

TE Verg Bescheid 2005/9/1 VKS-2513/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.09.2005

Norm

WVRG §1 Abs2 Z1
WVRG §2 Abs2 und 4
WVRG §11 Abs2 Z2
WVRG §13 Abs1
WVRG §14 Abs1
WVRG §17 Abs1
WVRG §20 Abs1 Z1 litc
WVRG §23
WVRG §24 Abs2 und 5
WVRG §30 Abs5
BVerG 2002 §3 Abs1
BVerG 2002 §7 Abs1 Z1
BVerG 2002 §9 Abs1 Z3
BVerG 2002 §20 Z2 und Z13 lita sublitaa
BVerG 2002 §21 Abs1
BVerG 2002 §66 Abs7
BVerG 2002 §83 Abs2
BVerG 2002 §91 Abs2
BVerG 2002 §93
BVerG 2002 §95
BVerG 2002 §98 Z8
AVG §74
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 Bietergemeinschaft ***/***/***, vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Vergabe eines Bauauftrages zur „Absicherung der Altlast Gaswerk Leopoldau

BT 1A" Ausschreibungsnummer WEG 401-002-05/rei, durch die Antragsgegnerin Wien Energie Gasnetz GmbH, Josefstädter Straße 10-12, 1080 Wien, vertreten durch Siemer Siegl Füreder & Partner, Rechtsanwälte in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin Wien Energie Gasnetz GmbH vom 21.7.2005, wonach der Zuschlag dem Unternehmen *** erteilt werden soll, wird für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird abgewiesen.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Gebühren von Euro 10.000,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 2 Z 1, 2 Abs. 2 und 4, 11 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. c, 23, 24 Abs. 2 und 5, 30 Abs. 5 WVRG und §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 1 Z 1, 9 Abs. 1 Z 3, 20 Z 2 und Z 13 lit. a sublit. aa, 21 Abs. 1, 66 Abs. 7, 83 Abs. 2, 91 Abs. 2, 93, 95, 98 Z 8 BVergG 2002 sowie § 74 AVG.Paragraphen eins, Absatz 2, Ziffer eins, 2, Absatz 2 und 4, 11 Absatz 2, Ziffer 2, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c,, 23, 24 Absatz 2 und 5, 30 Absatz 5, WVRG und Paragraphen 3, Absatz eins, 7, Absatz eins, Ziffer eins, 9, Absatz eins, Ziffer 3, 20, Ziffer 2 und Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 21 Absatz eins, 66, Absatz 7, 83, Absatz 2, 91, Absatz 2, 93, 95, 98, Ziffer 8, BVergG 2002 sowie Paragraph 74, AVG.

Begründung:

Die Antragsgegnerin führt derzeit ein Vergabeverfahren zur Absicherung der Altlast „Gaswerk Leopoldau“. Es handelt sich dabei um Bauleistungen zum Abbruch ehemaliger Betriebsgebäude, den Voraushub, die Errichtung von Suchschlitzen und die Baufreimachung von Teilbereichen der Dichtwandtrasse. Die Leistungen wurden in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben und EU-weit am 17.6.2005 bekannt gemacht. Als Zuschlagskriterium ist ausschließlich der niedrigste Preis festgelegt. Das Ende der Angebotsfrist war der 6.7.2005, 10.00 Uhr, die Angebotsöffnung erfolgte anschließend. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung liegt die antragstellende Bietergemeinschaft (im Folgenden Antragstellerin) mit ihrem Angebot an zweiter Stelle.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 21.7.2005, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Auftrag an das Unternehmen *** (im Folgenden „****“ genannt) vergeben zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 4.8.2005 und damit rechtzeitig (§ 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Weiters begehrt die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Kostenersatz. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 4.8.2005 und damit rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Weiters begehrt die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Kostenersatz.

Die Antragstellerin führt im Wesentlichen aus, das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens hätte zwingend ausgeschieden werden müssen. Bereits bei der Angebotsöffnung habe sich ergeben, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Beilage 3 des Angebotes „Besondere Bestimmungen“ wohl ihrem Angebot angeschlossen, jedoch nicht unterfertigt habe. Nach den Ausschreibungsbedingungen hätte diese Beilage zwingend im Zeitpunkt der Angebotseröffnung unterschrieben sein müssen. Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen habe, soweit ihm diesbezüglich die Befugnis fehle, Subunternehmer nicht genannt. Auch dies bilde einen unbehebbarer Mangel. Weiters habe das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen geforderte Referenzen, nämlich bezüglich der Mindestumsätze, nicht erbracht. Letztlich liege eine spekulative Preisgestaltung bei dem für den Zuschlag vorgesehenen Angebot vor, da eine vertiefte Angebotsprüfung – die zwingend notwendig gewesen wäre – nicht stattgefunden habe. Die präsumtive Bestbieterin wäre daher zwingend

