

TE Verg Bescheid 2008/8/28 N/0101-BVA/12/2008-34

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.08.2008

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §84

BVergG 2006 §123 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321

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 § 84 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 84 gültig von 01.02.2006 bis 29.02.2016

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 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie SChef. Dr. Hans-Günter Gruber als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Reinigungsdienstleistungen NÖ, BGL und Wien in Dienststellen des Bundes, Los 99 Parlament" des Auftraggebers Bund, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, eingeleitet über Antrag vom 16. Juli 2008 der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeber bzw. der BBG im Vergabeverfahren Reinigungsdienstleistungen NÖ, BGL und Wien 2008 in Dienststellen des Bundes, AGES und BIG betreffend das Los 99 Parlament für nichtig erklären und den Auftraggebern auftragen, die Pauschalkosten zuhanden der Rechtsvertreter der Antragstellerin zu ersetzen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 16 lit a sublit aa, 84, 123 Abs 1, 312 Abs 2 Z 2, 319 Abs 1, 320 Abs 1 und 321 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 84, 123 Absatz eins, 312, Absatz 2, Ziffer 2, 319, Absatz eins, 320, Absatz eins und 321 BVergG 2006

Begründung

Parteienvorbringen

Die Antragstellerin stellte am 16. Juli 2008 das im Spruch ersichtliche Begehren und führte aus, dass laut Mitteilung der BBG die Firma B*** als Bestbieter hervorgetreten sei. Die Antragstellerin sei an sechster Stelle gereiht und habe ihr Angebot unter Einhaltung der Vorgaben und Bestimmungen des Kollektivvertrages erstellt. Die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da das Angebot der B*** – entgegen den Vorgaben der Ausschreibung – den kollektivvertraglichen Bestimmungen nicht entsprechen könne. Aber auch sämtliche anderen vor der Antragstellerin gereihten Bieter hätten – gleich wie die B*** – kein ausschreibungskonformes Angebot gelegt, da auch sie die kollektivvertraglichen Bestimmungen nicht eingehalten und sohin gegen arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften verstoßen hätten. Das Angebot der B*** sowie alle anderen vorgereichten Angebote wären daher auszuschneiden gewesen. Allen vorgereichten Bietern wäre es unter Einhaltung der kollektivvertraglichen Bestimmungen nicht möglich gewesen, ein günstigeres bzw. besseres Angebot als die Antragstellerin zu legen. Die Auftraggeber bzw. die BBG seien mit der dargelegten Problematik im Zuge des Vergabeverfahrens seitens der Antragstellerin konfrontiert worden. Es hätte daraufhin eine Prüfung der Angemessenheit der Preise im Sinne einer vertieften Angebotsprüfung erfolgen müssen, bei welcher zutage getreten wäre, dass sämtliche vor der Antragstellerin gereihten Angebote gegen kollektivvertragliche Bestimmungen bzw. Vorgaben verstoßen hätten.

Der Auftraggeber erstattete am 23. Juli 2008 eine Stellungnahme zum gesamten Antragsvorbringen und wendete zunächst Unzulässigkeit wegen eingetretener Präklusion ein. Noch innerhalb der Angebotsfrist sei mit 14. November 2007 eine erste Anfragebeantwortung und Berichtigung zu den Ausschreibungsunterlagen ergangen. Im Zuge dieser Anfragebeantwortung und Berichtigung sei auch eine Frage zur Einhaltung des Kollektivvertrages des chemischen Gewerbes und der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger beantwortet worden. Der Auftraggeber habe sich diesbezüglich festgelegt, dass die im hier einschlägigen Kollektivvertrag vorgesehenen Stundenleistungen nicht geprüft würden. Dies ergebe sich bereits aus der ursprünglichen Ausschreibung, da dort ein genaues Prüfschema festgelegt sei, in welchem die Einhaltung dieser Flächenbegrenzungen nicht vorgesehen sei. Jedenfalls mit der Festlegung in der ersten Anfragebeantwortung und Berichtigung, wonach die Einhaltung dieser Bestimmungen im Rahmen des Vergabeverfahrens nicht geprüft werde, sei seitens des Auftraggebers klar festgelegt worden, dass die im gegenständlichen Kollektivvertrag vorgesehenen Leistungen von den dort jeweils angeführten Quadratmetern pro Stunde im Rahmen der Angebotsprüfung nicht geprüft würden. Von der Antragstellerin sei weder das vom

