzuwenden. Die Antragstellerin habe diesbezüglich eine andere Berechnungsmethode gewählt und sei damit auf einen Nachtstundensatz, der deutlich unter den kollektivvertraglichen Bestimmungen liege, gekommen. Damit sei aber ein Ausscheidungsgrund gegeben, weil die kollektivvertraglichen Bestimmungen bei der Kalkulation der Angebote zwingend einzuhalten gewesen wären. Soweit die Antragstellerin auch die Zuschlagsentscheidung angefochten hat, verweist die Antragsgegnerin darauf, dass sie das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einer eingehenden Prüfung unterzogen habe. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe den kollektivvertraglichen Bestimmungen entsprochen, weshalb der behauptete Ausscheidungsgrund nicht vorliege.

Diesen beiden Stellungnahmen ist die Antragstellerin mit Schriftsätzen je vom 31.10.2011 entgegen getreten und hat ihren bereits bekannten Standpunkt, vor allem zur Berechnung des Sonntagnachtzuschlags, wiederholt. Sie beharrt auf ihrem Standpunkt, wonach die Berechnung der Stundenzuschläge, wie sie sie vorgenommen hat, einer korrekten Interpretation der Vorgaben des Kollektivvertrages entspreche. Sie wirft der Antragsgegnerin vor, im Zuge eines Aufklärungsgesprächs am 17.8.2011 die Antragstellerin nach Vorlage eines Schreibens der Wirtschaftskammer Wien "auf Grund dieses Aufklärungsgesprächs veranlasst (zu haben) die unrichtige Verrechnung des Stundenlohnes im Rahmen eines Aufklärungsschreibens darzustellen. Dieser Irrtum über den richtigen Stundenlohn und in weiterer Folge die seitens der Antragsgegnerin als Angebotsänderung dargestellte Aufklärung seitens der Antragstellerin wurde von dieser selbst veranlasst". Dieser von der Antragsgegnerin veranlasste Irrtum hätte ihr auffallen müssen, weshalb sie schon allein deshalb verpflichtet gewesen wäre die Arbeiterkammer Wien, die eine gänzlich andere Position in dieser Frage vertreten habe, zu kontaktieren, um "die erheblichen Auswirkungen in Folge der unterschiedlichen Kalkulationsansätze auf den Gesamtpreis hintanzuhalten". Dies sei jedoch unterblieben. Jedenfalls wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, weitere Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin zu richten. Zur bekämpften Zuschlagsentscheidung bringt sie ergänzend vor, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angesetzten Reinigungsleistungen und daraus folgend die Anzahl der Regiestunden falsch wären.

Für seine 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 jeweils auch der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 3.11.2011 ausgegangen. Danach war als erwiesen anzunehmen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung der Reinigungsarbeiten in der Krankenanstalt Rudolfstiftung. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 19.5.2011, 13 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich 13 Unternehmen an diesem Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin mit € 1.300.744 als an achter Stelle, jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit € 1.295.160,19 als an siebenter Stelle liegend verlesen. In weiterer Folge sind die zunächst an erster bis siebenter Stelle gereihten Unternehmen nach Prüfung deren Angebote ausgeschieden worden, sodass nunmehr die Teilnahmeberechtigte an erster Stelle, die Antragstellerin an zweiter Stelle zu liegen kommt. Bei der Antragstellerin handelt es sich 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 Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung der Reinigungsarbeiten in der Krankenanstalt Rudolfstiftung. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 19.5.2011, 13 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich 13 Unternehmen an diesem Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin mit € 1.300.744 als an achter Stelle, jenes der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin mit € 1.295.160,19 als an siebenter Stelle liegend verlesen. In weiterer Folge sind die zunächst an erster bis siebenter Stelle gereihten Unternehmen nach Prüfung deren Angebote ausgeschieden worden, sodass nunmehr die Teilnahmberechtigte an erster Stelle, die Antragstellerin an zweiter Stelle zu liegen kommt.

Nach Punkt 1 des Angebotsdeckblattes SR75 hatten die Bieter ihre Angebote unter anderem unter Berücksichtigung der "Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen" (Drucksorte VD307) zu erstellen. Nach dem Punkt 3.1.3 der VD307 hat die Erstellung der Angebote, soweit die Leistung in Österreich erbracht wird, unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits-, lohn-, sozial- und umweltrechtlichen Vorschriften zu erfolgen.

Unstrittig ist, dass auf die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen die Bestimmungen des Kollektivvertrages für Arbeiter im Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger-Gewerbe anzuwenden sind. Nach dem gegenständlichen Leistungsverzeichnis sind auch regelmäßig Reinigungsleistungen an Sonntagen in den Nachtstunden zu erbringen. Bei Arbeiten an Feiertagen sind für die Bezahlung die Bestimmungen des § 9 Arbeitsruhegesetzes zu beachten. Unstrittig ist, dass auf die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen die Bestimmungen des Kollektivvertrages für Arbeiter im Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger-Gewerbe anzuwenden sind. Nach dem gegenständlichen Leistungsverzeichnis sind auch regelmäßig Reinigungsleistungen an Sonntagen in den Nachtstunden zu erbringen. Bei Arbeiten an Feiertagen sind für die Bezahlung die Bestimmungen des Paragraph 9, Arbeitsruhegesetzes zu beachten.

