

TE Verg Bescheid 2005/9/1 VKS-2486/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.09.2005

Norm

- WVRG §11 Abs2 Z1
- WVRG §13 Abs1
- WVRG §14 Abs1
- WVRG §17 Abs1
- WVRG §20 Abs1 Z1 litc
- WVRG §23 Abs5
- WVRG §30 Abs5
- BVergG 2002 §3
- BVergG 2002 §7 Abs1
- BVergG 2002 §9 Abs1 Z3
- BVergG 2002 §20 Z13 lita, sublitaa
- BVergG 2002 §21 Abs1
- BVergG 2002 §93
- BVergG 2002 §98 Z3
- BVergG 2002 §120 Abs1 und 2 Z3
- AVG §74 Abs2
 - 1. AVG § 74 heute
 - 2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
 - 3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der ***, vertreten durch Dr. Lothar Hofmann, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Vergabe der Rohbau- und Baumeisterarbeiten für den Bauabschnitt U 2/6 „Donaustadtbrücke“, Nr. WL-B 67-02-U 2/6-044/04 durch die Wiener Linien GmbH & Co. KG, Abteilung Neubau, U-Bahn Planung, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwaltspartnerschaft in Wien sowie der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft ***/***, vertreten durch Haslinger/Nagele & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Wien nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 19.7.2005, wonach für die Zuschlagserteilung die ARGE

***/** vorgesehen ist, wird für nichtig erklärt.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 12.8.2005 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin die von ihr erstatteten Gebühren in Höhe von Euro 10.000,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

4. 4.Ziffer 4

Der Antrag der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft auf Ersatz der von ihr entrichteten Gebühren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 11 Abs. 2 Z 1, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. c, 23 Abs. 5, 30 Abs. 5 WVRG und §§ 3, 7 Abs. 1, 9 Abs. 1 Z 3, 20 Z 13 lit. a, sublit. aa, 21 Abs. 1, 93, 98 Z 3 und 120 Abs. 1 und 2 Z 3 BVergG 2002 sowie § 74 Abs. 2 AVG.Paragraphen 11, Absatz 2, Ziffer eins, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c,, 23 Absatz 5, 30, Absatz 5, WVRG und Paragraphen 3, 7, Absatz eins, 9, Absatz eins, Ziffer 3, 20, Ziffer 13, Litera a,, Sub-Litera, a, a,, 21 Absatz eins, 93, 98, Ziffer 3 und 120 Absatz eins und 2 Ziffer 3, BVergG 2002 sowie Paragraph 74, Absatz 2, AVG.

Begründung:

Die Wiener Linien GmbH & Co. KG (im Folgenden kurz Antragsgegnerin genannt) haben im Rahmen eines offenen Verfahrens nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 unter anderem die Vergabe der Rohbau- und Baumeisterarbeiten für den U-Bahn Bauabschnitt U 2/6 – Donaustadtbrücke ordnungsgemäß und europaweit ausgeschrieben. Es handelt sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich, wobei der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll.

Das Ende der Angebotsfrist war der 29.3.2005, 9.00 Uhr, die Angebotsöffnung erfolgte anschließend.

Unter anderem hat sich auch die Antragstellerin durch Legung eines Angebotes am Verfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde ihr Angebot mit dem niedrigsten Preis verlesen.

Mit Schreiben vom 2.5.2005, bei der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft eingelangt im Faxwege am 4.5.2005, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass für die Zuschlagserteilung das Unternehmen „***“ vorgesehen ist.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung hat die teilnahmeberechtigte Arbeitsgemeinschaft (im Folgenden ARGE genannt), deren Angebot mit dem zweithöchsten Preis verlesen wurde, einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung gestellt.

In diesem Nachprüfungsverfahren hat der Vergabekontrollsenat mit Bescheid vom 3.6.2005, VKS – 1648/05, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 2.5.2005 für nichtig erklärt. Der Bescheid ist allen am Verfahren Beteiligten zugegangen, weshalb zunächst auf dessen Inhalt verwiesen werden kann. Im Ergebnis hat der Vergabekontrollsenat ausgeführt, dass das Angebot der Antragstellerin in einer wesentlichen Position eine nicht plausible Zusammensetzung des Preises aufweist, die sich nicht nur auf den Gesamtpreis auswirkt sondern im Ergebnis auch auf die Reihung. Damit sei „aber auch eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises gegeben, die letztlich auch deshalb von Bedeutung ist, weil ohne dem angebotenen Nachlass das Angebot der Zuschlagsempfängerin an zweiter Stelle zu reihen wäre“. Aus diesen Gründen sei die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären gewesen.