Auftraggeber vorgegebene Prüfschema, noch die Festlegung in der ersten Anfragebeantwortung bekämpft worden, sodass der Nachprüfungsantrag insoweit präkludiert und daher zurückzuweisen sei. Im Übrigen sei eine ordnungsgemäße Angebotsprüfung entsprechend § 123 Abs 1 BVergG durchgeführt worden. Die in der Ausschreibung festgelegten Prüfkriterien seien dabei eingehend überprüft worden. Eine Ausscheidung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre auch materiell nicht begründbar gewesen. Der gegenständliche Kollektivvertrag sehe bei den Lohngruppen 3,4 und 5 eine "im Durchschnitt" objektbezogene Leistung von 195 m² pro Stunde vor. Der Kollektivvertrag lege jedoch nicht näher fest, was er unter einer "im Durchschnitt objektbezogene Leistung" verstehe. Der Auftraggeber erstattete am 23. Juli 2008 eine Stellungnahme zum gesamten Antragsvorbringen und wendete zunächst Unzulässigkeit wegen eingetretener Präklusion ein. Noch innerhalb der Angebotsfrist sei mit 14. November 2007 eine erste Anfragebeantwortung und Berichtigung zu den Ausschreibungsunterlagen ergangen. Im Zuge dieser Anfragebeantwortung und Berichtigung sei auch eine Frage zur Einhaltung des Kollektivvertrages des chemischen Gewerbes und der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger beantwortet worden. Der Auftraggeber habe sich diesbezüglich festgelegt, dass die im hier einschlägigen Kollektivvertrag vorgesehenen Stundenleistungen nicht geprüft würden. Dies ergebe sich bereits aus der ursprünglichen Ausschreibung, da dort ein genaues Prüfschema festgelegt sei, in welchem die Einhaltung dieser Flächenbegrenzungen nicht vorgesehen sei. Jedenfalls mit der Festlegung in der ersten Anfragebeantwortung und Berichtigung, wonach die Einhaltung dieser Bestimmungen im Rahmen des Vergabeverfahrens nicht geprüft werde, sei seitens des Auftraggebers klar festgelegt worden, dass die im gegenständlichen Kollektivvertrag vorgesehenen Leistungen von den dort jeweils angeführten Quadratmetern pro Stunde im Rahmen der Angebotsprüfung nicht geprüft würden. Von der Antragstellerin sei weder das vom Auftraggeber vorgegebene Prüfschema, noch die Festlegung in der ersten Anfragebeantwortung bekämpft worden, sodass der Nachprüfungsantrag insoweit präkludiert und daher zurückzuweisen sei. Im Übrigen sei eine ordnungsgemäße Angebotsprüfung entsprechend Paragraph 123, Absatz eins, BVergG durchgeführt worden. Die in der Ausschreibung festgelegten Prüfkriterien seien dabei eingehend überprüft worden. Eine Ausscheidung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre auch materiell nicht begründbar gewesen. Der gegenständliche Kollektivvertrag sehe bei den Lohngruppen 3,4 und 5 eine "im Durchschnitt" objektbezogene Leistung von 195 m² pro Stunde vor. Der Kollektivvertrag lege jedoch nicht näher fest, was er unter einer "im Durchschnitt objektbezogene Leistung" verstehe.

In einer weiteren Stellungnahme vom 29. Juli 2008 bestritt die Antragstellerin zunächst, dass die Anfragebeantwortung vom 14. November 2007 eine Festlegung im Sinne des § 2 Z 16 lit a BVergG sei, weshalb aber eine Anfechtung erst mit der Zuschlagsentscheidung möglich und zulässig sei. Der Auftraggeber verkenne auch, dass er weder das Prüfschema noch die Festlegungen hinsichtlich der Prüfung (siehe insbesondere Punkt H der Ausschreibungsunterlagen) abgeändert oder aufgehoben habe. Diese seien daher nach wie vor in der schriftlich vorliegenden Form anzuwenden. Diese Festlegungen würden eine vertiefte Angebotsprüfung, insbesondere eine klar definierte umfangreiche Plausibilitätsprüfung, vorsehen. Bedenke man nun, dass die Antragstellerin ihr Angebot unter Einhaltung der kollektivvertraglichen Bestimmungen, insbesondere der darin vorgegebenen Obergrenzen von Quadratmeterleistungen pro Stunde, erstellt habe und mit ihrem Angebot bis zu rund € 135.000,00 über den vorgereichten Biestern liege, dann zeige sich, das bereits bei einfachster Plausibilitätsprüfung zu Tage getreten wäre, dass die Angebote der vorgereichten Bieter die kollektivvertraglichen Bestimmungen und sohin die arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften im Sinne des § 84 BVergG nicht eingehalten hätten. Unter Punkt H 2 "Ausscheidungsgründe" habe der Auftraggeber deutlich festgelegt, aus welchen Gründen – unbeschadet der Bestimmungen gemäß § 129 BVergG 2006 – Angebote auszuschneiden seien. Expressis verbis erwähnt sei hier eine nicht plausible Flächenleistung, wobei dezidiert auf die Plausibilität der Machbarkeit und Erfüllbarkeit der angebotenen Flächenleistung in der Unterhaltsreinigung und Grundreinigung pro Objekt hingewiesen werde. Auch hier wären die kollektivvertraglichen Vorgaben zu berücksichtigen und einzuhalten gewesen. Im Übrigen seien elementarste vergaberechtliche Bestimmungen – dazu zähle die Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen – in jeder Lage des Vergabeverfahrens zu wahren, völlig unabhängig und losgelöst von etwaigen dem widersprechenden und somit rechtswidrigen Festlegungen des Auftraggebers. Der Argumentation des Auftraggebers folgen, würde bedeuten, mit einer Festlegung in einer Anfragebeantwortung, wonach generell überhaupt keine Prüfung der Angebote vorgenommen werde, bei unterbleibender Anfechtung, einen Freibrief für das Unterlassen jeglicher Prüfung zu schaffen. Davon könne wohl nicht "ernst" ausgegangen werden. In einer weiteren Stellungnahme vom 29. Juli 2008 bestritt die Antragstellerin zunächst, dass die Anfragebeantwortung vom 14. November 2007 eine Festlegung im Sinne