§ 5 des Kollektivvertrages für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger lautet, soweit er für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung ist, wie folgt: Paragraph 5, des Kollektivvertrages für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger lautet, soweit er für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung ist, wie folgt:

"(7) Arbeitnehmer, deren täglich festgesetzte Arbeitszeit dauernd oder fallweise in die Zeit zwischen 20 Uhr und 6 Uhr früh fällt, erhalten einen Lohnzuschlag von 50% pro Nachtstunde, sofern es sich nicht um eine Überstunde handelt.

(8) Arbeit an Sonntagen ist mit einem Zuschlag von 100% auf den jeweiligen Stundenlohn zu entlohnen. Bei Arbeiten an Feiertagen erfolgt die Bezahlung nach den Bestimmungen des § 9 Arbeitsruhegesetz in der derzeit gültigen Fassung." (8) Arbeit an Sonntagen ist mit einem Zuschlag von 100% auf den jeweiligen Stundenlohn zu entlohnen. Bei Arbeiten an Feiertagen erfolgt die Bezahlung nach den Bestimmungen des Paragraph 9, Arbeitsruhegesetz in der derzeit gültigen Fassung."

Entscheidend für die angefochtene Ausscheidungsentscheidung war, dass nach Ansicht der Antragsgegnerin die Antragstellerin vor allem die Sonntagnachtstunden falsch berechnet hat und damit - im Gegensatz zur Teilnahmberechtigten - zu einer wesentlich geringeren Entlohnung gekommen ist. Die Teilnahmberechtigte und die Antragstellerin sind bei der Berechnung ihrer Stundensätze grundsätzlich von einem Stundensatz der Lohngruppe 3 des anzuwendenden Kollektivvertrages für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in Höhe von € 7,57 ausgegangen. Bei der Berechnung der Stundensätze für die Nachtreinigung am Sonntag ist die Antragstellerin wie folgt vorgegangen:

Nachtdienst von Samstag auf Sonntag

19-20 Uhr .. eine Normalstunde ist gleich € 7,57

20-24 Uhr .. 3,5 Normalnachtstunden (abzüglich 30 Minuten Pause) inkl. 50%

Nachtzuschlag ist gleich € 11,35 pro Stunde

00-06 Uhr .. 5,5 Sonntag-Nachtstunden abzüglich 30 Minuten Pause ist gleich €

18,93 pro Stunde

Die Zusammenrechnung dieser Beträge unter Berücksichtigung der Stundenanzahl ergibt eine Summe von € 151,42 und einem Stundenlohn von €

15,14 nach dem Angebot der Antragstellerin.

Die Teilnahmberechtigte (aber auch die Mehrzahl der nicht ausgeschiedenen Bieter) hat die Sonntag-Nachtstunde wie folgt berechnet:

Stunde von 20 Uhr bis 6 Uhr:

Grundlohn € 7,57 plus 50% (= € 3,79) = € 11,36 + 100% = € 22,71

Damit liegt die Sonntag-Nachtstunde um € 3,78 höher als jene der Antragstellerin.

Nachdem die Sonntagnachtstunden von den Bietern unterschiedlich berechnet worden sind, hat sich die Antragsgegnerin am 8.8.2011 veranlasst gesehen, sich mit der Frage der Berechnung der Nachtreinigungsstunden, die täglich anfallen, an die Wirtschaftskammer Wien zu wenden. In dieser Anfrage hat die Antragsgegnerin unter Bezugnahme auf § 5 Abs. 7 und 8 des anzuwendenden Kollektivvertrages die beiden in Frage stehenden Varianten der Berechnung der Sonntag-Nachtstunden dargestellt. Die Wirtschaftskammer Wien hat darauf am 10.8.2011 unter Übermittlung einer Musterberechnung geantwortet, dass ihrer Ansicht nach die Auslegung der "Variante B" mit einem Sonntagszuschlag von € 11,36 gerechtfertigt ist, womit sich für die Sonntag-Nachtstunde von 20 Uhr bis 00 Uhr bzw. sonntags von 00 Uhr bis 6 Uhr ein Stundensatz von € 22,71 (Stundensatz € 7,57 + 50% + 100%) ergibt. Nachdem die Sonntagnachtstunden von den Bietern unterschiedlich berechnet worden sind, hat sich die Antragsgegnerin am 8.8.2011 veranlasst gesehen, sich mit der Frage der Berechnung der Nachtreinigungsstunden, die täglich anfallen, an die Wirtschaftskammer Wien zu wenden. In dieser Anfrage hat die Antragsgegnerin unter Bezugnahme auf Paragraph 5, Absatz 7 und 8 des anzuwendenden Kollektivvertrages die beiden in Frage stehenden Varianten der Berechnung der Sonntag-Nachtstunden dargestellt. Die Wirtschaftskammer Wien hat darauf am 10.8.2011 unter Übermittlung einer Musterberechnung geantwortet, dass ihrer Ansicht nach die Auslegung der "Variante B" mit einem Sonntagszuschlag von € 11,36 gerechtfertigt ist, womit sich für die Sonntag-Nachtstunde von 20 Uhr bis 00 Uhr bzw. sonntags von 00 Uhr bis 6 Uhr ein Stundensatz von € 22,71 (Stundensatz € 7,57 + 50% + 100%) ergibt.

