

TE Verg Bescheid 2007/9/25 N/0076-BVA/12/2007-21

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.09.2007

Norm

BVergG 2006 §231 Abs1

BVergG 2006 §231 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs2

AVG 1991 §45 Abs2

1. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 231 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 231 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 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 Vorsitzendem sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Bauvorhaben Nußbach Lv 7/8, Bahnstrecke Linz-Selzthal, km 41.389 – km 43.416, Ausschreibungsprojekt 2007" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 14. August 2007 wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung des Auftraggebers, der B*** bzw der B*** den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung), für nichtig erklären und dem Auftraggeber auftragen, uns die Pauschalgebühr (Nachprüfungsantrag und Antrag auf Einstweilige Verfügung) von EUR 10.000,00 zu ersetzen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1, 321 Abs 2 und 231 Abs 1 und 2 BVergG 2006§ 45 Abs 2 AVG 1991
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins, 321, Absatz 2 und 231 Absatz eins und 2 BVergG 2006; Paragraph 45, Absatz 2, AVG 1991

Begründung

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 14. August 2007 das im Spruch ersichtliche Begehren und führte aus, dass ihr Angebot – nach Ausschluss der B*** (im Folgenden: in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin) – das gemäß den Angaben in der Ausschreibung billigste Angebot sei. Wäre der Auftraggeber entsprechend den Vorschriften in den Ausschreibungsunterlagen vorgegangen, wäre das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin aus zwei Gründen auszuschneiden gewesen:

1. 1.Ziffer eins

Zur fehlenden technischen Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin:

Der gegenständliche Auftrag enthalte im Wesentlichen (jedenfalls mehr als 50%) Erdarbeiten. Wenn also für die technische Leistungsfähigkeit die Anforderung gestellt werde, vergleichbare Arbeiten bzw. vergleichbare Bauleistungen in den letzten fünf Jahren durchgeführt zu haben, sei zu schließen, dass ein Bieter nur dann über die notwendige technische Leistungsfähigkeit verfüge, wenn er in den letzten fünf Jahren zumindest einen Auftrag über Erdarbeiten in einem vergleichbaren Volumen durchgeführt habe. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über eine solche Referenz, jedenfalls nicht im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen. Es sei zwar richtig, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beim "Baulos Kolbnitz – Mühldorf" und "Brandstatt – Loifarn" von der ÖBB unter anderem mit den Erdarbeiten beauftragt gewesen sei. Tatsächlich seien aber die Erdarbeiten von Subunternehmern durchgeführt worden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe gegenständlich für den Erdbau keinen Subunternehmer benannt. Da die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin selbst nicht über die geforderten Referenzen im Bereich Erdbau (insbesondere im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen) verfüge, Subunternehmer für diesen wesentlichen Leistungsteil nicht benannt habe und solche auch nicht mehr nachträglich genannt werden könnten, liege in Summe die technische Leistungsfähigkeit nicht vor und das Angebot sei auszuschneiden.

1. 2.Ziffer 2

Zum angebotenen "Pauschalnachlass" der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin:

Als bekannt vorausgeschickt werden dürfe, dass in der Baubranche ein "prozentueller Nachlass" von einem "Pauschalnachlass" zu unterscheiden sei. Der Unterschied bestehe darin, dass sich bei veränderlichen Preisen der "prozentuelle Nachlass" ebenso nach oben bewege wie die Einheitspreise; der "Pauschalnachlass" jedoch nicht. EUR 350.000,00 Pauschalnachlass wären also – je nach Indexsteigerung – für den Auftraggeber wesentlich ungünstiger als ein Prozentnachlass und die auf Grundlage unterschiedlicher Nachlässe resultierenden Gesamtpreise und Angebotspreise wären untereinander nicht vergleichbar. Dieselbe Argumentation gelte auch für Leistungsänderungen, weil Punkt 1.4.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für Bauaufträge vorschreibe, dass der Preisnachlass für eine Leistung auch für Vertragsanpassungen unter Ausübung des Leistungsänderungsrechts sowie

für Mehr- und Minderleistungen gelte. Es gebe eine Reihe von deutschen Entscheidungen, die aus diesem Grund Angebote mit Pauschalnachlässen – wenn in der Ausschreibung Prozentnachlässe gefordert seien – als nicht ausschreibungskonforme Angebote ausscheiden würden. Aufgrund der oben dargestellten Regelungen in der Ausschreibungsunterlage werde in der Ausschreibung ausschließlich ein "Prozentnachlass" verlangt; dieser könne jedoch auch in einer Pauschalsumme angegeben werden (ohne dass es dadurch ein "Pauschalnachlass" in der obigen Terminologie werde) und der Auftraggeber rechne sich selbst den entsprechenden Prozentsatz aus, der dann die Grundlage für die Preisgleitung bilden würde. Sofern die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin den Preisnachlass von EUR 350.000,00 bloß unkommentiert als Summe auf der letzten Seite des Leistungsverzeichnisses und/oder in der Angebotszusammenstellung eingefügt habe, ergebe sich aus der Sicht der Antragstellerin, dass ein – ausschreibungskonformer – "Prozentnachlass" vorliege. Sofern jedoch der Bieter irgendwo in seinem Angebot oder Begleitschreiben geschrieben habe, dass es sich dabei um einen "Pauschalnachlass oder abgekürzt zB "PN" handle, liege ein nicht ausschreibungskonformes Angebot vor, weil statt des geforderten "Prozentnachlasses" ein "Pauschalnachlass" angeboten worden sei; somit sei das Angebot auszuschneiden.

