

TE Verg Bescheid 2008/4/21 N/0030-BVA/10/2008-036

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.04.2008

Norm

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

ABGB §914

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
-
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
-
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. ABGB § 914 heute
 2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Bauvorhaben Kanalisation Reinhaltverband Oichental BA

04" des Auftraggebers Reinhalteverband Oichental vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag vom 10. März 2008 der A*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, "die Entscheidung des Antraggegners, in gegenständlichem Vergabeverfahrens (Bauvorhaben Kanalisation Reinhalteverband Oichental BA 04)) das Angebot der Antragsteller auszuschneiden, für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 129 Abs 1 Z 3, Abs 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3,, Absatz 2, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag der A***, "die Entscheidung des Antraggegners, in gegenständlichem Vergabeverfahren (Bauvorhaben Kanalisation Reinhalteverband Oichental BA 04)) der Firma B*** den Zuschlag zu erteilen, für nichtig zu erklären", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag der A***, "dem Antragsgegner den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren und sowie für das gleichzeitig eingeleitete Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung aufzuerlegen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die Antragstellerin brachte am 7. März 2008 die verfahrenseinleitenden Anträge außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes ein. Sie langten am 10. März 2008 ein. Die Antragstellerin stellte neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Als Schaden machte sie die Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren und den entgangenen Gewinn geltend. Die für den Auftrag vorgesehenen Ressourcen könnten nicht abgedeckt werden. Es könnte sich eine entsprechende negative Beschäftigungssituation ergeben. Der Schaden wurde mit 15 % der Angebotskosten, somit ca Euro 60.000 angegeben. Überdies werde ein relevantes Referenzprojekt verloren. Die Antragstellerin sieht sich dadurch beschwert, dass der Auftraggeber in rechtswidriger Weise Bestimmungen des BVergG 2006 zu ihrem Nachteil auslege und ihr Angebot ausscheide, obwohl weder ein Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG noch nach § 129 Abs 2 BVergG vorliege. Auch sieht sich die Antragstellerin dadurch beschwert, dass der Zuschlag nicht ihr als Billigstbieterin erteilt werden solle. Sie begründete den Antrag im Wesentlichen damit, dass das Vorgehen des Auftraggebers vor allem deshalb rechtswidrig sei, da keinerlei Gründe für eine Ausscheidung ihres Angebotes vorlägen. Das Vorgehen des Auftraggebers sei auch deshalb rechtswidrig, da er trotz vertiefter Angebotsprüfung beabsichtige, den Zuschlag nicht dem Billigstbieter zu erteilen. Schlussendlich sei das Vorgehen des Auftraggebers auch deshalb rechtswidrig, da er die Frist zur Aufklärung viel zu kurz bemessen habe. Hätte er die vereinbarte Frist von 14 Tagen eingehalten, hätte eine weit detailliertere Stellungnahme abgegeben werden können. Außerdem wäre noch ausreichend Zeit gewesen, allfällige offene Fragen gemeinsam zu erörtern. Insbesondere hätte der Auftraggeber darauf hinweisen müssen, dass seiner Ansicht nach die Aufklärung immer noch nicht ausreichend sei. Die vergebende Stelle habe jedoch im Zuge einer telefonischen Kontaktaufnahme erklärt, dass ihr mittlerweile sämtliche Unterlagen vorliegen würden und das Angebot damit nachvollziehbar sei. Die Antragstellerin brachte am 7. März 2008 die verfahrenseinleitenden Anträge außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes ein. Sie langten am 10. März 2008 ein. Die Antragstellerin stellte neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Als Schaden machte sie die Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren und den entgangenen Gewinn geltend. Die für den Auftrag vorgesehenen Ressourcen könnten nicht abgedeckt werden. Es könnte sich eine entsprechende negative Beschäftigungssituation ergeben. Der Schaden wurde mit 15 % der Angebotskosten, somit ca Euro 60.000 angegeben.

Überdies werde ein relevantes Referenzprojekt verloren. Die Antragstellerin sieht sich dadurch beschwert, dass der Auftraggeber in rechtswidriger Weise Bestimmungen des BVergG 2006 zu ihrem Nachteil auslege und ihr Angebot ausscheide, obwohl weder ein Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG noch nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG vorliege. Auch sieht sich die Antragstellerin dadurch beschwert, dass der Zuschlag nicht ihr als Billigstbieterin erteilt werden solle. Sie begründete den Antrag im Wesentlichen damit, dass das Vorgehen des Auftraggebers vor allem deshalb rechtswidrig sei, da keinerlei Gründe für eine Ausscheidung ihres Angebotes vorlägen. Das Vorgehen des Auftraggebers sei auch deshalb rechtswidrig, da er trotz vertiefter Angebotsprüfung beabsichtige, den Zuschlag nicht dem Billigstbieter zu erteilen. Schlussendlich sei das Vorgehen des Auftraggebers auch deshalb rechtswidrig, da er die Frist zur Aufklärung viel zu kurz bemessen habe. Hätte er die vereinbarte Frist von 14 Tagen eingehalten, hätte eine weit detailliertere Stellungnahme abgegeben werden können. Außerdem wäre noch ausreichend Zeit gewesen, allfällige offene Fragen gemeinsam zu erörtern. Insbesondere hätte der Auftraggeber darauf hinweisen müssen, dass seiner Ansicht nach die Aufklärung immer noch nicht ausreichend sei. Die vergebende Stelle habe jedoch im Zuge einer telefonischen Kontaktaufnahme erklärt, dass ihr mittlerweile sämtliche Unterlagen vorliegen würden und das Angebot damit nachvollziehbar sei.

Der Auftraggeber legte am 13. März 2008 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und erteilte die erbetenen Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Am 14. März 2008, beim Bundesvergabeamt am 17. März 2008 eingelangt, nahm der Auftraggeber zu dem Antragsvorbringen Stellung und führte im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin die Aufklärung nicht geleistet hat. Der Inhalt der Telefonate sei nicht korrekt dargestellt. Der Auftraggeber nahm zu einzelnen Positionen des Angebots Stellung. Die gerügte Frist habe sich lediglich auf die Vorlage der ergänzenden Unterlagen entsprechend der Ausschreibung bezogen, nicht jedoch auf die Nachforderung von Unterlagen. Der Auftraggeber beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Am 17. März 2008 erließ das Bundesvergabeamt zur Zahl N/0030-BVA/10/2008-016 eine einstweilige Verfügung und untersagte dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, den Zuschlag zu erteilen.

Am 31. März 2008 brachte die Antragstellerin erneut eine Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass alle K7-Blätter vorgelegt wurden. Am 26. Februar 2008 seien die Unterlagen der vergebenden Stelle durch einen Mitarbeiter der Antragstellerin, Herrn C***, persönlich übergeben worden. Im Zuge der Übergabe sei ihm von dem zuständigen Sachbearbeiter der vergebenden Stelle, Herrn D***, gesagt worden, dass er nunmehr über alle Unterlagen verfüge und diese prüfen werde. Am selben Tag sei dem Geschäftsführer der Antragstellerin von Herrn D*** mitgeteilt worden, dass mit der Vergabestelle des Landes Salzburg bereits gesprochen worden sei und nun "alles in Ordnung" sei. Am selben Tag sei um 17.06 Uhr noch ein Fax der vergebenden Stelle eingelangt, in dem die Aufklärung aller Positionen bis 27. Februar 2008, 12.00 Uhr verlangt worden sei. Am 27. Februar 2008 seien in einem Telefonat zwischen dem Geschäftsführer der Antragstellerin und Herrn D*** noch Details der Aufklärung besprochen und die benötigten Unterlagen anschließend gefaxt worden. Es sei daher volle Aufklärung geliefert worden. Die Antragstellerin habe somit zu Recht davon ausgehen können, dass ihr Angebot für eine inhaltliche Überprüfung ausreichend sei und als billigstes Angebot den Zuschlag erhalten werde. Weiters beantragte die Antragstellerin die Einvernahme des Zeugen C*** pA der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung.

Am 4. April 2008 brachte der Auftraggeber eine weitere Stellungnahme ein. Darin bestritt er das Vorbringen der Antragstellerin zu den behaupteten Aussagen des Sachbearbeiters der vergebenden Stelle. Im Wesentlichen führte er aus, dass keine Zusicherungen gemacht worden seien, dass "alles in Ordnung" sei. Es sei lediglich eine Prüfung in Aussicht gestellt worden. Die Aufklärung sei verspätet erfolgt. Aus den angeführten Punkten und den übermittelten Unterlagen gehe eindeutig hervor, dass seitens der Antragstellerin nicht sämtliche Aufklärungen erteilt worden seien und dass seitens Herrn D*** oder anderer Personen aus dem Büro der vergebenden Stelle nie eine Bestätigung erfolgt sei, dass die seitens der Antragstellerin beigebrachten Unterlagen ausreichend seien oder dass "alles" (was auch immer diese Formulierung einschließe) in Ordnung sei.

