

TE Verg Bescheid 2011/10/13 VKS-7974/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.10.2011

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 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §125 Abs3

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

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Biedermann & Belihart, Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der Reinigungsarbeiten 2011 - 2014, ND, RDD, DK u. Kuchelau in Wien 2., 11., 19., 20., 21., 22. und Langenzersdorf, Ausschreibungsnummer LV/45/G-1050-2011, durch die Stadt Wien - MA 45 - Wiener Gewässer, Wilhelminenstraße 93, 1060 Wien, vertreten durch die Magistratsdirektion der Stadt Wien, Geschäftsbereich Recht, Zivil- und Strafrecht, 1081 Wien - Rathaus, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 15.7.2011 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 29.7.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit.a sublit.aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 12 Abs. 1 Z 2, 70, 125 Abs. 3 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, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 70, 125, Absatz 3, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 45 - Wiener Gewässer (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Dienstleistungen, nämlich zur Durchführung von Reinigungsarbeiten im Zeitraum 2011-2014 im Bereich der Neuen Donau, Donauinsel, linken und rechten Dammverstärkung sowie weiteren im Leistungsverzeichnis näher angeführten Örtlichkeiten. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Insgesamt haben sich fünf Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Im Zuge der Angebotseröffnung am 27.6.2011 wurde das Angebot der Antragstellerin zunächst preislich als an vierter Stelle liegend verlesen. Nachdem die Angebote der zunächst an erster und zweiter Stelle liegenden Bieter ausgeschieden worden sind, kommt die Antragstellerin mit ihrem Angebot nunmehr an zweiter Stelle zu liegen.

Mit Schreiben vom 15.7.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag nach Ausscheidung der zunächst an erster und zweiter Stelle gelegenen Bieter nunmehr dem an erster Stelle liegenden Unternehmen erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 25.7.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, dass das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen wäre, da der von ihr angebotene Preis entweder das Ergebnis einer Kalkulation mit dem falschen Kollektivvertrag oder eine

unzulässige Spekulation beziehungsweise das Ergebnis von unzulässigen Preisverschiebungen wäre. Für die Antragstellerin, die die ausgeschriebenen Leistungen für die Antragsgegnerin seit drei Jahren erbringe, sei nicht nachvollziehbar, wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu dem von ihr angebotenen Preis die verfahrensgegenständlichen Reinigungsarbeiten ohne qualitative Mängel erbringen wolle. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge über mehrere Gewerbeberechtigungen jedoch weder über eine der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger, noch über eine des Gärtnergewerbes. Demzufolge könne sie nicht die für diese Gewerbeberechtigungen geltenden Kollektivverträge ihrer Kalkulation zu Grunde legen, sondern hätte nach dem für sie geltenden "teureren Kollektivvertrag" für die Bauindustrie und das Baugewerbe bzw. jenem für Arbeiter im konzessionierten Güterbeförderungsgewerbe vorgehen müssen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 25.7.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen wäre, da der von ihr angebotene Preis entweder das Ergebnis einer Kalkulation mit dem falschen Kollektivvertrag oder eine unzulässige Spekulation beziehungsweise das Ergebnis von unzulässigen Preisverschiebungen wäre. Für die Antragstellerin, die die ausgeschriebenen Leistungen für die Antragsgegnerin seit drei Jahren erbringe, sei nicht nachvollziehbar, wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu dem von ihr angebotenen Preis die verfahrensgegenständlichen Reinigungsarbeiten ohne qualitative Mängel erbringen wolle. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge über mehrere Gewerbeberechtigungen jedoch weder über eine der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger, noch über eine des Gärtnergewerbes. Demzufolge könne sie nicht die für diese Gewerbeberechtigungen geltenden Kollektivverträge ihrer Kalkulation zu Grunde legen, sondern hätte nach dem für sie geltenden "teureren Kollektivvertrag" für die Bauindustrie und das Baugewerbe bzw. jenem für Arbeiter im konzessionierten Güterbeförderungsgewerbe vorgehen müssen.