zur Vorlage einer Vollkostenrechnung gehalten gewesen. Eine entsprechende Prüfung der Preise sei jedoch nicht vorgenommen worden. In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 17.8.2005 bringt die Bietergemeinschaft vor, die Antragsgegnerin habe nicht nachweisen können, dass ein Vergleich mit der amtlichen Kostenschätzung zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens, ein Vergleich mit anderen Preisen außerhalb des Gesamtbauvorhabens Altlastensanierung Gaswerk Leopoldau oder eine betriebswirtschaftliche Betrachtung, insbesondere im Hinblick auf die angespannte wirtschaftliche Situation des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters, durchgeführt worden sei. Jedenfalls hätte die Antragsgegnerin eine nachvollziehbare Begründung, warum die vom präsumtiven Bestbieter angebotenen Preise plausibel seien, nicht abgeben können. Das nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung an erster Stelle gereichte Angebot hätte daher ausgeschieden werden müssen. Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, so drohe ihr auf Grund des bisherigen Aufwandes zur Erstellung des Angebotes und der Teilnahme am Vergabeverfahren, sowie durch Entfall der Gemeinkostendeckung und eines kalkulierten Gewinnes von rund Euro 70.000,-- insgesamt ein Verlust von Euro 83.825,--. Die Antragsgegnerin sei gemäß § 14 Abs. 1 WVRG rechtzeitig von der Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt worden, die Einzahlung der Pauschalgebühr nach § 30 WVRG sei erfolgt. Die Antragstellerin führt im Wesentlichen aus, das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens hätte zwingend ausgeschieden werden müssen. Bereits bei der Angebotsöffnung habe sich ergeben, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Beilage 3 des Angebotes „Besondere Bestimmungen“ wohl ihrem Angebot angeschlossen, jedoch nicht unterfertigt habe. Nach den Ausschreibungsbedingungen hätte diese Beilage zwingend im Zeitpunkt der Angebotseröffnung unterschrieben sein müssen. Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen habe, soweit ihm diesbezüglich die Befugnis fehle, Subunternehmer nicht genannt. Auch dies bilde einen unbehebbarer Mangel. Weiters habe das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen geforderte Referenzen, nämlich bezüglich der Mindestumsätze, nicht erbracht. Letztlich liege eine spekulative Preisgestaltung bei dem für den Zuschlag vorgesehenen Angebot vor, da eine vertiefte Angebotsprüfung – die zwingend notwendig gewesen wäre – nicht stattgefunden habe. Die präsumtive Bestbieterin wäre daher zwingend zur Vorlage einer Vollkostenrechnung gehalten gewesen. Eine entsprechende Prüfung der Preise sei jedoch nicht vorgenommen worden. In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 17.8.2005 bringt die Bietergemeinschaft vor, die Antragsgegnerin habe nicht nachweisen können, dass ein Vergleich mit der amtlichen Kostenschätzung zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens, ein Vergleich mit anderen Preisen außerhalb des Gesamtbauvorhabens Altlastensanierung Gaswerk Leopoldau oder eine betriebswirtschaftliche Betrachtung, insbesondere im Hinblick auf die angespannte wirtschaftliche Situation des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters, durchgeführt worden sei. Jedenfalls hätte die Antragsgegnerin eine nachvollziehbare Begründung, warum die vom präsumtiven Bestbieter angebotenen Preise plausibel seien, nicht abgeben können. Das nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung an erster Stelle gereichte Angebot hätte daher ausgeschieden werden müssen. Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, so drohe ihr auf Grund des bisherigen Aufwandes zur Erstellung des Angebotes und der Teilnahme am Vergabeverfahren, sowie durch Entfall der Gemeinkostendeckung und eines kalkulierten Gewinnes von rund Euro 70.000,-- insgesamt ein Verlust von Euro 83.825,--. Die Antragsgegnerin sei gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG rechtzeitig von der Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt worden, die Einzahlung der Pauschalgebühr nach Paragraph 30, WVRG sei erfolgt.

Die Antragsgegnerin hat sich mit Schriftsatz vom 10.8.2005 gegen die gestellten Anträge ausgesprochen und insbesondere ausgeführt, dass ein Ausscheidungsgrund bezüglich des an erster Stelle gereichten Angebotes nicht vorläge. Es treffe zwar zu, dass bei Angebotsöffnung die Besonderen Bestimmungen vom Unternehmen „***“ nicht unterfertigt waren. Über Aufforderung habe dieses Unternehmen jedoch eine rechtsgültige Fertigung der Besonderen Bestimmungen einen Tag nach Angebotsöffnung nachgereicht. Das für die Zuschlagserteilung vorgesehene Unternehmen habe auch bereits im Angebot drei Subunternehmer genannt und die erforderliche Bewilligung betreffend gefährliche Abfälle nachgewiesen. Das Unternehmen erfülle damit alle Eignungskriterien und geforderten Befugnisse. Soweit von dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen fehlende Unterlagen nachgefordert worden seien (Referenzen und die Gesamtjahresumsätze), seien diese fristgerecht nachgereicht worden. Soweit die Antragstellerin vorbringt, das Angebot des Unternehmens „***“ wäre auszuschneiden gewesen, weil die Preise nicht plausibel und darüber hinaus spekulativ wären, treffe dies nicht zu. Der Angebotspreis entspreche den Marktverhältnissen, auffällige Preisabweichungen im Vergleich zu den bisher im Rahmen des Gesamtbauvorhabens „Altlastsanierung Gaswerk Leopoldau“ von der Antragsgegnerin bereits vergebenen ähnlichen Leistungen hätten nicht festgestellt werden können. Auch der von der Antragsgegnerin erstellte Preisspiegel habe keine Auffälligkeiten

ergeben. Die Preisgestaltung sei betriebswirtschaftlich nachvollziehbar, ein Anlass zu einer vertieften Angebotsprüfung habe nicht bestanden. Überdies habe die Antragsgegnerin am 21.7.2005 ein Aufklärungsgespräch mit dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen geführt, wobei dieses ausdrücklich alle angebotenen Preise bestätigt habe.

Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat auf Grund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten und der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten (einleitender Schriftsatz der Antragstellerin vom 4.8.2005, ergänzende Schriftsätze vom 16.8. und 17.8.2005, Schriftsätze der Antragsgegnerin vom 10.8.2005 und 24.8.2005), die auch jeweils der Gegenseite zugestellt wurden, nachfolgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin, ein zu 100 % im Eigentum der Gemeinde (bzw. des Landes) Wien stehendes Unternehmen, das auch von der Gemeinde (bzw. dem Land) Wien beherrscht wird, ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002. Die Antragsgegnerin hat die gegenständlichen Bauleistungen in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß den Bestimmungen des BVergG 2002 ausgeschrieben. Die Verlautbarung ist ordnungsgemäß sowohl im Amtsblatt der Stadt Wien als auch im Amtsblatt der EU erfolgt. Die Antragsgegnerin, ein zu 100 % im Eigentum der Gemeinde (bzw. des Landes) Wien stehendes Unternehmen, das auch von der Gemeinde (bzw. dem Land) Wien beherrscht wird, ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002. Die Antragsgegnerin hat die gegenständlichen Bauleistungen in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß den Bestimmungen des BVergG 2002 ausgeschrieben. Die Verlautbarung ist ordnungsgemäß sowohl im Amtsblatt der Stadt Wien als auch im Amtsblatt der EU erfolgt.

Soweit für das Nachprüfungsverfahren relevant sind folgende Bestimmungen aus den Ausschreibungsunterlagen hervorzuheben:

Nach dem Angebotshauptteil (WSTW 9281 Teil 2 Angebot, Ausgabe 1.5.2004) Punkt 9 waren dem Angebot anzuschließen:

„9.1 Leistungsverzeichnis (A.11.1); Besondere Bestimmungen....

9.5 Angaben über die zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse und Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern laut Beilage (WSTW 9281, Beilage A.11.5)".