Mit Schriftsatz vom 11. April 2008, beim Bundesvergabeamt am 14. April 2008 eingelangt, teilte der Auftraggeber die Vertretung durch einen Rechtsanwalt mit. Darin beantragte der Auftraggeber,

den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ab-,

den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen. Er begründete dies mit näheren

Ausführungen zu den aufzuklärenden Positionen. Wesentliche Positionen seien mit "W" bezeichnet worden. Die Position 030302A Suchschlitz kombiniert herstellen weise einen nicht kostendeckend kalkulierten Einheitspreis auf. Die Aufklärung durch Verweis auf das K7-Blatt enthalte nur die Angabe "im Zuge der Aushubarbeiten". Nach den Festlegungen im Leistungsverzeichnis seien Suchschlitze kombiniert über Anforderung des Auftraggebers herzustellen. Diese seien nicht an die Aushubarbeiten gebunden und fänden typischerweise früher statt. Der Angebotspreis von Euro 2,17 sei ungewöhnlich niedrig und insofern spekulativ, als die Antragstellerin damit rechne, diese Arbeiten im Zuge der Aushubarbeiten zu erbringen. Die wesentliche Position 030310F Aufpreis Künettenaushub Bodenklasse 6 + 7 sprengen sei niedriger kalkuliert als der Aufpreis in der Position für schrämen. Die Aufklärung unter Verweis auf die Zusatzausstattung der bereits abbeschriebenen Baumaschinen sei insofern nicht nachvollziehbar, als im K7-Blatt angemietete Geräte, nämlich Bagger und Personal, genannt seien. Überdies sei technisch nicht nachvollziehbar, welches Zusatzgerät ein Bagger zum Sprengen habe. Das Sprengen sei gegenüber dem Schrämen eine höherwertige Leistung und daher auch teurer anzubieten. Darüber hinaus sei der Preis auch absolut zu niedrig. Die Antragstellerin habe in der Position 030312A Künettenaushub händisch pro m³ nur 1,2 Minuten länger kalkuliert als den Aushub mit Bagger. Der im K7-Blatt angegebene Leistungsansatz 0,02 Stunden bedeute, dass ein Arbeiter einen m³ der Bodenklasse 3 bis 5 in einer Minute und 12 Sekunden schaffe. Dieser Leistungsansatz sei illusorisch. Diese Position sei als wesentlich gekennzeichnet und keine Aufpreisposition. Die Erklärungen "Rand und Nebenstunden-Minderleistung" im K7-Blatt und "Im Zuge der Vortriebsarbeiten bei diversen Arbeitsunterbrechungen werden diese Arbeiten erstellt. Die Position wurde deshalb kostengünstig angeboten." vermögen den Minderpreis nicht aufzuklären. Die Durchführung von Arbeiten bei Arbeitsunterbrechungen sei ein Widerspruch in sich. Der Arbeiter sei auch in diesem Fall kollektivvertraglich zu entlohnen. Die Antragstellerin habe die mit einer Menge von 60 m³ ausgeschriebene Position 030330B Aufpreis Baugrubenaushub Kleinbauwerk Bodenklasse 2 mit einem Nullpreis angeboten. Diese Position sei nach der Stellungnahme vom 26. Februar 2008 als Aufpreisposition kalkuliert worden. Im K7-Blatt seien in der Kostenentwicklung als Preis für den Einsatz eines Baggers bis 20 t der Kostenansatz von Euro 0, allerdings der Preis pro Einheit von Euro 73,60 angegeben. Die Position selbst enthält jedoch Lohn- und Sonstiges-Anteile sowie einen Positionspreis von Euro 0. Eine nachvollziehbare Aufklärung für die Nullposition sei nicht erfolgt. Eine "Minderleistung" sei nicht erkennbar. Die Aufklärung in den Positionen 030701A und 030701B durch Verweis auf einen Erfahrungswert sei unzureichend. Die Position 112001H Betonbohrung DN bis 152 bewehrt sei als Nullposition angeboten worden. Die Antragstellerin verweist darauf, dass das Gerät bereits abgeschrieben sei und die Arbeiten zu Stehzeiten durchgeführt werden sollten. Aus dem Leistungsverzeichnis ergebe sich, dass diese Position auch die Lohnkosten umfassen müsse und die Antragstellerin auch in Stehzeiten Lohn bezahlen müsse. Das K7-Blatt enthalte in der Spalte Kostenentwicklung keinen Leistungsansatz. In der Position 180314A Frostschutzschicht bis 2,50 Meter gesamt habe die Antragstellerin lediglich 0,5 t Material pro m³ Frostkoffer angeboten. Frostkoffermaterial weise eine Dichte von 1,8 auf. Pro m³ Frostkoffer müssten daher 1,8 t Material eingebaut werden. Die Antragstellerin reduziere die einzubauende Masse um das 3,6-fache. Bei einer geforderten Dicke des Frostkoffers von 70 cm ließen sich lediglich 19,5 cm herstellen. Die spekulative Preisgestaltung ergebe sich aus dem Vergleich mit der Position 180318A. In der Position 180314A seien keine Lohnkosten kalkuliert. Der Geräteeinsatz sei lediglich mit 1/35 Stunde, weniger als 2 Minuten pro m³ Frostkoffermaterial kalkuliert. In der Position 180318A seien der Helfereinsatz mit 20 Minuten und der Einsatz von Gräder und Walze für 20 Minuten pro m³ kalkuliert. Das Einbringen und Verdichten des Tragschichtmaterials sei mit einer mehr als zehnfachen Dauer als das Einbringen und Verdichten des Frostkoffermaterials kalkuliert. Diese Differenz beinahe identer Arbeitsvorgänge sei nicht erklärbar, bewirke aber fast eine Verzehnfachung des Einheitspreises. Der Materialeinsatz in der Position 180318A sei mit 1,2 t pro m³ noch immer zu niedrig, aber deutlich höher als in der Position 180314A. Darin zeige sich der willkürliche Leistungsansatz beim Material. Es sei technisch nicht erklärbar, wie die Antragstellerin zu einem Grädereinsatz von 20 Minuten pro m³ Tragschichtmaterial komme. Die Antragstellerin habe die Position 222211A Aufpreis für nicht scheitelgleichen Seitenzulauf (NSG-SZ) mit einem Einheitspreis von Euro 0 angeboten. Die Antragstellerin habe diesen Preis in ihrer Aufklärung vom 26. Februar 2006 mit einer Gutschrift erklärt, diese aber nicht nachgewiesen. Der Zeuge D*** werde zur Verhandlung stellig gemacht.

Am 15. April 2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Darin wurden die Zeugen Herr D***, Mitarbeiter der vergebenden Stelle E***, und Herr C***, Mitarbeiter der Antragstellerin, vernommen.

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt

Auftraggeber ist der Reinhaltverband Oichental. Vergebende Stelle ist die E*** Der Auftraggeber erweitert die Abwasserentsorgungsanlage. Dazu hat er die erforderlichen Arbeiten zur Errichtung von Schmutzwasserkanälen, Schmutzwasserpumpwerken und Sammlerschächten unter der Bezeichnung "Erd-, Baumeister- und Rohrverlegearbeiten für die Herstellung der Kanalisation RHV Oichental BA 04" ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt gerundet ohne USt Euro 490.000. Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 14. Jänner 2008, L-400012-8111. Die Arbeiten sind als Bauleistung, Erbringung einer Bauleistung gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, bezeichnet. Der CPV-Code ist 45000000. Das gewählte Vergabeverfahren ist ein offenes Verfahren. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem billigsten Preis erteilt werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 12. Februar 2008, 12.00 Uhr. Die Angebotsöffnung sollte am 12. Februar 2008, 14.00 Uhr, im Gemeindeamt in Nußdorf am Haunsberg stattfinden. (amtliche Einschau unter auftrag.at; Auskünfte des Auftraggebers; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

14 Unternehmen bezogen die Ausschreibungsunterlagen. Am 18. Jänner 2008 und am 23. Jänner 2008 sandte die vergebende Stelle Korrekturen der Ausschreibungsunterlagen an alle Bewerber, die die Ausschreibungsunterlagen bereits bezogen hatten. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt D 14 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"D 14.1 Konkretisierung der Angebotsbestimmungen

[...]

D 14.4 ANGEMESSENHEIT DER PREISE

Die Entscheidung über die Angemessenheit der Preise erfolgt entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen nach Prüfung auf Grundlage von vergleichbaren Erfahrungswerten und sonst vorliegenden Unterlagen.

Eine vertiefte Angebotsprüfung kann durchgeführt werden. Soweit nicht Positionen für eine vertiefte Angebotsprüfung im LV aufgelistet sind, können alle Positionen herangezogen werden, die von Erfahrungswerten wesentlich abweichen, jedenfalls solche, durch deren Preisgestaltung eine Verschiebung der Leistungsabgeltung in andere Leistungen oder Leistungsgruppen eintritt.

[...]

D 14.7 DETAILKALKULATION

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, nach Aufforderung durch den AG binnen 14 Tagen eine der ÖNORM B 2061 entsprechende, überprüfbare Aufgliederung der Einheitspreise vorzulegen.

[...]