des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG sei, weshalb aber eine Anfechtung erst mit der Zuschlagsentscheidung möglich und zulässig sei. Der Auftraggeber verkenne auch, dass er weder das Prüfschema noch die Festlegungen hinsichtlich der Prüfung (siehe insbesondere Punkt H der Ausschreibungsunterlagen) abgeändert oder aufgehoben habe. Diese seien daher nach wie vor in der schriftlich vorliegenden Form anzuwenden. Diese Festlegungen würden eine vertiefte Angebotsprüfung, insbesondere eine klar definierte umfangreiche Plausibilitätsprüfung, vorsehen. Bedenke man nun, dass die Antragstellerin ihr Anbot unter Einhaltung der kollektivvertraglichen Bestimmungen, insbesondere der darin vorgegebenen Obergrenzen von Quadratmeterleistungen pro Stunde, erstellt habe und mit ihrem Angebot bis zu rund € 135.000,00 über den vorgereichten Bieter liege, dann zeige sich, das bereits bei einfachster Plausibilitätsprüfung zu Tage getreten wäre, dass die Angebote der vorgereichten Bieter die kollektivvertraglichen Bestimmungen und sohin die arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften im Sinne des Paragraph 84, BVergG nicht eingehalten hätten. Unter Punkt H 2 "Ausscheidungsgründe" habe der Auftraggeber deutlich festgelegt, aus welchen Gründen – unbeschadet der Bestimmungen gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 – Angebote auszuschneiden seien. Expressis verbis erwähnt sei hier eine nicht plausible Flächenleistung, wobei dezidiert auf die Plausibilität der Machbarkeit und Erfüllbarkeit der angebotenen Flächenleistung in der Unterhaltsreinigung und Grundreinigung pro Objekt hingewiesen werde. Auch hier wären die kollektivvertraglichen Vorgaben zu berücksichtigen und einzuhalten gewesen. Im Übrigen seien elementarste vergaberechtliche Bestimmungen – dazu zähle die Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen – in jeder Lage des Vergabeverfahrens zu wahren, völlig unabhängig und losgelöst von etwaigen dem widersprechenden und somit rechtswidrigen Festlegungen des Auftraggebers. Der Argumentation des Auftraggebers folgen, würde bedeuten, mit einer Festlegung in einer Anfragebeantwortung, wonach generell überhaupt keine Prüfung der Angebote vorgenommen werde, bei unterbleibender Anfechtung, einen Freibrief für das Unterlassen jeglicher Prüfung zu schaffen. Davon könne wohl nicht "ernst" ausgegangen werden.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erstattete am 30. Juli 2008 begründete Einwendungen gemäß § 324 Abs 3 BVergG 2006 und brachte zunächst – im Sinne der Ausführungen des Auftraggebers – Präklusion bezüglich der Auftraggeberfestlegung vor. Die behauptete Rechtswidrigkeit liege schon deshalb nicht vor, weil seitens des Auftraggebers keine Verpflichtung zur Überprüfung der Einhaltung der angeführten Quadratmetervorgabe des KV bestehe: zum einen sehe weder die Ausschreibungsunterlage noch das BVergG 2006 eine solche Prüfpflicht mit Ausscheidenssanktion vor, zum anderen sei eine Überprüfung auf der Grundlage der abgegebenen Angebote auch faktisch gar nicht möglich. Die Argumentation der Antragstellerin sei auch deshalb völlig verfehlt, weil eine allfällige Verletzung des KV frühestens im Zuge der Auftragsabwicklung festgestellt werden könne. Bei den von der Einschreiterin sowie auch von den übrigen Bietern dem Angebot zu Grunde gelegten Leistungswerten handle es sich um rein kalkulatorische Werte, die nur bedingt Rückschlüsse auf die tatsächliche Leistungserbringung zuließen, keinesfalls aber Rückschlüsse auf eine Verletzung des KV ermöglichen würden. Die Kontrolle über die Einhaltung dieser Dienstnehmerschutznorm falle schließlich in die Kompetenz des Arbeitsinspektorats und der Dienstnehmerinteressenvertretung und könne vom Auftraggeber in der Angebotsprüfung nicht wahrgenommen werden.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erstattete am 30. Juli 2008 begründete Einwendungen gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 und brachte zunächst – im Sinne der Ausführungen des Auftraggebers – Präklusion bezüglich der Auftraggeberfestlegung vor. Die behauptete Rechtswidrigkeit liege schon deshalb nicht vor, weil seitens des Auftraggebers keine Verpflichtung zur Überprüfung der Einhaltung der angeführten Quadratmetervorgabe des KV bestehe: zum einen sehe weder die Ausschreibungsunterlage noch das BVergG 2006 eine solche Prüfpflicht mit Ausscheidenssanktion vor, zum anderen sei eine Überprüfung auf der Grundlage der abgegebenen Angebote auch faktisch gar nicht möglich. Die Argumentation der Antragstellerin sei auch deshalb völlig verfehlt, weil eine allfällige Verletzung des KV frühestens im Zuge der Auftragsabwicklung festgestellt werden könne. Bei den von der Einschreiterin sowie auch von den übrigen Bietern dem Angebot zu Grunde gelegten Leistungswerten handle es sich um rein kalkulatorische Werte, die nur bedingt Rückschlüsse auf die tatsächliche Leistungserbringung zuließen, keinesfalls aber Rückschlüsse auf eine Verletzung des KV ermöglichen würden. Die Kontrolle über die Einhaltung dieser Dienstnehmerschutznorm falle schließlich in die Kompetenz des Arbeitsinspektorats und der Dienstnehmerinteressenvertretung und könne vom Auftraggeber in der Angebotsprüfung nicht wahrgenommen werden.