Der Angebotshauptteil war auf dessen Seite 3 von 3 mit Datum rechtsgültig zu unterfertigen. Die Wortfolge „rechtsgültige Unterschrift" enthält folgende Anmerkung:

„Diese Unterfertigung gilt gemäß § 66 Abs. 7 BVergG 2002 für sämtliche Bestandteile des Angebotes. Bei Fertigung durch einen bevollmächtigten Vertreter ist die Vollmacht dem Angebot beizulegen. Bei Arbeitsgemeinschaften ist entweder der Angebotshauptteil von allen Mitgliedern rechtsgültig zu fertigen oder bei Fertigung durch einen bevollmächtigten Vertreter ist die Beilage A.11.4 von allen Mitgliedern rechtsgültig zu fertigen." „Diese Unterfertigung gilt gemäß Paragraph 66, Absatz 7, BVergG 2002 für sämtliche Bestandteile des Angebotes. Bei Fertigung durch einen bevollmächtigten Vertreter ist die Vollmacht dem Angebot beizulegen. Bei Arbeitsgemeinschaften ist entweder der Angebotshauptteil von allen Mitgliedern rechtsgültig zu fertigen oder bei Fertigung durch einen bevollmächtigten Vertreter ist die Beilage A.11.4 von allen Mitgliedern rechtsgültig zu fertigen."

Der Angebotshauptteil ist von dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen rechtsgültig gefertigt.

Die Besonderen Bestimmungen, die im Zeitpunkt der Angebotsöffnung an der dafür vorgesehenen Stelle (Seite 22 Mitte) vom Unternehmen „***" bei Angebotsöffnung nicht unterfertigt waren, enthalten neben Begriffsdefinitionen allgemeine Bestimmungen zur Leistungserbringung. Über Aufforderung durch die Antragsgegnerin wurde die Fertigung durch den Unternehmer „***" am 7.7.2005 nachgeholt.

Unter anderem enthalten sie unter Punkt 3.11 „Bestandteile des Angebotes" folgende Ausführungen:

„Das Angebot hat aus folgenden Bestandteilen zu bestehen:

1. 1.Ziffer eins
Angebot (WStW 9281, Teil 2)
2. 2.Ziffer 2

Ausgepreistes Leistungsverzeichnis

3. 3.Ziffer 3

Besondere Bestimmungen

4. 4.Ziffer 4

Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft (WStW 9281, Beilage A.11.4)

5. 5.Ziffer 5

Angabe über die zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse und Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern (WStW 9281, Beilage A.11.5)

6. 6.Ziffer 6

Abbruch- und Entsorgungskonzept inklusive Terminplan..... Bei Nichtvorlage der unter Punkt 1 bis 5 definierten Unterlagen bei der Angebotseröffnung wird das Angebot als unvollständig ausgeschieden". Punkt 3.16 der Besonderen Bestimmungen regelt die „Eignungskriterien und deren Nachweise". Unter diesem Kapitel wird unter anderem eine Erklärung darüber verlangt, dass das Unternehmen sich nicht in Liquidation befindet oder die gewerbliche Tätigkeit eingestellt hat, eine Erklärung über den Gesamtjahresumsatz und über den Umsatz im Bereich des Bauhauptgewerbes zumindest der letzten drei Geschäftsjahre, eine Vorlage einer Referenzliste der innerhalb der letzten fünf Jahre erbrachten vergleichbaren Bauleistungen, Nachweise über gleichwertige Projekte in den letzten fünf Jahren sowie Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit. Weiters ist in dieser Position festgehalten, dass „Bieter, die auch nur ein Kriterium nicht nachweislich vollständig erfüllen.... damit die geforderten Mindestanforderungen nicht erbringen und gelten daher als nicht geeignet". Die entsprechenden Nachweise und Erklärungen waren dem Angebot beizulegen, „spätestens aber innerhalb einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Nachfrist nachzureichen" (Seite 10 der Besonderen Bestimmungen).

Im Faxwege hat die Antragsgegnerin am 6.7.2005 die Bestbieterin aufgefordert, die im Angebot fehlenden Unterlagen nachzureichen. Dieser Aufforderung ist das Unternehmen fristgerecht nachgekommen und hat alle Nachweise für die geforderten Eignungskriterien und die geforderten Befugnisse auch der Subunternehmer erfüllt.

Im Formular WStW 9281, Ausgabe 0105/2004, Beilage A.11.5 hat das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen drei Subunternehmer angeführt, die jene Leistungen erbringen sollen, für welche „***" selbst über keine Befugnisse verfügt. In der Folge hat das für den Zuschlag in Aussicht genommene Unternehmen alle erforderlichen Nachweise zur Eignung der Subunternehmer, insbesondere die erforderliche Bewilligung betreffend gefährliche Abfälle, nachgereicht. In den Vergabeakten liegen somit alle erforderlichen Nachweise bezüglich Befugnis und technische Leistungsfähigkeit, Referenzen und Erklärungen zum Angebot des Unternehmens „***" vor, wie sie nach den Ausschreibungsbedingungen verlangt wurden. Im Formular WStW 9281, Ausgabe 0105 aus 2004, „Beilage A.11.5 hat das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen drei Subunternehmer angeführt, die jene Leistungen erbringen sollen, für welche „***" selbst über keine Befugnisse verfügt. In der Folge hat das für den Zuschlag in Aussicht genommene Unternehmen alle erforderlichen Nachweise zur Eignung der Subunternehmer, insbesondere die erforderliche Bewilligung betreffend gefährliche Abfälle, nachgereicht. In den Vergabeakten liegen somit alle erforderlichen Nachweise bezüglich Befugnis und technische Leistungsfähigkeit, Referenzen und Erklärungen zum Angebot des Unternehmens „***" vor, wie sie nach den Ausschreibungsbedingungen verlangt wurden.

Insgesamt wurden Angebote von 5 Bieter abgegeben. Der Gesamtpreis des Angebotes des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens beträgt Euro 986.684,15 (ohne USt), jenes der Antragstellerin Euro 1.236.765,30 (ohne USt). Die Gesamtpreise der weiteren drei Bieter (jeweils ohne USt) liegen zwischen Euro 1.429.948,- und Euro 2.034.027,20.