Nach Erhalt dieser Auskunft hat sich die Antragsgegnerin noch am 10.8.2011 mit dem gleichen Ersuchen, wie sie es an die WKO gerichtet hat, an die Arbeiterkammer Wien gewandt, die am 11.8.2011 dahingehend geantwortet hat, dass ihrer Ansicht nach weder die Variante A noch die Variante B im Ersuchschreiben zutreffend ist, sondern ausgehend vom Grundlohn eine Nachtarbeitsstunde am Sonntag mit € 18,93 (€ 7,57 Grundstundenlohn + € 3,79 Nachtarbeitszuschlag + € 7,57 Sonntagszuschlag) zu berechnen sei.

Daraufhin hat ein Aufklärungsgespräch mit der Antragstellerin am 17.8.2011 stattgefunden, in dem im Wesentlichen die Berechnung der Sonntag-Nachtreinigung Gegenstand war. In diesem Aufklärungsgespräch hat die Antragsgegnerin dem Geschäftsführer der Antragstellerin vorgehalten, dass ihrer Ansicht nach eine Sonntag-Nachtstunde mit € 22,71 festzusetzen wäre. Dazu hat der Geschäftsführer der Antragstellerin zunächst ausgeführt, er hätte mit einem Kommerzialrat der WKO zu diesem Thema gesprochen und von ihm "die Auskunft erhalten, es wären nur 100% aufzuschlagen". Diesbezüglich werde er mit der Kontaktperson nochmals sprechen. Daraufhin wurde vereinbart, dass die Antragstellerin bis 22.8.2011 eine schriftliche Stellungnahme zu diesem Problem abgeben werde.

Tatsächlich hat die Antragstellerin eine Stellungnahme rechtzeitig abgegeben und ihre Berechnung zur Nachtreinigung-Sonntag auf Seite 4 von 6 dargestellt. Dabei gelangt sie bei den Sonntagnachtstunden auf einen Stundensatz von € 22,71 ohne die Abweichung von dem im Angebot enthaltenen Stundensatz für die Sonntagnachtreinigung mit € 15,04 zu erklären. Ihre Stellungnahme endet mit dem Satz "hiermit erklären wir verbindlich die vertraglich festgelegten Leistungen, insbesondere die Nachtreinigung an Sonntagen zu erfüllen."

In der Niederschrift vom 31.8.2011 über die Angebotsbewertung wird zum Angebot des Unternehmens *** ausgeführt, dass dieses ausgeschieden werden müsse "weil der Kollektivvertrag hinsichtlich der vorgegebenen Kalkulation von Sonntag-Nacht-Stunden nicht eingehalten wird".

Die daraufhin an die Antragstellerin abgesandte Ausscheidungsentscheidung, die auch die Zuschlagsentscheidung enthält, hat folgenden Wortlaut:

"Der Geschäftsbereich Strategischer Einkauf der Generaldirektion der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund bedankt sich für die Teilnahme an der o.a. Ausschreibung, bedauert aber Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 ausgeschieden werden muss." Der Geschäftsbereich Strategischer Einkauf der Generaldirektion der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund bedankt sich für die Teilnahme an der o.a. Ausschreibung, bedauert aber Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden werden muss.

Begründung:

Die Kalkulation der Nachtreinigungsstunden entspricht nicht den kollektivvertraglichen Vorgaben. Dem Kollektivvertrag, abgeschlossen zwischen der Bundesinnung der chemischen Gewerbe und der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger einerseits und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund andererseits ist dazu im § 5 (7) und (8) Folgendes zu entnehmen: Die Kalkulation der Nachtreinigungsstunden entspricht nicht den

kollektivvertraglichen Vorgaben. Dem Kollektivvertrag, abgeschlossen zwischen der Bundesinnung der chemischen Gewerbe und der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger einerseits und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund andererseits ist dazu im Paragraph 5, (7) und (8) Folgendes zu entnehmen:

(7) Arbeitnehmer, deren täglich festgesetzte Arbeitszeit dauernd oder fallweise in die Zeit zwischen 20 Uhr und 6 Uhr früh fällt, erhalten einen Lohnzuschlag von 50 % pro Nachtstunde, sofern es sich nicht um eine Überstunde handelt.

(8) Arbeit an Sonntagen ist mit einem Zuschlag von 100 % auf den jeweiligen Stundenlohn zu entlohnen. Bei Arbeiten an Feiertagen erfolgt die Bezahlung nach den Bestimmungen des § 9 Arbeitsruhegesetz in der derzeit gültigen Fassung. Ihrem Angebot kann aus dem Blatt Preiskalkulation der Nachtreinigung / Notfalldienst (Beilage 13.01.23 auf Seite 122 von 172) entnommen werden, dass Sie diese Vorgaben nicht erfüllen. (8) Arbeit an Sonntagen ist mit einem Zuschlag von 100 % auf den jeweiligen Stundenlohn zu entlohnen. Bei Arbeiten an Feiertagen erfolgt die Bezahlung nach den Bestimmungen des Paragraph 9, Arbeitsruhegesetz in der derzeit gültigen Fassung. Ihrem Angebot kann aus dem Blatt Preiskalkulation der Nachtreinigung / Notfalldienst (Beilage 13.01.23 auf Seite 122 von 172) entnommen werden, dass Sie diese Vorgaben nicht erfüllen.

