

TE Verg Bescheid 2007/4/27 N/0021-BVA/13/2007-37

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.04.2007

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z1

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber sowie Dr. Eleonore Dietersdorfer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Bauvorhaben Werkschulheim Felbertal - Turnhalle, Gewerk Sporthallenboden" des Auftraggebers Verein zur Förderung von Werkschulheimen, Hinterebenau 30, 5323 Ebenau, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch RA X***, vom 12. März 2007 wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Dem Antrag vom 12. März 2007 gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 2. März 2007 wird gemäß § 320 BVergG 2006 nicht stattgegeben. Dem Antrag vom 12. März 2007 gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 2. März 2007 wird gemäß Paragraph 320, BVergG 2006 nicht stattgegeben.

II.römisch zwei.

Der Antrag vom 12. März 2007 gerichtet auf Gebührenersatz wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag vom 12. März 2007 gerichtet auf Gebührenersatz wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abgewiesen.

Begründung

Vorbringen der Parteien

Mit drei Schreiben vom 12. März 2007 beehrte die Antragstellerin folgendes:

1. 1.Ziffer eins
die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 2. März 2007
2. 2.Ziffer 2
die Untersagung der "Zuschlagsentscheidung" (gemeint wohl: des Zuschlages) bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens und
3. 3.Ziffer 3
die Rückerstattung der getätigten Kosten für den Nachprüfungsantrag sowie der einstweiligen Verfügung von

Euro 5000,-- auf das Konto der Antragstellerin.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin in dem gegenständlichen Vergabeverfahren fristgerecht ein ausschreibungsgemäßes Angebot gelegt habe. Nach ihrer Ansicht sei sie dabei Bestbieter. Am 5. März 2007 habe sie die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers zu Gunsten der Firma B*** mitgeteilt bekommen. Es sei zu Unrecht eine Biervorreihung erfolgt. Die Antragstellerin habe großes Interesse am betreffenden Auftrag. Es drohe ein Schaden in Form eines entgangenen Gewinns von ungefähr Euro 11.000,-- exklusive Mehrwertsteuer. Weiters werden die Kosten der Angebotslegung im Ausmaß von Euro 800 angeführt. Die Antragstellerin werde in ihrem Recht, dass ihr obwohl sie Bestbieter sei, der Zuschlag nicht erteilt werde, verletzt. Es werde angenommen, dass die Firma B*** ihr Angebot nicht fristgerecht abgegeben habe. Es werde angenommen, dass die Firma B*** nicht die entsprechenden Mittel, Referenzen und Arbeitspersonal besitze.

Mit Schreiben vom 13. März 2007 brachte der Auftraggeber im Wesentlichen vor, dass das BVergG 2006 nicht anwendbar sei. Der Verein zur Förderung von Werkschulheimen sei ein Verein mit fast ausschließlich privater Rechtsträgerschaft. Lediglich die Wirtschaftskammer Salzburg sei mit einer von insgesamt 66 Stimmen im Verein vertreten. Der Verein werde auch nicht im Sinne des § 3 Abs. 1 lit c BVergG 2006 überwiegend von öffentlichen Auftraggeber oder anderen öffentlichen Einrichtungen finanziert. Er unterliege hinsichtlich seiner Leitung nicht der Aufsicht von öffentlichen Auftraggebern. Seine Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane bestünden nicht mehrheitlich aus Mitgliedern, die von öffentlichen Auftraggebern ernannt werden. Finanziert werde der Verein gemäß § 3 der Statuten durch die Mitgliedsbeiträge der Vereinsmitglieder, durch Widmungen, Schenkungen und Spenden, durch Subventionen öffentlicher Körperschaften und anderer Institutionen (Banken, Versicherungen, und so weiter), durch Aufführungen, Veranstaltungen, sowie Arbeitsleistungen der Mitglieder und Schüler, durch Beiträge der Erziehungsberechtigten für Schule, Heim und Werkstätten. Subventionen öffentlicher Körperschaften hätten im vergangenen Jahr etwa Euro 13.000 ausgemacht. Statutengemäß werde der Verein daher fast ausschließlich durch private Mittel finanziert.