Am 21.7.2005 fand ein Aufklärungsgespräch mit Vertretern des Billigstbieters statt, in dem der Antragsgegnerin die im Angebot enthaltenen Preise ausdrücklich als verbindlich bestätigt wurden. Die dem Vergabeakt beiliegende Auswertung der Preise zeigt in einzelnen Positionen nicht nachvollziehbare Abweichungen zwischen den einzelnen Bieter. Nach dem Inhalt der Vergabeakten ist eine vertiefte Angebotsprüfung zumindest einzelner Positionen (K 7-Blätter) nicht erfolgt. Die Darlegung der Entscheidung der Antragsgegnerin besteht aus einer Niederschrift am 21.7.2005 über ein Gespräch mit dem Billigstbieter, einem Ausdruck über den Preisvergleich vom 11.7.2005, einer Liste mit den Kriterien gemäß den Besonderen Bestimmungen vom 21.7.2005 und dem Ergebnis der Angebotseröffnung und Angebotsprüfung vom 6.7.2005 (Angebotsprüfung am Tag der Angebotsöffnung??).

Die Zuschlagsentscheidung vom 21.7.2005 ist der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tag zugegangen.

Mit Schreiben vom 4.8.2005 hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin im Faxwege von der beabsichtigten Antragstellung auf Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung unter Anschluss des einleitenden Schriftsatzes verständigt.

Der Nachprüfungsantrag ist am 4.8.2005 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingebracht worden, die Pauschalgebühren wurden für Verfahren im Oberschwellenbereich entrichtet.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Vergabekontrollsenat vor allem auf Grund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde. Danach ist ausreichend nachgewiesen, dass von dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen die nachgeforderten Nachweise fristgerecht und in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen erbracht wurden. Im Hinblick auf die klare Sachlage konnte die Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung entfallen, weil bereits auf Grund der Aktenlage festgestellt werden konnte, dass die bekämpfte Entscheidung des Auftraggebers als nichtig zu erklären ist (§ 24 Abs. 2 WVRG) und von einer mündlichen Erörterung eine weitere Klärung der Sache nicht anzunehmen war (§ 24 Abs. 5 WVRG). Zu diesen Feststellungen gelangte der Vergabekontrollsenat vor allem auf Grund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde. Danach ist ausreichend nachgewiesen, dass von dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen die nachgeforderten Nachweise fristgerecht und in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen erbracht wurden. Im Hinblick auf die klare Sachlage konnte die Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung entfallen, weil bereits auf Grund der Aktenlage festgestellt werden konnte, dass die bekämpfte Entscheidung des Auftraggebers als nichtig zu erklären ist (Paragraph 24, Absatz 2, WVRG) und von einer mündlichen Erörterung eine weitere Klärung der Sache nicht anzunehmen war (Paragraph 24, Absatz 5, WVRG).

Selbst die Antragstellerin bringt bei einem Teil der Gründe in ihrem Nichtigkeitsantrag zum Ausdruck, dass sie dabei nur von Vermutungen ausgeht (vgl. Punkt 1.2.1, 1.2.4 und 1.2.5). Soweit in diesem Zusammenhang die Antragstellerin Akteneinsicht in Unterlagen, die von der Billigstbieterin vorgelegt wurden, begehrt, handelt es sich dabei um Urkunden, die Geschäftsgeheimnisse enthalten, an deren Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse der Mitbewerberin zweifellos besteht. Soweit diese Akteneinsicht dazu dienen sollte, das Vorgehen der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren zu überprüfen, hat dies in Folge der Anfechtung durch die Antragstellerin durch den Vergabekontrollsenat zu erfolgen. Diesem obliegt es, jene Beschwerdepunkte, die von der Antragstellerin erhoben wurden auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und das Ergebnis dieser Überprüfung dem Bescheid zu Grunde zu legen. Selbst die Antragstellerin bringt bei einem Teil der Gründe in ihrem Nichtigkeitsantrag zum Ausdruck, dass sie dabei nur von Vermutungen ausgeht (vergleiche Punkt 1.2.1, 1.2.4 und 1.2.5). Soweit in diesem Zusammenhang die Antragstellerin Akteneinsicht in Unterlagen, die von der Billigstbieterin vorgelegt wurden, begehrt, handelt es sich dabei um Urkunden, die Geschäftsgeheimnisse enthalten, an deren Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse der Mitbewerberin zweifellos besteht. Soweit diese Akteneinsicht dazu dienen sollte, das Vorgehen der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren zu überprüfen, hat dies in Folge der Anfechtung durch die Antragstellerin durch den Vergabekontrollsenat zu erfolgen. Diesem obliegt es, jene Beschwerdepunkte, die von der Antragstellerin erhoben wurden auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und das Ergebnis dieser Überprüfung dem Bescheid zu Grunde zu legen.

In seiner rechtlichen Beurteilung folgt der Vergabekontrollsenat der Gliederung im einleitenden Schriftsatz.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber nach § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Bauauftrag gemäß § 3 Abs. 1 BVergG 2002 ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht, es handelt sich um die Vergabe von Bauleistungen im Oberschwellenbereich im Rahmen des Gesamtbauvorhabens „Altlastsanierung Gaswerk Leopoldau“. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 WVRG zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens nach § 13 Abs. 1 WVRG zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Bauauftrag gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2002 ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht, es handelt sich um die Vergabe von Bauleistungen im Oberschwellenbereich im Rahmen des Gesamtbauvorhabens „Altlastsanierung Gaswerk Leopoldau“. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, WVRG zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens nach Paragraph 13, Absatz eins, WVRG 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 im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sollte der Auftrag an das nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an erster Stelle gereichte Unternehmen erteilt werden, könnte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten. Da das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden wurde und sie an zweiter Stelle liegt, müsste sie im Falle des Ausscheidens des an erster Stelle gereichten Angebotes zum Zuge kommen. Insoweit ist die Antragslegitimation der Antragstellerin daher gegeben. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 21.7.2005 erfolgte, ist der am 4.8.2005 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. Er entspricht auch sonst den Anforderungen des § 17 Abs. 1 WVRG, die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 14 Abs. 1 WVRG ist vollständig und rechtzeitig erfolgt, die Gebühr nach § 30 WVRG wurde entrichtet. 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 im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sollte der Auftrag an das nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an erster Stelle gereichte Unternehmen erteilt werden, könnte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten. Da das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden wurde und sie an zweiter Stelle liegt, müsste sie im Falle des Ausscheidens des an erster Stelle gereichten Angebotes zum Zuge kommen. Insoweit ist die Antragslegitimation der Antragstellerin daher gegeben. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 21.7.2005 erfolgte, ist der am 4.8.2005 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, BVergG 2002. Er entspricht auch sonst den Anforderungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG, die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 14, Absatz eins, WVRG ist vollständig und rechtzeitig erfolgt, die Gebühr nach Paragraph 30, WVRG wurde entrichtet.