Darüber hinaus teilt der Geschäftsbereich Strategischer Einkauf der Generaldirektion der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund gemäß § 131 BVerGG 2006 mit, dass vorgesehen ist, die Durchführung von Reinigungsarbeiten für die Krankenanstalt Rudolfstiftung an die Firma *** GmbH, ***, zu vergeben. Darüber hinaus teilt der Geschäftsbereich Strategischer Einkauf der Generaldirektion der Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund gemäß Paragraph 131, BVerGG 2006 mit, dass vorgesehen ist, die Durchführung von Reinigungsarbeiten für die Krankenanstalt Rudolfstiftung an die Firma *** GmbH, ***, zu vergeben.

Begründung:

Nach Ausscheiden aller nicht den Angebotsbestimmungen entsprechenden Angebote verblieb das Angebot der Fa. *** GmbH als billigstes Angebot. Das alleinige Zuschlagskriterium war der Preis.

Die Stillhaltefrist endet am: 12. September 2011.

Die Vergabesumme beträgt € 1.295.160,19 (exkl. MwSt.)"

Die Ausscheidungsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnehmberechtigten je vom 1.9.2011 sind der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung dieser beiden Entscheidungen ist am 12.9.2011 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Ausscheidungsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnehmberechtigten je vom 1.9.2011 sind der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung dieser beiden Entscheidungen ist am 12.9.2011 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten, aus denen sich nachvollziehbar und eindeutig ergibt, dass die Antragsgegnerin sowohl das Angebot der Teilnehmberechtigten als auch jenes der Antragstellerin einer vertieften Prüfung unterzogen hat und dabei vor allem geprüft hat, ob bei der Kalkulation die Bestimmungen des anzuwendenden Kollektivvertrages für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger eingehalten wurden. Dazu hat die Antragsgegnerin zur Auslegung der anzuwendenden Bestimmungen des Kollektivvertrages die Auskunft der Kollektivvertragspartner (Wirtschaftskammer und Arbeiterkammer) eingeholt und sich letztlich bei der Angebotsbewertung der Auslegung der Wirtschaftskammer angeschlossen. Dabei konnte sie zweifellos auch berücksichtigen, dass die Mehrzahl der Bieter, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden, gleichfalls von jener Auslegung ausgegangen sind, die auch die Wirtschaftskammer getroffen hat und ihren Angeboten dabei für die Sonntag-Nachtstunde einen Betrag von € 22,71 zu Grunde gelegt haben. Dass die Antragstellerin in ihrem Angebot nicht von einem derartigen Betrag für die Sonntag-Nachtstunde ausgegangen ist, sondern dafür € 18,93 angesetzt hat, ergibt sich nicht nur eindeutig aus den Vergabeakten sondern auch aus der Erklärung ihres Geschäftsführers in der mündlichen Verhandlung vom 3.11.2011. Unmissverständlich hat er dazu erklärt, "€ 22,71 habe ich nicht angeboten, das ist richtig" (Protokoll Seite 5). Die Antragstellerin hat sich bei der Kalkulation ihres Angebotes hinsichtlich der Nachtstunden auf eine Stellungnahme eines Vertreters der zuständigen Gewerkschaft berufen, der ihr erklärt hat, dass die Nachtstunden mit € 18,93 zu kalkulieren wären. Letztlich hat zu dieser Problematik der Geschäftsführer der Antragstellerin ausgeführt, er habe im Zuge des Aufklärungsgesprächs und durch Abgabe seiner schriftlichen

Stellungnahme versucht zu erklären "dass ich mein Angebot nicht abändere, sondern dass für den Fall, dass € 22,71 zu zahlen sind, wir diese € 22,71 auch zahlen werden" (Protokoll Seite 5). Dem Geschäftsführer der Antragstellerin ist zuzugestehen, dass er im Auftragsfalle den bei ihm Beschäftigten diesen Betrag auch zahlen wird. Es ergibt sich aber daraus eindeutig, dass die Antragstellerin ihr Angebot nicht mit diesem Betrag kalkuliert hat. Damit liegt aber ein den Ausschreibungsbestimmungen, insbesondere den Bestimmungen der VD307, widersprechendes Angebot vor. Da sich somit die Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin als berechtigt erwiesen hat, hatte sich der Senat - wie im Zuge der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes auszuführen sein wird - mit der Frage, ob die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären ist, nicht weiter zu beschäftigen.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin 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 Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung der Reinigungsarbeiten in der Krankenanstalt Rudolfstiftung. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 19.5.2011, 13:00 Uhr. Nach den Ergebnissen der am gleichen Tage durchgeführten Angebotsöffnung ist - nach Ausscheidung der Angebote von sechs vor ihnen liegenden Bietern - die Teilnahmeberechtigte mit ihrem Angebot an erster Stelle, die Antragstellerin an zweiter Stelle gereiht. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat Wien gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragstellerin 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 Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung der Reinigungsarbeiten in der Krankenanstalt Rudolfstiftung. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 19.5.2011, 13:00 Uhr. Nach den Ergebnissen der am gleichen Tage durchgeführten Angebotsöffnung ist - nach Ausscheidung der Angebote von sechs vor ihnen liegenden Bietern - die Teilnahmeberechtigte mit ihrem Angebot an erster Stelle, die Antragstellerin an zweiter Stelle gereiht. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat Wien gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens 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 Nichtigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeiten beantragen, soweit 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 sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung 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 im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Ihre Anträge entsprechen auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da sowohl die Ausscheidungsentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin jeweils am 1.9.2011 im Faxwege zugekommen sind, ist der am 25.7.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig. 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 Nichtigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeiten beantragen, soweit 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 sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung 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 im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Ihre Anträge entsprechen auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits

vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da sowohl die Ausscheidungsentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin jeweils am 1.9.2011 im Faxwege zugekommen sind, ist der am 25.7.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig.

Da die Antragstellerin zulässigerweise (§ 20 Abs. 2 WVRG 2007) ihre Anträge auf Nichtigklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung in einem Schriftsatz verbunden hat, war vom Senat zunächst über ihren Antrag über Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung zu verhandeln und abzusprechen. Da die Antragstellerin zulässigerweise (Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007) ihre Anträge auf Nichtigklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung in einem Schriftsatz verbunden hat, war vom Senat zunächst über ihren Antrag über Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung zu verhandeln und abzusprechen.

Der Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung und in weiterer Folge der Zuschlagsentscheidung erweist sich im Ergebnis jedoch als nicht berechtigt.

Nach den Ausschreibungsbedingungen hatten die Bieter bei Erstellung ihrer Angebote auch die Festlegungen in der VD307 zu beachten, wonach nach deren Pkt. 3.1.3 bei der Erstellung der Angebote die in Österreich geltenden arbeits-, lohn-, sozial- und umweltrechtlichen Vorschriften zu beachten sind. Unstrittig ist vorliegend, dass auf die ausgeschriebenen Leistungen die Bestimmungen des Kollektivvertrages für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger anzuwenden sind.

Nach § 5 Abs. 3 des genannten Kollektivvertrages werden Überstunden an Werktagen in der Zeit von 6 Uhr bis 20 Uhr mit einem Zuschlag von 50 %, solche in der Zeit von 20 Uhr bis 6 Uhr mit einem Zuschlag von 100 % entlohnt (Nachtüberstunden). Nach Paragraph 5, Absatz 3, des genannten Kollektivvertrages werden Überstunden an Werktagen in der Zeit von 6 Uhr bis 20 Uhr mit einem Zuschlag von 50 %, solche in der Zeit von 20 Uhr bis 6 Uhr mit einem Zuschlag von 100 % entlohnt (Nachtüberstunden).

Nach Abs. 7 des Kollektivvertrages erhalten Arbeitnehmer, deren täglich festgesetzte Arbeitszeit dauernd oder fallweise in die Zeit zwischen 20 Uhr und 6 Uhr früh fällt einen Lohnzuschlag von 50 % pro Nachtstunde, sofern es sich nicht um eine Überstunde handelt. Nach Absatz 7, des Kollektivvertrages erhalten Arbeitnehmer, deren täglich festgesetzte Arbeitszeit dauernd oder fallweise in die Zeit zwischen 20 Uhr und 6 Uhr früh fällt einen Lohnzuschlag von 50 % pro Nachtstunde, sofern es sich nicht um eine Überstunde handelt.

Nach Abs. 8 sind Arbeiten an einem Sonntag mit einem Zuschlag von 100 % auf den jeweiligen Stundenlohn zu entlohnen. Bei Arbeiten an Feiertagen erfolgt die Bezahlung nach den Bestimmungen des § 9 Arbeitsruhegesetzes in der derzeit gültigen Fassung. Nach Absatz 8, sind Arbeiten an einem Sonntag mit einem Zuschlag von 100 % auf den jeweiligen Stundenlohn zu entlohnen. Bei Arbeiten an Feiertagen erfolgt die Bezahlung nach den Bestimmungen des Paragraph 9, Arbeitsruhegesetzes in der derzeit gültigen Fassung.

Nun hat das Verfahren gezeigt, dass die Antragstellerin (und mehrere andere Mitbewerber) und die Zuschlagsempfängerin (und ebenso mehrere andere Bieter) bei der Berechnung der Sonntag-Nachtstunde unterschiedliche Berechnungsarten angewendet haben. Alle Bieter sind dabei zutreffend von einem Grundlohn von € 7,57 in der Lohngruppe 3 des Kollektivvertrages ausgegangen. Bei der von der Teilnehmereberechtigten gewählten Berechnungsart (die auch von der Antragsgegnerin angewendet worden ist) wird auf den Grundlohn von € 7,57 50 % für die Nachtstunde und von diesen um 50 % erhöhten Betrag dann weitere 100 % aufgeschlagen, was einen Betrag von € 22,71 pro Stunde ergibt.