Die Antragsgegnerin habe offenbar auch keine vertiefte Prüfung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Einklang mit den Vorgaben des BVergG vorgenommen und die Preisangemessenheitsprüfung weder umfangreich, noch in ihren Vergabeakten nachvollziehbar dokumentiert. Hätte die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen, hätte sie das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausscheiden müssen, worauf die Antragstellerin als zweitbilligste Bieterin den Zuschlag erhalten müsste.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, insbesondere auf ordnungsgemäße Prüfung und Bewertung der Angebote in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen, verletzt. Sollte die Antragstellerin den ausgeschriebenen Auftrag nicht erhalten, drohe ihr sowohl der Verlust einer entsprechenden Deckung ihrer Geschäftsgemeinkosten als auch der Kosten für die Rechtsverfolgung.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid von 29.7.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugewandten Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 29.7.2011 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Verfahren als Partei beigetreten und hat ausgeführt, sie habe "mit dem korrekten Kollektivvertrag und mit (ihrer) langjährigen Erfahrung mit Arbeiten auf der Donauinsel Wien...die Preise korrekt und für alle nachvollziehbar laut unseren K-Blättern angeboten". Eine, wie von der Antragstellerin behauptete "unzulässige Spekulation" liege nicht vor. Die Zeitbemessung in ihrer Kalkulationen habe die Teilnahmerechtigte auf Grund ihrer langjährigen Praxis bei Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen in den Jahren 1991 - 2008 kalkuliert.

Mit Schriftsatz vom 27.7.2011 hat die Antragstellerin ergänzend zu ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vorgebracht, dass der bestehende Vertrag zwischen ihr und der Antragsgegnerin mit Ende Juli 2011 ablaufe. Die Antragstellerin habe über Ersuchen der Antragsgegnerin jedoch ausdrücklich erklärt, auf Grund des bestehenden Vertragsverhältnisses die Leistungen über diesen Zeitraum hinaus weiter zu erbringen, bis der Auftrag neu vergeben ist.

Mit Schriftsatz vom 3.8.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten

Anträge begehrt und ausgeführt, dass ihrer Ansicht nach im Hinblick darauf, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten nur leicht unter der amtlichen Kostenschätzung zu liegen kam, ein Anlass zu einer vertieften Angebotsprüfung nicht gegeben gewesen sei, weil weder ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliege, noch zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen feststellbar gewesen seien. Abgesehen davon seien im Leistungsverzeichnis wesentliche Positionen nicht angeführt worden. Auch die Differenz zwischen dem Angebot der Teilnahmeberechtigten und jenem der Antragstellerin, die knapp unter € 20.000 liege und damit nicht einmal 3% der Vergabesumme entspreche, könne nicht als Hinweis auf eine spekulative Preisgestaltung gesehen werden. Dennoch habe die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und zu zwei Positionen Aufklärung von der Teilnahmeberechtigten verlangt und eine solche auch im ausreichenden Ausmaß erhalten. Dazu verweist sie auf die Dokumentation in den Vergabeakten. Eine Kalkulation auf Basis eines falschen Kollektivvertrages sei gleichfalls nicht gegeben, weil die Teilnahmeberechtigte zutreffend ihr Angebot auf Basis des Kollektivvertrages für das Güterbeförderungsgewerbe erstellt habe. Soweit die Antragstellerin behaupte, beim Angebot der Teilnahmeberechtigten handle es sich um das Ergebnis einer unzulässigen Spekulation bzw. von unzulässigen Preisverschiebungen, seien dafür Indizien nicht vorhanden. Vielmehr sei anzumerken, dass die von der Antragstellerin angebotenen Positionspreise teilweise unter jenen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liegen. Wenn die Antragstellerin daher behaupte, dass diese zu niedrig wären, müsste dies umso mehr für den von ihr selbst angebotenen Stundensatz zutreffen. Eine vertiefte Prüfung des Angebotes der Antragstellerin sei jedoch nicht erfolgt.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren Richtigkeit grundsätzlich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 13.10.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Dienstleistungen, nämlich zur Durchführung von Reinigungsarbeiten im Bereich der Donauinsel und der Donaudämme an den in der Ausschreibung näher bezeichneten Örtlichkeiten. Der Leistungszeitraum läuft von 2011-2014. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Insgesamt haben sich fünf Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Teilnahmeberechtigten mit einem zivilrechtlichen Preis von € 682.173, 45 zunächst an dritter Stelle, jenes der Antragstellerin mit € 702.608, 39 an vierter Stelle verlesen. Nachdem die Angebote der zunächst an erster und zweiter Stelle gereihten Unternehmen ausgeschieden worden sind, liegt die Teilnahmeberechtigte und präsumtive Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot an erster Stelle, die Antragstellerin an zweiter Stelle. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Dienstleistungen, nämlich zur Durchführung von Reinigungsarbeiten im Bereich der Donauinsel und der Donaudämme an den in der Ausschreibung näher bezeichneten Örtlichkeiten. Der Leistungszeitraum läuft von 2011-2014. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Insgesamt haben sich fünf Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Teilnahmeberechtigten mit einem zivilrechtlichen Preis von € 682.173, 45 zunächst an dritter Stelle, jenes der Antragstellerin mit € 702.608, 39 an vierter Stelle verlesen. Nachdem die Angebote der zunächst an erster und zweiter Stelle gereihten Unternehmen ausgeschieden worden sind, liegt die Teilnahmeberechtigte und präsumtive Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot an erster Stelle, die Antragstellerin an zweiter Stelle.