Die Antragstellerin bringt zunächst vor, die Billigstbieterin habe es unterlassen die einen wesentlichen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildenden „Besonderen Bestimmungen“ zu fertigen. Dies bilde nach den Angebotsbestimmungen einen zwingenden Ausscheidungsgrund.

Nach dem Ergebnis der Angebotsöffnung wurde das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen, wobei die Vergabe unstrittig nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen soll. Dieses Unternehmen hat jedoch die mit dem Angebot vorgelegten Besonderen Bestimmungen nicht unterfertigt. Hingegen war von ihr das als Angebotshauptteil bezeichnete Angebotsformular WStW 9281, Teil 2 Angebot, rechtsgültig gefertigt, das auf Seite 3 von 3 unten als Anmerkung zur Wortfolge „rechtsgültige Unterschrift“ den Hinweis trägt: „Diese Unterfertigung gilt gemäß § 66 Abs. 7 BVergG 2002 für sämtliche Bestandteile des Angebotes“. Weiters steht fest, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen ein vollständig ausgefülltes und unterschriebenes Leistungsverzeichnis betreffend die ausgeschriebene Leistung gelegt hat. Dieses Verzeichnis enthält nach der Aktenlage alle für die einzelnen Teilleistungen angebotenen Preise, eine Übersicht und Zusammenfassung der angebotenen Summen im „Summenblatt“ und ein „Schlussblatt“, das den Angebotspreis (zivilrechtlicher Preis) sowie an der für die „rechtsgültige Unterschrift“ vorgesehenen Stelle Stampiglie und Unterschrift der Billigstbieterin trägt. Nach dem Ergebnis der Angebotsöffnung wurde das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen, wobei die Vergabe unstrittig nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen soll. Dieses Unternehmen hat jedoch die mit dem Angebot vorgelegten Besonderen Bestimmungen nicht unterfertigt. Hingegen war von ihr das als Angebotshauptteil bezeichnete Angebotsformular WStW 9281, Teil 2 Angebot, rechtsgültig gefertigt, das auf Seite 3 von 3 unten als Anmerkung zur Wortfolge „rechtsgültige Unterschrift“ den Hinweis trägt: „Diese Unterfertigung gilt gemäß Paragraph 66, Absatz 7, BVergG 2002 für sämtliche Bestandteile des Angebotes“. Weiters steht fest, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen ein vollständig ausgefülltes und unterschriebenes Leistungsverzeichnis betreffend die ausgeschriebene Leistung gelegt hat. Dieses Verzeichnis enthält nach der

Aktenlage alle für die einzelnen Teilleistungen angebotenen Preise, eine Übersicht und Zusammenfassung der angebotenen Summen im „Summenblatt“ und ein „Schlussblatt“, das den Angebotspreis (zivilrechtlicher Preis) sowie an der für die „rechtsgültige Unterschrift“ vorgesehenen Stelle Stampiglie und Unterschrift der Billigstbieterin trägt.

Die Antragsgegnerin hat in diesem Zusammenhang zutreffend erkannt, dass es sich bei der unterbliebenen Fertigung der Besonderen Bestimmungen um einen der Verbesserung zugänglichen Mangel handelt. Mit der Abgabe sowohl des ordnungsgemäß ausgefüllten und unterfertigten Angebotshauptteiles und des vollständig ausgefüllten und ebenfalls rechtsgültig unterfertigten Leistungsverzeichnisses hat die Billigstbieterin die verbindliche Erklärung abgegeben, die ausgeschriebenen Leistungen zu den detailliert angebotenen Preisen laut dem Leistungsverzeichnis erbringen zu wollen.

Gemäß § 83 Abs. 2 BVergG 2002 erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebenen Leistungen zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt und dass er sich bis zum Abschluss der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Hierbei handelt es sich um eine Fiktion des Gesetzgebers, dass jeder Bieter unter anderem die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt und die angebotene Leistung zu diesen Bestimmungen erbringt. Eine gesonderte vom Bieter unterfertigte Erklärung ist hierfür somit nicht erforderlich (vgl. Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 5 zu § 83). Nach dieser Fiktion hat somit die Billigstbieterin durch die Abgabe des vollständig ausgefüllten und unterfertigten Leistungsverzeichnisses und der übrigen Angebotsunterlagen – mit Ausnahme der Unterfertigung der Besonderen Bestimmungen – auch die Erklärung abgegeben, die angebotene Leistung zu den in diesem Formblatt enthaltenen Ausschreibungsbedingungen zu erbringen. Damit hat sie die Erklärung abgegeben, die ausgeschriebene Leistung zum angebotenen Preis und zu den in der Ausschreibung festgelegten Bedingungen zu erbringen, womit ein verbindliches Angebot im Sinne des § 20 Z 2 BVergG 2002 gelegt wurde. Gemäß Paragraph 83, Absatz 2, BVergG 2002 erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebenen Leistungen zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt und dass er sich bis zum Abschluss der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Hierbei handelt es sich um eine Fiktion des Gesetzgebers, dass jeder Bieter unter anderem die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt und die angebotene Leistung zu diesen Bestimmungen erbringt. Eine gesonderte vom Bieter unterfertigte Erklärung ist hierfür somit nicht erforderlich vergleiche Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 5 zu Paragraph 83,). Nach dieser Fiktion hat somit die Billigstbieterin durch die Abgabe des vollständig ausgefüllten und unterfertigten Leistungsverzeichnisses und der übrigen Angebotsunterlagen – mit Ausnahme der Unterfertigung der Besonderen Bestimmungen – auch die Erklärung abgegeben, die angebotene Leistung zu den in diesem Formblatt enthaltenen Ausschreibungsbedingungen zu erbringen. Damit hat sie die Erklärung abgegeben, die ausgeschriebene Leistung zum angebotenen Preis und zu den in der Ausschreibung festgelegten Bedingungen zu erbringen, womit ein verbindliches Angebot im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 2, BVergG 2002 gelegt wurde.