In der von der Antragstellerin ihrem Angebot zu Grunde gelegten Variante kommt auf den Stundenlohn ein Zuschlag von 50 %. Der erhöhte Betrag von 100 % wird jedoch nicht von diesem Stundenlohn samt Zuschlag sondern nur vom Stundenlohn in Höhe von € 7,57 berechnet, woraus sich ein Stundenlohn von € 18,93 ergibt.

Die Antragsgegnerin hat sich bei Prüfung der Angebote auf ihre Übereinstimmung mit dem Kollektivvertrag jener Berechnungsart angeschlossen, wie sie auch von der WKO für richtig erklärt worden ist. Wenn auch die Vergabeakten keine nähere Begründung dafür enthalten, warum sich die Antragsgegnerin bei ihrer Ausscheidungsentscheidung dieser Auslegung angeschlossen hat, erachtet der Senat diese Auslegung aus folgenden Überlegungen für zutreffend § 5 Abs. 8 des betreffenden Kollektivvertrages legt fest, dass der Zuschlag von 100 % auf den jeweiligen Stundenlohn

erfolgen soll. Das Wort "jeweilig" bezieht sich wohl einerseits auf die unterschiedlichen Lohngruppen, andererseits bezieht es sich in der Systematik des Kollektivvertrages wohl auch auf den Zuschlag der in den vorangegangenen Absätzen erwähnt ist. So haben wir einerseits in Abs. 3 den Überstundenzuschlag in Höhe von 50 % bzw. 100 %, in Abs. 7 den Nachstundenzuschlag in Höhe von 50 % und bezieht sich der darauf folgende Absatz 8 mit einem Zuschlag von 100 % auf den jeweiligen Stundenlohn und zwar nach Dafürhalten des Senates auf den, um die vorangegangenen Zuschläge erhöhten Stundenlohn. Wenn man in diesem Zusammenhang § 10 Abs. 3 Arbeitszeitgesetz (AZG) liest, so gebührt für Überstunden ein Zuschlag von 50 %. Für die Berechnung des Zuschlages ist der auf die einzelne Arbeitsstunde entfallende Normallohn zu Grunde zu legen. In einer Entscheidung des OGH vom 6.4.1994, 9Ob604/93 heißt es zum Begriff des "Normallohns", dass darin alle Entgeltbestandteile (einschließlich der Zulagen, der Zuschläge, der Prämien und dergleichen) einzubeziehen sind. Auch hier ist also davon auszugehen, dass der 50 %ige Zuschlag zu dem um Zulage, Zuschläge udgl. erhöhten Betrag dazu zu rechnen ist. Der Senat schließt sich dieser Rechtsansicht an und geht davon aus, dass diese Auslegung auch auf den vorliegenden Fall angewendet werden kann. Dazu kommt, dass aus der Systematik des Kollektivvertrages ersichtlich ist, dass die Arbeit am Sonntag als besonders belastend angesehen wird und daher ein Zuschlag von 100 % als adäquater Ausgleich angesehen werden kann. Die Nachtstunden werden ebenfalls als besonders belastend angesehen und gebührt daher ein Zuschlag von 50 %. Es ist daher davon auszugehen, dass zur Abgeltung der Kumulierung beider, nämlich einer Nachstunde am Sonntag und der darüber hinausgehenden Belastung insofern Rechnung getragen werden soll, als auch der Zuschlag zu kumulieren ist, und sohin die Berechnung des Stundenlohns zuzüglich 50 % zuzüglich 100 % die von den kollektivvertragsabschließenden Parteien gewünschte Variante ist. Dies geht auch aus den von der Antragsgegnerin eingeholten Stellungnahmen hervor, in der sowohl die Wirtschaftskammer und die Arbeiterkammer als letztlich auch die Gewerkschaft, von dieser Prämisse ausgegangen sind und diese Berechnung, die von der Antragsgegnerin ihrer Bewertung zu Grunde gelegt wurde, für die richtige halten. Die Antragsgegnerin hat sich bei Prüfung der Angebote auf ihre Übereinstimmung mit dem Kollektivvertrag jener Berechnungsart angeschlossen, wie sie auch von der WKO für richtig erklärt worden ist. Wenn auch die Vergabeakten keine nähere Begründung dafür enthalten, warum sich die Antragsgegnerin bei ihrer Ausscheidungsentscheidung dieser Auslegung angeschlossen hat, erachtet der Senat diese Auslegung aus folgenden Überlegungen für zutreffend Paragraph 5, Absatz 8, des betreffenden Kollektivvertrages legt fest, dass der Zuschlag von 100 % auf den jeweiligen Stundenlohn erfolgen soll. Das Wort "jeweilig" bezieht sich wohl einerseits auf die unterschiedlichen Lohngruppen, andererseits bezieht es sich in der Systematik des Kollektivvertrages wohl auch auf den Zuschlag der in den vorangegangenen Absätzen erwähnt ist. So haben wir einerseits in Absatz 3, den Überstundenzuschlag in Höhe von 50 % bzw. 100 %, in Absatz 7, den Nachstundenzuschlag in Höhe von 50 % und bezieht sich der darauf folgende Absatz 8 mit einem Zuschlag von 100 % auf den jeweiligen Stundenlohn und zwar nach Dafürhalten des Senates auf den, um die vorangegangenen Zuschläge erhöhten Stundenlohn. Wenn man in diesem Zusammenhang Paragraph 10, Absatz 3, Arbeitszeitgesetz (AZG) liest, so gebührt für Überstunden ein Zuschlag von 50 %. Für die Berechnung des Zuschlages ist der auf die einzelne Arbeitsstunde entfallende Normallohn zu Grunde zu legen. In einer Entscheidung des OGH vom 6.4.1994, 9Ob604/93 heißt es zum Begriff des "Normallohns", dass darin alle Entgeltbestandteile (einschließlich der Zulagen, der Zuschläge, der Prämien und dergleichen) einzubeziehen sind. Auch hier ist also davon auszugehen, dass der 50 %ige Zuschlag zu dem um Zulage, Zuschläge udgl. erhöhten Betrag dazu zu rechnen ist. Der Senat schließt sich dieser Rechtsansicht an und geht davon aus, dass diese Auslegung auch auf den vorliegenden Fall angewendet werden kann. Dazu kommt, dass aus der Systematik des Kollektivvertrages ersichtlich ist, dass die Arbeit am Sonntag als besonders belastend angesehen wird und daher ein Zuschlag von 100 % als adäquater Ausgleich angesehen werden kann. Die Nachtstunden werden ebenfalls als besonders belastend angesehen und gebührt daher ein Zuschlag von 50 %. Es ist daher davon auszugehen, dass zur Abgeltung der Kumulierung beider, nämlich einer Nachstunde am Sonntag und der darüber hinausgehenden Belastung insofern Rechnung getragen werden soll, als auch der Zuschlag zu kumulieren ist, und sohin die Berechnung des Stundenlohns zuzüglich 50 % zuzüglich 100 % die von den kollektivvertragsabschließenden Parteien gewünschte Variante ist. Dies geht auch aus den von der Antragsgegnerin eingeholten Stellungnahmen hervor, in der sowohl die Wirtschaftskammer und die Arbeiterkammer als letztlich auch die Gewerkschaft, von dieser Prämisse ausgegangen sind und diese Berechnung, die von der Antragsgegnerin ihrer Bewertung zu Grunde gelegt wurde, für die richtige halten.