In der Folge hat die Antragsgegnerin am 19.7.2005, ohne die Antragstellerin davon zu verständigen, dass ihr Angebot ausgeschieden wurde, eine neue Zuschlagsentscheidung zugunsten der teilnahmeberechtigten ARGE getroffen. Diese Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Auf ihr Ersuchen vom 20.7.2005 um Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin und der Merkmale und Vorteile des für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Angebotes hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 21.7.2005 mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin „keine Berücksichtigung finden könne, weil eine Bindung an den Bescheid zu VKS – 1648/05 bestehe.“

Diese Zuschlagsentscheidung wird nunmehr von der Antragstellerin angefochten und deren Nichtigerklärung begehrt. Die Antragstellerin bringt im Wesentlichen vor, die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sei zu Unrecht erfolgt, weil

die Antragsgegnerin sich lediglich auf den Inhalt des Bescheides des Vergabekontrollsenates vom 3.6.2005, VKS – 1648/05, gestützt hätte. Unrichtigerweise gehe die Antragsgegnerin davon aus, dass im genannten Bescheid festgestellt worden wäre, dass ihr Angebot wegen nicht plausibler Preiszusammensetzung mit einem Ausscheidungsgrund behaftet wäre. Die Antragsgegnerin habe es nach Aufhebung ihrer Zuschlagsentscheidung unterlassen, vor der nunmehr angefochtenen Zuschlagsentscheidung die Plausibilität des Gesamtpreises im Angebot der Antragstellerin neuerlich zu prüfen. Dazu wäre sie umso mehr verhalten gewesen, als die Antragstellerin bezüglich der Preise in der LG 21 ein bauwirtschaftliches Gutachten eines externen Sachverständigen vorgelegt habe in dem betriebswirtschaftlich nachvollziehbar die plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises der Antragstellerin dargestellt werde. Weiters bringt die Antragstellerin vor, dass die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bietergemeinschaft nicht die nach den Ausschreibungsbedingungen erforderlichen Eignungskriterien erfülle. Die Bietergemeinschaft könne nicht die geforderten Referenzen über die Herstellung eines mindestens 600 m2 großen Schrägkabelbrückentragwerkes nachweisen. Die Antragstellerin beziffert den ihr bereits entstandenen sowie den ihr drohenden Schaden mit insgesamt rund Euro 1.410.000,-- (Kosten der Angebotsbearbeitung, Verdienstentgang). Die Antragsgegnerin sei von der Antragstellung verständigt, die Pauschalgebühren wären entrichtet worden. Damit verbunden ist ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Antragsgegnerin hat sich in ihrem Schriftsatz vom 5.8.2005 gegen die beantragte Nichtigerklärung ausgesprochen und ausgeführt, ihr sei eine andere Zuschlagsentscheidung als die nunmehr angefochtene auf Grund des Inhaltes des Bescheides des Vergabekontrollsenates vom 3.6.2005, VKS – 1648/05, nicht möglich gewesen. In diesem Bescheid sei ausgesprochen worden, dass das Angebot der Antragstellerin eine nicht plausible und nicht angemessene Preisgestaltung aufweise. An diese Feststellung sei die Antragsgegnerin gebunden. Nach Aufhebung ihrer ersten Zuschlagsentscheidung hätte die Antragsgegnerin das von der Antragstellerin mit Schreiben vom 7.7.2005 nachträglich vorgelegte Privatgutachten nicht mehr berücksichtigen und eine neuerliche Prüfung des Angebotes der Antragstellerin nicht vornehmen dürfen. Die Antragstellerin hätte vor Ergehen der ersten Zuschlagsentscheidung ausreichend Gelegenheit gehabt, die wirtschaftliche Nachvollziehbarkeit des von ihr in der LG 21 angebotenen Nachlasses entsprechend darzulegen. Eine weitere Prüfung des Angebotes der Antragsgegnerin vor Ergehen der zweiten Zuschlagsentscheidung hätte zu einer unzulässigen Benachteiligung sämtlicher Mitbewerber geführt.

Die von der Antragstellerin behauptete mangelnde Eignung, insbesondere der Referenz über die Herstellung eines mindestens 600 m2 großen Schrägkabelbrückentragwerkes liege im Hinblick auf Subunternehmererklärungen und Referenzprojekte der Waagner Biro (Beilage 19 - Referenzliste) nicht vor.