Das Fehlen der Unterfertigung der Besonderen Bestimmungen, die Ausschreibungsunterlage sind, stellt zweifellos einen Mangel des Angebotes dar. Nach § 98 Z 8 BVergG 2002 hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung unter anderem fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Zur Behebbarkeit von Mängeln in Angeboten hat der Verwaltungsgerichtshof zuletzt im Erkenntnis vom 25.2.2004, Zl. 2003/04/0186, mit ausführlicher Begründung unter Bezugnahme auf Literatur und weitere Judikatur ausgeführt, dass nur solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbar Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes oder die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft an Stelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters als behebbare Mängel, das Angebot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel (VwGH 16.2.2005, Zl. 2004/04/0030) gewertet. Das Fehlen der Unterfertigung der Besonderen Bestimmungen, die Ausschreibungsunterlage sind, stellt zweifellos einen Mangel des Angebotes dar. Nach Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG

2002 hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung unter anderem fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Zur Behebbarkeit von Mängeln in Angeboten hat der Verwaltungsgerichtshof zuletzt im Erkenntnis vom 25.2.2004, ZI. 2003/04/0186, mit ausführlicher Begründung unter Bezugnahme auf Literatur und weitere Judikatur ausgeführt, dass nur solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaaren und unbehebbaaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes oder die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft an Stelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters als behebbarer Mängel, das Angebot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel (VwGH 16.2.2005, ZI. 2004/04/0030) gewertet.

Im vorliegenden Fall hat die Billigstbieterin es unterlassen, einen wesentlichen, Ausschreibungsbedingungen enthaltenden Teil der Angebotsunterlagen zu unterfertigen. Da die Billigstbieterin – wie dargestellt – die ausgeschriebene Leistung ohnehin unter Zugrundelegung der Besonderen Bestimmungen verbindlich angeboten hat und diese Besonderen Bestimmungen keine vom Bieter änderbaren Bestandteile enthalten, führt die Nachholung der Unterfertigung der „Besonderen Bestimmungen“ zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Billigstbieterin. Das Fehlen der Unterschrift auf den Besonderen Bestimmungen stellt daher einen behebbaaren Mangel dar, weshalb die Antragsgegnerin zutreffenderweise diesbezüglich ein Verbesserungsverfahren eingeleitet hat. Selbst das Unterbleiben der Vorlage des unterfertigten Formblattes SR 75 mit dem Angebot stellt nach der jüngsten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes einen grundsätzlich behebbaaren Mangel dar, der einem entsprechenden Verbesserungsverfahren zuzuführen ist (VwGH 29.6.2005, ZI. 2005/04/0024-8). Da eine Verbesserung rechtzeitig erfolgt ist, liegt der von der Antragstellerin behauptete Ausscheidungsgrund nicht vor.

Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens steht fest, dass die Billigstbieterin bereits mit ihrem Angebot Subunternehmer namhaft gemacht hat, im entsprechenden Formular sind Angaben über die Befugnisse der Subunternehmer enthalten. Soweit bei Prüfung des Angebotes Erklärungen der Subunternehmer nachzufordern waren, wurde diese Nachforderung von der Antragsgegnerin vorgenommen und die fehlenden Unterlagen von der Billigstbieterin fristgerecht nachgereicht. Dabei hat, soweit diese Nachforderungen Eignungskriterien und Nachweise betroffen haben, die Antragsgegnerin zutreffend von der im Punkt 3.16 der Besonderen Bestimmungen enthaltenen Regelung Gebrauch gemacht, dass Nachweise und Erklärungen, sofern sie nicht den Angeboten beigelegt werden, „spätestens innerhalb einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nachzureichen“ sind. (Seite 10 der Besonderen Bestimmungen). Auch diesbezüglich erweist sich die Anfechtung daher als unbegründet.

Die Billigstbieterin hat auch durch Vorlage entsprechender Bestätigungen nachgewiesen, dass ein Insolvenzverfahren nicht anhängig ist und sich das Unternehmen auch nicht in Liquidation befindet. Ebenso wurde nach dem Inhalt der Vergabeakten der Gesamtjahresumsatz des Unternehmens bekannt gegeben. Auch die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Referenzlisten wurden von der Billigstbieterin nachgereicht, sie entsprechen den Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen. Insbesondere wurde von der Billigstbieterin ein eindeutiger Nachweis für die Befugnis der von ihr geführten Subunternehmer nachgebracht. Die von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag geltend gemachten Gründe für eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung liegen daher im aufgezeigten Umfang nicht vor.

Hingegen erweist sich der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung insoweit als berechtigt, als nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens nicht davon gesprochen werden kann, dass die Antragsgegnerin bezüglich des von der Billigstbieterin angebotenen Preises eine den Bestimmungen des Bundesvergaberechtes entsprechende Angebotsprüfung vorgenommen hat.

Gemäß § 21 Abs. 1 BVergG 2002 sind Aufträge der Öffentlichen Hand zu angemessenen Preisen zu vergeben. Wie bei der Prüfung, ob angemessene Preise vorliegen, vorzugehen ist, wird in den §§ 91 Abs. 2 bzw. 93 BVergG 2002 geregelt. Der Auftraggeber hat dabei die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung zu prüfen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, unter denen die Leistung zu erbringen sein wird. Nach § 93 Abs. 2 BVergG 2002 ist bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise zunächst von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Erscheint der Angebotspreis

im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig, muss der Auftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gegebenenfalls nach den Absätzen 3 bis 5 leg. cit. vertieft prüfen. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 sind Aufträge der Öffentlichen Hand zu angemessenen Preisen zu vergeben. Wie bei der Prüfung, ob angemessene Preise vorliegen, vorzugehen ist, wird in den Paragraphen 91, Absatz 2, bzw. 93 BVergG 2002 geregelt. Der Auftraggeber hat dabei die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung zu prüfen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, unter denen die Leistung zu erbringen sein wird. Nach Paragraph 93, Absatz 2, BVergG 2002 ist bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise zunächst von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Erscheint der Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig, muss der Auftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gegebenenfalls nach den Absätzen 3 bis 5 leg. cit. vertieft prüfen.

Unstrittig hat die Antragsgegnerin – von ihr selbst zugestanden – eine vertiefte Angebotsprüfung nicht vorgenommen sondern ausgeführt, dies wäre deshalb nicht notwendig gewesen, weil sie sich bei der Bewertung des vorliegenden Angebotes der Billigstbieterin auf Preisspiegel im Rahmen des Gesamtbauvorhabens beziehen konnte. Die Leistungen, welche im gegenständlichen Vergabeverfahren beschafft werden sollen, „würden im Wesentlichen jenen entsprechen, die auch für den Bauteil 1 benötigt wurden.“ Die Auftraggeberin hat dabei den Preisspiegel aus dem Vergabeverfahren betreffend den Bauteil 1 und den des gegenständlichen Vergabeverfahrens betreffend den Bauteil 1 A verglichen. Dabei wurden keine Auffälligkeiten, insbesondere keine ungewöhnlich niedrigen Preise festgestellt; „die Preisgestaltung entspricht im Wesentlichen jener beim Bauteil 1“ (Schriftsatz vom 25.8.2005, Seite 5).