Mit Schreiben vom 13. März 2007 brachte der Auftraggeber im Wesentlichen vor, dass das BVergG 2006 nicht anwendbar sei. Der Verein zur Förderung von Werkschulheimen sei ein Verein mit fast ausschließlich privater Rechtsträgerschaft. Lediglich die Wirtschaftskammer Salzburg sei mit einer von insgesamt 66 Stimmen im Verein vertreten. Der Verein werde auch nicht im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Litera c, BVergG 2006 überwiegend von öffentlichen Auftraggeber oder anderen öffentlichen Einrichtungen finanziert. Er unterliege hinsichtlich seiner Leitung nicht der Aufsicht von öffentlichen Auftraggebern. Seine Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane bestünden nicht mehrheitlich aus Mitgliedern, die von öffentlichen Auftraggebern ernannt werden. Finanziert werde der Verein gemäß Paragraph 3, der Statuten durch die Mitgliedsbeiträge der Vereinsmitglieder, durch Widmungen, Schenkungen und Spenden, durch Subventionen öffentlicher Körperschaften und anderer Institutionen (Banken, Versicherungen, und so weiter), durch Aufführungen, Veranstaltungen, sowie Arbeitsleistungen der Mitglieder und Schüler, durch Beiträge der Erziehungsberechtigten für Schule, Heim und Werkstätten. Subventionen öffentlicher Körperschaften hätten im vergangenen Jahr etwa Euro 13.000 ausgemacht. Statutengemäß werde der Verein daher fast ausschließlich durch private Mittel finanziert.

Lediglich das Lehrpersonal und die Erzieher würden als "lebende Subvention" gemäß Vereinbarung zwischen der Republik Österreich und dem Verein zur Förderung von Werkschulheimen vom 3. Februar 1999 dem Werkschulheim zur Verfügung gestellt (= Subventionsposten).

Finanzielle Beherrschung ziele auf die Beteiligungsverhältnisse ab, eine bloße Subventionierung der Tätigkeit eines Unternehmens stelle diese nicht her, wohl könne der Tatbestand der wirtschaftlichen Beherrschung aber vorliegen, wenn ein Unternehmen von staatlicher Finanzierung abhängig sei. Dies sei jedoch bei einem selbst finanzierten Jahresaufkommen von etwa Euro 1,7 Mio nicht der Fall. Der Verein zur Förderung von Werkschulheimen finanziere sich also vollständig selbst. Die Beistellung von Lehrpersonal habe nichts mit der eigentlichen und statutengemäßen Vereinsfinanzierung zu tun, weshalb der Verein als Rechtsperson weder vom Subventionsgeber finanziert werde noch wirtschaftlich von ihm (oder einem der Subventionsgeber) abhängig sei. Die Leitung der Aufsicht des Vereines obliege dem Vorstand, welche ausschließlich aus privaten Personen bestehen. Die Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane würden von der Hauptversammlung gewählt.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 14. März 2007 teilte dieser mit, dass seine Einnahmen im Schuljahr 2005/2006 (1. September 2005 - 31. August 2006) insgesamt Euro 1.534.877,03 betragen hätten. Davon würden 82,26% auf Heim- und Schulbeiträge der Erziehungsberechtigten entfallen. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 14. März 2007 teilte

dieser mit, dass seine Einnahmen im Schuljahr 2005 aus 2006, (1. September 2005 - 31. August 2006) insgesamt Euro 1.534.877,03 betragen hätten. Davon würden 82,26% auf Heim- und Schulbeiträge der Erziehungsberechtigten entfallen.