Die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene ARGE hat am 9.8.2005 einen Teilnahmeantrag gemäß § 16 Abs. 2 WVRG gestellt, dem vom Vergabekontrollsenat mit Beschluss vom 12.8.2005 stattgegeben wurde. Sie hat sich in ihrer Argumentation im Wesentlichen dem Vorbringen der Antragsgegnerin angeschlossen und insbesondere ausgeführt, gerade das von der Antragstellerin nachträglich vorgelegte Gutachten erweise die unplausible Zusammensetzung des Angebotspreises. Die im Gutachten dokumentierte Verschiebung von Kostenpositionen sei grundsätzlich unzulässig weshalb das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen sei. Dass die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin tatsächlich nicht ausgeschieden habe, ändere nichts daran, dass eine derartige Entscheidung von der Nachprüfungsbehörde getroffen werden könne. Abermals macht die Teilnahmeberechtigte geltend, dass der von der Antragstellerin bei der LG 21 angebotene Nachlass bei Angebotsöffnung nicht verlesen worden sei, die Angebotsöffnung daher mangelhaft gewesen wäre. Die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene ARGE hat am 9.8.2005 einen Teilnahmeantrag gemäß Paragraph 16, Absatz 2, WVRG gestellt, dem vom Vergabekontrollsenat mit Beschluss vom 12.8.2005 stattgegeben wurde. Sie hat sich in ihrer Argumentation im Wesentlichen dem Vorbringen der Antragsgegnerin angeschlossen und insbesondere ausgeführt, gerade das von der Antragstellerin nachträglich vorgelegte Gutachten erweise die unplausible Zusammensetzung des Angebotspreises. Die im Gutachten dokumentierte Verschiebung von Kostenpositionen sei grundsätzlich unzulässig weshalb das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen sei. Dass die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin tatsächlich nicht ausgeschieden habe, ändere nichts daran, dass eine derartige Entscheidung von der Nachprüfungsbehörde getroffen werden könne. Abermals macht die Teilnahmeberechtigte geltend, dass der von der Antragstellerin bei der LG 21 angebotene Nachlass bei Angebotsöffnung nicht verlesen worden sei, die Angebotsöffnung daher mangelhaft gewesen wäre.

Der Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 3.6.2005, VKS – 1648/05, (Nichtigerklärung) wurde von der

Antragstellerin mit Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof angefochten. Ebenso hat die Antragstellerin den Bescheid des VKS vom 3.6.2005, Zl. VKS – 1735/04, mit dem ihr Teilnahmeantrag abgewiesen worden war, mit Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof angefochten.

Mit Beschluss vom 18.7.2005 bzw. 26.7.2005 wurde beiden Beschwerden vom Verfassungsgerichtshof aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Die Antragsgegnerin hat darauf hingewiesen, dass sie ihre Zuschlagsentscheidung vom 19.7.2005 vor der Zustellung der Beschlüsse des VfGH vom 18.7.2005, Zl. B 781/05-2, sowie vom 26.7.2005, Zl. B 815/05-2, an sämtliche Bieter des Vergabeverfahrens bekannt gegeben habe. Die Antragsgegnerin konnte daher im Zeitpunkt der Mitteilung der neuerlichen Zuschlagsentscheidung nicht in Kenntnis darüber sein, dass den Beschwerden der Antragstellerin durch den VfGH aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde.

Zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat auf der Grundlage der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung nachstehende weitere Feststellungen:

Nachdem mit Bescheid des VKS vom 3.6.2005, VKS – 1648/05, die zunächst auf die Antragstellerin lautende Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 2.5.2005 für nichtig erklärt worden war, hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 7.7.2005 der Antragsgegnerin ein Privatgutachten des Sachverständigen Univ. Prof. *** zur Frage der Zusammensetzung des Gesamtpreises vorgelegt. In diesem Schreiben hat die Antragstellerin unter Bezugnahme auf ein vergaberechtliches Gutachten von ***, das gleichfalls vorgelegt wurde, ausgeführt, dass ihrer Ansicht nach die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zur Konsequenz habe, dass die Angebotsprüfung vor Ergehen einer neuen Zuschlagsentscheidung jedenfalls zu ergänzen sei. Dabei sei jedenfalls auch das Angebot der Antragstellerin einer neuerlichen Prüfung zu unterziehen.

Nach der Aktenlage aber auch nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ist diese auf das Vorbringen der Antragstellerin im Schreiben vom 7.7.2005 ebenso wenig eingegangen, wie auf die von ihr vorgelegten Gutachten. Als Begründung ist den Vergabeakten zu entnehmen, dass die Vorlage des bautechnischen Gutachtens verspätet erfolgt sei, weshalb eine inhaltliche Prüfung nicht erfolgte. Aus den Vergabeakten ist auch ersichtlich – was ebenso von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung zugestanden wurde – dass eine Prüfung weder der K 3 noch der K 7 Blätter erfolgt ist. Eine Verständigung der Antragstellerin, dass ihr Angebot ausgeschieden wurde, ist nicht erfolgt. Vielmehr hat die Antragsgegnerin am 19.8.2005 die gegenständlich bekämpfte Zuschlagsentscheidung getroffen und den Bietern mitgeteilt.