Der Auftraggeber erstattete am 24. August 2007 eine Stellungnahme und führte zum Vorbringen betreffend technische Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin aus, dass im gegenständlichen Fall dem eingeschränkten Sektorenregime Berücksichtigung zu schenken sei. Eine Auflistung konkreter Eignungsnachweise wie im klassischen Bereich existiere nicht. Daher komme dem Sektorenauftraggeber ein größerer Gestaltungsspielraum zu. Unrichtig sei auch, dass das Volumen für Erdbauarbeiten beim gegenständlichen Auftrag rund EUR 2,5 bis EUR 3 Mio betrage. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe nicht zuletzt mittels Referenzliste vom 14. Juni 2005 nachgewiesen, dass sie über hinreichende Erfahrung und damit über die technische Leistungsfähigkeit verfüge. Zur Ausschreibungskonformität des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wurde ausgeführt, dass bereits aus dem Schlussblatt des Leistungsverzeichnisses (Seite 548) zu erkennen sei, dass ein Nachlass mit einem Fixbetrag in EUR (Pauschalnachlass) in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig für zulässig erklärt worden sei. Die Ausschreibung sei damit nicht mit jenen Sachverhalten zu vergleichen, die regelmäßig der von der Antragstellerin herangezogenen deutschen Judikatur zu Grunde liegen würden. Das LV sehe eine eigene Zeile für das Anbieten eines Pauschalnachlasses vor. Gemäß Position 00 00 E1 unterliege ein Preisnachlass, sohin auch ein pauschaler Preisnachlass, immer der Gleitung. Punkt 5.3 der ÖNORM B 2111 unterscheide in Nachlässe in Prozentsätzen und in Nachlässe in absoluten Beträgen. Da für beide Arten von Nachlässen in der ÖNORM B 2111 unterschiedliche Vorgangsweisen hinsichtlich der Gleitung enthalten seien, könne nicht davon ausgegangen werden, dass der in Absolutbeträgen angegebene Nachlass in einen Nachlass in Prozent umgerechnet werde. Daraus könne geschlossen werden, dass einer Unterscheidung in "Pauschalnachlass" und "Nachlass als Pauschalsumme" der ÖNORM B 2111 fremd sei.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erstattete am 27. August 2007 begründete Einwendungen gemäß § 324 Abs 3 BVergG und führte zum Vorbringen betreffend fehlende technische Leistungsfähigkeit aus, dass sie sehr wohl Erdarbeiten im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen auch ohne Einsatz von Subunternehmern mit einem Auftragsvolumen von über EUR 2,5 Mio erbracht habe. Gerade bei dem (von der Antragstellerin selbst genannten) Referenzprojekt "Kolbnitz – Mühlendorf" habe die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im Erdbau nur teilweise Subunternehmer eingesetzt. Der überwiegende Teil mit einem Auftragsvolumen von über EUR 2,5 Mio sei ohne Subunternehmereinsatz erbracht worden. Entgegen der Darstellung der Antragstellerin sei es jedoch auch vollkommen belanglos, ob die genannten Referenzen mit oder ohne Subunternehmer erbracht worden seien. Der Katalog der Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit im klassischen Bereich sei taxativ. Zumindest der klassische Auftraggeber müsse daher mit den angeführten Angaben auskommen, um die technische Leistungsfähigkeit eines Bieters zu beurteilen. Da die in § 75 Abs 3 und 4 BVergG angeführte Aufzählung keinerlei Angaben über den Einsatz von Subunternehmern enthalte, gehe der Gesetzgeber offensichtlich davon aus, dass es für die technische Leistungsfähigkeit eines Bieters und für die Verwertbarkeit einer Referenz eben nicht darauf ankomme, ob und in welchem Ausmaß die Referenz unter Einsatz von Subunternehmern erbracht worden sei. Zum Vorbringen betreffend unzulässiger Preisnachlass führte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin aus, dass sich bereits aus dem Ausschreibungswortlaut eindeutig und zweifelsfrei ergebe, dass der Auftraggeber sowohl einen Prozentnachlass als auch einen Pauschalnachlass zugelassen habe. Die Antragstellerin beanstandete weiters, dass Angebote mit einem Prozentnachlass nicht mit Angeboten mit einem Pauschalnachlass vergleichbar seien. Die Antragstellerin wende sich damit aber in Wahrheit gegen die bestandsfest gewordene Ausschreibung. Ihr

diesbezügliches Vorbringen sei daher schon aus diesem Grunde zurückzuweisen. Im Übrigen verkenne die Antragstellerin das Wesen eines Einheitspreisvertrages. Bei einer Ausschreibung nach Einheitspreisen würden Mehr – oder Minderleistungen (gegenüber den ausgeschriebenen Massen) nämlich praktisch immer dazu führen, dass sich die relativen Preisabstände zwischen den Bietern verändern. Im Extremfall könne es auch zu einem höheren tatsächlich verrechneten Gesamtpreis des Zuschlagsempfängers gegenüber den angebotenen Gesamtpreisen von unterlegenen Bietern kommen. Das ändere aber nichts an der Vergleichbarkeit der Angebote. Würde man dabei auch Massenänderungen berücksichtigen, könnte niemals zu Einheitspreisen ausgeschrieben werden, weil dies immer eine Verschiebung der Preisabstände zwischen den Bietern zur Folge hätte. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erstattete am 27. August 2007 begründete Einwendungen gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG und führte zum Vorbringen betreffend fehlende technische Leistungsfähigkeit aus, dass sie sehr wohl Erdarbeiten im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen auch ohne Einsatz von Subunternehmern mit einem Auftragsvolumen von über EUR 2,5 Mio erbracht habe. Gerade bei dem (von der Antragstellerin selbst genannten) Referenzprojekt "Kolbnitz – Mühldorf" habe die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im Erdbau nur teilweise Subunternehmer eingesetzt. Der überwiegende Teil mit einem Auftragsvolumen von über EUR 2,5 Mio sei ohne Subunternehmereinsatz erbracht worden. Entgegen der Darstellung der Antragstellerin sei es jedoch auch vollkommen belanglos, ob die genannten Referenzen mit oder ohne Subunternehmer erbracht worden seien. Der Katalog der Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit im klassischen Bereich sei taxativ. Zumindest der klassische Auftraggeber müsse daher mit den angeführten Angaben auskommen, um die technische Leistungsfähigkeit eines Bieters zu beurteilen. Da die in Paragraph 75, Absatz 3 und 4 BVergG angeführte Aufzählung keinerlei Angaben über den Einsatz von Subunternehmern enthalte, gehe der Gesetzgeber offensichtlich davon aus, dass es für die technische Leistungsfähigkeit eines Bieters und für die Verwertbarkeit einer Referenz eben nicht darauf ankomme, ob und in welchem Ausmaß die Referenz unter Einsatz von Subunternehmern erbracht worden sei. Zum Vorbringen betreffend unzulässiger Preisnachlass führte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin aus, dass sich bereits aus dem Ausschreibungswortlaut eindeutig und zweifelsfrei ergebe, dass der Auftraggeber sowohl einen Prozentnachlass als auch einen Pauschalnachlass zugelassen habe. Die Antragstellerin beanstandete weiters, dass Angebote mit einem Prozentnachlass nicht mit Angeboten mit einem Pauschalnachlass vergleichbar seien. Die Antragstellerin wende sich damit aber in Wahrheit gegen die bestandsfest gewordene Ausschreibung. Ihr diesbezügliches Vorbringen sei daher schon aus diesem Grunde zurückzuweisen. Im Übrigen verkenne die Antragstellerin das Wesen eines Einheitspreisvertrages. Bei einer Ausschreibung nach Einheitspreisen würden Mehr – oder Minderleistungen (gegenüber den ausgeschriebenen Massen) nämlich praktisch immer dazu führen, dass sich die relativen Preisabstände zwischen den Bietern verändern. Im Extremfall könne es auch zu einem höheren tatsächlich verrechneten Gesamtpreis des Zuschlagsempfängers gegenüber den angebotenen Gesamtpreisen von unterlegenen Bietern kommen. Das ändere aber nichts an der Vergleichbarkeit der Angebote. Würde man dabei auch Massenänderungen berücksichtigen, könnte niemals zu Einheitspreisen ausgeschrieben werden, weil dies immer eine Verschiebung der Preisabstände zwischen den Bietern zur Folge hätte.