Mündliche Verhandlung vor dem BVA am 22.08.2008

Der Auftraggeber bestätigte zunächst, dass der von der Antragstellerin angeführte Kollektivvertrag in der Ausschreibung nicht explizit erwähnt sei. Weiters wurde bestätigt, dass sich das Wesentliche der Angebotsprüfung im vorgelegten Vergabeakt befinde. Die sich insbesondere auf das Los 99 beziehende Bestbieterermittlung befinde sich jedoch auf einem Datenträger (CD-Rom), der infolge zu großen Umfangs nicht ausgedruckt worden sei. Die entscheidungsrelevante verbale Begründung der qualitativen Kriterien samt vollständiger CD-Rom wurde dem Senat vorgelegt. Die Antragstellerin führte zur Angebotsprüfung aus, dass die übrigen Angebote mit Ausnahme von C*** und B*** nicht vertieft geprüft worden seien. Der Auftraggeber führte hiezu aus, dass jene Angebote, die von vornherein auf Grund des Preises nicht für den Zuschlag in Betracht gekommen seien, nicht vertieft geprüft worden seien.

Über Befragen des Vorsitzenden führte der Geschäftsführer der Antragstellerin aus, dass die Anfrage vom 5. November 2007 deshalb gestellt worden sei, da die Antragstellerin vom Parlament (deren Reinigung sie derzeit durchführe) darauf hingewiesen worden sei, dass die kollektivvertraglichen Bestimmungen unbedingt einzuhalten seien. Daraufhin habe die Antragstellerin explizit die Frage gestellt, weil der Kollektivvertrag in der Ausschreibung nicht expressis verbis genannt worden sei. Hauptkriterium für die Anfrage sei unter anderem die einschlägige Bestimmung bezüglich Flächenleistung (195 m²) gewesen. Die Anfragebeantwortung des Auftraggebers vom 14. November 2007 sei für die Antragstellerin Bestätigung gewesen, dass die kollektivvertraglichen Bestimmungen einzuhalten seien. Aus Sicht der Antragstellerin sei die Beantwortung als Grundlage für ihre Kalkulation ausreichend gewesen. Deshalb seien auch keine weiteren Schritte (Anfragen an den Auftraggeber, Nachprüfungsantrag beim BVA) gesetzt worden. Zum Inhalt des zweiten Absatzes der Anfragebeantwortung führte der Geschäftsführer aus, dass im Kollektivvertrag eine derartige Unterscheidung zwischen einer Intervallreinigung, ergebnisorientierter Reinigung und Bedarfsreinigung nicht enthalten sei und daher für die Antragstellerin auf die Flächeleistung keine Relevanz hätte. Ergänzend führte der Geschäftsführer aus, dass auch bei einer Bedarfsreinigung die 195 m² einzuhalten seien.

Der Vertreter der Antragstellerin brachte ergänzend vor, dass gemäß Punkt G.3 der Ausschreibungsbedingungen bei der Erstellung des Angebotes auf die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen, insbesondere die kollektivvertraglichen Bestimmungen, Rücksicht zu nehmen sei. Der kombinierte Hinweis in der Anfragebeantwortung, dass die kollektivvertraglichen Bestimmungen einzuhalten seien, deren Einhaltung aber nicht geprüft werde, sei de facto eine Einladung zum Rechtsbruch. Solche Festlegungen, die auch gegen elementarste vergaberechtliche Bestimmungen verstoßen würden, könnten nie bestandfest werden. Ganz abgesehen davon, habe der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen eine Plausibilitätsprüfung hinsichtlich kalkulierter Stundenzahl und Flächenleistung verankert, die jedenfalls bestandfest geworden sei. Verwiesen wurde auch auf die Entscheidung des VKS Wien vom 4. Juni 2004, GZ VKS-3515/04, die dem Senat vorgelegt wurde.

Auf Grund der vorliegenden Unterlagen (vgl. insbesondere den Vergabeakt des Auftraggebers), Stellungnahme der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt: Auf Grund der vorliegenden Unterlagen vergleiche insbesondere den Vergabeakt des Auftraggebers), Stellungnahme der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber hat die gegenständlichen Leistungen im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert für das gegenständliche Los 99 beläuft sich auf ca. € 360.000,-- (ohne USt) im Jahr. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war ursprünglich der 20. November 2007, 9:00 Uhr, vorgesehen.

Am 5. November 2007 richtete die Antragstellerin mittels e-Mail eine Anfrage mit nachfolgendem Wortlaut:

Einhaltung des Kollektivvertrages des chem. Gewerbes und Denkmal-Fassaden- Gebäudereiniger

Im oben angeführten Kollektivvertrag wird unter „Lohngruppe 4 und 5“ die Einhaltung der durchschnittlichen, objektbezogenen Leistung bis 195 m² pro Stunde für Arbeitnehmer, welche zur ständigen Reinigung in Industrie, Gewerbebetrieben, Fabriken, Bürohäusern, oder auf anderen vergleichbaren Arbeitsstellen, ebenso für Botengänge, Einkäufe, Essensausgabe und der Küche beschäftigt werden (Unterhaltsreinigung) festgelegt.

Wir ersuchen Sie daher um Beantwortung, ob diese arbeitsrechtlichen Voraussetzungen für ihre Ausschreibung Gültigkeit haben, insofern Sie ohnehin darauf hinweisen, dass der gültige Kollektivvertrag einzuhalten ist.