D 14.9 ZUR BESONDEREN BEACHTUNG

Die jeweiligen Positionen sind entsprechend zu kalkulieren und der sich draus ergebende Einheitspreis bzw. Pauschalpreis ist auszuwerfen. Gegebenenfalls ist der Nachweis in Form eines Kalkulationsformblattes K 7 über Aufforderung des Auftraggebers unverzüglich vorzulegen. Ein Umlegen des Einheitspreises oder von Teilen desselben auf andere Positionen oder Gruppen des Angebotes - insbesondere die Gruppe "Allgemeine Baustellenkosten" ist unstatthaft und hat die Nichtberücksichtigung des Angebotes zur Folge."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Nach Punkt D 14.7 der Ausschreibungsunterlagen ist die gesamte Detailkalkulation im Zuge der Angebotsprüfung vorzulegen, wenn sich die Kalkulation als grob falsch erweisen sollte. Das Wort Auftragnehmer ist als Bieter zu lesen und stellt ein Vergreifen im Ausdruck dar. Punkt D 14.9 der Ausschreibungsunterlagen erfasst einzelne Positionen. Im Übrigen verbietet er das Umlegen von Kosten, insbesondere auf die Baustellengemeinkosten. (Aussage des Zeugen Herrn D*** in der mündlichen Verhandlung)

Kapitel F der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"F ERLÄUTERUNGEN ZU POSITIONEN

Erläuterungen zu Positionen

Pos. 03.03 Erd- und Aufbrucharbeiten:

Die Vergütung erfolgt durchgehend als Einzelkүнette.

Pos. 03.03 Abschnittsweiser Kүнettenaushub kombiniert:

In diese Position ist ein eventuell anfallender Schachtmehraushub, sowie ein Mehraushub bei Endschächten oder Profilenden, einzukalkulieren.

Pos. 03.03 Suchschlitze:

Die Herstellung von Suchschlitzen zur Auffindung von Kabeln, Rohrleitungen usw. wird nur dann vergütet, wenn die genaue Lage der einbauten vom jeweiligen Leitungsträger nicht angegeben werden kann und durch eine dementsprechende Eintragung im Bautagebuch erfolgt. [...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Langleistungsverzeichnis lautet auszugsweise:

"[...]

03 03 02 Suchschlitze kombiniert

über Anordnung des AG herstellen

Kombiniertes (maschinell und händisch) Ausheben und sorgfältiges Freilegen von Einbauten (Kabeln, Leitungen und dergleichen) in den Bodenklassen 1, 3 bis 5 und das Wiederverfüllen nach Anweisung des AG bzw. des Leitungsträgers.

Bettung, Wasserhaltung, Aufbruch und vom AG angeordnete Schutzmaßnahmen für Kabel und Leitungen werden gesondert vergütet. Der Verbau nach Wahl des AN ist einzurechnen. Nach dieser Position wird das voreilende Suchen und Freilegen von Einbauten zur Ermittlung von deren genauer Lage vergütet.

03 03 02 A Suchschlitz komb.herstellen

[...]

03 03 12 Kүнettenaushub, händisch,

mit gesicherten Wänden, plangemäß für Rohr- und Kabelleistungen, Ortbeton-, Fertigteilkanäle und Schächte

Die Beistellung erforderlicher Wurftruppen und das vorsichtige Freilegen von bekannt gegebenen oder mittels Suchschlitzen festgestellten Einbauten (Angabengenaugkeit +/- 1 m) ist einzurechnen.

03 03 12 A Kүнettenaushub händ.Bokl.3-5

[...]

18 03 14 Frostschutzschicht gesamt

Das frostsichere Material (natürliches Gestein und/oder Recycling-Material RA, RAB, RB, RM) hat der RVS zu entsprechen. Liefern, plangemäßes Einbauen und Verdichten von frostsicherem Material mit entsprechenden Geräten nach den Einbauvorschriften der zuständigen Straßenverwaltung.

Im Falle von gütegeschütztem Recycling-Baustoff gemäß Richtlinien für Recycling-Baustoffe ist dieser im Vergleich zum natürlichen Gestein als grundsätzlich gleichwertig anzusehen.

Die fertig gestellte Schüttung der Frostschutzschichte muss eine Genauigkeit von +/- 2 cm der Sollhöhe aufweisen.

Der einbau und die Verdichtung haben so zu erfolgen, dass die geforderten Werte erreicht werden.

Die Vergütung erfolgt nach m3 in eingebautem und verdichtetem Zustand auf Basis der Regelblätter (Beilage 1 bis 3) im Anhang zur LB-SW.

18 03 14 A Frostschutzschichte b.2,50m ges.

Geforderte Verdichtung:gem. RVS

Geforderte Dicke:70cm im Asphaltber., 40cm bei Schotterd.

Körnung:0/32

"[...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 12. Februar 2008, 14.00 Uhr, fand die Angebotsöffnung im Gemeindeamt Nußdorf am Haunsberg statt. Neun Bieter gaben Angebote ab. Das Angebot der Antragstellerin war mit einem Preis von Euro 337.618,47 ohne USt das billigste. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin war mit einem Angebotspreis von Euro 345.591,78 ohne USt das zweitbilligste. Im Angebot der Antragstellerin war der prozentuelle Anteil des Subunternehmers in der Subunternehmerliste nicht ausgefüllt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 20 Februar 2008 sandte die Vergebende Stelle folgendes

Schreiben an die Antragstellerin:

"[...]

Schriftliche Aufklärung des Bieters bis: 25. Februar 2008

Aufklärungsgespräch (Datum/Uhrzeit): -----

Ort, an dem die schriftliche Aufklärung

abzugeben ist: E*** [...]

Aufklärungspunkte:

Da wir bei den in der Beilage angeführten Positionen unter anderem zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise festgestellt haben, bitten wir Sie um schriftliche Aufklärung und Beilage der Kalkulationsnachweise (K7 - Blätter).

Weiters ersuchen wir um Bekanntgabe der Fabrikatsangaben bezüglich der Rohrmaterialien, sowie die Nachweise der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Die schriftliche Aufklärung wird insbesondere für die Positionen, die mit 0 für Lohn und Sonstiges angeboten wurde, gefordert [...]"

In der Beilage fanden sich eine Liste von Positionen, ua der Positionen 030701A "Verfüllen von Gräben und Künetten in unbefestigten Flächen", 310101Z "Arbeiterbeistellung" und 640201F "Steuerungs- und Übertragungssystem", eine Liste von fehlenden Bieterlücken und eine Liste von vier Positionen, zu denen dringende Aufklärung erteilt werden sollte. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 26. Februar 2008 - die Frist zur Aufklärung war einvernehmlich erstreckt worden - legte die Antragstellerin die geforderten Nachweise der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, elektronisch erstellte K7-Blätter und Aufklärungen zu den vier Positionen vor, zu denen dringende Aufklärung erteilt werden sollte. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, Aussagen der Zeugen Herrn D*** und Herrn C*** in der mündlichen Verhandlung)

Herr C*** brachte die Unterlagen persönlich in das Büro der vergebenden Stelle. Sie waren nicht in einem Umschlag, sondern offen. Herr D*** übernahm die Unterlagen und versah sie mit einem Eingangsstempel. Auf die Frage von Herrn C***, ob die Unterlagen vollständig seien, antwortete er, dass er erst prüfen müsse. Eine Prüfung der Vollständigkeit der von Herrn F***, Geschäftsführer der Antragstellerin, zusammengestellten Unterlagen fand anlässlich der Übergabe nicht statt. (Aussagen der Zeugen Herrn D*** und Herrn C*** in der mündlichen Verhandlung)

Es waren alle geforderten K7-Blätter mit Ausnahme jener für die Positionen 030701A "Verfüllen von Gräben und Künetten in unbefestigten Flächen", 310101Z "Arbeiterbeistellung" und 640201F "Steuerungs- und Übertragungssystem" enthalten. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Aussage von Y*** in der mündlichen Verhandlung)

In der schriftlichen Aufklärung ist zu Position 222211A ausgeführt: "Wird uns von der Fa. G*** nicht verrechnet. Die Position wurde deshalb kostengünstig angeboten." (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die K-7 Blätter lauten auszugsweise:

"[...]

Position Positionsbezeichnung Menge EH EUR

Kostenentwicklung Ansatzmenge EH Preis/EH Lohn Sonstiges

Einheitspr.

[...]

020102A Aufp.Verkehrerschwernis generell 1,00 PA

Gesamte Baubereich und Abschnitte - lt. Nachkalkulation div. BV.

5003 Helfer 3*22 66,0000 std 31,00 2.046,26 0,00 2.046,26

3002 ***

Bagger 1*22 22,0000 51,57 506,00 632,50 1.138,50

Minderleistung Verkehrerschwernisse

Einheitspreis je PA 2.552,26 632,50 3.184,76

Preis für 1,00 PA 2.552,26 632,50 3.184,76

030302A Suchschlitz komb.herstellen 160,00 m3

5002 Fach-

arbeiter 1/42 0,0238 std 31,00 0,74 0,00 0,74

3005 Bagger

b.18t 1/42 0,0238 59,80 0,55 0,88 1,42

Im Zuge der Aushubarbeiten

Einheitspreis je m3 1,29 0,88 2,17

Preis für 160,00 m3 206,40 140,80 347,20

[...]