Wenn daher die Antragsgegnerin bei der Berechnung der Sonntag-Nachstunde, von einem dem Kollektivvertrag entsprechenden Betrag von € 22,71 ausgegangen ist, steht dies mit den kollektivvertraglichen Bestimmungen durchaus im Einklang und stellt sich daraus folgend der von der Antragstellerin bei ihrer Kalkulation angenommene

Stundensatz von € 18,93 als den Bestimmungen des einschlägigen Kollektivvertrages widersprechend dar.

Dazu kommt, dass nach den Berechnungen der Antragstellerin, zumal sie für die Sonntag-Nachtstunden auch Pausen berücksichtigt hat, von ihr tatsächlich für die Sonntag-Nachtstunde nur ein Betrag von € 15,14 kalkuliert wurde.

Wenn sich die Antragstellerin auch darauf berufen hat, die Ansätze für die Sonntag-Nachtstunde aufgrund einer Auskunft der zuständigen Gewerkschaft kalkuliert zu haben, sie werde den von der Antragsgegnerin errechneten und ihrer Bewertung zu Grunde gelegten Stundenbetrag von € 22,71 auch tatsächlich zahlen, ist dieser Umstand nicht geeignet, ein ausschreibungskonformes Angebot anzunehmen. Dass die Antragstellerin ihr Angebot nicht mit dem Stundensatz von € 22,71 für die Sonntag-Nachtstunde kalkuliert hat, ergibt sich nicht nur eindeutig aus ihrem Angebot sondern auch aus dem Vorbringen ihres Geschäftsführers in der mündlichen Verhandlung. Damit liegt aber ein dem Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot vor, dessen Ausscheidung nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 gerechtfertigt ist. Wenn sich die Antragstellerin auch darauf berufen hat, die Ansätze für die Sonntag-Nachtstunde aufgrund einer Auskunft der zuständigen Gewerkschaft kalkuliert zu haben, sie werde den von der Antragsgegnerin errechneten und ihrer Bewertung zu Grunde gelegten Stundenbetrag von € 22,71 auch tatsächlich zahlen, ist dieser Umstand nicht geeignet, ein ausschreibungskonformes Angebot anzunehmen. Dass die Antragstellerin ihr Angebot nicht mit dem Stundensatz von € 22,71 für die Sonntag-Nachtstunde kalkuliert hat, ergibt sich nicht nur eindeutig aus ihrem Angebot sondern auch aus dem Vorbringen ihres Geschäftsführers in der mündlichen Verhandlung. Damit liegt aber ein dem Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot vor, dessen Ausscheidung nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 gerechtfertigt ist.

Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin vorgeworfen, es unterlassen zu haben, ihr "eine weitere Möglichkeit der Aufklärung einzuräumen". Dieser Vorwurf ist nicht berechtigt. Nach den Vergabeakten ist eindeutig erwiesen, dass die Antragsgegnerin gemäß § 125 BVergG 2006 ihrer Verpflichtung, Aufklärung von der Antragstellerin zu ihrer Preiskalkulation zu erhalten, in ausreichendem Maße nachgekommen ist. Nach der Niederschrift über das Aufklärungsgespräch vom 17.8.2011 hat die Antragsgegnerin dem Geschäftsführer der Antragstellerin die Auskunft der WKO vorgehalten, wonach die Sonntag-Nachtstunde mit € 22,71 zu kalkulieren ist. Die Problematik wurde mit dem Geschäftsführer der Antragstellerin - was im Übrigen von ihm gar nicht bestritten wurde - erörtert und ihm die Möglichkeit gegeben, dazu eine schriftliche Aufklärung zu geben. In dieser schriftlichen Aufklärung wird bei den Sonntag-Nachtstunden ohne weiteren Kommentar ein Betrag von € 22,71 pro Stunde eingesetzt. Eine Begründung dafür bzw. Ausführungen dazu, dass auch mit diesen Beträgen das Angebot der Antragstellerin kalkuliert wurde, finden sich im Schriftsatz nicht. Damit ist die Antragsgegnerin ihrer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung zur Durchführung einer kontradiktorischen Überprüfung in ausreichendem Maße nachgekommen (vgl. VwGH 29.3.2006, ZI. 2003/04/0181). Welche weiteren Aufklärungsschritte bei dieser Sachlage die Antragsgegnerin hätte vornehmen sollen, ist nicht erkennbar. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin vorgeworfen, es unterlassen zu haben, ihr "eine weitere Möglichkeit der Aufklärung einzuräumen". Dieser Vorwurf ist nicht berechtigt. Nach den Vergabeakten ist eindeutig erwiesen, dass die Antragsgegnerin gemäß Paragraph 125, BVergG 2006 ihrer Verpflichtung, Aufklärung von der Antragstellerin zu ihrer Preiskalkulation zu erhalten, in ausreichendem Maße nachgekommen ist. Nach der Niederschrift über das Aufklärungsgespräch vom 17.8.2011 hat die Antragsgegnerin dem Geschäftsführer der Antragstellerin die Auskunft der WKO vorgehalten, wonach die Sonntag-Nachtstunde mit € 22,71 zu kalkulieren ist. Die Problematik wurde mit dem Geschäftsführer der Antragstellerin - was im Übrigen von ihm gar nicht bestritten wurde - erörtert und ihm die Möglichkeit gegeben, dazu eine schriftliche Aufklärung zu geben. In dieser schriftlichen Aufklärung wird bei den Sonntag-Nachtstunden ohne weiteren Kommentar ein Betrag von € 22,71 pro Stunde eingesetzt. Eine Begründung dafür bzw. Ausführungen dazu, dass auch mit diesen Beträgen das Angebot der Antragstellerin kalkuliert wurde, finden sich im Schriftsatz nicht. Damit ist die Antragsgegnerin ihrer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung zur Durchführung einer kontradiktorischen Überprüfung in ausreichendem Maße nachgekommen (vergleiche VwGH 29.3.2006, ZI. 2003/04/0181). Welche weiteren Aufklärungsschritte bei dieser Sachlage die Antragsgegnerin hätte vornehmen sollen, ist nicht erkennbar.

Zusammenfassend gesehen erweist sich daher die angefochtene Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin als durchaus im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen stehend, weshalb der diesbezügliche Antrag abzuweisen war (Spruch Pkt. 1).

Im Hinblick auf diese Entscheidung, nämlich dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht auszuschneiden ist, kommt ihr Angebot für die Zuschlagsentscheidung von vornherein nicht mehr in Betracht. Dies bedeutet, dass die

Antragstellerin, deren Angebot ausgeschieden wurde, durch Rechtswidrigkeiten, die das weitere Verfahren betreffen, nicht in ihren Rechten verletzt sein kann, weshalb die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 WVRG 2007 nicht vorliegen (vgl. VwGH 23.5.2007, Zl. 2005/04/0103 und die dort zitierte Judikatur). Da somit ihre Antragslegitimation nicht gegeben ist, war der Antrag der Antragstellerin auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zurück zu weisen (Spruch Pkt. 2). Im Hinblick auf diese Entscheidung, nämlich dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht auszuschneiden ist, kommt ihr Angebot für die Zuschlagsentscheidung von vornherein nicht mehr in Betracht. Dies bedeutet, dass die Antragstellerin, deren Angebot ausgeschieden wurde, durch Rechtswidrigkeiten, die das weitere Verfahren betreffen, nicht in ihren Rechten verletzt sein kann, weshalb die Voraussetzungen des Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 nicht vorliegen (vergleiche VwGH 23.5.2007, Zl. 2005/04/0103 und die dort zitierte Judikatur). Da somit ihre Antragslegitimation nicht gegeben ist, war der Antrag der Antragstellerin auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zurück zu weisen (Spruch Pkt. 2).

Mit diesen Entscheidungen ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 15.9.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war (Spruch Pkt. 3). Mit diesen Entscheidungen ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 15.9.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war (Spruch Pkt. 3).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor (Spruch Pkt. 4). Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor (Spruch Pkt. 4).

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

Ausscheidungsentscheidung; Abweisung; Zuschlagsentscheidung; Zurückweisung; Kalkulation im Widerspruch zum Kollektivvertrag;

Zuletzt aktualisiert am

27.01.2012

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