Bezieht sich dies auch auf die maximale Leistungsobergrenze von 195m² pro Stunde und pro Dienstnehmer?

In der Anfragebeantwortung (vgl. Ausschreibungsberichtigung vom 14. November 2007) führte der Auftraggeber zu dieser Frage wie folgt aus: In der Anfragebeantwortung vergleiche Ausschreibungsberichtigung vom 14. November 2007) führte der Auftraggeber zu dieser Frage wie folgt aus:

Antwort: Generell sind gesetzliche Bestimmungen, auch kollektivvertragliche Bestimmungen einzuhalten.

Da aber das ho. verwendete Leistungsverzeichnis eine Mischform von definierten regelmäßigen Reinigungsrhythmen (Intervallreinigung) und der ergebnisorientierten Reinigung und Bedarfsreinigung darstellt, kann mangels einer Festlegung eines hinter den kollektivvertraglich festgelegten Leistungsgrenzen liegenden Leistungsverzeichnisses (Leistungsbildes) die Einhaltung dieser Bestimmungen von der Bundesbeschaffung GmbH nicht geprüft werden. Die Bundesbeschaffung GmbH ist in dieser Hinsicht keine Prüfinstanz für Auftragnehmer.

Auf Grund der Anfragebeantwortungen und der darauffolgenden Berichtigung der Ausschreibung (14. November 2007) wurde die Angebotsabgabefrist auf den 27. November 2007, 9:00 Uhr, festgesetzt. Die Angebotsöffnung fand am selben Tag statt. Beim gegenständlichen Los 99 haben insgesamt 6 Bieter ein Angebot abgegeben. Das Angebot der Antragstellerin rangierte preislich an sechster Stelle. Die Überprüfung der Angebote, insbesondere jenes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, erfolgte aufgrund der Festlegungen gemäß Punkt H. der Ausschreibungsbedingungen (vgl. Vergabekommission, Pkt. C.). Am 3. Juli 2008 erging seitens des Auftraggebers die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B***. Auf Grund der Anfragebeantwortungen und der darauffolgenden Berichtigung der Ausschreibung (14. November 2007) wurde die Angebotsabgabefrist auf den 27. November 2007, 9:00 Uhr, festgesetzt. Die Angebotsöffnung fand am selben Tag statt. Beim gegenständlichen Los 99 haben insgesamt 6 Bieter ein Angebot abgegeben. Das Angebot der Antragstellerin rangierte preislich an sechster Stelle. Die Überprüfung der Angebote, insbesondere jenes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, erfolgte aufgrund der Festlegungen gemäß Punkt H. der Ausschreibungsbedingungen vergleiche Vergabekommission, Pkt. C.). Am 3. Juli 2008 erging seitens des Auftraggebers die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B***.

Die Antragstellerin hat weder die ursprünglichen Ausschreibungsbedingungen vom 5. Oktober 2007 noch die Anfragebeantwortung des Auftraggebers bzw. Ausschreibungsberichtigung vom 14. November 2007 beim BVA angefochten.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist der Bund. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Bund. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der

Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Die Antragstellerin brachte im verfahrenseinleitenden Schriftsatz vor, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin (wie auch der übrigen vorgereichten) Bieter gegen die kollektivvertraglichen Bestimmungen iSd § 84 BVergG, sohin gegen Punkt G. 3 der Ausschreibungsbedingungen, verstoßen würde und demzufolge gemäß " 269 Abs 1 Z 5 BVergG" auszuschneiden gewesen wäre. In der mündlichen Verhandlung korrigierte die Antragstellerin diese falsch bezeichnete (Sektoren)Bestimmung dahingehend, dass die Angebote aufgrund folgender Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen auszuschneiden gewesen wären: Punkte H ff, insbesondere H.2 unter Hinweis auf § 129 BVergG 2006. Die Antragstellerin brachte im verfahrenseinleitenden Schriftsatz vor, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin (wie auch der übrigen vorgereichten) Bieter gegen die kollektivvertraglichen Bestimmungen iSd Paragraph 84, BVergG, sohin gegen Punkt G. 3 der Ausschreibungsbedingungen, verstoßen würde und demzufolge gemäß " 269 Absatz eins, Ziffer 5, BVergG" auszuschneiden gewesen wäre. In der mündlichen Verhandlung korrigierte die Antragstellerin diese falsch bezeichnete (Sektoren)Bestimmung dahingehend, dass die Angebote aufgrund folgender Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen auszuschneiden gewesen wären: Punkte H ff, insbesondere H.2 unter Hinweis auf Paragraph 129, BVergG 2006.