030310B Aufp.Künaushub.komb.Bokl.2 400,00m3

3004

Radbagger

b.14t 1/300 0,0033 56,35 0,08 0,11 0,19

Gesamtes Bauvorhaben -Minderleistung

Einheitspreis je m3 0,08 0,11 0,19

Preis für 4000,00 m3 32,00 44,00 76,00

[...]

030312A Künettenaushub händ.Bokl.3-5 210 m3

5003 Helfer .02 0,0200 std 31,00 0,62 0,00 0,62

Rand und Nebenstunden-Minderleistung

Einheitspreis je m3 0,62 0,00 0,62

Preis für 210 m3 130,20 0,00 130,20

[...]

180314A Frostschuttschichte b.2,50m ges. 300,00 m3

3004 Rad-

bagger

b.14t 1/35 0,0286 56,35 0,66 0,95 1,61

2003

Frost-

koffer ,5 0,5000 to 8,92 0,00 4,46 4,46

2000 *** 1/35 0,0286 44,28 0,77 0,50 1,26

Transport - Gegenfuhrre Überschußmaterial

Einheitspreis je m3 1,42 5,91 7,33

Preis für 300 m3 426,00 1.773,00 2.199,00

[...]

222211A Aufp.nsg.-SZ Für Kstbetboden AM DN150 3,00 ST

lt Angebot FA. G*** Gutschrift

2020

Aufpr.KSTB.

1000 0,00 m 1,15 0,00 0,00 0,00

Einheitspreis je ST 0,00 0,00 0,00

Preis für 3,00 ST 0,00 0,00 *****

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax und E-Mail vom 26. Februar 2008 teilte die vergebende Stelle mit, dass die Antragstellerin nur zu vier Punkten Aufklärung erteilt habe. Die übrigen Fragen seien nicht beantwortet worden. Sie forderte zur Beantwortung der übrigen Fragen bis 27. Februar 2008, 12.00 Uhr auf. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Herr D*** rief Herrn F*** am 27. Februar 2008 an, und teilte ihm mit, dass alle Unterlagen, auch jene aus dem ersten Aufklärungsschreiben, vorzulegen seien. Er sagte, dass, wenn alle Unterlagen und Aufklärungen vorliegen, alles in Ordnung ist. Damit war gemeint, dass die Aufklärung vollständig und nachvollziehbar sein muss. (Aussage von Herrn D*** in der mündlichen Verhandlung)

Diesem Ersuchen kam die Antragstellerin nach und erteilte ergänzende Auskünfte mit Telefax vom 27. Februar 2008. Zu Position 020102A führt die Antragstellerin aus: "Arbeitsbehinderung undunterbrechungen im gesamten Bauvorhaben. Die Kalkulation beruht auf einem Erfahrungswert und wurde angemessen kalkuliert." Zu Position 030302A "Suchschlitze komb. Herstellen" führte sie aus:

"Im Zuge der Vortriebsarbeiten werden angegebene Kabellagen und Leitungen der Leitungsträger bei den Aushubarbeiten freigelegt. Die Position wurde deshalb so kostengünstig angeboten." Zu Position 030310A führt sie aus: "Die Kalkulation beruht auf einem Erfahrungswert und wurde angemessen kalkuliert." Zu Position 030310B führte sie aus: "Die Position wurde lt. Ausschreibungstext als Aufpreis kalkuliert und mit 0,00 bewertet, da der minimale Aufwand in der Grundposition erfasst wurde." Zu den Positionen 030310C bis F führte sie aus: "Die Positionen wurde kostengünstig angeboten, da sämtliche Baumaschinen mit allen Zusatzgeräten ausgestattet sind. Im Anlageverzeichnis sind die Geräte teilweise schon abgeschrieben." Zur Position 030312A "Künaushub händ. Bokl. 3-5" führte sie aus: "Im Zuge der Vortriebsarbeiten bei diversen Arbeitsunterbrechungen werden diese Arbeiten erstellt. Die Position wurde deshalb kostengünstig angeboten." Zu den Positionen 030701A "Verfüllen von Gräben und Künetten in unbefestigten Flächen" führte die Antragstellerin aus, dass die Kalkulation auf einem Erfahrungswert diverser Bauvorhaben beruht und angemessen kalkuliert wurde. Zu den Positionen 180314A und 180318A führte sie aus: "Der Transport wird bei Gegenfuhrren für Aushubmaterial oder Kieslieferung ausgeführt. Die Kalkulation beruht auf einem Erfahrungswert diverser BV. und wurde angemessen kalkuliert." Zu den Positionen 201004A und B führte sie aus: "Die Kalkulation beruht auf einem Erfahrungswert diverser BV. und wurde angemessen kalkuliert." Zur Position 310101Z "Arbeiterbeistellung" erfolgte keine Aufklärung, lediglich zu einer Position 310101E "Arbeiterbeistellung". Darin führte die Antragstellerin aus, dass die "Regiearbeiten in Zuge von diversen Rand und Nebenstunden geleistet werden" können. "Die Position wurde deshalb so kostendeckend angeboten. Anteil für Miete und Geräte wurde nach unserm ermessen kostendeckend kalkuliert." Zur Aufklärung der Position 640201F "Steuerungs- und Übertragungssystem"

fürte sie an, dass sie vom Hersteller laut Kalkulation K7-Blatt so angeboten wurde. Die gesamte Leistung beruhe auf einem Erfahrungswert und sei von der Antragstellerin angemessen kalkuliert worden. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im K7-Blatt der Position 030310F scheinen aufgrund der Voreinstellungen des Kalkulationsprogrammes angemietete Geräte auf. Es sollen jedoch ausschließlich eigene Geräte zum Einsatz kommen. Die in Position 030312A angebotenen Arbeiten sollen ausschließlich in Arbeitsunterbrechungen erfolgen. Ein Arbeiter braucht eine Stunde, um 1 m³ Material der Bodenklasse 3 - 5 auszuheben. Der Vorsatz von 0,5 in der Position 180314A dient lediglich der Halbierung des vom System vorgegebenen Einheitspreises. Die Lohnkosten sind bei dem Gerät kalkuliert. Die Gutschrift der Firma G*** wurde für falsch gelieferte Schachtböden erteilt. Diese Gutschrift wurde nicht auf die Gesamtumsätze des Unternehmens umgelegt. (Aussage von F*** in der mündlichen Verhandlung)

In einer internen Zusammenstellung stellte die vergebende Stelle die Positionen und die erfolgte Aufklärung zusammen. Darin ist ausgeführt, dass hinsichtlich der Positionen 030701A "Verfüllen von Gräben und Künetten in unbefestigten Flächen", 310101Z "Arbeiterbeistellung" und 640201F "Steuerungs- und Übertragungssystem" in der Aufklärung vom 27. Februar 2008 jeweils auf ein nicht vorhandenes K7-Blatt verwiesen wird. Der Prüfbericht der vergebenden Stelle vom 27. Februar 2008 führt aus:

"[...]

1. 4.Ziffer 4

PRÜFUNG DER ANGEBOTE:

Für alle 9 Bieter wurde ein Vergleich der Einzelpositionen - Bietervergleich (Preisspiegel siehe Beilage 2) erstellt.

Die Detailprüfung wurde für die 3 erstgereihten Bieter durchgeführt. Die anderen Angebote wurden auf Formrichtigkeit, Vollständigkeit sowie rechnerische Richtigkeit geprüft und in die Reihungs- oder Ausscheidensliste aufgenommen.

4.1 Firma A***:

[...]

1. b)Litera b

Prüfung gemäß Bundesvergabegesetz (BVerG) 2006

[...]

b4.1) Betrifft Gesamtangebot:

Das Hauptangebot liegt um Euro 7.973,31 (ca. 2,36 %) unter dem Angebot des zweitgereihten Bieters.

b4.2) Betrifft einzelne Positionen:

Das gegenständliche Angebot enthält eine Vielzahl von Positionen, welche nicht kostendeckend kalkuliert wurden. Bei mehreren Positionen wurden die Einheitspreise mit Centwerten bzw. Nullwerten ausgepreist. Teilweise wurde auch eine Kostenverlagerung vorgenommen, so dass einzelne Positionen verhältnismäßig hohe Einheitspreise aufweisen.

Betrachtung einzelner Positionen:

Mit Schreiben vom 20.02.2008 'Anforderung über vom Bieter aufzuklärende Punkte des Angebotes' (siehe Beilage 3) wurde die Firma A*** aufgefordert, zu diversen Positionen eine schriftliche Aufklärung und die dazugehörenden K7 - Blätter vorzulegen, bzw. die Fabrikatsangaben bezüglich der Rohrmaterialien bekannt zu geben.

Mit Schreiben vom 26.02.2008 der Firma A*** (Siehe Beilage 4) wurde nur ein Teil der geforderten Unterlagen termingerecht beigebracht.

(Fehlende Unterlagen : Schriftliche Aufklärung).

Mit Schreiben vom 26.02.2008 wurde die Firma A*** nochmals aufgefordert die fehlende Schriftliche Aufklärung vorzulegen (siehe Beilage 3).

Mit Schreiben vom 27.02.2008 der Firma A*** (siehe Beilage 4) wurde wiederum nur ein Teil der geforderten Unterlagen termingerecht beigebracht.