Über Ersuchen der Antragstellerin vom 20.7.2005 um Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und der Merkmale und Vorteile des für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Angebotes hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 21.7.2005 lediglich mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin „keine Berücksichtigung finden könne, weil eine Bindung an den Bescheid zu VKS – 1648/05 bestehe“. Dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde bzw. auszuscheiden war, wurde auch in diesem Schreiben nicht mitgeteilt.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragsgegnerin (von ihr auch zugestanden) vor Ergehen der nunmehr angefochtenen Zuschlagsentscheidung eine Prüfung der für den Zuschlag in Frage kommenden Angebote nicht mehr vorgenommen hat, insbesondere das Angebot der Antragstellerin nicht einer ergänzenden Prüfung unterzogen, oder als Ergebnis dieser Prüfung, ausgeschieden hat.

Ausgehend von diesem Sachverhalt hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Die Wiener Linien GmbH & Co. KG ist ein zu 100 % im Eigentum der Gemeinde (bzw. des Landes) Wien stehendes Unternehmen, das auch von der Gemeinde (bzw. dem Land) Wien beherrscht wird, damit öffentlicher Auftraggeber, der gegenständlich im Sektorenbereich im Sinne des § 120 Abs. 3 Z 3 BVergG 2002 tätig wurde. Die Antragsgegnerin hat ordnungsgemäß und europaweit die Vergabe von Rohbauarbeiten für den Ausbau der „U 2“ in einem offenen Verfahren ausgeschrieben. Es handelt sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich, wobei der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2 und 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung des Nichtigklärungsverfahrens zuständig. Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem

Anwendungsbereich des BVergG 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers in Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin, deren Angebot nicht ausgeschieden wurde, hat den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt, was letztlich auch von der Antragsgegnerin nicht bestritten wurde. Ihr Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des § 17 Abs. 1 WVRG. Die Antragstellerin hat auch nachgewiesen, dass sie die gemäß § 14 Abs. 1 WVRG vorzunehmende Verständigung der Antragsgegnerin rechtzeitig und vollständig vorgenommen hat. Die Entrichtung der nach § 30 WVRG beizubringenden Gebühren wurde nachgewiesen. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 19.7.2005 erfolgte, ist der am 1.8.2005 eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung rechtzeitig im Sinne des § 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002. Die Wiener Linien GmbH & Co. KG ist ein zu 100 % im Eigentum der Gemeinde (bzw. des Landes) Wien stehendes Unternehmen, das auch von der Gemeinde (bzw. dem Land) Wien beherrscht wird, damit öffentlicher Auftraggeber, der gegenständlich im Sektorenbereich im Sinne des Paragraph 120, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2002 tätig wurde. Die Antragsgegnerin hat ordnungsgemäß und europaweit die Vergabe von Rohbauarbeiten für den Ausbau der „U 2“ in einem offenen Verfahren ausgeschrieben. Es handelt sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich, wobei der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2 und 13 Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers in Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin, deren Angebot nicht ausgeschieden wurde, hat den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt, was letztlich auch von der Antragsgegnerin nicht bestritten wurde. Ihr Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG. Die Antragstellerin hat auch nachgewiesen, dass sie die gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG vorzunehmende Verständigung der Antragsgegnerin rechtzeitig und vollständig vorgenommen hat. Die Entrichtung der nach Paragraph 30, WVRG beizubringenden Gebühren wurde nachgewiesen. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 19.7.2005 erfolgte, ist der am 1.8.2005 eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung rechtzeitig im Sinne des Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002.

Der Antrag erweist sich aber auch im Ergebnis als berechtigt.