Punkt G.3 der Ausschreibungsbedingungen steht unter der Überschrift "Arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften". Dieser gibt im Wesentlichen den Wortlaut des § 84 BVergG wieder. Ein expliziter Hinweis auf Einhaltung des – von der Antragstellerin herangezogenen – Kollektivvertrages des chem. Gewerbes und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger findet sich in Punkt G.3 dagegen nicht. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung findet sich unter Punkt G.3 nicht einmal ein allgemeiner Hinweis auf die "kollektivvertraglichen Bestimmungen". Schon aus diesem Grund ist die gegenständliche Ausschreibung nicht mit jenem Sachverhalt des (seitens der Antragstellerin herangezogenen) Bescheides des VKS Wien vom 4.6.2004, VKS-3515/04, zu vergleichen, da in dem vom VKS Wien zu entscheidenden Sachverhalt der "Kollektivvertrag für das Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger" als expliziter Bestandteil der Besonderen Angebotsbestimmungen (vgl. Punkt 2.1.1) festgelegt worden ist. Punkt G.3 der Ausschreibungsbedingungen steht unter der Überschrift "Arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften". Dieser gibt im Wesentlichen den Wortlaut des Paragraph 84, BVergG wieder. Ein expliziter Hinweis auf Einhaltung des – von der Antragstellerin herangezogenen – Kollektivvertrages des chem. Gewerbes und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger findet sich in Punkt G.3 dagegen nicht. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung findet sich unter Punkt G.3 nicht einmal ein allgemeiner Hinweis auf die "kollektivvertraglichen Bestimmungen". Schon aus diesem Grund ist die gegenständliche Ausschreibung nicht mit jenem Sachverhalt des (seitens der Antragstellerin herangezogenen) Bescheides des VKS Wien vom 4.6.2004, VKS-3515/04, zu vergleichen, da in dem vom VKS Wien zu entscheidenden Sachverhalt der "Kollektivvertrag für das Gewerbe der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger" als expliziter Bestandteil der Besonderen Angebotsbestimmungen vergleiche Punkt 2.1.1) festgelegt worden ist.

Gemäß § 84 Abs 2 BVergG hat der Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen, dass die Erstellung des Angebots für in Österreich zu erbringende Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen hat und dass sich der Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrages in Österreich diese Vorschriften einzuhalten. Die Materialien (vgl. RV 1171 BlgNR 22. GP 71) führen dazu wie folgt aus: Insbesondere ist im gegebenen Zusammenhang die Beachtung der einschlägigen arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften sowie der kollektivvertragsrechtlichen Regelungen als feste Bestandteile des Vergabevertrages vorzusehen. Gemäß Paragraph 84, Absatz 2, BVergG hat der Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen, dass die Erstellung des Angebots für in Österreich zu erbringende Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen hat und dass sich der Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrages in Österreich diese Vorschriften einzuhalten. Die Materialien vergleiche Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 71) führen dazu wie folgt aus: Insbesondere ist im

gegebenen Zusammenhang die Beachtung der einschlägigen arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften sowie der kollektivvertragsrechtlichen Regelungen als feste Bestandteile des Vergabevertrages vorzusehen.

Aus den erläuternden Bemerkungen ist grundsätzlich zu folgern, dass die Auftraggeber angehalten werden sollen, die "einschlägigen" kollektivvertragsrechtlichen Regelungen bereits in den Ausschreibungsbedingungen zu benennen, was gegenständlich seitens der BBG jedoch nicht geschehen ist. Demzufolge richtete die Antragstellerin am 5. November 2007 eine Anfrage an den Auftraggeber auf Einhaltung des "Kollektivvertrages des chem. Gewerbes und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger", insbesondere auf explizite Einhaltung der maximalen Leistungsobergrenze von "195 m² pro Stunde und pro Dienstnehmer". In der Anfragebeantwortung vom 14. November 2007 wies der Auftraggeber nunmehr zwar "generell" auf die Einhaltung der kollektivvertraglichen Bestimmungen hin, nicht jedoch auf Einhaltung des "Kollektivvertrages des chem. Gewerbes und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger". Hingegen legte er unmissverständlich fest, dass die in diesem Kollektivvertrag genannte Bestimmung betreffend Einhaltung der durchschnittlichen, objektbezogenen Leistungen bis 195 m² pro Stunde und Dienstnehmer seitens der BBG nicht geprüft werde. Auch die in den Ausschreibungsbedingungen unter Punkt H. vorgesehene "Prüfung der Angebote" (vgl. insbesondere die explizit genannten Ausscheidensgründe gemäß Punkt H.2) sieht keine diesbezügliche explizite Prüfung (bzw. Ausscheidenstatbestand) vor. Aus den erläuternden Bemerkungen ist grundsätzlich zu folgern, dass die Auftraggeber angehalten werden sollen, die "einschlägigen" kollektivvertragsrechtlichen Regelungen bereits in den Ausschreibungsbedingungen zu benennen, was gegenständlich seitens der BBG jedoch nicht geschehen ist. Demzufolge richtete die Antragstellerin am 5. November 2007 eine Anfrage an den Auftraggeber auf Einhaltung des "Kollektivvertrages des chem. Gewerbes und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger", insbesondere auf explizite Einhaltung der maximalen Leistungsobergrenze von "195 m² pro Stunde und pro Dienstnehmer". In der Anfragebeantwortung vom 14. November 2007 wies der Auftraggeber nunmehr zwar "generell" auf die Einhaltung der kollektivvertraglichen Bestimmungen hin, nicht jedoch auf Einhaltung des "Kollektivvertrages des chem. Gewerbes und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger". Hingegen legte er unmissverständlich fest, dass die in diesem Kollektivvertrag genannte Bestimmung betreffend Einhaltung der durchschnittlichen, objektbezogenen Leistungen bis 195 m² pro Stunde und Dienstnehmer seitens der BBG nicht geprüft werde. Auch die in den Ausschreibungsbedingungen unter Punkt H. vorgesehene "Prüfung der Angebote" vergleiche insbesondere die explizit genannten Ausscheidensgründe gemäß Punkt H.2) sieht keine diesbezügliche explizite Prüfung (bzw. Ausscheidenstatbestand) vor.