Die Bieter hatten mit ihren Angeboten K3 und K7- Blätter abzugeben, welcher Verpflichtung sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnahmeberechtigte nachgekommen sind.

Die Teilnahmeberechtigte verfügt über insgesamt sieben Gewerbeberechtigungen, darunter über die Befugnis zur Durchführung von Kehr-, Wasch- und Räumdiensten sowie Winterdiensten in der Fachgruppe Abfall- und Abwasserwirtschaft Niederösterreich, sowie über die Befugnis zur Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen (Fuhrwerksunternehmen) im innerstaatlichen Verkehr.

Die Teilnahmeberechtigte hat als Grundlage ihrer Kalkulation den Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe herangezogen. Sie plant die Arbeiten im Mittel mit sechs bis sieben Mann und zwei bis drei Kleinlastwagen durchzuführen (Vergabeakten, Aktenvermerk vom 12.7.2011 sowie Vorbringen der Teilnahmeberechtigten in der mündlichen Verhandlung vom 13.10.2011). Der Schwerpunkt des Betriebes der Teilnahmeberechtigten liegt in der

Erbringung von Transportleistungen. Für die Transportleistungen sind im Betrieb der Teilnahmeberechtigten 17-20 Leute im Schnitt beschäftigt. Der Gesamtstand an Mitarbeitern beträgt 29 Personen, wovon 25 als Arbeiter eingesetzt werden, der Rest als Angestellte hauptsächlich im Büro verwendet werden. Die Teilnahmeberechtigte ist bei der Kalkulation der Löhne der eingesetzten Arbeiter grundsätzlich von der niedrigsten Lohnstufe ausgegangen, hat jedoch durch Pauschalzuschläge einkalkuliert, dass auch höhere Lohngruppen zum Einsatz kommen. Auch die Zuschläge für speziell ausgeschriebene Leistungen wurden bei der Kalkulation berücksichtigt, Zuschläge für Erschwernisse wurden von der Teilnahmeberechtigten erhöht (Protokoll Seite 4f).

Aus den Akten ist eindeutig ersichtlich, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Teilnahmeberechtigten einer vertieften Prüfung unterzogen hat und dabei insbesondere auch die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten K3 und K7- Blätter einer Prüfung unterzogen hat.

Am 12.7.2011 hat ein Aufklärungsgespräch mit der Teilnahmeberechtigten stattgefunden, in dem die Teilnahmeberechtigte ihre K3-Kalkulation für die KV-Gruppen "Hilfsarbeiter" und "Kraftfahrzeuge über 3,5t" erläutert hat. Dabei hat sie die Aufzählung für Mehrarbeit in der Zeile E des K3-Blattes mit Beilagen ausreichend nachgewiesen.

Zum K7-Blatt wurden von der Antragsgegnerin die Positionen "Einsatzpauschale Glasbruch Neue Donau" und "Einsatzpauschale Glasbruch RDD" vor allem deshalb vertieft geprüft, da bei diesen beiden Positionen eine preisliche Differenz zum Angebot der Antragstellerin gegeben ist. So hat die Antragstellerin bei diesen beiden Positionen einen Einheitspreis in mehr als doppelter Höhe wie die Teilnahmeberechtigte angesetzt. Auch hier konnte die Teilnahmeberechtigte eine entsprechende Aufklärung geben und darstellen, dass die von ihr angegebenen Glasbruch-Positionen kostendeckend kalkuliert wurden.