Soweit die Teilnahmeberechtigte dieses Verfahrens ihren bereits im Vorverfahren erhobenen Vorwurf, es liege ein Verlesungsfehler bei der Angebotseröffnung vor, wiederholt, weshalb das Angebot der Antragstellerin überhaupt nicht berücksichtigt werden dürfe, ist auf die Entscheidung des Vergabekontrollsenates vom 3.6.2005, VKS – 1648/05, zu verweisen. In diesem Bescheid hat der Vergabekontrollsenat ausgeführt, dass das als „Sondervorschlag“ bezeichnete Schreiben der Antragstellerin keine auf die Angebotssumme bezüglichen Preisnachlässe oder Konditionen enthalten hat. Aus diesem Schreiben ergibt sich eindeutig, dass es sich dabei um einen Vorschlag der Antragstellerin gehandelt hat, durch eine andere zeitliche Ablaufgestaltung zu einer für den Auftraggeber ökonomisch günstigeren Lösung zu kommen. Damit hat es sich, wie auch von der Antragsgegnerin klar erkannt wurde, um ein nach den Ausschreibungsbedingungen unzulässiges Alternativangebot gehandelt, das nicht zu berücksichtigen war. Eindeutig ist dem in den Vergabeakten erliegenden Schreiben ein Hinweis auf einen 70 %igen Preisnachlass bei der „LG 21 – Regiearbeiten“ nicht zu entnehmen. Es bestand daher für den Leiter der Kommission der die Angebotsöffnung vorgenommen hat, keinerlei Anlass, dieses Schreiben zu verlesen, womit er sich im Rahmen der Bestimmungen des § 88 Abs. 5 BVergG 2002 gehalten hat. Der diesbezügliche Vorwurf der Teilnahmeberechtigten geht daher ins Leere. Soweit die Teilnahmeberechtigte dieses Verfahrens ihren bereits im Vorverfahren erhobenen Vorwurf, es liege ein Verlesungsfehler bei der Angebotseröffnung vor, wiederholt, weshalb das Angebot der Antragstellerin überhaupt nicht berücksichtigt werden dürfe, ist auf die Entscheidung des Vergabekontrollsenates vom 3.6.2005, VKS – 1648/05, zu verweisen. In diesem Bescheid hat der Vergabekontrollsenat ausgeführt, dass das als „Sondervorschlag“ bezeichnete Schreiben der Antragstellerin keine auf die Angebotssumme bezüglichen Preisnachlässe oder Konditionen enthalten hat. Aus diesem Schreiben ergibt sich eindeutig, dass es sich dabei um einen Vorschlag der Antragstellerin gehandelt hat, durch eine andere zeitliche Ablaufgestaltung zu einer für den Auftraggeber ökonomisch günstigeren

Lösung zu kommen. Damit hat es sich, wie auch von der Antragsgegnerin klar erkannt wurde, um ein nach den Ausschreibungsbedingungen unzulässiges Alternativangebot gehandelt, das nicht zu berücksichtigen war. Eindeutig ist dem in den Vergabeakten erliegenden Schreiben ein Hinweis auf einen 70 %igen Preisnachlass bei der „LG 21 – Regiearbeiten“ nicht zu entnehmen. Es bestand daher für den Leiter der Kommission der die Angebotsöffnung vorgenommen hat, keinerlei Anlass, dieses Schreiben zu verlesen, womit er sich im Rahmen der Bestimmungen des Paragraph 88, Absatz 5, BVergG 2002 gehalten hat. Der diesbezügliche Vorwurf der Teilnahmeberechtigten geht daher ins Leere.

Was die Anfechtung der (zweiten) Zuschlagsentscheidung anlangt, geht der Vergabekontrollsenat davon aus, dass aufgrund der Nichtigerklärung der (ersten) Zuschlagsentscheidung vom 2.5.2005 das Vergabeverfahren in ein Stadium vor Zuschlagsentscheidung zurückversetzt wurde und daher das Vergabeverfahren entsprechend den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 mit dem Ziel der Befolgung des im § 21 Abs. 1 BVergG 2002 festgelegten, das gesamte Vergabeverfahren tragenden Grundsatzes, dass Aufträge „nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu vergeben sind“, zu ergänzen gewesen wäre. Wenn auch der Auftraggeber im Sektorenbereich tätig ist, so sind doch die Grundsätze des § 98 BVergG 2002 über das Ausscheiden von Angeboten analog auch für das Vergabeverfahren heranzuziehen. Nach § 98 erster Satz leg. cit. sind Ausscheidungsentscheidungen vor „der Wahl des Angebotes für die Zuschlagserteilung“ zu treffen und diese Entscheidungen entsprechend zu dokumentieren. Dabei handelt es sich um einen eigenen Verfahrensabschnitt, ungeachtet dessen, dass die Ausscheidung an sich nicht gesondert anfechtbar ist (vgl. VwGH 28.1.2004, 2003/04/0134). Diese Bestimmungen haben auch für den Sektorenbereich zu gelten, weil nur so ein klar gegliedertes Vergabeverfahren mit einer Nachvollziehbarkeit der vom Auftraggeber getroffenen Entscheidungen möglich ist. Was die Anfechtung der (zweiten) Zuschlagsentscheidung anlangt, geht der Vergabekontrollsenat davon aus, dass aufgrund der Nichtigerklärung der (ersten) Zuschlagsentscheidung vom 2.5.2005 das Vergabeverfahren in ein Stadium vor Zuschlagsentscheidung zurückversetzt wurde und daher das Vergabeverfahren entsprechend den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 mit dem Ziel der Befolgung des im Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 festgelegten, das gesamte Vergabeverfahren tragenden Grundsatzes, dass Aufträge „nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu vergeben sind“, zu ergänzen gewesen wäre. Wenn auch der Auftraggeber im Sektorenbereich tätig ist, so sind doch die Grundsätze des Paragraph 98, BVergG 2002 über das Ausscheiden von Angeboten analog auch für das Vergabeverfahren heranzuziehen. Nach Paragraph 98, erster Satz leg. cit. sind Ausscheidungsentscheidungen vor „der Wahl des Angebotes für die Zuschlagserteilung“ zu treffen und diese Entscheidungen entsprechend zu dokumentieren. Dabei handelt es sich um einen eigenen Verfahrensabschnitt, ungeachtet dessen, dass die Ausscheidung an sich nicht gesondert anfechtbar ist vergleiche VwGH 28.1.2004, 2003/04/0134). Diese Bestimmungen haben auch für den Sektorenbereich zu gelten, weil nur so ein klar gegliedertes Vergabeverfahren mit einer Nachvollziehbarkeit der vom Auftraggeber getroffenen Entscheidungen möglich ist.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin hat der Vergabekontrollsenat nicht ausgesprochen, dass das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschneiden ist, sondern nur dargelegt, die Preisgestaltung sei nach der Erklärung im Schreiben der Antragstellerin vom 21.4.2005 als nicht plausibel zu werten. Eine derartige Entscheidung läge auch nicht in der Kompetenz des Vergabekontrollsenates, weil eine solche vom Auftraggeber zu treffen ist.