Der Antragstellerin musste somit spätestens mit der Anfragebeantwortung bzw. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vom 14. November 2007 klar gewesen sein, dass die Einhaltung der durchschnittlichen, objektbezogenen Leistungen bis 195 m² pro Stunde und Dienstnehmer vom Auftraggeber nicht geprüft werden wird. Da die ursprüngliche Angebotsfrist erst am 20. November 2007 enden sollte, stellt die Anfragebeantwortung des Auftraggebers vom 14. November 2007 – entgegen der nicht näher begründeten Behauptung der Antragstellerin – eine "sonstige Festlegung während der Angebotsfrist" iSd § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG dar. Die Antragstellerin hat jedoch weder gegen die ursprünglichen Ausschreibungsbedingungen (5.10.2007) noch gegen die nunmehrige Festlegung des Auftraggebers bzw. Ausschreibungsberichtigung (14.11.2007) ein Nachprüfungsverfahren beim BVA eingeleitet (vgl. insbesondere die Aussagen in der mündlichen Verhandlung), sodass insoweit Präklusion iSv § 321 BVergG eingetreten ist. Der Antragstellerin musste somit spätestens mit der Anfragebeantwortung bzw. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vom 14. November 2007 klar gewesen sein, dass die Einhaltung der durchschnittlichen, objektbezogenen Leistungen bis 195 m² pro Stunde und Dienstnehmer vom Auftraggeber nicht geprüft werden wird. Da die ursprüngliche Angebotsfrist erst am 20. November 2007 enden sollte, stellt die Anfragebeantwortung des Auftraggebers vom 14. November 2007 – entgegen der nicht näher begründeten Behauptung der Antragstellerin – eine "sonstige Festlegung während der Angebotsfrist" iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG dar. Die Antragstellerin hat jedoch weder gegen die ursprünglichen Ausschreibungsbedingungen (5.10.2007) noch gegen die nunmehrige Festlegung des Auftraggebers bzw. Ausschreibungsberichtigung (14.11.2007) ein Nachprüfungsverfahren beim BVA eingeleitet (vergleiche insbesondere die Aussagen in der mündlichen Verhandlung), sodass insoweit Präklusion iSv Paragraph 321, BVergG eingetreten ist.

Soweit die Antragstellerin darauf hinweist, dass Festlegungen, die gegen "elementarste vergaberechtliche Bestimmungen" verstoßen, niemals bestandfest werden könnten, verkennt sie Konzeption und Intention des Gesetzgebers zum System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen sowie zu den

Präklusionsfristen grundsätzlich. Nach den erläuternden Bemerkungen zu § 2 Z 16 BVergG 2006 soll durch die Unterscheidung zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Auftraggebers eine Strukturierung des Vergabeverfahrens und eine effiziente Abwicklung von Rechtsschutzverfahren erreicht werden. Letzterem Ziel dienen auch die flankierenden Bestimmungen betreffend die Fristen und die Präklusionsregelung (RV 1171 BlgNR 22. GP 13). Folglich führt die Versäumung der (jeweiligen) Frist zur "endgültigen" Präklusion, die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung (und die ihr vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen) können in weiterer Folge nicht mehr angefochten werden; sie werden gewissermaßen "bestandskräftig" (RV 1171 BlgNR 22. GP 138; siehe in diesem Sinne bereits die ständige Rechtsprechung des BVA zum BVergG 2002 beginnend mit BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11). Ist aber eine Entscheidung des Auftraggebers "unanfechtbar" (bestandsfest) geworden, ist auch die Vergabekontrollbehörde nicht befugt, Rechtswidrigkeiten dieser Entscheidung von Amts wegen aufzugreifen (so ausdrücklich VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135). Folgerichtig weisen die Erläuterungen zu § 321 BVergG 2006 darauf hin, dass es ist auch dem Bundesvergabeamt verwehrt ist, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen "inzident" in Prüfung zu ziehen (RV 1171 BlgNR 22. GP 138). Die Wirkung der Bestandskraft von Entscheidungen des Auftraggebers erstreckt sich somit auch auf die Nachprüfungsbehörde. Schließlich findet sich in den Materialien ausdrücklich keine Differenzierung nach einem allfälligen „Schweregrad“ der jeweiligen Rechtswidrigkeit, womit aber – nicht zuletzt aufgrund rechtssicherheitlicher Erwägungen – von einer umfassenden Sanierungswirkung der Präklusion auszugehen ist (in diesem Sinne bereits BVA 29.8.2003, 13N-72/03-11; siehe dazu auch BVA 4.3.2008, N/0013-BVA/12/2008-20). Soweit die Antragstellerin darauf hinweist, dass Festlegungen, die gegen "elementarste vergaberechtliche Bestimmungen" verstoßen, niemals bestandsfest werden könnten, verkennt sie Konzeption und Intention des Gesetzgebers zum System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen sowie zu den Präklusionsfristen grundsätzlich. Nach den erläuternden Bemerkungen zu Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG 2006 soll durch die Unterscheidung zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Auftraggebers eine Strukturierung des Vergabeverfahrens und eine effiziente Abwicklung von Rechtsschutzverfahren erreicht werden. Letzterem Ziel dienen auch die flankierenden Bestimmungen betreffend die Fristen und die Präklusionsregelung Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 13). Folglich führt die Versäumung der (jeweiligen) Frist zur "endgültigen" Präklusion, die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung (und die ihr vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen) können in weiterer Folge nicht mehr angefochten werden; sie werden gewissermaßen "bestandskräftig" Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 138; siehe in diesem Sinne bereits die ständige Rechtsprechung des BVA zum BVergG 2002 beginnend mit BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11). Ist aber eine Entscheidung des Auftraggebers "unanfechtbar" (bestandsfest) geworden, ist auch die Vergabekontrollbehörde nicht befugt, Rechtswidrigkeiten dieser Entscheidung von Amts wegen aufzugreifen (so ausdrücklich VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135). Folgerichtig weisen die Erläuterungen zu Paragraph 321, BVergG 2006 darauf hin, dass es ist auch dem Bundesvergabeamt verwehrt ist, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen "inzident" in Prüfung zu ziehen Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 138). Die Wirkung der Bestandskraft von Entscheidungen des Auftraggebers erstreckt sich somit auch auf die Nachprüfungsbehörde. Schließlich findet sich in den Materialien ausdrücklich keine Differenzierung nach einem allfälligen „Schweregrad“ der jeweiligen Rechtswidrigkeit, womit aber – nicht zuletzt aufgrund rechtssicherheitlicher Erwägungen – von einer umfassenden Sanierungswirkung der Präklusion auszugehen ist (in diesem Sinne bereits BVA 29.8.2003, 13N-72/03-11; siehe dazu auch BVA 4.3.2008, N/0013-BVA/12/2008-20).