1. a)Litera a

Überhöhte Preise:

Pos. Nr.	Pos. Text	Einheitspreise
032121A	Steinschüttung o. Steinwurf wiederherst.	24,53/m ³
112001I	Betonbohrung DN g. 152 b. 202 - bewehrt	202,26/m
180318A	Tragschicht b. 10 cm b. 2,5 m breit	62,45/m ³
222210A	Aufp.sg-SZ für Kstbetboden AM DN 150	51,75/Stk.
222203A	Kstbetboden DN 1000 AM DN 150	352,41/Stk.
222203B	Kstbetboden DN 1000 AM DN 200	373,10/Stk.
251012C	Aufp. TS Imlochhammer DN u. Bokl. 6-7	185,15/m
251051A	TS Produktenrohr lief. U. einschieben s.	90,26/m
251055A	TS Ringraum verfüllen &	88,39/m
660201B	Wartung und Ersatzteile	5.200,00/PA

1. a) Litera a

Unterpreise:

Grundsätzlich wird festgestellt, dass sich das vorliegende Angebot aus großteils niedrigen Einheitspreisen zusammensetzt, dass heißt eine Vielzahl der Positionen wurde nicht kostendeckend kalkuliert, wie z.B. folgende Extremfälle:

Pos. Nr.	Pos. Text	Einheitspreise
		Euro
020202A	Bäume g. 10 - 50 cm fallen.	1,69/Stk.
030101A	Bit. Beläge 0-15 cm schneiden	0,34/m
030101B	Bit. Beläge 0-30 cm schneiden	0,38/m
030302A	Suchschlitz komb. herstellen	2,17/m ³
030310A	Kün.aush. komb. Bokl. 3-5	4,73/m ³
030310C	Aufp. Künettenaush. komb. Bokl. 6 schräg.	2,59/m ³
030310D	Aufp. Künettenaush. komb. Bokl. 7 schräg.	3,87/m ³
030310E	Aufp. Künettenaush. komb. Bokl. 6+7 fräsen	1,27/m ³
030310F	Aufp. Künettenaush. komb. Bokl. 6+7 sprg.	1,77/m ³
030312A	Künettenaushub hand. Bokl. 3-5	0,62/m ³
030330B	Aufp. Baugr. aush. Kleinbwk. Bokl.2	0,00/m ³
030701A	Verfüllen v. grab. u. Kün. in unbef. Flächen	2,62/m ³
030702A	Querriegel gesamt	6,31/m ³
030707A	Bodenaustausch unter Leitungsz. off. Gr., Kün.	9,31/m ³
050510A	Sonderbaust. einr. Spundbohlen	159,80/PA
050510D	Zeitgeb. Kosten für Spundbohlen	0,11/PA
050510F	Räumen Spundbohlen	159,80/Stk.
110201D	Füllbeton C 25/30 B9 unter Wasser g.5,0m ³	30,29/m ³
112001H	Betonbohrung DN b. 152 bewehrt	0,00/m
180314A	Frostschichte b. 2,50 m ges.	7,33/m ³

222211A Aufp. nsg. - SZ für Kstbetboden AM DN 150 0,00/Stk.

300402B Deponiekosten Baurestmassendeponie 0,00/m³

032151B Steinschichtung o. Steinsatz ges. 10,34/to

Weiters wird festgehalten, dass sich das vorliegende Angebot aus nicht nachvollziehbaren Einheitspreisen zusammensetzt, wie z.B. folgende Extremfälle auszugsweise:

Pos. Suchschlitz herstellen und wiederverfüllen - 2,17 Euro/m³:

Die Leistungsansätze konnten nicht nachvollzogen werden.

Pos. Künettenaushub kom. Bokl 3-5 - 4,73 Euro/m³:

Die Leistungsansätze konnten nicht nachvollzogen werden.

Pos. Fels:

Der Felsabtrag im Bereich Künette wurde kostengünstiger angeboten als in der Baugrube. Des weiteren wurde das schrämen der Bokl. 6 billiger angeboten als das fräsen oder sprengen der Bokl. 6+7. Obwohl gerade für das Sprengen gesonderte maschinelle Einrichtungen notwendig sind.

Pos. Künettenaushub händisch - 0,62 Euro/m³:

Diese Leistungen werden ausschließlich in diversen Arbeitsunterbrechungen durchgeführt.

Pos. Baugrubenaushub Bokl. 2 - 0,00 Euro/m³:

Diese Position wurde mit null angeboten - eine Aufklärung des EP erfolgte nicht.

Pos. Betonbohrung bewehrt DN 152 - 0,00 Euro/m³:

Diese Position wurde mit null angeboten - im K-Blatt ist kein Leistungsansatz ersichtlich. Hingegen bei der Pos. Betonbohrung bewehrt gr. DN 152 wurde eine Subleistung und somit ein EP angeführt.

Pos. Frostschutzschichte - 7,33 Euro/m³:

Im K7-Blatt ist aufgefallen, dass für 1 m³ eingebauten Frostkoffer lediglich 0,5 Tonnen angesetzt wurden.

Es ist davon auszugehen, da die Pos. Tragschichte einen sehr hohen Einheitspreis aufweist, dass beim FK Material gespart und dafür mehr Tragschichtmaterial eingebaut wird.

Pos. Tragschichte - 62,45 Euro/m³:

Siehe Pos. vor.

Pos. Kunststoffschachtboden:

Die Einheitspreise erscheinen hier sehr hoch, obwohl ein Subunternehmerangebot vorliegt.

Pos. Aufpr. Zuläufe Kunststoffschachtböden:

Bei diesen Aufpreispositionen wurde für eine Standardbestellung von einem Seitenzulauf scheinbar gleich ein Aufpreis kalkuliert. Für Sonderanfertigungen hingegen (Zulauf sohlgleich) wurde ein 0,00 Preis eingesetzt. Eine nachvollziehbare Begründung existiert nicht.

Pos. Deponiekosten Baurestmassendeponie - 0,00 Euro/m³:

Die Leistungsansätze konnten nicht nachvollzogen werden.

ZUSAMMENFASSUNG:

- -Strichaufzählung
Das Angebot besteht aus Einheitspreisen, die Teils erheblich über, großteils aber aus erheblich unter vergleichbaren Erfahrungswerten liegen.
- -Strichaufzählung
Diverse Einheitspreise für höherwertige Leistungen wurden niedriger angeboten als für geringerwertige Leistungen.

- -Strichaufzählung

Die Aufklärung der geforderten Positionen entbehren größtenteils einer nachvollziehbaren Begründung (siehe schriftliche Aufklärung sowie zugehörige K7-Blätter).

Die Firma A*** ist demzufolge nach

- -Strichaufzählung

§ 129 Abs. 1, Punkt 3 BVergG 2006 und Paragraph 129, Absatz eins,, Punkt 3 BVergG 2006 und

- -Strichaufzählung

§ 129 Abs. 2, BVergG 2006 Paragraph 129, Absatz 2,, BVergG 2006

auszuscheiden und wird in die Ausscheidungsliste aufgenommen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 29. Februar 2008 teilte die vergebende Stelle der Antragstellerin mit, dass der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin der Zuschlag zu einer Auftragssumme von Euro 345.591,78 exklusive USt erteilt werden solle. Die Stillhaltefrist ende am 7. März 2008. Das Angebot der Antragstellerin sei gemäß § 129 Abs 1 Z 3 und Abs 2 BVergG ausgeschieden worden. Beigelegt war der Auszug aus dem Protokoll über die Angebotsprüfung, der das Angebot der Antragstellerin betrifft. Nach dem Sendeprotokoll wurde diese sechsstufige Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und der Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin am 29. Februar 2008, 15.13 Uhr, per Telefax übermittelt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Mit Telefax vom 29. Februar 2008 teilte die vergebende Stelle der Antragstellerin mit, dass der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin der Zuschlag zu einer Auftragssumme von Euro 345.591,78 exklusive USt erteilt werden solle. Die Stillhaltefrist ende am 7. März 2008. Das Angebot der Antragstellerin sei gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 2, BVergG ausgeschieden worden. Beigelegt war der Auszug aus dem Protokoll über die Angebotsprüfung, der das Angebot der Antragstellerin betrifft. Nach dem Sendeprotokoll wurde diese sechsstufige Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und der Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin am 29. Februar 2008, 15.13 Uhr, per Telefax übermittelt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der vergebenden Stelle)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 5.000. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Die Zeugenaussagen waren glaubwürdig und widerspruchsfrei. Sie stammen von den unmittelbaren mit den bezogenen Sachverhalten befassten Personen. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist der Reinhaltverband Oichental. Er ist ein Wasserverband iSd 87 Abs 1 WRG 1959. Die Entsorgung der Abwässer stellt eine Aufgabe im öffentlichen Interesse dar. Sie wird nicht gewerblich ausgeübt, da kein Wettbewerb in diesem Bereich stattfindet, Anschlusszwang besteht und die Tätigkeit der Abwasserentsorgung nicht auf Gewinn ausgerichtet ist. Als Wasserverband ist er eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Daher genießt er Rechtsfähigkeit. Verbandsmitglieder sind Gemeinden, die ihrerseits öffentliche Auftraggeber nach § 3 Abs 1 Z 1 BVergG sind. Der Reinhaltverband Oichental ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich nach den Angaben in der Bekanntmachung der Ausschreibung um die Erbringung einer Bauleistung nach § 4 Z 3 BVergG gleich mit welchen Mitteln. Die ausgeschriebene Leistung lässt sich jedoch auch unter § 4 Z 1 BVergG iVm Klasse 45.21 in Anh I BVergG subsumieren. Der Auftrag ist daher jedenfalls ein Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Reinhaltverband Oichental. Er ist ein Wasserverband iSd Paragraph 87, Absatz eins, WRG 1959. Die Entsorgung der Abwässer stellt eine Aufgabe im öffentlichen Interesse dar. Sie wird nicht