Die Antragstellerin erstattete am 13. September 2007 eine Gegenschrift und bestritt das rechtliche Argument der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zur fehlenden technischen Leistungsfähigkeit: Wenn die Voraussetzungen des § 76 BVergG nicht erfüllt seien, gelte die Referenz nur für den, der die entsprechende Tätigkeit auch selbst erbracht habe. Auch aus den Materialien könne nichts anderes abgeleitet werden; nur das, dass es nicht darauf ankomme, dass der, der die Referenzleistung tatsächlich erbracht habe, diese unmittelbar als Hauptauftragnehmer des Hauptauftraggebers oder als Subauftragnehmer des Auftraggebers (= Subauftraggeber) erbracht habe. Beim faktischen Argument werde es darauf ankommen, was das Beweisverfahren ergeben werde: Wenn die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin tatsächlich die genannten Erdarbeiten selbst erbracht habe, sei insofern die technische Leistungsfähigkeit gegeben; falls nicht, sei die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben. Nach der Information der Antragstellerin habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin diese Leistungen nicht selbst erbracht. Das werde das Beweisverfahren in der mündlichen Verhandlung ergeben. Bezüglich "Pauschalnachlass" sei die entscheidende Frage, ob die Ausschreibungsunterlage so zu interpretieren sei, dass die Vorschrift, wonach ein Preisnachlass auch bei Mehr- und Minderleistungen gelte, auch dann einen Sinn ergebe, wenn ein Bieter die zweite Zeile im Summenblatt (also einen Nachlass ohne Prozentangabe) ausfülle oder ob die Ausschreibungsunterlage so zu interpretieren sei, dass hier ein Pauschalnachlass angeboten werden könne und somit die Ausschreibungsunterlage offensichtlich widersprüchlich sei. Ein sorgfältiger Leser der Ausschreibungsunterlage

könne zunächst einmal nicht davon ausgehen, dass die Ausschreibungsunterlage in sich widersprüchlich sei. Dadurch, dass eine Zeile vorgesehen sei, wo ein Nachlass ohne Prozentangabe angegeben werden könne, sei der Schluss zu ziehen, dass ein Nachlass, der mit dem Mehr- und Minderleistungen wachse bzw. schrumpfe, sowohl in einer Prozentangabe als auch in einem Betrag ausgefüllt werden könne; faktisch bedeute das, der Bieter könne wählen zwischen runden Prozentsatz (zB 3%) und den sich daraus ergebenden unrunder Betrag oder runden Betrag (zB EUR 350.000,00) und dem sich daraus ergebenden unrunder Prozentsatz. Es bestehe kein Anlass, die Ausschreibung – nur wegen einer zusätzlichen Leerzeile – so zu interpretieren, dass hier ein "Pauschalnachlass" angeboten werden könne, der im Widerspruch zu der Vorschrift stehe, dass der Nachlass bei Mehr- und Minderleistungen betragsmäßig aliquot wachse bzw. schrumpfe. Die Ausschreibung selbst enthalte an keiner Stelle einen Hinweis, dass ein "Pauschalnachlass" zulässig wäre. Durch das Angebot eines "Pauschalnachlasses" liege ein nicht ausschreibungskonformes Angebot vor, weil sich ein Pauschalnachlass entgegen Pkt. 1.4.1 der AGB ÖBB auch bei Mehr- und Minderleistungen nicht ändere. Die Antragstellerin erstattete am 13. September 2007 eine Gegenschrift und bestritt das rechtliche Argument der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zur fehlenden technischen Leistungsfähigkeit: Wenn die Voraussetzungen des Paragraph 76, BVergG nicht erfüllt seien, gelte die Referenz nur für den, der die entsprechende Tätigkeit auch selbst erbracht habe. Auch aus den Materialien könne nichts anderes abgeleitet werden; nur das, dass es nicht darauf ankomme, dass der, der die Referenzleistung tatsächlich erbracht habe, diese unmittelbar als Hauptauftragnehmer des Hauptauftraggebers oder als Subauftragnehmer des Auftraggebers (= Subauftraggeber) erbracht habe. Beim faktischen Argument werde es darauf ankommen, was das Beweisverfahren ergeben werde: Wenn die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin tatsächlich die genannten Erdarbeiten selbst erbracht habe, sei insofern die technische Leistungsfähigkeit gegeben; falls nicht, sei die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben. Nach der Information der Antragstellerin habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin diese Leistungen nicht selbst erbracht. Das werde das Beweisverfahren in der mündlichen Verhandlung ergeben. Bezüglich "Pauschalnachlass" sei die entscheidende Frage, ob die Ausschreibungsunterlage so zu interpretieren sei, dass die Vorschrift, wonach ein Preisnachlass auch bei Mehr- und Minderleistungen gelte, auch dann einen Sinn ergebe, wenn ein Bieter die zweite Zeile im Summenblatt (also einen Nachlass ohne Prozentangabe) ausfülle oder ob die Ausschreibungsunterlage so zu interpretieren sei, dass hier ein Pauschalnachlass angeboten werden könne und somit die Ausschreibungsunterlage offensichtlich widersprüchlich sei. Ein sorgfältiger Leser der Ausschreibungsunterlage könne zunächst einmal nicht davon ausgehen, dass die Ausschreibungsunterlage in sich widersprüchlich sei. Dadurch, dass eine Zeile vorgesehen sei, wo ein Nachlass ohne Prozentangabe angegeben werden könne, sei der Schluss zu ziehen, dass ein Nachlass, der mit dem Mehr- und Minderleistungen wachse bzw. schrumpfe, sowohl in einer Prozentangabe als auch in einem Betrag ausgefüllt werden könne; faktisch bedeute das, der Bieter könne wählen zwischen runden Prozentsatz (zB 3%) und den sich daraus ergebenden unrunder Betrag oder runden Betrag (zB EUR 350.000,00) und dem sich daraus ergebenden unrunder Prozentsatz. Es bestehe kein Anlass, die Ausschreibung – nur wegen einer zusätzlichen Leerzeile – so zu interpretieren, dass hier ein "Pauschalnachlass" angeboten werden könne, der im Widerspruch zu der Vorschrift stehe, dass der Nachlass bei Mehr- und Minderleistungen betragsmäßig aliquot wachse bzw. schrumpfe. Die Ausschreibung selbst enthalte an keiner Stelle einen Hinweis, dass ein "Pauschalnachlass" zulässig wäre. Durch das Angebot eines "Pauschalnachlasses" liege ein nicht ausschreibungskonformes Angebot vor, weil sich ein Pauschalnachlass entgegen Pkt. 1.4.1 der AGB ÖBB auch bei Mehr- und Minderleistungen nicht ändere.

