

TE Verg Bescheid 2007/5/15 N/0032-BVA/07/2007-39

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.05.2007

Norm

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320

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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch MR Dr. Michael Sachs als Vertreter der Vorsitzenden des Senates 7, durch Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dipl.-Ing. Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Hochwasserschutz Bregenzrach Bezau-Reuthe km 35.6 bis 36.4 linksufrig, Teil A und B", der Auftraggeber Republik Österreich, Bundeswasserbauverwaltung (Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), Marktgemeinde Bezau und Gemeinde Reuthe, alle vertreten durch das Amt der Vorarlberger Landesregierung, Abteilung VII.d, über Antrag der A***, alle vertreten durch X***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch MR Dr. Michael Sachs als Vertreter der Vorsitzenden des Senates 7, durch Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dipl.-Ing. Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Hochwasserschutz Bregenzrach Bezau-Reuthe km 35.6 bis 36.4 linksufrig, Teil A und B", der Auftraggeber Republik Österreich, Bundeswasserbauverwaltung (Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), Marktgemeinde Bezau und Gemeinde Reuthe, alle vertreten durch das Amt der Vorarlberger Landesregierung, Abteilung römisch sieben.d, über Antrag der A***, alle vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Spruch

Die Anträge werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 319, 320 ff BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 319, 320, ff BVergG 2006

Begründung

Mit Schreiben vom 5.4.2007 stellte die Antragstellerin gemäß § 320 BVergG 2006 das Begehren auf Durchführung eines

Nachprüfungsverfahrens sowie auf Gebührenersatz betreffend das Vergabeverfahren Hochwasserschutz Bregenzerach Bezau-Reuthe, km Mit Schreiben vom 5.4.2007 stellte die Antragstellerin gemäß Paragraph 320, BVergG 2006 das Begehren auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens sowie auf Gebührenersatz betreffend das Vergabeverfahren Hochwasserschutz Bregenzerach Bezau-Reuthe, km

35.6 bis km 36.4 linksufrig, Teil A. und B.

Begründet wurde dieses Nachprüfungsbegehren mit der Zuschlagsentscheidung durch die Auftraggeberinnen Republik Österreich, Bundeswasserbauverwaltung (Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), Marktgemeinde Bezau, Gemeinde Reuthe, alle vertreten durch das Amt der Vorarlberger Landesregierung, vom 3.4.2007. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag der B*** für Teil A und B der Leistung zu erteilen. Eine derartige Zuschlagsentscheidung sei jedoch wegen folgender Gründe rechtswidrig:

Das Angebot der Billigstbieterin sei spekulativ. Zwischen dem Angebot der Billigstbieterin und dem der Antragstellerin ergebe sich eine nicht nachvollziehbare Differenz der angebotenen Teilpreise von mehr als EUR 80.000. Diese Differenz könne nur deshalb zu Stande kommen, da die Billigstbieterin bei einem Punkt einen negativen Preis (Vergütung) eingesetzt haben müsse. Diese Preisbildung sei hoch spekulativ. Aus der Ausschreibung ergebe sich, dass insgesamt circa 39.300 m³ an Aushubmaterial bewegt werden sollen. Circa 16.000 m³ Aushubmaterial werden auf eine Deponie der Auftraggeberinnen transportiert, circa 3.300 m³ wären wieder verwertbar, circa 20.000 m³ müssen auf eine Deponie der Auftragnehmerin transportiert werden. Die Billigstbieterin sei offenbar spekulativ davon ausgegangen, dass nicht nur 3.300 m³ wieder verwertbares Material vorhanden sei, sondern dass das gesamte zur Deponie ausgeschriebene Material (20.000 m³) für sie wieder verwertbar wäre und sie deshalb hier einen Vergütungspreis ansetzen könne.