Der ausschließliche Rückgriff auf sogenannte Preisspiegel steht im Widerspruch zu den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs, da es unter Berücksichtigung dieses vergaberechtlichen Grundsatzes jedenfalls nicht dem Auftraggeber obliegt einen Preiswettbewerb zwischen den Bietern zu verhindern. Bei der Prüfung ob ein Unterangebot vorliegt, kann es nach allgemeinem Verständnis nur darauf ankommen, ob ein Bieter, gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, kostendeckend kalkuliert hat (vgl. Heid/Preslmayr, Vergaberecht², Anmerkung 1817 und die dort zitierten weiteren Nachweise). Preisspeicher oder Preisdatenbanken können lediglich Indizien für das Vorliegen eines unangemessenen Preises liefern, sie können jedoch nur als ein Teil einer Angemessenheitsprüfung gesehen werden (Gölles in ZVB 2002, 120 ua). Der ausschließliche Rückgriff auf sogenannte Preisspiegel steht im Widerspruch zu den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs, da es unter Berücksichtigung dieses vergaberechtlichen Grundsatzes jedenfalls nicht dem Auftraggeber obliegt einen Preiswettbewerb zwischen den Bietern zu verhindern. Bei der Prüfung ob ein Unterangebot vorliegt, kann es nach allgemeinem Verständnis nur darauf ankommen, ob ein Bieter, gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, kostendeckend kalkuliert hat (vgl. Heid/Preslmayr, Vergaberecht², Anmerkung 1817 und die dort zitierten weiteren Nachweise). Preisspeicher oder Preisdatenbanken können lediglich Indizien für das Vorliegen eines unangemessenen Preises liefern, sie können jedoch nur als ein Teil einer Angemessenheitsprüfung gesehen werden (Gölles in ZVB 2002, 120 ua).

Vorliegend hat die Billigstbieterin die Leistungen zu einem Gesamtpreis (ohne USt) von Euro 986.684,15,-- angeboten, die Antragstellerin mit einem Gesamtpreis von Euro 1.236.765,30,--. Nimmt man den Schnitt aus den Gesamtpreisen aller 5 Angebote, so errechnet sich ein durchschnittlicher Gesamtangebotspreis von rund Euro 1.481.494,--. Stellt man diesen Schnitt, aber auch bereits den Angebotspreis der Antragstellerin, dem Angebotspreis des Billigstbieters gegenüber, zeigt sich eine ins Gewicht fallende Abweichung, die Anlass für die Auftraggeberin hätte sein müssen, Aufklärungen über einzelne Positionen des Angebotes zu verlangen um eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen. Dabei wäre dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen unter Einräumung einer angemessenen Frist jedenfalls Gelegenheit zu geben gewesen, zusätzliche Angaben zu tätigen und weitere Belege vorzulegen. Allein der Umstand, dass die Antragsgegnerin mit der Billigstbieterin am 21.7.2005 ein Aufklärungsgespräch geführt hat, wobei von dieser Bewerberin die angebotenen Preise ausdrücklich bestätigt wurden, reicht nicht aus, um eine vertiefte Angebotsprüfung im Sinne des § 93 Abs. 3 BVergG 2002 zu ersetzen. Dass sich die Antragsgegnerin mit diesem Problem überhaupt nicht auseinandergesetzt hat, ergibt sich auch bereits daraus, dass die im Vergabeakt erliegende Auswertung der Preise in einzelnen Positionen nicht nachvollziehbare Abweichungen zwischen den einzelnen Bietern, insbesondere zum Angebot der Billigstbieterin, aufweisen. Die Antragsgegnerin hätte daher für mehrere Positionen eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen, um sich ein Bild über die Kalkulation verschaffen zu können. Vorliegend hat die Billigstbieterin die Leistungen zu einem Gesamtpreis (ohne USt)

von Euro 986.684,15,-- angeboten, die Antragstellerin mit einem Gesamtpreis von Euro 1,236.765,30,--.

Nimmt man den Schnitt aus den Gesamtpreisen aller 5 Angebote, so errechnet sich ein durchschnittlicher Gesamtangebotspreis von rund Euro 1,481.494,--.

Stellt man diesen Schnitt, aber auch bereits den Angebotspreis der Antragstellerin, dem Angebotspreis des Billigstbieters gegenüber, zeigt sich eine ins Gewicht fallende Abweichung, die Anlass für die Auftraggeberin hätte sein müssen, Aufklärungen über einzelne Positionen des Angebotes zu verlangen um eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen.

Dabei wäre dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen unter Einräumung einer angemessenen Frist jedenfalls Gelegenheit zu geben gewesen, zusätzliche Angaben zu tätigen und weitere Belege vorzulegen.

Allein der Umstand, dass die Antragsgegnerin mit der Billigstbieterin am 21.7.2005 ein Aufklärungsgespräch geführt hat, wobei von dieser Bewerberin die angebotenen Preise ausdrücklich bestätigt wurden, reicht nicht aus, um eine vertiefte Angebotsprüfung im Sinne des Paragraph 93, Absatz 3, BVergG 2002 zu ersetzen.

Dass sich die Antragsgegnerin mit diesem Problem überhaupt nicht auseinandergesetzt hat, ergibt sich auch bereits daraus, dass die im Vergabeakt erliegende Auswertung der Preise in einzelnen Positionen nicht nachvollziehbare Abweichungen zwischen den einzelnen Bietern, insbesondere zum Angebot der Billigstbieterin, aufweisen.

Die Antragsgegnerin hätte daher für mehrere Positionen eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen, um sich ein Bild über die Kalkulation verschaffen zu können.

Nach dem Inhalt der Vergabeakten wurde insbesondere keine vertiefte Angebotsprüfung (K 7-Blätter) durchgeführt.

Die Darlegung der Entscheidung der Antragsgegnerin besteht aus einer Niederschrift vom 21.7.2005 über ein Gespräch mit dem Billigstbieter, einem Ausdruck über den Preisvergleich vom 11.7.2005, einer Liste mit den Kriterien gemäß besonderen Bestimmungen vom 21.7.2005 und dem Ergebnis der Angebotseröffnung und Angebotsprüfung vom 6.7.2005 (Angebotsprüfung am Tag der Angebotseröffnung?).