Mit Schreiben vom 16. März 2007 teilte der Landesschulrat für Salzburg mit, dass die Kosten des Bundes für die Subventionierung des Werkschulheimes Felbertal in Form von Personalkosten (Monatsbezüge, Nebengebühren, Reisegebühren) im Schuljahr 2005/2006 (1. September 2005 - 31. August 2006) Euro 3.245.515,08 ausgemacht hätten. Mit Schreiben vom 16. März 2007 teilte der Landesschulrat für Salzburg mit, dass die Kosten des Bundes für die Subventionierung des Werkschulheimes Felbertal in Form von Personalkosten (Monatsbezüge, Nebengebühren, Reisegebühren) im Schuljahr 2005 aus 2006, (1. September 2005 - 31. August 2006) Euro 3.245.515,08 ausgemacht hätten.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 19. März 2007 hat dieser vorgebracht, dass es sich bei dem gegenständlichen Auftrag um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handeln würde. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Der geschätzte Auftragswert liege zwischen Euro 55.000 und Euro 60.000 netto. Als Verfahrensart sei das offene Verfahren gemäß § 25 Abs. 2 BVergG gewählt worden. Für den Zuschlag sei die Firma B*** ermittelt worden. Die Bieter seien mit Schreiben vom 2. März 2007 (eingeschriebenen) über das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens informiert worden. Der Zuschlag sei bis jetzt noch nicht erteilt worden. Die Antragstellerin sei auszuscheiden gewesen, jedoch nicht ausgeschieden worden. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 19. März 2007 hat dieser vorgebracht, dass es sich bei dem gegenständlichen Auftrag um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handeln würde. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Der geschätzte Auftragswert liege zwischen Euro 55.000 und Euro 60.000 netto. Als Verfahrensart sei das offene Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG gewählt worden. Für den Zuschlag sei die Firma B*** ermittelt worden. Die Bieter seien mit Schreiben vom 2. März 2007 (eingeschriebenen) über das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens informiert worden. Der Zuschlag sei bis jetzt noch nicht erteilt worden. Die Antragstellerin sei auszuscheiden gewesen, jedoch nicht ausgeschieden worden.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 19. März 2007, GZ N/0021-BVA/13/2007-16, wurde dem Auftraggeber für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 23. April 2007, die Erteilung des Zuschlages untersagt.

Mit Schreiben der B***, vertreten durch Rechtsanwälte Y***, erhob diese begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 19. April 2007 brachte diese - soweit entscheidungsrelevant - vor, dass sie von einer für Sporthallen üblicherweise verwendeten Fußbodenheizung ausgegangen sei und dies im angebotenen Preis entsprechend einkalkuliert worden sei. Zutreffend sei, dass in Leistungsverzeichnis-Positionsnummer (im Folgenden LVPosNr genannt) 0000 180 der Ausschreibung beim Angebot die Freitage und Samstage als volle Arbeitstage einzukalkulieren waren. Hinsichtlich des Sporthallenbodens seien die Arbeiten in der Zeit vom 15. Juni 2007 bis 15. August 2007 vorzunehmen. Durch die Abgabe des Angebotes habe die Antragstellerin bestätigt, diese Ecktermine zu kennen, einzuhalten und den Mannschaftseinsatz entsprechend auszulegen. Weiteres liege auch der angebliche Ausscheidungsgrund, dass die Antragstellerin die Regiestunde des Hilfsarbeiters mit Euro 0,01 angeboten habe, mangels Unterpreisigkeit nicht vor, da von der Antragstellerin nur Facharbeiter auf dieser Baustelle bei Auftragsdurchführung verwendet worden wären, deren Arbeitspreis bei den ausgeschriebenen Leistungen im Angebot auch entsprechend kalkuliert worden seien.

Selbst wenn diese Position spekulativ oder unterpreisig gewesen sein sollte, was ausdrücklich bestritten werde, hätte die Auftraggeberin entweder bei der Antragstellerin eine vertiefte Angebotsprüfung vornehmen müssen, bei welcher diese die Gründe für diese Auspreisung hätte klarstellen können (womit letztlich der angebliche Mangel des Angebotes behoben worden wäre) oder den üblichen Einheitspreis erheben, einsetzen und dem Angebot hinzurechnen müssen.

Am 23. April 2007 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Dabei haben sowohl die Antragstellerin als auch die Auftraggeberin bestätigt, dass die LVPosNr 389201 D, Regiestunde Hilfsarbeiter, in den Gesamtpreis einzurechnen ist. Die Antragstellerin gab an, dass sie für die ausschreibungsgegenständlichen Arbeiten ausschließlich qualifizierte Fachkräfte und keine Hilfsarbeiter einsetzen würde. Deshalb habe sie in der LVPosNr 389201D, Regiestunde Hilfsarbeiter, den Preis von Euro 0,01 eingesetzt.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass wenn der Auftraggeber Arbeiten an einem