Wie den Ausschreibungsunterlagen entnommen werden könne, seien die Auftraggeberinnen davon ausgegangen, dass Aushubmaterial von 16.000 m³ auf einer Deponie der Auftraggeberinnen (Greibenbach) gelagert werden können und diesbezüglich nur Transportkosten anfallen. Die Auftraggeberinnen wollten mit diesen 16.000 m³ einen Damm für ein weiteres Hochwasserprojekt (nämlich beim Grebenbach) schütten. Wie sich erst jetzt ergeben hätte, seien die Mittel für dieses weitere Hochwasserprojekt nicht freigegeben worden, weshalb der Einbau dieses Aushubmaterials in den Damm jedenfalls in diesem Jahr nicht vorstatten gehen könne. Eine Zwischendeponierung an der vorgesehenen Stelle sei technisch, wirtschaftlich und vom Platzbedarf nicht möglich. Diese 16.000 m³ Aushubmaterial seien nunmehr - so sei es im Aufklärungsgespräch festgelegt worden, falls eben eine Lieferung zum Grebenbach nicht möglich sei - vom Bieter zu den Bedingungen für das verwertbare Material zu übernehmen. Es werde nunmehr versucht, diese geänderten Gegebenheiten nachträglich in das Ausschreibungsverfahren hinein zu bringen, was jedoch nicht erlaubt sei; eine faire Kalkulation und ein faires Angebot wären nicht gewährleistet. Durch die neuen Umstände erfolge eine gravierende Umschichtung an Kosten. Im Sinne des § 139 BVergG 2006 handle es sich jedenfalls um Umstände, die inhaltlich zu einer wesentlich anderen Ausschreibung hätten führen können. Die öffentlichen Auftraggeberinnen hätten in einem solchen Fall das Vergabeverfahren zu widerrufen. Wie den Ausschreibungsunterlagen entnommen werden könne, seien die Auftraggeberinnen davon ausgegangen, dass Aushubmaterial von 16.000 m³ auf einer Deponie der Auftraggeberinnen (Greibenbach) gelagert werden können und diesbezüglich nur Transportkosten anfallen. Die Auftraggeberinnen wollten mit diesen 16.000 m³ einen Damm für ein weiteres Hochwasserprojekt (nämlich beim Grebenbach) schütten. Wie sich erst jetzt ergeben hätte, seien die Mittel für dieses weitere Hochwasserprojekt nicht freigegeben worden, weshalb der Einbau dieses Aushubmaterials in den Damm jedenfalls in diesem Jahr nicht vorstatten gehen könne. Eine Zwischendeponierung an der vorgesehenen Stelle sei technisch, wirtschaftlich und vom Platzbedarf nicht möglich. Diese 16.000 m³ Aushubmaterial seien nunmehr - so sei es im Aufklärungsgespräch festgelegt worden, falls eben eine Lieferung zum Grebenbach nicht möglich sei - vom Bieter zu den Bedingungen für das verwertbare Material zu übernehmen. Es werde nunmehr versucht, diese geänderten Gegebenheiten nachträglich in das Ausschreibungsverfahren hinein zu bringen, was jedoch nicht erlaubt sei; eine faire Kalkulation und ein faires Angebot wären nicht gewährleistet. Durch die neuen Umstände erfolge eine gravierende Umschichtung an Kosten. Im Sinne des Paragraph 139, BVergG 2006 handle es sich jedenfalls um Umstände, die inhaltlich zu einer wesentlich anderen Ausschreibung hätten führen können. Die öffentlichen Auftraggeberinnen hätten in einem solchen Fall das Vergabeverfahren zu widerrufen.

Gegen diesen Antrag wendeten sich sowohl die Auftraggeberinnen als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin. In ihrer Stellungnahme vom 12.4.2007 sowie im weiteren Verfahrensverlauf führten die Antragsgegnerinnen aus, dass die