In der Niederschrift über die Angebotsprüfung vom 12.7.2011 wird ausgeführt, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen wurde, die Teilnahmeberechtigte über die notwendige Gewerbeberechtigung verfügt und die sonstigen Voraussetzungen für einen Zuschlag gegeben sind. Zu den Leistungsgruppen wird in der Niederschrift ausgeführt, dass bei der Hauptleistungsgruppe (LG 43 Reinigungsarbeiten) das Angebot der Teilnahmeberechtigten um ca. 3,5% billiger sei als jenes der Antragstellerin. Bei der Leistungsgruppe 53 - Regiearbeiten, die etwa 16% der ausgeschriebenen Leistungen ausmachen, lägen die Preise der Teilnahmeberechtigten etwa im Bereich der Antragstellerin. In der Niederschrift wird festgehalten, dass der größte Preisunterschied zwischen diesen beiden Angeboten in den Positionen "Einsatzpauschale Glasbruch Neue Donau" und "Einsatzpauschale Glasbruch RDD" liegt, während die Teilnahmeberechtigte bei den Flächenreinigungspositionen teilweise etwas höhere Preisansätze hat als die Antragstellerin. Da die ausgeschriebenen Massen der Glasbruch-Positionen auf Erfahrungswerten der letzten Jahre beruhen, ist die Antragsgegnerin davon ausgegangen, dass diese Pauschalen täglich zur Anwendung gelangen und aus diesen Gründen ein Reihungssturz ausgeschlossen sei. Zusammenfassend ist daher die Antragsgegnerin zum Ergebnis gelangt, dass auf das Angebot der Teilnahmeberechtigten der Zuschlag zu erteilen wäre.

Von den im Betrieb der Teilnahmeberechtigten eingesetzten Arbeitern sind zwei als Maurer beschäftigt. Die Teilnahmeberechtigte verfügt zwar über die Befugnis zur Ausübung des Gewerbes des Baumeisters, führt jedoch im Rahmen dieser Gewerbeberechtigung nur kleinere Sanierungsarbeiten durch, derzeit "hat sie als Baumeister keine Baustelle". Das Schwergewicht der Tätigkeit der Antragstellerin liegt in den Transportleistungen wobei 12 LKW und 9 Fahrer eingesetzt werden (Protokoll Seite 4).

Die Teilnahmeberechtigte hat im Zeitraum von 1991 - 2008 die ausgeschriebenen Leistungen erbracht, anschließend hat den Dienstleistungsauftrag die Antragstellerin erhalten. Nach den Angaben der Antragsgegnerin hat sowohl die Teilnahmeberechtigte als auch die Antragstellerin alle Leistungen zur "vollsten Zufriedenheit" erbracht (Protokoll Seite 9).

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 15.7.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen. Ihr Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 25.7.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren nach § 18 WVRG 2007. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 15.7.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen. Ihr Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 25.7.2011 und

damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren nach Paragraph 18, WVRG 2007.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten, aus denen sich zunächst nachvollziehbar und eindeutig ergibt, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Teilnahmeberechtigten einer eingehenden vertieften Prüfung unterzogen hat. Die Ergebnisse dieser Prüfung sind nachvollziehbar festgehalten, schlüssig ergibt sich daraus, dass der Angebotspreis der Teilnahmeberechtigten weder das Ergebnis der Kalkulation mit einem falschen Kollektivvertrag noch das Ergebnis einer unzulässigen Spekulation bzw. einer unzulässigen Preisverschiebung ist. Der Senat hat daher keine Bedenken, das Ergebnis dieser Angebotsprüfung zu übernehmen und auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Insbesondere aus dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Teilnahmeberechtigten im Zuge der mündlichen Verhandlung war als erwiesen anzunehmen, dass der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit im Transportgewerbe liegt, weshalb die Kalkulation zutreffend - wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird - nach dem Kollektivvertrag für das Transportgewerbe zu erfolgen hatte. Dass die Teilnahmeberechtigte von 1991 bis 2008 die ausgeschriebenen Leistungen erbracht hat, ist unstrittig; dass sie die dabei gewonnenen Erfahrungen bei der Kalkulation ihres Angebotes berücksichtigen konnte, ist nachvollziehbar. Dass in zahlreichen Positionen, insbesondere bei den Einsatzpauschalen Glasbruch, das Angebot der Antragstellerin deutlich über den Ansätzen der Teilnahmeberechtigten liegt, ist aus den in den Vergabeakten beiliegenden Preisgegenüberstellungen ablesbar.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung von Reinigungsarbeiten im Zeitraum von 2011 bis 2014 in mehreren im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung näher bezeichneten Örtlichkeiten. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 27.6.2011, 9:30 Uhr. Nach den Ergebnissen der am gleichen Tage durchgeführten Angebotseröffnung ist - nach Ausscheidung des Angebotes zweier Bieter - die Teilnahmeberechtigte mit ihrem Angebot an erster Stelle, die Antragstellerin 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 Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Durchführung von Reinigungsarbeiten im Zeitraum von 2011 bis 2014 in mehreren im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung näher bezeichneten Örtlichkeiten. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 27.6.2011, 9:30 Uhr. Nach den Ergebnissen der am gleichen Tage durchgeführten Angebotseröffnung ist - nach Ausscheidung des Angebotes zweier Bieter - die Teilnahmeberechtigte mit ihrem Angebot an erster Stelle, die Antragstellerin 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. 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 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 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 Nichtigkeitsklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit.a sublit.aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 15.7.2011 im Faxwege zugekommen ist, ist der am 25.7.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig. Gemäß Paragraph 20, Abs. 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 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 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 Nichtigkeitsklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 15.7.2011 im Faxwege zugekommen ist, ist der am 25.7.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig.

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung ist im Ergebnis jedoch nicht berechtigt.

Die Antragstellerin hat zunächst geltend gemacht, das Angebot der Teilnahmerechtigten wäre auszuschneiden gewesen, da sie zwar über mehrere Gewerbeberechtigungen verfüge, nicht jedoch über die zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Befugnis eines Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigers oder des Gärtnergewerbes. Es trifft zu, dass die Teilnahmerechtigte über die genannten Gewerbeberechtigungen nicht verfügt. Es war daher zu prüfen, ob sich die Teilnahmerechtigte auf Grund der ihr zur Verfügung stehenden Gewerbeberechtigungen überhaupt um die ausgeschriebenen Leistungen bewerben kann. Ausgeschrieben sind Reinigungsarbeiten auf der Donauinsel. Dazu gehören Flächenreinigung sowie das Entleeren der Müllbehälter, Reinigungsarbeiten an der Donauböschung, Nachfüllen von Hundekotsackerlbehältern, händisches Reinigen von Glasbruch, Räumung und Entsorgung von Sperrmüll, Entleerung von Kunststoff- und Metallbehältern, Reinigen von Buschwerk und Sträuchern, das Reinigen des Wasserspielplatzes und die Laubentsorgung in der Kuchelau. Dafür werden benötigt Hilfsarbeiter, Fuhrwerke, LKW mit Kippeinrichtungen und Kran, Kleinlastwagen und Kleinlastwagen mit Fahrern sowie Kehrmaschinen. Nun hat die Teilnahmerechtigte nachgewiesen, dass sie neben den ihr sonst zur Verfügung stehenden Gewerbescheinen auch über die Befugnis sowohl zur Durchführung von Kehr-, Wasch-, und Räumdiensten, und Winterdiensten verfügt und in der Fachgruppe Abfall- und Abwasserwirtschaft Niederösterreich eingetragen ist.

Nach Ansicht des Senates fallen die anzubietenden Tätigkeiten unter die Gewerbeberechtigung Kehr-, Wasch- und Räumdienste sowie Winterdienste. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin war daher berechtigt die ausgeschriebenen Leistungen im Rahmen dieser Gewerbeberechtigung anzubieten.