Gemäß § 123 Abs 1 BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Durch die (bestandsfest gewordene) Festlegung des Auftraggebers, die Einhaltung der durchschnittlichen, objektbezogenen Leistungen bis 195 m² pro Stunde und Dienstnehmer nicht zu prüfen, "verbleibt" somit als alleiniger Maßstab für die Prüfung der Angebote die Bestimmungen in Punkt H. der Ausschreibung, die ebenfalls – wie die Antragstellerin zutreffend anführt – bestandsfest geworden sind. Dass aber der Auftraggeber die Angebote der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Bieter, insbesondere jenes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, nicht entsprechend den Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen gemäß Punkt H. ordnungsgemäß geprüft hätte, ist eine nicht näher substantiierte Behauptung der Antragstellerin, die im Übrigen auch durch die schriftliche Dokumentation der Angebotsprüfung (vgl. Vergabeakt, Vergabekommission, C. Angebotsprüfung sowie die in der mündlichen Verhandlung vorgelegte CD-Rom samt Ausdruck der für das Los 99 erfolgten Bestbieterermittlung) widerlegt wird. Gemäß Paragraph 123, Absatz eins,

BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Durch die (bestandfest gewordene) Festlegung des Auftraggebers, die Einhaltung der durchschnittlichen, objektbezogenen Leistungen bis 195 m² pro Stunde und Dienstnehmer nicht zu prüfen, "verbleibt" somit als alleiniger Maßstab für die Prüfung der Angebote die Bestimmungen in Punkt H. der Ausschreibung, die ebenfalls – wie die Antragstellerin zutreffend anführt – bestandfest geworden sind. Dass aber der Auftraggeber die Angebote der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Bieter, insbesondere jenes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, nicht entsprechend den Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen gemäß Punkt H. ordnungsgemäß geprüft hätte, ist eine nicht näher substantiierte Behauptung der Antragstellerin, die im Übrigen auch durch die schriftliche Dokumentation der Angebotsprüfung vergleiche Vergabeakt, Vergabekommission, C. Angebotsprüfung sowie die in der mündlichen Verhandlung vorgelegte CD-Rom samt Ausdruck der für das Los 99 erfolgten Bestbieterermittlung) widerlegt wird.

Generell erschöpft sich das Vorbringen der Antragstellerin auf pauschale Behauptungen (Zitat: "sämtliche anderen vor der Antragstellerin gereihten Bieter haben kein ausschreibungskonformes Angebot gelegt"), die keinesfalls als hinreichend substantiiert zu qualifizieren sind. Allein der Umstand, dass das Angebot der Antragstellerin einen – im Vergleich zu den übrigen Bietern – deutlich höheren Preis aufweist, rechtfertigt keineswegs (zwingend) zur Schlussfolge, dass bereits aus diesem Grunde alle vorgereihten Bieter gegen kollektivvertragliche (und somit arbeits- und sozialrechtliche) Bestimmungen verstoßen würden und demzufolge zwingend auszuscheiden gewesen wären.

Zusammenfassend erweist sich die angefochtene Zuschlagsentscheidung – mangels im Zuge des Ermittlungsverfahrens hervorgetretener Ausscheidenstatbestände – als nicht rechtswidrig. Der Einwand des Auftraggebers sowie der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, dass sich der Nachprüfungsantrag "in Wahrheit" gegen das Prüfschema der Ausschreibung bzw. gegen die Festlegung vom 14. November 2007 richte, trifft – insbesondere aufgrund obiger Ausführungen zur Präklusion – im Ergebnis zu.

Mangels Obsiegens in der Hauptsache war gemäß § 319 Abs 1 BVergG auch der Gebührenersatzantrag abzuweisen. Mangels Obsiegens in der Hauptsache war gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG auch der Gebührenersatzantrag abzuweisen.

Schlagworte

Präklusion, Ausschreibung, Unterpreis, Kollektivvertrag;

Zuletzt aktualisiert am

26.11.2008

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