gewerblich ausgeübt, da kein Wettbewerb in diesem Bereich stattfindet, Anschlusszwang besteht und die Tätigkeit der Abwasserentsorgung nicht auf Gewinn ausgerichtet ist. Als Wasserverband ist er eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Daher genießt er Rechtsfähigkeit. Verbandsmitglieder sind Gemeinden, die ihrerseits öffentliche Auftraggeber nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG sind. Der Reinhaltverband Oichental ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich nach den Angaben in der Bekanntmachung der Ausschreibung um die Erbringung einer Bauleistung nach Paragraph 4, Ziffer 3, BVergG gleich mit welchen Mitteln. Die ausgeschriebene Leistung lässt sich jedoch auch unter Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Klasse 45.21 in Anh römisch eins BVergG subsumieren. Der Auftrag ist daher jedenfalls ein Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich 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 laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 13. März 2008 das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 13. März 2008 das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung gemäß § 322 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch kein Unzulässigkeitsgrund des § 322 Abs 2 BVergG vorliegt. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 322, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch kein Unzulässigkeitsgrund des Paragraph 322, Absatz 2, BVergG vorliegt. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung - Spruchpunkt 13.2 Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung - Spruchpunkt römisch eins.

Das Angebot der Antragstellerin wurde ausgeschieden. Sie behauptet, dass das Ausscheiden im Wesentlichen deshalb rechtswidrig ist, weil die Frist zur Aufklärung entgegen der Ausschreibung zu kurz bemessen war, sie vollständige Aufklärung geleistet hat und nie zur Nachreichung fehlender K7-Blätter aufgefordert wurde.

Der Auftraggeber begründet die Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen mit einer nicht nachvollziehbaren Preisgestaltung, einer unzureichenden Aufklärung und fehlenden K7-Blättern.

Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG lauten:

Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung

§ 125. (1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Paragraph 125, (1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

(2) Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

(3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn

(3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 4 und 5 vertieft prüfen, wenn

1. 1.Ziffer eins

Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,

2. 2.Ziffer 2

Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 80 Abs. 4 aufweisen,

oder Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß Paragraph 80, Absatz 4, aufweisen, oder

3. 3.Ziffer 3

nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehennach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

(4) Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. 1.Ziffer eins

im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;

2. 2.Ziffer 2

der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;

3. 3.Ziffer 3

die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist. die gemäß

Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 3, geforderte oder vom Bieter gemäß Paragraph 109, Absatz 2, vorgenommene

Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

(5) Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Auftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

[...]

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

[...]

1. 3.Ziffer 3

Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

[...]

1. 7.Ziffer 7

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

[...]

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bieterinnen ausschließen, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.

(3) Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Wahl des Angebotes für den Zuschlag

§ 130. (1) Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Paragraph 130, (1) Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

(2) Die Gründe für die Zuschlagsentscheidung sind schriftlich festzuhalten.

Die maßgeblichen Bestimmungen des ABGB lauten:

§ 914. Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Paragraph 914, Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

§ 915. Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wollte, bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (§ 869). Paragraph 915, Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wollte, bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (Paragraph 869,).

Vorweg ist festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin das billigste ist. Der Zuschlag soll nach den Festlegungen der Ausschreibung dem billigsten Angebot erteilt werden. Die Zuschlagsentscheidung muss gemäß § 130 Abs 1 BVergG zugunsten des Angebotes der Antragstellerin lauten, wenn es nicht auszuschließen ist. Daher ist zuerst die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen. Vorweg ist festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin das billigste ist. Der Zuschlag soll nach den Festlegungen der Ausschreibung dem billigsten Angebot erteilt werden. Die Zuschlagsentscheidung muss gemäß Paragraph 130, Absatz eins, BVergG zugunsten des Angebotes der Antragstellerin lauten, wenn es nicht auszuschließen ist. Daher ist zuerst die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen.

Die Antragstellerin bringt vor, dass ihr 14 Tage zur Vorlage der Aufklärung einzuräumen gewesen wären. Die Ausschreibung verpflichtet den Auftragnehmer in Punkt D 14.7, binnen 14 Tagen ab Aufforderung durch den Auftraggeber eine der ÖNORM B 2061 entsprechende, überprüfbare Aufgliederung der Einheitspreise vorzulegen. Die ÖNORM B 2061 regelt auch Form und Inhalt der Kalkulationsformblätter. Diese Festlegung der Ausschreibung kann sich daher auch auf die Vorlage der im Schreiben vom 20. Februar geforderten Aufklärung beziehen. Allerdings legt Punkt D 14.9 der Ausschreibungsunterlagen fest, dass Kalkulationsformblätter K 7 auf Anforderung durch den Auftraggeber unverzüglich vorzulegen sind. Zwischen diesen beiden Festlegungen scheint ein Widerspruch zu bestehen.

Die Bestimmung des Inhalts der Ausschreibung hat nach ständiger

Rechtsprechung des BVA und der Literatur nach den Regeln der §§

914f ABGB zu erfolgen (BVA 25.1.2000, F-17/98-32, BVergSlg 3.35 =

BVergSlg 11.9 = BVergSlg 17.32 = BVergSlg 21.18; 8.7.2003, 14N-

64/03-11, BVergSlg 27.138 = RPA 2003, 222 [Mugli-Maschek] = wbl

2004/67; 14.11.2003, 09N-100/03-19, BVergSlg 12.23 = BVergSlg

30.50; 23.12.2003, 17N-129/03-21, ZVB 2004/27 [Stiefelmeyer] =

ZVB-LSK 2004/25; 23.7.2004, 04N-50/04-46, RPA 2004, 320 [Estermann]; 7.9.2004, 11N-65/04-12, RPA 2004, 384

[Blaha]; 22.3.2005, 16N-9/05-19, RPA-Slg 2005/24 = ZVB 2005/60 [Grasböck] = ZVB-LSK 2005/64; 11.4.2005, 04N-6/05-

76; 18.12.2006, N/0091- BVA/10/2006-038 ua; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1).

Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144; BVA 29.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-25, RPA 2007, 229 [Etlinger]).

Punkt D 14.7 der Ausschreibungsunterlagen verpflichtet den Auftragnehmer. Diesen kann es zwar zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht geben, da der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist. Jedoch behandelt das Kapitel D 14 der Ausschreibungsunterlagen nähere Angebotsbestimmungen, die in der Phase der Angebotsprüfung, nicht jedoch in der Phase der Vertragsabwicklung von Bedeutung sind. In diesem Zusammenhang findet sich Punkt D 14.7. Die Antragstellerin und der Auftraggeber beziehen diese Bestimmung auf die Phase der Angebotsprüfung. Unter Beachtung dieser Umstände ist das Wort "Auftragnehmer" als "Bieter" zu lesen. Somit kommt Punkt D 14.7 im Zuge der Angebotsprüfung zur Anwendung. Die Vorlage umfasst die gesamte Kalkulation des Bieters, nicht nur die Kalkulation einzelner Positionen. Die in Punkt D 14.7 festgelegte 14-tägige Frist kommt daher nur dann zur Anwendung, wenn der Auftraggeber die Vorlage der gesamten Kalkulation verlangt.

Demgegenüber ist Punkt D 14.9 der Ausschreibungsunterlagen eine Bestimmung, die Grundsätze für die Kalkulation, insbesondere ein Verbot der Umlagerung von Einheitspreisen in andere Positionen und die Sanktion des Ausscheidens für diesen Fall, enthält. Die Verpflichtung zur Vorlage von K7-Blättern ist auf einzelne Positionen bezogen. Sie hängt nur davon ab, dass der Auftraggeber dazu auffordert. Sachlich gerechtfertigt ist eine solche Aufforderung jedenfalls dann, wenn der Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung Fragen zur Kalkulation der Position hat. Punkt D

14.9 der Ausschreibungsunterlagen bezieht sich wegen der Regelung der Aufklärung durch Bieter auf den Zeitraum der Angebotsprüfung.

Die Aufklärungsbegehren der vergebenden Stelle vom 20. und vom 26. Februar 2008 bezogen sich auf Erklärungen zur Kalkulation, die einerseits schriftlich, andererseits durch Vorlage von Kalkulationsformblättern K 7 erfolgen sollten. Sie erfolgten vor Zuschlagserteilung und waren an einen Bieter gerichtet. Im Lichte der obigen Ausführungen kommt daher die Frist des Punktes D 14.9 der Ausschreibungsunterlagen zur Anwendung. Die Aufklärung war daher nach den Festlegungen der Ausschreibung unverzüglich zu leisten. Die Antragstellerin kann daher durch die Rüge der überraschenden Aufforderung, Aufklärung zu leisten, nichts gewinnen.