"freien Freitag" (im Sinne des letzten Absatzes der Seite 3 des Begleitschreibens) bzw. an einem Samstag fordern würde, diese Arbeiten nur unter Verrechnung von Überstundenzuschlägen geleistet werden würden. Diese Situation würde in der Praxis allerdings nicht eintreten, weil aufgrund des gegebenen Zeitplanes (2 Monate) diese Arbeiten innerhalb von 3 Wochen entsprechend durchgeführt werden könnten ohne dass an freien Freitagen oder Samstagen gearbeitet werden müsste. Der Verein zur Förderung von Werkschulheimen hat angegeben, dass er öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Bundesvergabegesetzes ist und insofern seine bisherigen (anderslautenden) Stellungnahmen revidiert.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 23. April 2007, GZ N/0021-BVA/13/2007-34, wurde die einstweilige Verfügung vom 19. März 2007, GZ N/0021-BVA/13/2007-16, erstreckt und dem Auftraggeber für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 7. Mai 2007, die Erteilung des Zuschlages untersagt.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Zur Frage der Auftraggebereigenschaft im Sinne des § 3 BVergG Zur Frage der Auftraggebereigenschaft im Sinne des Paragraph 3, BVergG

Aus der von dem Verein zur Förderung von Werkschulheimen vorgelegten Satzung ergibt sich, dass der Verein zur Förderung von Werkschulheimen nicht auf Gewinn gerichtet ist. Er bezweckt die Errichtung, die Förderung und den Betrieb von Werkschulheimen auf gemeinnütziger Basis in Form Höherer Internatsschulen mit handwerklicher Ausbildung. Zugleich mit der Reifeprüfung soll auch eine der Lehrabschlussprüfung in einem Handwerk gleichwertige Prüfung ermöglicht werden. Die notwendigen finanziellen Mittel werden unter anderem durch Subventionen seitens öffentlicher Körperschaften sowie durch die jährlichen Mitgliedsbeiträge der Vereinsmitglieder beschafft.

Die Republik Österreich und der Verein zur Förderung von Werkschulheimen haben am 3. Februar 1999 eine Vereinbarung abgeschlossen. Diese lautet unter Punkt II. 1. auszugsweise wie folgt: Die Republik Österreich und der Verein zur Förderung von Werkschulheimen haben am 3. Februar 1999 eine Vereinbarung abgeschlossen. Diese lautet unter Punkt römisch zwei. 1. auszugsweise wie folgt:

1. "1.Ziffer eins

Die bisher gewährten Subventionen zum Personalaufwand (§§ 21 und 27 Abs. 1 des Privatschulgesetzes BGBl. Nr. 244/1962) werden auf die Dauer dieser Vereinbarung für die gesamte Unterrichts- (Schule Werkstätten) und Erziehertätigkeit einschließlich der von Lehrpersonal zu erbringenden schulischen Verwaltungstätigkeit (einschließlich Schulleiter samt Leiterzulage und allfälligem Erziehungsleiter samt Zulage, Werkstättenleiter, Ordinate und Kustodiate sowie Administrator samt Zulage), in dem Umfang zur Verfügung gestellt, wie sie dem Aufwand einer vergleichbaren öffentlicher Höheren Internatsschule unter Berücksichtigung des Werkstättenunterrichtes entsprechen würde." Die bisher gewährten Subventionen zum Personalaufwand (Paragraphen 21 und 27 Absatz eins, des Privatschulgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 244 aus 1962,) werden auf die Dauer dieser Vereinbarung für die gesamte Unterrichts- (Schule Werkstätten) und Erziehertätigkeit einschließlich der von Lehrpersonal zu erbringenden schulischen Verwaltungstätigkeit (einschließlich Schulleiter samt Leiterzulage und allfälligem Erziehungsleiter samt Zulage, Werkstättenleiter, Ordinate und Kustodiate sowie Administrator samt Zulage), in dem Umfang zur Verfügung gestellt, wie sie dem Aufwand einer vergleichbaren öffentlicher Höheren Internatsschule unter Berücksichtigung des Werkstättenunterrichtes entsprechen würde."

§ 3 Abs. 1 BVergG 2006 lautet: Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006 lautet:

Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

1. 1.Ziffer eins

der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,

2. 2.Ziffer 2

Einrichtungen, die

1. a) Litera a

zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die

nicht gewerblicher Art sind, und

2. b) Litera b

zumindest teilrechtsfähig sind und

3. c) Litera c

überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind,

3. 3. Ziffer 3

Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder 2 bestehen.

Der Auftraggeber hat in seinem Schreiben vom 13. März 2007 angegeben, dass er nicht passivlegitimiert sei, dass Subventionen öffentlicher Körperschaften im vergangenen Jahr etwa Euro 13.000 ausgemacht hätten und dass er fast ausschließlich durch private Mittel finanziert werde.