Mündliche Verhandlung

Am 19. September 2007 fand vor dem Bundesvergabeamt eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Zur Position 00.00.E1 (Preise, Nachweise) führte der Auftraggeber erklärend aus, dass mit dem Wort "Gleitung" die Preismrechnung gemeint sei. Die Gleitung beziehe sich jedoch nur auf Indexänderungen, nicht auf Mengenänderungen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin führte zum Begriff "Pauschal" aus, dass die Hinzufügung der Klarstellung dienen sollte. Es hätte sich jedoch praktisch nichts geändert, wenn man das Wort "Pauschal" nicht ausdrücklich erwähnt hätte. Der Geschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin führte zum Referenzprojekt "Kolbnitz-Mühlendorf" aus, dass die dort durchgeführten Erdarbeiten EUR 4.512.000,-- betragen hätten. Davon habe betragsmäßig EUR 842.000,-- die Fa. C*** sowie EUR 332.000,-- die Fa. D*** an Subunternehmerleistungen erbracht. Die restliche Summe (= EUR 3.338.000,--) sei von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin selbst ausgeführt worden. Beim vorliegenden Projekt habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin für die Erdarbeiten keinen Subunternehmer benannt, da sie diese Arbeiten selbst ausführen werde. Der Vertreter der Antragstellerin führte zum Projekt "Kolbnitz-Mühlendorf" aus, dass in Erfahrung gebracht

worden sei, dass die restliche Summe (= EUR 3.338.000,--) in Regie vergeben worden sei. Diese Behauptungen wurden vom Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin bestritten. Zur technischen Leistungsfähigkeit führte der Geschäftsführer weiters aus, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in den letzten 6 Jahren 70 Baustellen im Gefährdungsbereich Bahn durchgeführt habe.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen, Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber hat die gegenständlichen Leistungen im Wege eines offenen Verfahrens ausgeschrieben. Die Ausschreibung ist Bestandteil des selektiven zweigleisigen Ausbaus der Hochleistungsstrecke Linz – Selzthal.

Pos 00. 00.A3 40 0 Z (tLF-Anforderung: Gefährdungsbereich Bau) des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis lautet:

Für die Vergabe der Arbeiten kommen nur Unternehmen in Betracht, die gewährleisten, dass sie über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen Leistungen auch im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen sowie die entsprechende Leistungsfähigkeit über die gesamte Bauzeit verfügen und vergleichbare Arbeiten in den letzten 5 Jahren bereits durchgeführt haben.

Als Nachweis sind vorzulegen: Eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten vergleichbaren Bauleistungen, über deren Ausführung mit Angabe des Ortes, der Zeit und des Wertes der Leistungserfüllung sowie der AG einschließlich deren Kontaktpersonen; sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben.

Pos 00. 00.C2 12 0 (AGB - Bauaufträge 01.2007) des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis ordnet an:

Es gelten ausschließlich die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für Bauaufträge (AGB b), Ausgabe 01.2007". Die AGB stehen im Internet auf www.oebb.at "B2B Online" zur Verfügung.

Pkt 1.4.1 der AGB des ÖBB Konzerns für Bauaufträge lautet wie folgt:

Der Preisnachlass für eine Leistung gilt auch für Vertragsanpassungen unter Ausübung des Leistungsänderungsrechts sowie Mehr- und Minderleistungen.

Pos 00 00.E1 (Preise, Nachlässe) des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis lautet wie folgt:

Ein Preisnachlass unterliegt immer der Gleitung.

Die letzte Seite (548) des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses legt insbesondere Nachfolgendes fest:

LV-Summe

Nachlass/Aufschlag auf LV-Summe ... %

Nachlass/Aufschlag auf LV-Summe (EUR)

Summe Nachlässe/Aufschläge

Die Angebotsöffnung erfolgte am 18. Juni 2007. Die Angebotssumme der B*** beläuft sich auf EUR 5.559.952,38; die Angebotssumme der A*** (= Antragstellerin) auf EUR 5.572.633,51. Die B*** hat in ihrem Angebot vom 18. Juni 2007 an mehrfacher Stelle darauf hingewiesen, dass sie einen "Pauschalnachlass" von EUR 350.000,00 gewährt und diesen Betrag in der Zeile "Nachlass/Aufschlag auf LV-Summe (EUR)" des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses eingesetzt.