Nun verfügt, wie das Verfahren ergeben hat, die Teilnahmerechtigte über mehrere Gewerbeberechtigungen, sodass auch mehrere Kollektivverträge zur Anwendung kommen können. In einem derartigen Fall sind die Kriterien des § 9 ArbVG zu beachten. Liegen getrennte Betriebe oder gar organisatorisch und fachlich abgegrenzte Betriebsabteilungen vor, findet auf die dort Beschäftigten der in fachlich und örtlicher Hinsicht entsprechende Kollektivvertrag Anwendung. Mangelt es an einer derartigen Trennung - wie vorliegend - so ist jener Kollektivvertrag anzuwenden, der für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens, insbesondere nach den in der mündlichen Verhandlung unbestritten gebliebenen Ausführungen der Teilnahmerechtigten, liegt die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung der Tätigkeit der Teilnahmerechtigten im Güterbeförderungsgewerbe. Dies bedeutet vorliegend, dass auf die Entlohnung der im Betrieb der Teilnahmerechtigten beschäftigten Arbeiter der Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe Anwendung zu finden hat und daher das Angebot nach den Ansätzen dieses Kollektivvertrages zu kalkulieren war. Nun verfügt, wie das Verfahren ergeben hat, die Teilnahmerechtigte über mehrere Gewerbeberechtigungen, sodass auch mehrere Kollektivverträge zur Anwendung kommen können. In einem derartigen Fall sind die Kriterien des Paragraph 9, ArbVG zu beachten. Liegen getrennte Betriebe oder gar organisatorisch und fachlich abgegrenzte Betriebsabteilungen vor, findet auf die dort Beschäftigten der in fachlich und örtlicher Hinsicht entsprechende Kollektivvertrag Anwendung. Mangelt es an einer derartigen Trennung - wie vorliegend - so ist jener Kollektivvertrag anzuwenden, der für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens, insbesondere nach den in der mündlichen Verhandlung unbestritten gebliebenen Ausführungen der

Teilnahmeberechtigten, liegt die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung der Tätigkeit der Teilnahmeberechtigten im Güterbeförderungsgewerbe. Dies bedeutet vorliegend, dass auf die Entlohnung der im Betrieb der Teilnahmeberechtigten beschäftigten Arbeiter der Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe Anwendung zu finden hat und daher das Angebot nach den Ansätzen dieses Kollektivvertrages zu kalkulieren war.

Dazu hat das Verfahren ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte bei Erstellung ihres Angebotes dieser Verpflichtung eindeutig nachgekommen ist, sie ausdrücklich erklärt hat, ihr Angebot nach den Ansätzen des Kollektivvertrages für das Güterbeförderungsgewerbe kalkuliert zu haben und auch, wie aus den Vergabeakten eindeutig ableitbar ist, tatsächlich nach diesem Kollektivvertrag kalkuliert hat.

Damit hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, nicht das Ergebnis der Kalkulation mit einem falschen Kollektivvertrag ist.

Wenn auch die Antragsgegnerin im Hinblick darauf, dass die Angebote nicht wesentlich von der von ihr vorgenommenen Schätzung des Auftragswertes abweichen sowie im Vergleich miteinander nur geringfügige (unter 3% liegende) Abweichungen aufweisen, grundsätzlich nicht zu einer vertieften Angebotsprüfung im Sinne des § 125 Abs. 3 BVergG 2006 gehalten gewesen wäre, hat das Verfahren ergeben, dass sie dennoch eine derart vertiefte Angebotsprüfung mit einem nachvollziehbaren Ergebnis vorgenommen hat. Wenn auch die Antragsgegnerin im Hinblick darauf, dass die Angebote nicht wesentlich von der von ihr vorgenommenen Schätzung des Auftragswertes abweichen sowie im Vergleich miteinander nur geringfügige (unter 3% liegende) Abweichungen aufweisen, grundsätzlich nicht zu einer vertieften Angebotsprüfung im Sinne des Paragraph 125, Absatz 3, BVergG 2006 gehalten gewesen wäre, hat das Verfahren ergeben, dass sie dennoch eine derart vertiefte Angebotsprüfung mit einem nachvollziehbaren Ergebnis vorgenommen hat.

Zusammenfassend hat das Nachprüfungsverfahren sohin ergeben, dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen und damit ein Grund, das Angebot der Teilnahmeberechtigten auszuschneiden nicht gegeben ist. Es war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung daher abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 29.7.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 29.7.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Abweisung; ordnungsgemäße Angebotsprüfung; ordnungsgemäße Kalkulation nach dem Kollektivvertrag der maßgeblichen wirtschaftlichen Bedeutung;

Zuletzt aktualisiert am

25.01.2012

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