Bei dem Verein zur Förderung von Werkschulheimen handelt es sich entsprechend seinen Statuten um eine Einrichtung, die die Errichtung, die Förderung und den Betrieb von Werkschulheimen auf gemeinnütziger Basis in Form Höherer Internatschulen mit handwerklicher Ausbildung bezweckt. Der Verein wurde somit zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind.

Als Verein ist der Verein zur Förderung von Werkschulheimen gem § 1 Abs 1 VereinsG rechtsfähig. Als Verein ist der Verein zur Förderung von Werkschulheimen gem Paragraph eins, Absatz eins, VereinsG rechtsfähig.

Wie dem Schreiben des Auftraggebers vom 14. März 2007 entnommen werden kann betragen die Einnahmen im Schuljahr 2005/2006 Euro 1.534.877,03. Im gleichen Zeitraum betragen die Subventionen des Bundes für die gegenständliche Schule Euro 3.245.515,08. Der Auftraggeber versucht offenbar zu argumentieren, dass eine Trennung der Kosten eine Schule in die des Lehrpersonals und der sonstigen Kosten vorzunehmen sei und kommt so zu dem Schluss, dass der Verein fast ausschließlich durch private Mittel finanziert werde. Zu den Kosten einer Schule sind jedoch jedenfalls die Kosten des Lehrpersonals dazuzurechnen. Die Kosten der Schule werden somit überwiegend vom Bund getragen. Wie dem Schreiben des Auftraggebers vom 14. März 2007 entnommen werden kann betragen die Einnahmen im Schuljahr 2005 aus 2006, Euro 1.534.877,03. Im gleichen Zeitraum betragen die Subventionen des Bundes für die gegenständliche Schule Euro 3.245.515,08. Der Auftraggeber versucht offenbar zu argumentieren, dass eine Trennung der Kosten eine Schule in die des Lehrpersonals und der sonstigen Kosten vorzunehmen sei und kommt so zu dem Schluss, dass der Verein fast ausschließlich durch private Mittel finanziert werde. Zu den Kosten einer Schule sind jedoch jedenfalls die Kosten des Lehrpersonals dazuzurechnen. Die Kosten der Schule werden somit überwiegend vom Bund getragen.

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers ist sowohl funktionell als auch weit auszulegen (EuGH 16. Oktober 2003, Rs C-283/00, Kommission/Spanien, Rz 73; vgl auch Sachs in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht, 133). Unter Berücksichtigung der europarechtlich gebotenen sowohl funktionellen als auch weiten Auslegung des Begriffes des öffentlichen Auftraggebers, handelt es sich somit bei dem Verein zur Förderung von Werkschulheimen um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers ist sowohl funktionell als auch weit auszulegen (EuGH 16. Oktober 2003, Rs C-283/00, Kommission/Spanien, Rz 73; vergleiche auch Sachs in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht, 133). Unter Berücksichtigung der europarechtlich gebotenen sowohl funktionellen als auch weiten Auslegung des Begriffes des öffentlichen Auftraggebers, handelt es sich somit bei dem Verein zur Förderung von Werkschulheimen um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Zulässigkeit der Anträge:

Gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbar Entscheidung im Falle

der Durchführung eines Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entkräftungskennntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat von der Zuschlagsentscheidung nach ihren eigenen Angaben am 5. März 2007 Kennntnis erlangt. Am 12. März 2007 ist der Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingelangt. Der Nachprüfungsantrag wurde daher rechtzeitig eingebracht. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 BVergG. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbar Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entkräftungskennntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat von der Zuschlagsentscheidung nach ihren eigenen Angaben am 5. März 2007 Kennntnis erlangt. Am 12. März 2007 ist der Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingelangt. Der Nachprüfungsantrag wurde daher rechtzeitig eingebracht. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 322, BVergG.

Zu prüfen ist jedoch im gegenständlichen Fall, ob die Antragstellerin ein den Anforderungen des BVergG entsprechendes Angebot gelegt hat.