Im Vergabeakt des Auftraggebers, Ordner 1, F, befindet sich eine Referenzliste der B*** (Datum: 14. Juni 2005) mit insgesamt 9 (in den letzten fünf Jahren ausgeführten) Referenzprojekten, darunter das Projekt "Zweigleisiger Ausbau, Tauernautobahn, Baulos 2.1, Abschnitt Kolbnitz-Mühdorf" mit einer Gesamtauftragssumme von netto EUR 13.428.505,47 sowie das Projekt "Zweigleisiger Ausbau Brandstatt-Loifarn Bauphase 1" mit einer Gesamtauftragssumme von netto EUR 15.000.000,00.

Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers erfolgte am 1. August 2007 zu Gunsten des Angebotes der B***. Der Auftraggeber führte dazu aus, dass in der Ausschreibung als einziges Zuschlagskriterium der Preis angeführt war und sich daher die Vorteile des erfolgreichen Angebotes durch den günstigeren Gesamtpreis ergeben.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ist öffentlicher Auftraggeber iSv §§ 3 Abs 1 Z 2 iVm 164 und 169 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß §§ 4 iVm Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraphen 3, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit 164 und 169 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraphen 4, iVm

1. 174.Ziffer 174

Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses beträgt EUR 5,1 Mio, der des Gesamtvorhabens EUR 14,6 Mio und liegt somit über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass insgesamt ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses beträgt EUR 5,1 Mio, der des Gesamtvorhabens EUR 14,6 Mio und liegt somit über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass insgesamt ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt 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 gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Nachprüfungsantrag den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG genügt; ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages iSv § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Schließlich ist festzuhalten, dass der Nachprüfungsantrag den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG genügt; ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages iSv Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Nach den Ausführungen der Antragstellerin sei die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 1. August 2007 zu Gunsten der B*** aus zwei Gründen mit Rechtswidrigkeit behaftet:

1. 1.Ziffer eins

fehlende technische Leistungsfähigkeit der B*** und

2. 2.Ziffer 2

ausschreibungswidrig angebotener "Pauschalnachlass" der B***.

1. 1.Ziffer eins

Zur technischen Leistungsfähigkeit der B***:

Gemäß § 228 Abs 1 BVergG haben Sektorenauftraggeber für die Durchführung eines Vergabeverfahrens objektive Eignungskriterien festzulegen, die allen interessierten Unternehmern zugänglich sein müssen. Gemäß § 231 Abs 2 BVergG sind die vom Unternehmer geforderten Nachweise vom Sektorenauftraggeber festzulegen. Die erläuternden Bemerkungen führen zu den §§ 228 bis 231 aus, dass die im zweiten Teil für öffentliche Auftraggeber detaillierten Regelungen über die zu verlangenden Nachweise für die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (§§ 71 ff) im Sektorenbereich nicht maßgeblich sind. Dem (Sektoren)Auftraggeber kommt daher bei der Festlegung der konkret verlangten Nachweise ein größerer Spielraum zu (RV 1171 BlgNR 22. GP 117). Gemäß Paragraph 228, Absatz eins, BVergG haben Sektorenauftraggeber für die Durchführung eines Vergabeverfahrens objektive Eignungskriterien festzulegen, die allen interessierten Unternehmern zugänglich sein müssen. Gemäß Paragraph 231, Absatz 2, BVergG sind die vom Unternehmer geforderten Nachweise vom Sektorenauftraggeber festzulegen. Die erläuternden Bemerkungen führen zu den Paragraphen 228 bis 231 aus, dass die im zweiten Teil für öffentliche Auftraggeber detaillierten Regelungen über die zu verlangenden Nachweise für die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (Paragraphen 71, ff) im Sektorenbereich nicht maßgeblich sind. Dem (Sektoren)Auftraggeber kommt daher bei der Festlegung der konkret verlangten Nachweise ein größerer Spielraum zu Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 117).

Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass das Volumen für Erdbauarbeiten beim gegenständlichen Auftrag rund EUR 2,5 bis 3 Mio betrage und die Behauptung aufgestellt, dass (insbesondere) beim Projekt "Kolbnitz – Mühldorf" die Erdarbeiten nicht von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ausgeführt worden seien, sondern sie sich

dabei ausschließlich auf Subunternehmer gestützt habe. In der Gegenschrift vom 13. September 2007 konkretisierte die Antragstellerin dieses Vorbringen dahingehend, dass es beim faktischen Argument darauf ankommen werde, was das Beweisverfahren ergebe: Wenn die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Erdarbeiten beim Projekt "Kolbnitz – Mühldorf" tatsächlich selbst erbracht habe, sei insofern die technische Leistungsfähigkeit gegeben. In der mündlichen Verhandlung listete der Geschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die Leistungen hinsichtlich des Referenzprojektes "Kolbnitz-Mühldorf" im Einzelnen auf: die Erdarbeiten hätten insgesamt EUR 4.512.000,-- betragen. Davon seien betragsmäßig EUR 842.000,-- von der Fa. C*** sowie EUR 332.000,-- von der Fa. D*** als Subunternehmer erbracht worden. Die restliche Summe (= EUR 3.338.000,--) sei von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin selbst ausgeführt worden. Der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin stellte die Vermutung aus, dass die besagte restliche Summe von EUR 3.338.000,-- in "Regie" vergeben worden sei, was jedoch vom Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ausdrücklich bestritten worden ist. Der Vertreter der Antragstellerin legte bezüglich dieser Behauptungen keine weiteren Beweismittel vor.