Der Auftraggeber ist nach § 125 Abs 1 BVergG verpflichtet, die Angemessenheit der Preise zu prüfen. Dieser Verpflichtung kam der Auftraggeber nach. Maßstab sind dabei gemäß § 125 Abs 2 BVergG vergleichbare Erfahrungswerte, sonst vorliegende Unterlagen und die jeweils relevanten Marktverhältnisse. Der Vergleich von neun Angeboten mittels eines Preisspiegels spiegelt nicht die relevanten Marktverhältnisse wider, ermöglicht jedoch einen Vergleich der Angebote untereinander auf Ebene der einzelnen Positionen. Starkes Abweichen der Positionspreise vermag daher ein Indiz für die Notwendigkeit einer vertieften Prüfung abgeben (BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34, BVergSlg 17.78). Ebenso sind mit Euro 0 ausgepreiste Positionen zu hinterfragen, da der Verdacht besteht, dass die nach den Regeln der ÖNORM B 2061 in diesen Positionen zu berücksichtigende Kosten in andere Positionen umgelagert werden. Der Auftraggeber ist nach Paragraph 125, Absatz eins, BVergG verpflichtet, die Angemessenheit

der Preise zu prüfen. Dieser Verpflichtung kam der Auftraggeber nach. Maßstab sind dabei gemäß Paragraph 125, Absatz 2, BVergG vergleichbare Erfahrungswerte, sonst vorliegende Unterlagen und die jeweils relevanten Marktverhältnisse. Der Vergleich von neun Angeboten mittels eines Preisspiegels spiegelt nicht die relevanten Marktverhältnisse wider, ermöglicht jedoch einen Vergleich der Angebote untereinander auf Ebene der einzelnen Positionen. Starkes Abweichen der Positionspreise vermag daher ein Indiz für die Notwendigkeit einer vertieften Prüfung abgeben (BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34, BVergSlg 17.78). Ebenso sind mit Euro 0 ausgepreiste Positionen zu hinterfragen, da der Verdacht besteht, dass die nach den Regeln der ÖNORM B 2061 in diesen Positionen zu berücksichtigende Kosten in andere Positionen umgelagert werden.

In der vorliegenden, mittlerweile präkludierten und damit von

allen Seiten zu beachtenden Ausschreibung (VwGH 15.9.2004,

2004/04/0054, RPA 2005, 24 [Latzenhofer] = ZfVB 2005/1566;

20.10.2004, 2004/04/0105, RPA-Slg 2004/75 = RPA-Slg 2004/76 = ZfVB

2006/1329 = ZfVB 2006/1358 = ZVB 2005/72 [G. Gruber] = ZVB-LSK

2005/79; 1.3.2007, 2005/04/0239, 12.9.2007, 2005/04/0181, JusGuide 2007/44/398 [VwGH] = RPA-Slg 2007/42) ist diesem Umstand wegen der Festlegungen in Punkt D 14.9 der Ausschreibungsunterlagen besonderes Augenmerk zu schenken. So hat der VwGH ausgeführt, dass am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen ist, ob ein Angebot einen zur Ausscheidung führenden Mangel aufweist (VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144). Der Grund für die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung liegt in § 125 Abs 2 Z 3 BVergG. Nach § 125 Abs 5 BVergG hat der Auftraggeber - wie im vorliegenden Fall auch geschehen - eine schriftliche Aufklärung einzuholen. Gegenstand der Prüfung ist die betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit. Dabei sind neben den in § 125 Abs 4 BVergG genannten Aspekten insbesondere die Vorgaben der Ausschreibung zu beachten. Die Festlegungen zur vertieften Angebotsprüfung in Punkt D 14.4 der Ausschreibungsunterlagen stimmen mit dem BVergG überein. Die Punkte D 14.4 und D 14.9 der Ausschreibungsunterlagen verbieten bei sonstigem Ausscheiden Verschiebungen von Leistungsansätzen von den dafür vorgesehenen in andere Positionen. Unabhängig von der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit verstößt eine Kalkulation entgegen diesen Vorgaben auch gegen die Festlegungen der Ausschreibung. Ein derartiges Angebot wäre auch nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. 2005/79; 1.3.2007, 2005/04/0239, 12.9.2007, 2005/04/0181, JusGuide 2007/44/398 [VwGH] = RPA-Slg 2007/42) ist diesem Umstand wegen der Festlegungen in Punkt D 14.9 der Ausschreibungsunterlagen besonderes Augenmerk zu schenken. So hat der VwGH ausgeführt, dass am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen ist, ob ein Angebot einen zur Ausscheidung führenden Mangel aufweist (VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144). Der Grund für die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung liegt in Paragraph 125, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG. Nach Paragraph 125, Absatz 5, BVergG hat der Auftraggeber - wie im vorliegenden Fall auch geschehen - eine schriftliche Aufklärung einzuholen. Gegenstand der Prüfung ist die betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit. Dabei sind neben den in Paragraph 125, Absatz 4, BVergG genannten Aspekten insbesondere die Vorgaben der Ausschreibung zu beachten. Die Festlegungen zur vertieften Angebotsprüfung in Punkt D 14.4 der Ausschreibungsunterlagen stimmen mit dem BVergG überein. Die Punkte D 14.4 und D 14.9 der Ausschreibungsunterlagen verbieten bei sonstigem Ausscheiden Verschiebungen von Leistungsansätzen von den dafür vorgesehenen in andere Positionen. Unabhängig von der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit verstößt eine Kalkulation entgegen diesen Vorgaben auch gegen die Festlegungen der Ausschreibung. Ein derartiges Angebot wäre auch nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden.

Der Auftraggeber forderte die Antragstellerin auf, zu einer Reihe von Positionen K7-Blätter vorzulegen. Ua betraf dies die Positionen 030701A "Verfüllen von Gräben und Künetten in unbefestigten Flächen", 310101Z "Arbeiterbeistellung" und 640201F "Steuerungs- und Übertragungssystem". Für diese fehlten die K7- Blätter jedoch. Ohne K7-Blätter, die konkrete Zahlen enthalten, wird es dem Auftraggeber trotz der teilweise erteilten rein verbalen Aufklärung erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht, die Plausibilität der Preiszusammensetzung zu überprüfen. Darüber hinaus ist die erbetene Aufklärung in diesen Punkten nicht erfolgt. Dadurch ist der Ausscheidensgrund nach § 129 Abs 2 BVergG erfüllt. Der Auftraggeber forderte die Antragstellerin auf, zu einer Reihe von Positionen K7-Blätter vorzulegen. Ua betraf dies die Positionen 030701A "Verfüllen von Gräben und Künetten in unbefestigten Flächen", 310101Z "Arbeiterbeistellung" und 640201F "Steuerungs- und Übertragungssystem". Für diese fehlten die K7- Blätter jedoch. Ohne K7-Blätter, die konkrete Zahlen enthalten, wird es dem Auftraggeber trotz der teilweise erteilten rein verbalen

Aufklärung erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht, die Plausibilität der Preiszusammensetzung zu überprüfen. Darüber hinaus ist die erbetene Aufklärung in diesen Punkten nicht erfolgt. Dadurch ist der Ausscheidungsgrund nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG erfüllt.

Die erteilte Aufklärung beschränkt sich in den Positionen 020102A, 030310A, 030701A, 030701B, 201004A und 201004B darauf, dass die Antragstellerin ausführte, dass die Kalkulation auf einem Erfahrungswert beruht und angemessen kalkuliert wurde. Bei Position 020102A ist im K7-Blatt zusätzlich "Minderleistung Verkehrserschwernde" angemerkt. Dieser Erläuterung kommt im Hinblick auf die Bezeichnung der Position "Aufpreis Verkehrserschwernde generell" kein zusätzlicher Erklärungswert zu. Eine den Informationsinhalt der Ausschreibung übersteigende, insbesondere die Grundlagen der Kalkulation betreffende Aussage ist dadurch nicht getroffen. Eine Aufklärung ist daher nicht erfolgt. Bei Position 030310B ist im K7-Blatt "Gesamtes Bauvorhaben - Minderleistung" angemerkt. Auch dadurch ist keine weitere Erläuterung erfolgt. In der Position 030701A erschöpft sich die Erklärung in der Aussage, dass sie nach Sicht der Antragstellerin angemessen kalkuliert wurde. Diese Anmerkung bringt lediglich eine Meinung der Antragstellerin, nicht jedoch eine Erklärung für die Herleitung von Preisen zum Ausdruck. Hinsichtlich der Positionen 010111A, 010203A, 201101A und 201004B verweist die Antragstellerin auf die dem entsprechenden K7-Blatt zu entnehmende angemessene Kalkulation. Das K7-Blatt für die Position 010203A fehlt. In den jeweils vorliegenden K7-Blättern ist nichts weiter angemerkt. Eine Aufklärung ist darin nicht zu erkennen. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Anmerkungen der Antragstellerin, dass nach ihrer Meinung angemessen kalkuliert wurde, keine betriebswirtschaftliche Erklärung der Preise darstellen, sondern lediglich der Ausdruck einer persönlichen Meinung sind. Die verlangte Aufklärung wurde daher in den genannten Positionen nicht erteilt.