Grundsätzlich ist festzustellen, dass die Ausschreibung, welche im hier gewählten offenen Verfahren gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht beim Bundesvergabeamt innerhalb der in § 321 BVergG vorgesehenen Frist bekämpft worden ist. Die Materialien zur Regierungsvorlage zum BVergG 2006 (1171 BlgNR XXII. GP 138) führen dazu aus: "Die Versäumung der Frist führt zur endgültigen Präklusion, die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung (und die ihr vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen) können in weiterer Folge nicht mehr angefochten werden; sie werden gewissermaßen "bestandskräftig"(vgl. dazu auch die Erläuterungen zu § 312). Es ist dem Bundesvergabeamt auch verwehrt, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen." Die Ausschreibung ist im gegenständlichen Vergabeverfahren somit bestandskräftig geworden. Grundsätzlich ist festzustellen, dass die Ausschreibung, welche im hier gewählten offenen Verfahren gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht beim Bundesvergabeamt innerhalb der in Paragraph 321, BVergG vorgesehenen Frist bekämpft worden ist. Die Materialien zur Regierungsvorlage zum BVergG 2006 (1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 138) führen dazu aus: "Die Versäumung der Frist führt zur endgültigen Präklusion, die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung (und die ihr vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen) können in weiterer Folge nicht mehr angefochten werden; sie werden gewissermaßen "bestandskräftig"(vgl. dazu auch die Erläuterungen zu Paragraph 312.). Es ist dem Bundesvergabeamt auch verwehrt, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen." Die Ausschreibung ist im gegenständlichen Vergabeverfahren somit bestandskräftig geworden.

In LVPosNr 389201 D, Regiestunde Hilfsarbeiter, wird vom Bieter gefordert, 20 Regiestunden für Hilfsarbeiter auszupreisen. Dieser Preis - dies ist unter den Parteien unstrittig - ist in den Gesamtpreis einzurechnen. Die Antragstellerin hat in der genannten Position einen Einheitspreis von Euro 0,01 und somit einen Positionspreis für 20 Stunden von Euro 0,2 ausgepreist. Sie hat dazu angegeben, dass dieser Preis zum Ausdruck bringen sollte, dass sie bei der geforderten Arbeit keine Hilfsarbeiter einsetzen wolle, weil sich diese bei der Arbeit nicht bewährt hätten.

§ 129 Abs. 1 Z 3 BVergG lautet: Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG lautet:

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

...

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

Die Antragstellerin hat zu ihrem Preis von Euro 0,01 für eine Regiestunde eines Hilfsarbeiters ausgeführt, dass dieser Preis zum Ausdruck bringen sollte, dass sie bei der geforderten Arbeit keine Hilfsarbeiter einsetzen will. Da die Ausschreibung und damit auch das Leistungsverzeichnis jedoch bestandskräftig geworden ist und darüber hinaus die

Antragstellerin keine Anfrage gem § 106 Abs 6 BVergG 2006 durchgeführt hat, hatten alle Bieter und damit auch die Antragstellerin für diese Position einen angemessenen und plausiblen Preis anzugeben. Der genannte Positionspreis für die Regiestunden von Hilfsarbeitern ist jedoch offensichtlich weder angemessen noch plausibel. Da entsprechend den Vorbemerkungen im Leistungsverzeichnis betreffend Regieleistungen (LVPosNr 3892:Die Antragstellerin hat zu ihrem Preis von Euro 0,01 für eine Regiestunde eines Hilfsarbeiters ausgeführt, dass dieser Preis zum Ausdruck bringen sollte, dass sie bei der geforderten Arbeit keine Hilfsarbeiter einsetzen will. Da die Ausschreibung und damit auch das Leistungsverzeichnis jedoch bestandskräftig geworden ist und darüber hinaus die Antragstellerin keine Anfrage gem Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006 durchgeführt hat, hatten alle Bieter und damit auch die Antragstellerin für diese Position einen angemessenen und plausiblen Preis anzugeben. Der genannte Positionspreis für die Regiestunden von Hilfsarbeitern ist jedoch offensichtlich weder angemessen noch plausibel. Da entsprechend den Vorbemerkungen im Leistungsverzeichnis betreffend Regieleistungen (LVPosNr 3892:

Regieleistungen dürfen nur ausgeführt werden, wenn sie vom Auftraggeber im Einzelfall angeordnet werden) davon ausgegangen werden kann, dass der Auftraggeber diese möglicherweise gar nicht in Anspruch nehmen wird konnte die Antragstellerin damit spekulieren, dass sie etwaige Regieleistungen entweder gar nicht oder nur mit Facharbeitern (welche im Angebot der Antragstellerin plausibel ausgepreist wurden) durchführen wird. Dadurch verschafft sich die Antragstellerin jedoch einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil, weil der Gesamtpreis ihres Angebotes damit günstiger als der von anderen Bietern erscheint. Der von der Antragstellerin ausgepreiste Positionspreis für 20 Regiestunden von Hilfsarbeitern (LVPosNr 389201 D) von Euro 0,2 ist somit als spekulative Preisgestaltung zu werten und führt dazu, dass das Angebot der Antragstellerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist. Gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG wäre daher das Angebot der Antragstellerin schon aus diesem Grund auszuschneiden gewesen. Regieleistungen dürfen nur ausgeführt werden, wenn sie vom Auftraggeber im Einzelfall angeordnet werden) davon ausgegangen werden kann, dass der Auftraggeber diese möglicherweise gar nicht in Anspruch nehmen wird konnte die Antragstellerin damit spekulieren, dass sie etwaige Regieleistungen entweder gar nicht oder nur mit Facharbeitern (welche im Angebot der Antragstellerin plausibel ausgepreist wurden) durchführen wird. Dadurch verschafft sich die Antragstellerin jedoch einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil, weil der Gesamtpreis ihres Angebotes damit günstiger als der von anderen Bietern erscheint. Der von der Antragstellerin ausgepreiste Positionspreis für 20 Regiestunden von Hilfsarbeitern (LVPosNr 389201 D) von Euro 0,2 ist somit als spekulative Preisgestaltung zu werten und führt dazu, dass das Angebot der Antragstellerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG wäre daher das Angebot der Antragstellerin schon aus diesem Grund auszuschneiden gewesen.

Die LVPosNr 0000180, Freitage + Samstage volle Arbeitstage, lautet wie folgt: "Freitage und Samstage werden als volle Arbeitstage gewertet. Über Aufforderung des Auftraggebers bzw dessen Vertreters hat der Auftragnehmer ohne gesonderte Vergütung für den ganztägige in Arbeitseinsatz auf der Baustelle Sorge zu tragen wie z.B. gesetzliche Überstundenzuschläge usw. diese Leistungen sind in die Einheitspreise einzukalkulieren..."

Der letzte Absatz auf Seite 3 des Begleitschreibens der Antragstellerin vom 22. Dezember 2006 lautet wie folgt:" Unsere Arbeitszeiten auf der Baustelle sind von Montag bis Donnerstag von 7.00 bis 17.00 Uhr und am Freitag von 7.00 bis 13.00 Uhr. Es wird auf die entsprechenden Ruhezeiten bzw der 40 Stunden Woche hingewiesen. Mehrarbeiten müssen mit entsprechenden Zuschlägen geltend gemacht werden. Es wird auf den jeden zweiten freien Freitag im Monat hingewiesen."

Aus der LVPosNr 0000180 (welche wie oben dargestellt nicht angefochten und damit bestandskräftig geworden ist) ergibt sich, dass über Aufforderung des Auftraggebers an Freitagen und Samstagen vom Auftragnehmer ohne gesonderte Vergütung für den ganztägige Arbeitseinsatz auf der Baustelle Sorge zu tragen ist, wobei gesetzliche Überstundenzuschläge usw. in die Einheitspreise einzukalkulieren sind. Die Ausführungen der Antragstellerin auf Seite 3 des Begleitschreibens vom 22. Dezember 2006 widersprechen somit der LVPosNr 0000180, da sich aus den Ausführungen ihres Begleitschreibens ergibt, dass an "freien Freitagen" und Samstagen Arbeiten nur gegen entsprechende Zuschläge geleistet werden. Dies hat auch der Vertreter der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung bestätigt, da er angegeben hat, dass wenn der Auftraggeber Arbeiten an einem "freien Freitag" (im Sinne des letzten Absatzes der S. 3 des Begleitschreibens) bzw an einem Samstag fordert, diese Arbeiten nur unter Verrechnung von Überstundenzuschlägen geleistet werden würden.

§ 129 Abs. 1 Z 7 BVergG lautet: Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG lautet:

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

...