Der Vergabekontrollsenat ist bloß zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers befugt, darf aber nicht selbst – anstelle des Auftraggebers – zur Fortführung und zum Abschluss des Vergabeverfahrens erforderliche Akte setzen oder Entscheidungen treffen. Die Vergabekontrollbehörde ist daher nicht dazu berufen, eine vom Auftraggeber getroffene Entscheidung in eine andere abzuändern oder eine von dieser nicht getroffenen Entscheidung zu substituieren. Der Vergabekontrollsenat als Vergabekontrollbehörde ist lediglich zur nachprüfenden Kontrolle der Auftragsvergabe und nicht zur Durchführung des Vergabeverfahrens anstelle des Auftraggebers berufen, weshalb er auch nicht als Berufungsinstanz im Sinne des Verwaltungsverfahrens angesehen werden kann, da ihm nur eine kassatorische Entscheidungsbefugnis zukommt (vgl. Heid/Preslmayr, Vergaberecht², Seite 595f und die zahlreich dort zitierten Belegstellen). Dem Vergabekontrollsenat kommt daher keine Befugnis zu, den Bestbieter festzulegen, oder anstelle des Auftraggebers die Ausscheidung von Angeboten vorzunehmen. Ausgehend von diesen Überlegungen wäre daher die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, nach Aufhebung ihrer (ersten) Zuschlagsentscheidung die Angebotsprüfung jedenfalls zu ergänzen oder klar zu erkennen zu geben, dass das Angebot der Antragstellerin für die Zuschlagserteilung nicht weiter berücksichtigt wird. Da zu diesem Zeitpunkt das