Gemäß § 45 Abs. 2 AVG hat die Behörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Das Bundesvergabeamt vermag keine Gründe dafür zu erkennen, die Aussagen des (mit dem Sachverhalt vertrauten) Geschäftsführers der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin grundsätzlich in Zweifel zu ziehen. Die Antragstellerin hätte die konkrete Aufschlüsselung der tatsächlich erbrachten Leistungen beim Projekt "Kolbnitz-Mühldorf" glaubhaft zu widerlegen versuchen müssen, was jedoch in der mündlichen Verhandlung unterblieben ist. Somit kann aber schon aufgrund des "faktischen" Arguments (so jedenfalls die Formulierung der Antragstellerin in ihrer Gegenschrift) davon ausgegangen werden, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Erdarbeiten im Ausmaß von über EUR 3 Mio selbst erbracht hat und insoweit die technische Leistungsfähigkeit als gegeben anzunehmen ist. Gemäß Paragraph 45, Absatz 2, AVG hat die Behörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Das Bundesvergabeamt vermag keine Gründe dafür zu erkennen, die Aussagen des (mit dem Sachverhalt vertrauten) Geschäftsführers der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin grundsätzlich in Zweifel zu ziehen. Die Antragstellerin hätte die konkrete Aufschlüsselung der tatsächlich erbrachten Leistungen beim Projekt "Kolbnitz-Mühldorf" glaubhaft zu widerlegen versuchen müssen, was jedoch in der mündlichen Verhandlung unterblieben ist. Somit kann aber schon aufgrund des "faktischen" Arguments (so jedenfalls die Formulierung der Antragstellerin in ihrer Gegenschrift) davon ausgegangen werden, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Erdarbeiten im Ausmaß von über EUR 3 Mio selbst erbracht hat und insoweit die technische Leistungsfähigkeit als gegeben anzunehmen ist.

Im Übrigen vermögen aber auch die rechtlichen Ausführungen der Antragstellerin nicht zu überzeugen. Aus der einschlägigen Ausschreibungsbedingung zur technischen Leistungsfähigkeit (vgl. Pos 00. 00.A3 40 0 Z des LV) kann nämlich nicht - so wie die Antragstellerin vermeint - der Schluss gezogen werden, dass ein Referenzprojekt dann nicht zu werten wäre, wenn im Rahmen dieses konkreten Projektes auch Subunternehmer beigezogen worden sind. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des - unangefochten und somit bestandskräftig gewordenen - Ausschreibungstextes, wonach lediglich dann der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben ist, wenn davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht worden sind. Da bereits festgehalten wurde, dass dem Sektorenauftraggeber bei der Festlegung der konkret zu verlangenden Eignungsnachweise ein größerer Gestaltungsspielraum als dem "klassischen" Auftraggeber zukommt, kann es gegenständlich nur darauf ankommen, ob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine Referenzliste über vergleichbare Bauleistungen (im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen) dem Angebot beigelegt hat, was unstrittig erwiesen ist (vgl. Sachverhaltsfeststellungen). Dass aber die seitens der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin genannten Referenzprojekte "Kolbnitz-Mühldorf" und "Brandstatt-Loifarn" mit dem gegenständlichen Projekt nicht vergleichbar wären, wurde von der Antragstellerin nicht einmal behauptet, womit sie aber auch grundsätzlich für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen sind. Zusammenfassend kann somit dem Vorbringen der Antragstellerin zur fehlenden technischen Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht gefolgt werden. Im Übrigen vermögen aber auch die rechtlichen Ausführungen der Antragstellerin nicht zu überzeugen. Aus der einschlägigen Ausschreibungsbedingung zur technischen Leistungsfähigkeit vergleiche Pos 00. 00.A3 40 0 Z des LV) kann nämlich nicht - so wie die Antragstellerin vermeint - der Schluss gezogen werden, dass ein Referenzprojekt dann nicht zu werten wäre, wenn im Rahmen dieses konkreten Projektes auch Subunternehmer

beigezogen worden sind. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des - unangefochten und somit bestandskräftig gewordenen - Ausschreibungstextes, wonach lediglich dann der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben ist, wenn davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht worden sind. Da bereits festgehalten wurde, dass dem Sektorenauftraggeber bei der Festlegung der konkret zu verlangenden Eignungsnachweise ein größerer Gestaltungsspielraum als dem "klassischen" Auftraggeber zukommt, kann es gegenständlich nur darauf ankommen, ob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine Referenzliste über vergleichbare Bauleistungen (im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen) dem Angebot beigelegt hat, was unstrittig erwiesen ist (vergleiche Sachverhaltsfeststellungen). Dass aber die seitens der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin genannten Referenzprojekte "Kolbnitz-Mühldorf" und "Brandstatt-Loifarn" mit dem gegenständlichen Projekt nicht vergleichbar wären, wurde von der Antragstellerin nicht einmal behauptet, womit sie aber auch grundsätzlich für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen sind. Zusammenfassend kann somit dem Vorbringen der Antragstellerin zur fehlenden technischen Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht gefolgt werden.

1. 2.Ziffer 2

Zum angebotenen "Pauschalnachlass":

Zunächst ist der Behauptung der Antragstellerin, wonach in der Ausschreibung ausschließlich ein "Prozentnachlass" verlangt worden sei, entgegen zu treten. Die letzte Seite des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses (548) kann nur dahingehend interpretiert werden, dass der Auftraggeber zwei Möglichkeiten für das Anbieten eines Nachlasses (bzw. Aufschlages) vorsehen wollte: Entweder in Prozent (vgl. "%") oder in Form eines Betrages (vgl. "EUR"). Wenn nunmehr die Antragstellerin die Seite 548 des LV dahingehend zu interpretieren versucht, dass anstelle eines Prozentnachlasses auch eine Pauschalsumme angegeben werden könne, ohne dass es dadurch ein "Pauschalnachlass" werde und der Auftraggeber habe sich selbst den entsprechenden Prozentsatz auszurechnen, der dann die Grundlage für die Preisgleitung bilden würde, so vermögen diese Ausführungen nicht zu überzeugen. Grundsätzlich ist mit der Literatur davon auszugehen, dass zwischen dem Nachlass in einem Geldbetrag (= "pauschaler Nachlass") und einem prozentuellen Nachlass unterschieden wird (so jedenfalls Kropik, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit² [2001] 163; siehe zur Möglichkeit Preisnachlässe in verschiedenen Formen – in concreto in Euro-Beträgen und in Vomhundertsätzen – anzubieten auch Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB10 [2003] A § 25 Rdn. 159). Wenn man nun – so wie die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin – auf Seite 548 des LV einen Nachlass von EUR 350.000,- angeboten hat, dann kann es sich – gestützt auf die zitierte Literatur – per definitionem nur um einen "pauschalen Nachlass" (oder – in der Formulierung der Antragstellerin – um einen "Pauschalnachlass") handeln. Folgte man dagegen den Ausführungen der Antragstellerin, so wäre die – explizit auf Seite 548 des LV zum Ausdruck gebrachte – Unterscheidung zwischen