Den Einheitspreis von Euro 0 in der Position 030310B erklärt die Antragstellerin damit, dass der minimale Aufwand in der Grundposition erfasst wurde. Im K7-Blatt ist für diese Position jedoch ein Einheitspreis von Euro 0,19 bestehend aus einem Lohnanteil von Euro 0,08 und einem Anteil Sonstiges von Euro 0,11 ausgewiesen. Insofern ist die gegebene Aufklärung widersprüchlich und damit unschlüssig.

Niedrige Einheitspreise in den Positionen 030302A "Suchschlitz komb. herstellen", 030312A "Künettenaushub händ. Bohl. 3-5", 310101Z "Arbeiterbeistellung" und 310202Z1 "Anteil Miete gem. ÖBGL" erklärt die Antragstellerin mit der Vornahme der Arbeiten im Zuge anderer Arbeiten oder in Arbeitsunterbrechungen. Zur Position 030302A ist im K7-Blatt "Im Zuge der Aushubarbeiten - Minderleistung" angemerkt. Bei der Position 030312A ist im K7-Blatt "Rand- und Nebenstunden - Minderleistung" vermerkt. In der Position 310101Z fehlt das K7-Blatt. Wie diese Arbeiten lediglich in Zeiten untergebracht werden sollen, in denen keine sonstigen Leistungen erbracht werden, wird von der Antragstellerin - etwa durch einen Vorschlag für den Ablauf der Arbeiten - nicht dargetan. Die Position 030302A ist im Zuge der Aushubarbeiten nicht zu erledigen, wenn diese Arbeiten zu einer beliebigen Zeit nach Anordnung des Auftraggebers, im Allgemeinen vor Beginn der und getrennt von den Aushubarbeiten herzustellen sind. Insofern erfolgte die Kalkulation auf einer anderen Grundlage, als sie die Ausschreibung vorgibt.

In der Position 180314A ist das benötigte Material anzugeben. Die Einheit, in der das Material für den Frostkoffer gemessen wird, ist Tonnen. Dieses Material wird beim Einbau komprimiert. Der hergestellte Frostkoffer wird als Volumen gemessen. Wie der Auftraggeber in seiner Stellungnahme vom 11. März ausführte, werden zur Herstellung von 1 m³ Frostschutzschichte 1,8 t Frostkoffer benötigt. Dieser Mengenangabe widersprach auch die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung nicht. Im K7-Blatt ist jedoch nur eine Menge von 0,5 t für 1 m³ Frostkoffer kalkuliert. Dass sich 1 m³ Frostschutzschichte mit 0,5 t Frostkoffer rein technisch nicht herstellen lässt, ist anhand dieser Festlegungen evident. Die Kalkulation in dieser Position ist daher nicht nachvollziehbar.

Die Position 222211A ist mit einem Preis von Euro 0 angeboten. Dieses Angebot ist mit einer Gutschrift für falsch gelieferte Schachtböden erklärt. Aus der Aussage des Vertreters der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ergibt sich, dass die Gutschrift aus anderen Bauvorhaben stammt. In diesen wurden die Schachtböden offenbar bezahlt, da sie jedoch vom Lieferanten wieder zurückgenommen wurden, stellte er die Gutschrift aus. Eine Umlage auf die Gesamtumsätze des Unternehmens erfolgte nicht. Insgesamt ergibt sich daraus, dass - bei Betrachtung des gesamten Betriebs - die Position 222211A unterhalb des Einstandspreises angeboten wurde.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass Preise in einigen Positionen nicht betriebswirtschaftlich erklärt wurden. Sie sind nicht nachvollziehbar, die Bedenken der vergebenden Stelle nicht ausgeräumt. Sie sind daher nicht plausibel.

Eine Aufforderung zur Verbesserung der Aufklärung ist nicht

erforderlich. Sie würde gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter verstoßen. Die Aufforderung zur Aufklärung muss jedoch hinlänglich präzise sein, um dem Bieter genau mitzuteilen, welche Punkte aufzuklären sind (BVA 13.10.2006, N/0072-BVA/06/2006-60, ZVB 2007/6 [Lesniak] = ZVB-LSK 2007/1 = ZVB-LSK 2007/25 = ZVB-LSK 2007/26.). Die erfolgten Aufforderungen zur Aufklärung sind hinlänglich präzise. Der Auftraggeber gab genau an, zu welchen Positionen er eine Aufklärung begehrte. Allerdings ist es Sache des Auftraggebers, die gegebene Aufklärung zu werten (BVA 21.1.2005, 17N-116/04-32, RPA 2005, 177 [Hofer] = ZVB 2005/37 [Pointner] = ZVB-LSK 2005/37). Aus den obigen Ausführungen ist

erkennbar, dass die Antragstellerin die erbetene Aufklärung der Preise nicht vollständig erteilt hat. Allfällige Aussagen über die Vollständigkeit der Aufklärung anlässlich der Übergabe der Aufklärung am 26. Februar 2008 können nur den äußeren Anschein der Vollständigkeit betreffen. Die Anzahl der Positionen ist zu hoch, um auf einen Blick im Einzelnen feststellen zu können, ob ausnahmslos zu allen Positionen die erbetene Aufklärung geleistet wurde. Eine nähere Prüfung musste erfolgen. Dieser Umstand musste auch der Antragstellerin bewusst sein. Sie konnte nicht darauf vertrauen, dass denkmöglich zum Zeitpunkt der Übergabe der Aufklärung eine verlässliche Aussage über ihre Vollständigkeit und inhaltliche Entsprechung getroffen werden konnte. Schließlich konnte eine derartige verbindliche Aussage in der mündlichen Verhandlung auch nicht verifiziert werden. Es liegt daher zumindest der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 2 BVergG vor. Ob der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 3 BVergG ebenfalls vorliegt, braucht angesichts dieses Ergebnisses nicht mehr geprüft zu werden, da bereits ein Ausscheidensgrund das Ausscheiden eines Angebotes zu tragen vermag (BVA 21.1.2005, 17N-116/04-32). Aus den oben dargelegten Gründen kommt der geleisteten Aufklärung kein Erklärungswert zu. Die Bedenken des Auftraggebers wurden damit nicht beseitigt. erkennbar, dass die Antragstellerin die erbetene Aufklärung der Preise nicht vollständig erteilt hat. Allfällige Aussagen über die Vollständigkeit der Aufklärung anlässlich der Übergabe der Aufklärung am 26. Februar 2008 können nur den äußeren Anschein der Vollständigkeit betreffen. Die Anzahl der Positionen ist zu hoch, um auf einen Blick im Einzelnen feststellen zu können, ob ausnahmslos zu allen Positionen die erbetene Aufklärung geleistet wurde. Eine nähere Prüfung musste erfolgen. Dieser Umstand musste auch der Antragstellerin bewusst sein. Sie konnte nicht darauf vertrauen, dass denkmöglich zum Zeitpunkt der Übergabe der Aufklärung eine verlässliche Aussage über ihre Vollständigkeit und inhaltliche Entsprechung getroffen werden konnte. Schließlich konnte eine derartige verbindliche Aussage in der mündlichen Verhandlung auch nicht verifiziert werden. Es liegt daher zumindest der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG vor. Ob der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG ebenfalls vorliegt, braucht angesichts dieses Ergebnisses nicht mehr geprüft zu werden, da bereits ein Ausscheidensgrund das Ausscheiden eines Angebotes zu tragen vermag (BVA 21.1.2005, 17N-116/04-32). Aus den oben dargelegten Gründen kommt der geleisteten Aufklärung kein Erklärungswert zu. Die Bedenken des Auftraggebers wurden damit nicht beseitigt.

3.3 Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung - Spruchpunkt II 3.3 Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung - Spruchpunkt römisch zwei.

Da das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde, kommt es für den Zuschlag nicht Betracht. Sie kann dadurch, dass ihr Angebot für den Zuschlag nicht in Betracht gezogen wurde, keinen Schaden erleiden und ist daher nicht schützenswert (zB VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200, bbl 2007/142 = RdW 2007/638 = RPA 2007, 176 [Reisner] = ZVB 2007/87 [Malin] = ZVB-LSK 2007/105). Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist daher angesichts der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

3.4 Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkt III 3.4 Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkt römisch drei.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller

Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro

3.750 für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde vor Erledigung dieser Anträge, damit rechtzeitig gestellt.

Ungeachtet der Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht ein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren nur, wenn das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag zumindest teilweise stattgibt oder der Antragsteller klaglos gestellt wird. Wie bereits festgehalten, war diesem kein Erfolg beschieden. Auch erfolgte im Zuge des Nachprüfungsverfahrens keine Klaglosstellung. Der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag besteht daher nicht.

Schlagworte

Vertiefte Angebotsprüfung; mangelnde Aufklärung; Nachvollziehbarkeit der Kalkulation;

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2008

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