Prüfverfahren durch eine Entscheidung der Antragsgegnerin noch nicht abgeschlossen war, hätte sie das von der Antragstellerin mit Schreiben vom 7.7.2005 vorgelegte bautechnische Gutachten berücksichtigen und in ihre Entscheidungsfindung mit einbeziehen müssen, warum sie diesem Gutachten folgt oder nicht folgt. Allein die Bezugnahme auf den aufhebenden Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 3.6.2005 vermag eine nachvollziehbare Begründung, warum das Angebot der Antragstellerin, obwohl es nach den Ergebnissen der Angebotsöffnungen an erster Stelle gereiht wurde, für die Zuschlagserteilung nicht in Frage kommt, nicht abzugeben. Der Vergabekontrollsenat ist bloß zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers befugt, darf aber nicht selbst – anstelle des Auftraggebers – zur Fortführung und zum Abschluss des Vergabeverfahrens erforderliche Akte setzen oder Entscheidungen treffen. Die Vergabekontrollbehörde ist daher nicht dazu berufen, eine vom Auftraggeber getroffene Entscheidung in eine andere abzuändern oder eine von dieser nicht getroffenen Entscheidung zu substituieren. Der Vergabekontrollsenat als Vergabekontrollbehörde ist lediglich zur nachprüfenden Kontrolle der Auftragsvergabe und nicht zur Durchführung des Vergabeverfahrens anstelle des Auftraggebers berufen, weshalb er auch nicht als Berufungsinstanz im Sinne des Verwaltungsverfahrens angesehen werden kann, da ihm nur eine kassatorische Entscheidungsbefugnis zukommt (vergleiche Heid/Preslmayr, Vergaberecht², Seite 595f und die zahlreich dort zitierten Belegstellen). Dem Vergabekontrollsenat kommt daher keine Befugnis zu, den Bestbieter festzulegen, oder anstelle des Auftraggebers die Ausscheidung von Angeboten vorzunehmen. Ausgehend von diesen Überlegungen wäre daher die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, nach Aufhebung ihrer (ersten) Zuschlagsentscheidung die Angebotsprüfung jedenfalls zu ergänzen oder klar zu erkennen zu geben, dass das Angebot der Antragstellerin für die Zuschlagserteilung nicht weiter berücksichtigt wird. Da zu diesem Zeitpunkt das Prüfverfahren durch eine Entscheidung der Antragsgegnerin noch nicht abgeschlossen war, hätte sie das von der Antragstellerin mit Schreiben vom 7.7.2005 vorgelegte bautechnische Gutachten berücksichtigen und in ihre Entscheidungsfindung mit einbeziehen müssen, warum sie diesem Gutachten folgt oder nicht folgt. Allein die Bezugnahme auf den aufhebenden Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 3.6.2005 vermag eine nachvollziehbare Begründung, warum das Angebot der Antragstellerin, obwohl es nach den Ergebnissen der Angebotsöffnungen an erster Stelle gereiht wurde, für die Zuschlagserteilung nicht in Frage kommt, nicht abzugeben.

Aus den vorliegenden Vergabeakten geht nicht hervor, wie eine vertiefte Angebotsprüfung tatsächlich erfolgt ist. Dieser Mangel, der bereits vor Fassung der ersten Zuschlagsentscheidung gegeben war, wurde auch vor Erlassung der nunmehr angefochtenen Zuschlagsentscheidung nicht behoben. Insbesondere ergibt sich aus den Vergabeakten, dass weder K 3 noch K 7 Blätter überprüft wurden, aus denen ersichtlich wäre, wie die Regielöhne bzw. die Einheitspreise kalkuliert worden sind, obwohl aus dem Inhaltsverzeichnis zum Angebot der Antragstellerin hervorgeht, dass K Blätter vorgelegt wurden. Noch in der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Antragsgegnerin ausgeführt, dass im Zuge der „ersten Angebotsprüfungsrunde“ das gegenständliche Problem erkannt worden ist, jedoch aufgrund der Erfahrungswerte davon ausgegangen wurde, dass es erst bei einem Beauftragtenstand von ca. 63 % zu einem Reihungssturz kommen könnte. Die Antragsgegnerin hat aber zugestanden, dass die K 7 Blätter vor der Zuschlagsentscheidung nicht geprüft wurden, sondern eine Prüfung nur im Vergleichsweg erfolgt ist, indem die Angebotspreise der jeweiligen Bieter miteinander verglichen wurden. Im Zuge dieser Prüfung sei der Antragsgegnerin ein eklatanter Unterschied in der Leistungsgruppe 21 beim Angebot der Antragstellerin zu den anderen Bietern aufgefallen, „dennoch haben wir die K 7 Blätter nicht geöffnet, respektive nicht geprüft“ (Seite 2 des Protokolls der mündlichen Verhandlung).

Da es sich um einen Auftrag im Sektorenbereich handelt, sind für die Prüfung der Angemessenheit der Preise die Bestimmungen des § 93 BVergG 2002 heranzuziehen. Nach Abs. 4 leg. cit. ist klargestellt, dass es in bestimmten Bereichen (insbesondere bei den wesentlichen Positionen) auf eine „betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit“ ankommt. Dies ist nicht nur der Maßstab für die Angebotsprüfung sondern auch für die Rechtfertigungschance des Bieters im Rahmen einer Aufklärung. Wenn auch die Prüfung der Angebote weitgehend im Rahmen des § 93 BVergG 2002 formfrei erfolgen kann, sind doch die Grundsätze des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 zu beachten. Zwar ist die LG 21 (Regiearbeiten) nicht als „wesentliche Position“ vom Auftraggeber bezeichnet worden, diesem ist beim Vergleich der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebote doch ein wesentliches Abweichen der Antragstellerin in dieser Position von den Angeboten der anderen Mitbewerber aufgefallen und wurde dies von ihm zum Anlass für eine Aufklärung genommen. Diese wesentliche Abweichung des Angebotes in der LG 21 gegenüber den anderen Angeboten war damit offenbar Anlass zu einer vertieften Angebotsprüfung in der Richtung, ob der Tatbestand des § 98 Z 3 BVergG 2002 gegeben sein kann. Da es sich um einen Auftrag im Sektorenbereich handelt,