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;

Mit den Ausführungen der Antragstellerin auf Seite 3 letzter Absatz des Begleitschreibens vom 22. Dezember 2006 hat die Antragstellerin somit ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt welches auch aus diesem Grund gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Mit den Ausführungen der Antragstellerin auf Seite 3 letzter Absatz des Begleitschreibens vom 22. Dezember 2006 hat die Antragstellerin somit ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt welches auch aus diesem Grund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen wäre.

Nach der Systematik des BVergG hat der Auftraggeber zunächst zu prüfen, ob ein Angebot auszuschneiden ist; nur von den danach übrig bleibenden Angeboten ist eines für die Zuschlagserteilung auszuwählen (vgl insbesondere § 130 BVergG 2006). Ein ausgeschiedenes oder auszuschneidendes Angebot kommt daher für die Zuschlagserteilung von vornherein gar nicht in Betracht. Dies bedeutet, dass ein Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, durch Rechtswidrigkeiten, die das Verfahren betreffend die Wahl eines - nicht ausgeschiedenen - Angebots für den Zuschlag betreffen, nicht in Rechten verletzt werden kann. Ein auszuschneidender Bieter kann zwar die Zuschlagsentscheidung bekämpfen; kommt jedoch die Nachprüfungsbehörde zum Ergebnis, dass der Antragsteller auszuschneiden gewesen wäre, so hat sie dem Nachprüfungsantrag ungeachtet allfälliger Rechtsverletzungen im Rahmen des Verfahrens zur Wahl eines Angebots für den Zuschlag jedenfalls nicht stattzugeben (vgl VwGH 18.05.2005, 2004/04/0094, EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, Hackermüller, sowie Th Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht 491). Da das Angebot der Antragstellerin wie oben dargelegt auszuschneiden gewesen wäre, war somit dem Nachprüfungsantrag nicht stattzugeben. Nach der Systematik des BVergG hat der Auftraggeber zunächst zu prüfen, ob ein Angebot auszuschneiden ist; nur von den danach übrig bleibenden Angeboten ist eines für die Zuschlagserteilung auszuwählen vergleiche insbesondere Paragraph 130, BVergG 2006). Ein ausgeschiedenes oder auszuschneidendes Angebot kommt daher für die Zuschlagserteilung von vornherein gar nicht in Betracht. Dies bedeutet, dass ein Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, durch Rechtswidrigkeiten, die das Verfahren betreffend die Wahl eines - nicht ausgeschiedenen - Angebots für den Zuschlag betreffen, nicht in Rechten verletzt werden kann. Ein auszuschneidender Bieter kann zwar die Zuschlagsentscheidung bekämpfen; kommt jedoch die Nachprüfungsbehörde zum Ergebnis, dass der Antragsteller auszuschneiden gewesen wäre, so hat sie dem Nachprüfungsantrag ungeachtet allfälliger Rechtsverletzungen im Rahmen des Verfahrens zur Wahl eines Angebots für den Zuschlag jedenfalls nicht stattzugeben vergleiche VwGH 18.05.2005, 2004/04/0094, EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, Hackermüller, sowie Th Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht 491). Da das Angebot der Antragstellerin wie oben dargelegt auszuschneiden gewesen wäre, war somit dem Nachprüfungsantrag nicht stattzugeben.

Zu Spruchpunkt II. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

(1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 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. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, 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.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht 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.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 19. März 2007, GZ N/0021-BVA/13/2007-16, wurde dem Auftraggeber für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 23. April 2007, die Erteilung des Zuschlages untersagt.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 23. April 2007, GZ N/0021-BVA/13/2007-34, wurde die einstweilige Verfügung vom 19. März 2007, GZ N/0021-BVA/13/2007-16, erstreckt und dem Auftraggeber für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 7. Mai 2007, die Erteilung des Zuschlages untersagt.

Mit Spruchpunkt I. wurde dem Hauptantrag der Antragstellerin nicht stattgegeben. Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde und die Antragstellerin weder klaglos gestellt worden ist noch teilweise obsiegt hat besteht gem § 319 BVergG 2006 kein Anspruch auf Gebührenersatz. Mit Spruchpunkt römisch eins. wurde dem Hauptantrag der Antragstellerin nicht stattgegeben. Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde und die Antragstellerin weder klaglos gestellt worden ist noch teilweise obsiegt hat besteht gem Paragraph 319, BVergG 2006 kein Anspruch auf Gebührenersatz.

Dokumentnummer

VERGT_20070427_N_0021_BVA_13_2007_37_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