Eine Auseinandersetzung mit dem Problem der deutlich in einzelnen Positionen abweichenden Preise der Billigstbieterin gegenüber den Angeboten der Mitbewerber hätte daher Anlass für die Antragsgegnerin sein müssen, gemäß § 93 Abs. 2 BVergG 2002 entsprechende Aufklärungen über diese Positionen des Angebotes zu verlangen und gegebenenfalls diese Positionen einer vertieften Prüfung im Sinne des § 93 Abs. 3 bis 5 BVergG 2002 zuzuführen.

Hierüber wäre auch eine den Bestimmungen des § 95 BVergG 2002 entsprechende Niederschrift über die Prüfung zu errichten gewesen.

Zur Sicherung der Transparenz und der Nachvollziehbarkeit der Prüfungsschritte und des Prüfungsergebnisses ist eine derartige Niederschrift unerlässlich, in welcher alle für die Angebotsbeurteilung wesentlichen Umstände festzuhalten sind.

Ob der Auftraggeber bei Prüfung der Angebote seinen Verpflichtungen aus den Vergabevorschriften entsprochen hat, kann in einem Nachprüfungsverfahren nur an Hand einer derartigen Niederschrift geprüft werden.

Eine derartige Niederschrift, aus der sich die wesentlichen Umstände sowie Schlussfolgerungen für die Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung nachvollziehbar ergeben würden, erliegt nicht in den Vergabeakten.

Nach dem Inhalt der Vergabeakten wurde insbesondere keine vertiefte Angebotsprüfung (K 7-Blätter) durchgeführt.

Die Darlegung der Entscheidung der Antragsgegnerin besteht aus einer Niederschrift vom 21.7.2005 über ein Gespräch mit dem Billigstbieter, einem Ausdruck über den Preisvergleich vom 11.7.2005, einer Liste mit den Kriterien gemäß besonderen Bestimmungen vom 21.7.2005 und dem Ergebnis der Angebotseröffnung und Angebotsprüfung vom 6.7.2005 (Angebotsprüfung am Tag der Angebotseröffnung?).

Eine Auseinandersetzung mit dem Problem der deutlich in einzelnen Positionen abweichenden Preise der Billigstbieterin gegenüber den Angeboten der Mitbewerber hätte daher Anlass für die Antragsgegnerin sein müssen, gemäß Paragraph 93, Absatz 2, BVergG 2002 entsprechende Aufklärungen über diese Positionen des Angebotes zu verlangen und gegebenenfalls diese Positionen einer vertieften Prüfung im Sinne des Paragraph 93, Absatz 3 bis 5 BVergG 2002 zuzuführen.

Hierüber wäre auch eine den Bestimmungen des Paragraph 95, BVergG 2002 entsprechende Niederschrift über die Prüfung zu errichten gewesen.

Zur Sicherung der Transparenz und der Nachvollziehbarkeit der Prüfungsschritte und des Prüfungsergebnisses ist eine derartige Niederschrift unerlässlich, in welcher alle für die Angebotsbeurteilung wesentlichen Umstände festzuhalten sind.

Ob der Auftraggeber bei Prüfung der Angebote seinen Verpflichtungen aus den Vergabevorschriften entsprochen hat, kann in einem Nachprüfungsverfahren nur an Hand einer derartigen Niederschrift geprüft werden.

Eine derartige Niederschrift, aus der sich die wesentlichen Umstände sowie Schlussfolgerungen für die Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung nachvollziehbar ergeben würden, erliegt nicht in den Vergabeakten.

Bei der gegebenen Sachlage wäre daher die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, eine vertiefte Angebotsprüfung der angebotenen Preise, zumindest in Teilpositionen, vorzunehmen und das Ergebnis dieser Prüfung entsprechend festzuhalten.

Nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens kann die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin nicht nachvollzogen werden, weshalb sie sich als mangelhaft darstellt.

Aus diesem Grunde war daher dem Antrag auf

Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung statt zu geben, weil noch nicht gesagt werden kann, ob das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen tatsächlich in Übereinstimmung mit § 21 Abs. 1 BVergG 2002 als Billigstbieter gewertet werden kann. Bei der gegebenen Sachlage wäre daher die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, eine vertiefte Angebotsprüfung der angebotenen Preise, zumindest in Teilpositionen, vorzunehmen und das Ergebnis dieser Prüfung entsprechend festzuhalten. Nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens kann die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin nicht nachvollzogen werden, weshalb sie sich als mangelhaft darstellt. Aus diesem Grunde war daher dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung statt zu geben, weil noch nicht gesagt werden kann, ob das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen tatsächlich in Übereinstimmung mit Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 als Billigstbieter gewertet werden kann.

Der Antragsgegnerin bleibt es unbenommen, im weiteren Verfahren unter Vermeidung der aufgezeigten Mängel eine neuerliche Prüfung der Angebote vorzunehmen und dementsprechend eine neuerliche Zuschlagsentscheidung zu treffen.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, fehlt es an den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 WVRG zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Der diesbezügliche Antrag war daher zurückzuweisen. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, fehlt es an den Voraussetzungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Der diesbezügliche Antrag war daher zurückzuweisen.

Die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühren durch die Antragsgegnerin gründet sich auf § 74 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG, wobei der Antragstellerin auch der Ersatz der für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr zuzusprechen war. Der diesbezügliche Antrag war zur Rechtsverfolgung notwendig und zweckmäßig, da damit gemäß § 23 Abs. 7 WVRG es dem Antragsgegner untersagt war, bis zur Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer solchen einstweiligen Verfügung den Zuschlag zu erteilen. Die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühren durch die Antragsgegnerin gründet sich auf Paragraph 74, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG, wobei der Antragstellerin auch der Ersatz der für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr zuzusprechen war. Der diesbezügliche Antrag war zur Rechtsverfolgung notwendig und zweckmäßig, da damit gemäß Paragraph 23, Absatz 7, WVRG es dem Antragsgegner untersagt war, bis zur Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer solchen einstweiligen Verfügung den Zuschlag zu erteilen.

Schlagworte

Fehlen einer firmenmäßigen Fertigung - behebbarer Mangel; mangelhafte Angebotsprüfung; Preisspiegel kann vertiefte Preisprüfung nicht ersetzen.

Dokumentnummer

VERGT_20050901_2513_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