Angebote der Antragstellerin sowie der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen worden seien. Im Zuge der Aufklärungsgespräche, welche jeweils mit den Bieterinnen am 21.3.2007 durchgeführt worden seien, habe sich hinsichtlich der Positionen 03.09.01 E, Filtervlies, sowie 30.01.03 A, Transport zum Grebenbach, die nunmehrige Billigstbieterin dahin deklariert, dass ein kalkulatorischer Rechenfehler vorliege. Die Bieterin stünde jedoch zu ihrem Preis, sie werde auch keine Nachforderungen stellen. Hinsichtlich der Position 30.04.01 A und B, Transport und Deponieaushub, habe die Bieterin den günstigen Preis damit erklärt, dass eine Zwischendeponie angemietet werde und das Material nach einer Aufbereitung wieder verkauft werden könne. Die Bieterin habe die Transportkosten sowie die Kosten für eine Zwischendeponie nachvollziehbar entsprechend der Kalkulation gemäß einem K7-Blatt dargelegt. Sollte die Bieterin keinen geeigneten Zwischendeponieplatz finden, oder keine Genehmigung erhalten, würde das gesamte Material von einem Subunternehmer übernommen werden. Diesbezüglich wurde ein Angebot der Firma C*** vom 6.2.2007 über die Übernahme von 23.000 m³ vorgelegt.

Schließlich habe die Bieterin zur Kenntnis genommen, dass - sollten nicht wie vorgesehen 16.000 m³ zum Grebenbach transportiert werden können - diese Menge vom Bieter zu den Bedingungen wie für das wieder verwertbare Material zu übernehmen wäre.

Diese letztgenannte Anmerkung sei auch vollinhaltlich von der nunmehrigen Antragstellerin im Aufklärungsgespräch vom 21.3.2007 zur Kenntnis genommen worden.

Auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin, welche dem Verfahren als beteiligte Partei beigetreten ist, wendet sich mit ihren Einwendungen gegen die Anträge der Antragstellerin. Sie habe zwar in zwei unbedeutenden Positionen infolge eines kalkulatorischen Rechenfehlers nicht kostendeckend angeboten, es seien diese Positionen jedoch unter Berücksichtigung des gesamten Auftragsvolumens unerheblich. Sie habe in Folge genauer Kalkulation entsprechend dem K7-Blatt die Kosten für Transport und Deponie ausreichend dargelegt. Weiters sei die Möglichkeit, dass 16.000 m³ Kiesmaterial nicht zum Grebenbach transportiert werden könnten, sondern dass diese Menge vom Bieter zu den Bedingungen für das wieder verwertbare Material übernommen werden müsse, im Zuge des Aufklärungsgesprächs besprochen worden.

Das Bundesvergabeamt hat auf Grund der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens und nach Durchführung der mündlichen Verhandlung am 3.5.2007 erwogen:

Gemäß § 325 Abs. 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1.Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt, und

2. 2.Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Unbestritten ist die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über den vorliegenden Nachprüfungsantrag, welcher sich gegen die Zuschlagsentscheidung der öffentlichen Auftraggeber Republik Österreich, Bundeswasserbauverwaltung (Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), Marktgemeinde Bezau, Gemeinde Reuthe, wendet.

Da die Antragstellerin die formalen Voraussetzungen zur Antragstellung erfüllt und das Vergabeverfahren weder durch Zuschlagserteilung oder Widerruf beendet worden ist, ist der Nachprüfungsantrag zulässig.

Das Bundesvergabeamt geht bei der Beurteilung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin tatsächlich in zwei Positionen (03.09.01E sowie 30.01.03A) einen nicht kostendeckenden Preis angeboten hat. Dies ergibt sich aus den übereinstimmenden Erklärungen der Antragsgegnerinnen sowie der Billigstbieterin und der in den Vergabeakten enthaltenden Niederschrift zum Aufklärungsgespräch vom 29.3.2007. Wie die Antragstellerin in der Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt

ausführte, wäre dadurch eine Differenz von EUR 40.000 gegeben. Selbst unter der Annahme, dass die von der Antragstellerin genannte Differenz von EUR 40.000 tatsächlich bestünde, wäre dies ca. die Hälfte des Unterschiedes zwischen dem Angebot der Antragstellerin (ca. EUR 1,150 Mio) und dem der Billigstbieterin (ca. EUR 1,073 Mio), und wäre dies ca. 3,7 % des gesamten Auftragsvolumens. Zwar ist das Ausscheiden eines Angebotes, wenn es in Folge nicht kostendeckender Preise als spekulativ zu betrachten wäre, gerechtfertigt und geboten, doch kann im gegenständlichen Fall auf Grund der im Vergabeverfahren erfolgten genauen Prüfung des Angebotes unter Berücksichtigung des gesamten Auftragsvolumens davon ausgegangen werden, dass das Angebot insgesamt nicht unterpreisig kalkuliert und damit spekulativ ist. Die beiden Positionen (Filtervlies bzw Transport zum Grebenbach) sind gemessen am gesamten Auftragsvolumen nicht von wesentlichem Einfluss. Darüber hinaus würde sich - selbst unter der Annahme (der Antragstellerin) einer Differenz von EUR 40.000,- - auch keine Veränderung in der Bieterreihung ergeben. Dazu kommt, dass die Billigstbieterin – laut Aufklärungsgespräch vom 29.3.2007 - ausdrücklich "zu dem angegebenen Preis steht und keine Nachforderungen stellt."

Dem Bundesvergabeamt erscheint auch das Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung hinsichtlich der Position 30.04.01A und B, Transport und Deponieaushub, plausibel. Wie dem Vergabeamt in ausführlicher und nachvollziehbarer Weise (zB durch das vorgelegte K7-Blatt, durch das Angebot der Fa. C*** vom 6.2.2007 hinsichtlich der allfälligen Übernahme von 23.000m³ Kiesmaterial, aber insbesondere auch durch die dokumentierte vertiefte Angebotsprüfung und durch den begründeten Vergabevorschlag der Ziviltechniker D*** vom 2.4.2007) entnommen werden kann, hat die Billigstbieterin den günstigen Angebotspreis erklären können. Das Bundesvergabeamt konnte die von der Antragstellerin vorgebrachten Zweifel an dieser Kalkulation nicht nachvollziehen, insbesondere, weil die Antragstellerin diesbezüglich kein weiteres substantiiertes gegenteiliges Vorbringen erstatten konnte.

Des Weiteren hat die Antragstellerin in der Begründung des Nachprüfungsantrages hinsichtlich des möglicherweise nicht erforderlichen Materialtransportes von 16.000 m³ Kiesmaterials zum Grebenbach – und die damit verbundene Forderung nach Widerruf der gesamten Ausschreibung – Argumente vorgebracht. Beiden Bieterinnen wurde im Zuge des Aufklärungsgespräches vom 29.3.2007 von den Auftraggeberinnen folgendes näher gebracht: "Sollten nicht wie vorgesehen 16.000 m³ [Kiesmaterial] zum Grebenbach transportiert werden können, so wird diese Menge vom Bieter zu den Bedingungen für das wieder verwertbare Material übernommen."

Die Frage, ob dadurch eine unzulässige Abänderung der Ausschreibungsbedingungen vorliegt, die zu einem Widerruf der Ausschreibung führen müsste, ist jedoch letztlich zu verneinen. Verfahrens- und beurteilungsgegenständlich sind die Angebote auf der Grundlage der bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen. Da das Vergabeverfahren ein offenes Verfahren und kein Verhandlungsverfahren ist, können auch keine Verhandlungen über Änderungen der Ausschreibungsbedingungen geführt werden. Die Auftraggeberinnen haben hinsichtlich des Materialtransportes zum Grebenbach keine Optionen, Varianten oder Alternativen ausgeschrieben und wurde dies in den Angeboten auch nicht berücksichtigt oder behauptet.

Wie den Vergabeakten entnommen werden kann, aber auch in der Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt unstrittig hervorgekommen ist, hat der Bund hinsichtlich des Projektes Grebenbach (welches nicht Bestandteil des vorliegenden Vergabeverfahrens ist) - bisher - keine budgetäre Bedeckung für das Jahr 2007 gegeben. Die Vertreter der Auftraggeberinnen haben aber in der Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt unwidersprochen und glaubhaft dargelegt, dass über Initiative der betroffenen Gemeinden und des Landes Vorarlberg eine Vorfinanzierung des Projektes Grebenbach angestrebt wird, so dass dieses Projekt möglicherweise auch 2007 wie geplant in Angriff genommen werden kann. Jedenfalls, und dies ist für die Entscheidung des Bundesvergabeamtes wesentlich, ist es nach derzeitigem Stand nicht ausgeschlossen, dass das Projekt Grebenbach tatsächlich 2007 genehmigt und durchgeführt werden kann. Somit kann aber auch die Realisierung des Materialtransportes zum Grebenbach entsprechend einer ausschreibungskonformen Leistungserbringung nicht von vornherein und im derzeitigen Zeitpunkt ausgeschlossen werden.