sind für die Prüfung der Angemessenheit der Preise die Bestimmungen des Paragraph 93, BVergG 2002 heranzuziehen. Nach Absatz 4, leg. cit. ist klargestellt, dass es in bestimmten Bereichen (insbesondere bei den wesentlichen Positionen) auf eine „betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit“ ankommt. Dies ist nicht nur der Maßstab für die Angebotsprüfung sondern auch für die Rechtfertigungschance des Bieters im Rahmen einer Aufklärung. Wenn auch die Prüfung der Angebote weitgehend im Rahmen des Paragraph 93, BVergG 2002 formfrei erfolgen kann, sind doch die Grundsätze des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 zu beachten. Zwar ist die LG 21 (Regiearbeiten) nicht als „wesentliche Position“ vom Auftraggeber bezeichnet worden, diesem ist beim Vergleich der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebote doch ein wesentliches Abweichen der Antragstellerin in dieser Position von den Angeboten der anderen Mitbewerber aufgefallen und wurde dies von ihm zum Anlass für eine Aufklärung genommen. Diese wesentliche Abweichung des Angebotes in der LG 21 gegenüber den anderen Angeboten war damit offenbar Anlass zu einer vertieften Angebotsprüfung in der Richtung, ob der Tatbestand des Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG 2002 gegeben sein kann.

Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren hat abermals ergeben, dass eine nachvollziehbare, durch die Aktenlage gedeckte Zuschlagsentscheidung nicht vorliegt. Dabei erweist sich die Angebotsprüfung noch immer als mangelhaft und nicht nachvollziehbar, zumal Unterlagen zu einer vertieften Angebotsprüfung und deren Ergebnis nicht vorliegen und die K 3 oder K 7 Blätter bisher einer Prüfung nicht unterzogen wurden. Die Angebotsprüfung hat offensichtlich lediglich in Bietergesprächen und allenfalls Erklärungen der Bieter bestanden, eine echte Prüfung der Kalkulation ist nach der Aktenlage bisher nicht erfolgt. Die einzige für die nunmehr angefochtene Zuschlagsentscheidung gegebene Begründung, der Vergabekontrollsenat habe in seinem Bescheid vom 3.6.2005 die Preiszusammensetzung im Angebot der Antragstellerin als nicht plausibel bezeichnet, weshalb dem an zweiter Stelle gereihten Unternehmen der Zuschlag zu erteilen wäre, vermag eine plausible und nachvollziehbare sowie entsprechend dokumentierte Angebotsbewertung nicht zu ersetzen. Da von der Antragsgegnerin bisher nicht nachvollziehbar erklärt wurde, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde, die Ausscheidung eines derartigen Angebotes aber als Ergebnis der Angebotsprüfung vor Ergehen der Zuschlagsentscheidung als eigener Verfahrensabschnitt hätten vorgenommen werden müssen, konnte die Antragstellerin im zweiten Verfahrensabschnitt weitere Argumente für ihren Standpunkt solange beibringen als über ihr Angebot nicht entschieden wurde und davon ausgehen, dass dieses im Zuge der Prüfung der beiden für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote geschehen werde.

Da abermals eine nur mangelhafte Angebotsprüfung gegeben ist, liegt auch eine nachvollziehbare Zuschlagsentscheidung nicht vor. Es war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung daher Folge zu geben und wie aus dem Spruche ersichtlich zu entscheiden.

Da mit diesem Bescheid das Vergabeverfahren beendet ist, war gemäß § 23 Abs. 5 WVRG die einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit diesem Bescheid das Vergabeverfahren beendet ist, war gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG die einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostenentscheidungen (Punkt 3 und 4 des Spruches) gründen sich auf § 74 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG (vgl. zur Frage der Zuständigkeit VwGH 2004/04/0091 vom 6.4.2005). Die Kostenentscheidungen (Punkt 3 und 4 des Spruches) gründen sich auf Paragraph 74, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG vergleiche zur Frage der Zuständigkeit VwGH 2004/04/0091 vom 6.4.2005).

Schlagworte

plausible Preiszusammensetzung; vertiefte Angebotsprüfung; keine Zuständigkeit des VKS Entscheidungen an Stelle des Auftraggebers zu treffen.

Dokumentnummer

VERGT_20050901_2486_05_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