Zunächst ist der Behauptung der Antragstellerin, wonach in der Ausschreibung ausschließlich ein "Prozentnachlass" verlangt worden sei, entgegen zu treten. Die letzte Seite des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses (548) kann nur dahingehend interpretiert werden, dass der Auftraggeber zwei Möglichkeiten für das Anbieten eines Nachlasses (bzw. Aufschlages) vorsehen wollte: Entweder in Prozent (vgl. "%") oder in Form eines Betrages (vgl. "EUR"). Wenn nunmehr die Antragstellerin die Seite 548 des LV dahingehend zu interpretieren versucht, dass anstelle eines Prozentnachlasses auch eine Pauschalsumme angegeben werden könne, ohne dass es dadurch ein "Pauschalnachlass" werde und der Auftraggeber habe sich selbst den entsprechenden Prozentsatz auszurechnen, der dann die Grundlage für die Preisgleitung bilden würde, so vermögen diese Ausführungen nicht zu überzeugen. Grundsätzlich ist mit der Literatur davon auszugehen, dass zwischen dem Nachlass in einem Geldbetrag (= "pauschaler Nachlass") und einem prozentuellen Nachlass unterschieden wird (so jedenfalls Kropik, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit² [2001] 163; siehe zur Möglichkeit Preisnachlässe in verschiedenen Formen – in concreto in Euro-Beträgen und in Vomhundertsätzen – anzubieten auch Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB10 [2003] A Paragraph 25, Rdn. 159). Wenn man nun – so wie die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin – auf Seite 548 des LV einen Nachlass von EUR 350.000,- angeboten hat, dann kann es sich – gestützt auf die zitierte Literatur – per definitionem nur um einen "pauschalen Nachlass" (oder – in der Formulierung der Antragstellerin – um einen "Pauschalnachlass") handeln. Folgte man dagegen den Ausführungen der Antragstellerin, so wäre die – explizit auf Seite 548 des LV zum Ausdruck gebrachte – Unterscheidung zwischen

Nachlass/Aufschlag in "%" (= "prozentueller" Nachlass) und Nachlass/Aufschlag in "EUR" (= "pauschaler" Nachlass)

sinnentleert. Somit liegt aber schon deshalb kein ausschreibungswidriges Angebot vor, da die Ausschreibung – entgegen den Ausführungen der Antragstellerin – ausdrücklich einen Nachlass in Form eines Geldbetrages, somit einen "Pauschalnachlass", für zulässig erklärt hat. Insoweit unterscheidet sich der gegenständliche Sachverhalt von jenen Ausgangskonstellationen in der zitierten deutschen Rechtsprechung.

Der angebotene Pauschalnachlass von EUR 350.000,-- kann auch nicht in Widerspruch zu den Bestimmungen der Position 00. 00.E1 (Ein Preisnachlass unterliegt immer der Gleitung,) sowie Pkt. 1.4.1 der AGB-ÖBB (Der Preisnachlass für eine Leistung gilt auch für Vertragsanpassungen unter Ausübung des Leistungsänderungsrechts sowie Mehr- und Minderleistungen.) gebracht werden. Zunächst bleibt die Antragstellerin eine Begründung dafür, warum ein pauschaler Nachlass nicht der Indexanpassung unterliegen soll, schuldig. Die Bestimmung im LV, wonach ein Preisnachlass immer der Gleitung unterliegt, bezieht sich – so jedenfalls die plausible Ausklärung des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung – ausschließlich auf Indexänderungen; Mengenänderungen (Mehr- oder Minderleistungen im Zuge der Vertragsausführung) sind dagegen von dieser Bestimmung unberührt. Dass das Wort "Gleitung" nur im Zusammenhang mit Indexänderungen in Verbindung gebracht werden kann, erhellt sich auch aus dem Umstand, dass die Annahme der Antragstellerin, die Gleitung würde sich auch auf Mengenänderungen beziehen und demzufolge das Anbieten eines pauschalen Nachlasses nicht miteinander vergleichende Angebote mit sich brächte, womit aber ausschließlich prozentuelle Nachlässe berücksichtigt werden dürften, im Ergebnis wiederum dazu führen würde, dass die – auf Seite 548 des LV explizit vorgenommene – Möglichkeit der Gewährung des Nachlasses in "EUR" bzw. in "%" keinen Sinn ergeben würde.