Die Zuschlagsentscheidung ist die an die Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll, die Zuschlagserteilung hingegen die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen. Die vorliegende Zuschlagsentscheidung fußt auf einer nachvollziehbaren, vertieften Angebotsprüfung. Das – möglicherweise, derzeit noch nicht zwingend feststehende – Erfordernis der Änderung des Kiestransportes verbunden mit der Übernahme von 16.000m³ Kies zu den Bedingungen für das wieder verwertbare Material war eine Mitteilung der Auftraggeberinnen an die Bieter, die von diesen im Rahmen der

Aufklärungsgespräche zur Kenntnis genommen wurde. Ob diese angesprochene Möglichkeit tatsächlich zu einem zwingenden Erfordernis wird, lässt sich weder für den Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung noch zum gegenwärtigen Zeitpunkt feststellen. Daraus kann aber nicht der zwingende Schluss gezogen werden, dass eine Zuschlagsentscheidung, die sich auf einen bestandsfest gewordenen Leistungsinhalt bezieht, unzulässig wäre. Die vorliegende Zuschlagsentscheidung weist diesbezüglich keinen Mangel auf, eine Zuschlagserteilung hingegen wäre, so ferne feststünde, dass die Realisierung des Projektes Grebenbach jedenfalls nicht erfolgt, möglicherweise hingegen verfehlt. Die Beurteilung einer derartigen Zuschlagserteilung ist jedoch nicht verfahrensgegenständlich.

Das Bundesvergabeamt bemerkt in diesem Zusammenhang jedoch auch, dass das Vorbringen der Antragstellerin Zweifel hervorruft. Wie aus dem Vergabeakt unbestritten zu entnehmen ist, hat die Antragstellerin die Mitteilung der Auftraggeberinnen hinsichtlich des "Materialtransportes zum Grebenbach" im Zuge des Aufklärungsgespräches vom 29.3.2007 ohne irgendeinen Einwand, Hinweis oder Bemerkung offensichtlich zur Kenntnis genommen. Auf die diesbezügliche Niederschrift, welche von Vertretern der Antragstellerin unterfertigt wurde, wird verwiesen. Das nunmehrige neue Vorbringen im Nachprüfungsverfahren, es ergäben mögliche Änderungen hinsichtlich des Transportes von Kiesmaterial kalkulatorische Auswirkungen von EUR 96.000,- - somit im größeren Umfang als die bestehende Differenz von ca. EUR 80.000,- zwischen dem Angebot der Billigstbieterin und der Antragstellerin - kann dahin gestellt bleiben, ist es doch letztlich nicht entscheidungsrelevant. Abgesehen davon beruht die - nicht nachvollzogene - behauptete Preisdifferenz hinsichtlich der Verwertung von Kies auf einem Angebot eines Kiesunternehmens, an dem, wie die Antragstellerin selbst in der Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt ausführte, einige Partner der Antragstellerin beteiligt sind.

Ein Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG 2006 war mangels Erfolg im Nachprüfungsverfahren weder für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung noch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu gewähren. Ein Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 war mangels Erfolg im Nachprüfungsverfahren weder für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung noch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu gewähren.

Bemerkt wird, dass die im Provisorialverfahren ergangene einstweilige Verfügung beendet ist.

Schlagworte

Bestandsfeste Ausschreibungsbedingungen; Änderungen von Ausschreibungs- bedingungen;

Dokumentnummer

VERGT_20070515_N_0032_BVA_07_2007_39_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