Dass jedoch ein pauschaler Nachlass bei Annahme von Mehr- oder Minderleistungen im Zuge der Vertragsausführung – im Gegensatz zum prozentuellen – unterschiedliche Konsequenzen nach sich ziehen kann, liegt bereits im Wesen eines pauschalen Nachlasses begründet, sonst wäre die Unterscheidung zwischen diesen beiden Formen der Nachlassgewährung wiederum sinnentleert. Dies verdeutlicht nicht zuletzt das von der Antragstellerin in ihrer Gegenschrift herangezogene Beispiel, wonach ein Pauschalnachlass (offenkundig) nur in jenem Fall für den einzelnen Bieter vorteilhafter wäre, wenn es im Zuge der Vertragsausführung zu Mehrleistungen kommt; eine (gleichfalls nicht vorhersehbare) Annahme von Minderleistungen würde dagegen nachteilige Folgen mit sich bringen. Somit ist es aber ausschließlich der Risikosphäre des anzubietenden Bieters anheimgestellt, anstelle des prozentuellen Nachlasses einen pauschalen Nachlass in Form eines Geldbetrages anzubieten (vorausgesetzt, die Ausschreibung lässt eine solche Wahlmöglichkeit – wie gegenständlich – zu) und allfällige Mehr- oder Minderleistungen im Zuge der Vertragsausführung bewusst ins Kalkül zu ziehen. Entgegen der Behauptung der Antragstellerin kann aber insofern – bei Anbieten eines pauschalen Nachlasses – gerade kein Widerspruch zur Bestimmung des Pkt. 1.4.1 der AGB ÖBB erkannt werden, da diese Bestimmung lediglich zum Ausdruck bringt, dass der angebotene Preisnachlass auch bei Mehr- und Minderleistungen zu gelten hat (vgl. die Formulierung "gilt"). Eine plausible und nachvollziehbare Begründung dafür, warum ein pauschaler Preisnachlass nicht für Mehr- und Minderleistungen gelten kann, blieb die Antragstellerin wiederum schuldig. Die aus der Art der Anbietensform ("prozentuell" bzw. "pauschal") sich daraus ergebenden (möglichen) unterschiedlichen praktischen Auswirkungen wurden bereits aufgezeigt und können jedenfalls keinen Ausschreibungswiderspruch begründen. Dass jedoch ein pauschaler Nachlass bei Annahme von Mehr- oder Minderleistungen im Zuge der Vertragsausführung – im Gegensatz zum prozentuellen – unterschiedliche Konsequenzen nach sich ziehen kann, liegt bereits im Wesen eines pauschalen Nachlasses begründet, sonst wäre die Unterscheidung zwischen diesen beiden Formen der Nachlassgewährung wiederum sinnentleert. Dies verdeutlicht nicht zuletzt das von der Antragstellerin in ihrer Gegenschrift herangezogene Beispiel, wonach ein Pauschalnachlass (offenkundig) nur in jenem Fall für den einzelnen Bieter vorteilhafter wäre, wenn es im Zuge der Vertragsausführung zu Mehrleistungen kommt; eine (gleichfalls nicht vorhersehbare) Annahme von Minderleistungen würde dagegen nachteilige Folgen mit sich bringen. Somit ist es aber ausschließlich der Risikosphäre des anzubietenden Bieters anheimgestellt, anstelle des prozentuellen Nachlasses einen pauschalen Nachlass in Form eines Geldbetrages anzubieten (vorausgesetzt, die Ausschreibung lässt eine solche Wahlmöglichkeit – wie gegenständlich – zu) und allfällige Mehr- oder Minderleistungen im Zuge der Vertragsausführung bewusst ins Kalkül zu ziehen. Entgegen der Behauptung der Antragstellerin kann aber insofern – bei Anbieten eines pauschalen Nachlasses – gerade kein Widerspruch zur Bestimmung des Pkt. 1.4.1 der AGB ÖBB erkannt werden, da diese Bestimmung lediglich zum Ausdruck bringt, dass der angebotene Preisnachlass auch bei Mehr- und Minderleistungen zu gelten hat (vergleiche die Formulierung "gilt"). Eine plausible und nachvollziehbare Begründung dafür, warum ein pauschaler Preisnachlass nicht für Mehr- und

Minderleistungen gelten kann, blieb die Antragstellerin wiederum schuldig. Die aus der Art der Anbietensform ("prozentuell" bzw. "pauschal") sich daraus ergebenden (möglichen) unterschiedlichen praktischen Auswirkungen wurden bereits aufgezeigt und können jedenfalls keinen Ausschreibungswiderspruch begründen.

Die von der Antragstellerin selbst herangezogene "entscheidende Frage" liegt vielmehr in den Ausschreibungsbedingungen begründet, die jedoch - mangels Anfechtung innerhalb offener Frist gemäß § 321 Abs 2 BVergG - "bestandskräftig" geworden sind (vgl. zur Bestandskraft von gesondert anfechtbaren Entscheidungen RV 1171 BlgNR 22. GP 138; siehe dazu auch VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200 sowie jüngst BVA 7.9.2007, N/0026-BVA/03/2007-60 und BVA 18.7.2007, N/0080-BVA/01/2007-20). Die Antragstellerin versucht nunmehr diese Bestimmungen (im Nachhinein) dahingehend zu interpretieren, dass im Ergebnis ausschließlich ein prozentueller Nachlass angeboten werden hätte können, was jedoch mit den Vorgaben auf Seite 548 des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses nicht in Einklang gebracht werden kann. Die von der Antragstellerin selbst herangezogene "entscheidende Frage" liegt vielmehr in den Ausschreibungsbedingungen begründet, die jedoch - mangels Anfechtung innerhalb offener Frist gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG - "bestandskräftig" geworden sind vergleiche zur Bestandskraft von gesondert anfechtbaren Entscheidungen Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 138; siehe dazu auch VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200 sowie jüngst BVA 7.9.2007, N/0026-BVA/03/2007-60 und BVA 18.7.2007, N/0080-BVA/01/2007-20). Die Antragstellerin versucht nunmehr diese Bestimmungen (im Nachhinein) dahingehend zu interpretieren, dass im Ergebnis ausschließlich ein prozentueller Nachlass angeboten werden hätte können, was jedoch mit den Vorgaben auf Seite 548 des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses nicht in Einklang gebracht werden kann.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin angebotene pauschale Nachlass in Form von EUR 350.000,-- nicht im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen steht und der Antrag auch diesbezüglich als unbegründet abzuweisen war. Die Abweisung des Antrages auf Zuerkennung der eingezahlten Pauschalgebühr ergibt sich bereits aus § 319 Abs. 1 BVergG, da die Antragstellerin vor dem Bundesvergabeamt nicht obsiegt hat. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin angebotene pauschale Nachlass in Form von EUR 350.000,-- nicht im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen steht und der Antrag auch diesbezüglich als unbegründet abzuweisen war. Die Abweisung des Antrages auf Zuerkennung der eingezahlten Pauschalgebühr ergibt sich bereits aus Paragraph 319, Absatz eins, BVergG, da die Antragstellerin vor dem Bundesvergabeamt nicht obsiegt hat.

Schlagworte

Eignung, Referenz, Nachlass;

Dokumentnummer

VERGT_20070925_N_0076_BVA_12_2007_21_00

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