

TE Verg Bescheid 2005/6/3 VKS-1648/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.06.2005

Norm

WVRG §11 Abs1

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 §21 Abs1

BVergG 2002 §88 Abs5

BVergG 2002 §93

BVergG 2002 §98 Z3

BVergG 2002 §120 Abs1 und 2 Z3

AVG §59 Abs1

AVG §74 Abs2

1. AVG § 59 heute
2. AVG § 59 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
3. AVG § 59 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
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 *** und *** auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bezüglich der Vergabe des Bauauftrages „Rohbauausschreibung U-Bahn-Bauabschnitt U 2/6 – Donaustadtbrücke“ durch die Wiener Linien GmbH & Co. KG, Abteilung Neubau, U-Bahn-Planung, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 2.5.2005, wonach für die Zuschlagserteilung das Unternehmen „***“ vorgesehen ist, 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 öffentlichen mündlichen Verhandlung wird abgewiesen.

1. 4.Ziffer 4

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

Rechtsgrundlagen:

§§ 11 Abs. 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, 21 Abs. 1, 88 Abs. 5, 93, 98 Z 3 und 120 Abs. 1 und 2 Z 3 BVergG 2002 sowie §§ 59 Abs. 1, 74 Abs. 2 AVG.Paragraphen 11, Absatz 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, 21, Absatz eins, 88, Absatz 5, 93, 98, Ziffer 3 und 120 Absatz eins und 2 Ziffer 3, BVergG 2002 sowie Paragraphen 59, Absatz eins, 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 19.3.2005, die Angebotsöffnung erfolgte anschließend.

Unter anderem hat sich auch die antragstellende Bietergemeinschaft (im Folgenden Antragstellerin genannt) durch Legung eines Angebotes am Verfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde ihr Angebot mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen.

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

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 18.5.2005 und damit rechtzeitig (§ 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Weiters beantragt die Bietergemeinschaft die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie der Antragsgegnerin den Ersatz der entrichtenden Pauschalgebühren aufzuerlegen. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 18.5.2005 und damit rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Weiters beantragt die Bietergemeinschaft die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie der Antragsgegnerin den Ersatz der entrichtenden Pauschalgebühren aufzuerlegen.

Die Antragstellerin bringt im Wesentlichen vor, im Zuge der Angebotsöffnung seien die Angebote fehlerhaft verlesen worden. Der Vorsitzende der Kommission für die Angebotsöffnung sei beim Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens auf einen „Sondervorschlag“ gestoßen, dessen Inhalt er jedoch nicht verlesen habe. Trotz zweimaligen Ersuchens der Bietergemeinschaft den „Sondervorschlag“ vorzulesen oder die bei der Angebotsöffnung Anwesenden über den Inhalt aufzuklären, sei die Antragsgegnerin diesem Ersuchen nicht nachgekommen. Insbesondere sei beim Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens nicht verlesen worden, dass darin etwaige Nachlässe enthalten wären. Am selben Tag sei auch die Angebotseröffnung für die Ausschreibung des Bauabschnittes U 2/7 „Seestern“ vorgenommen worden, an welcher Ausschreibung sowohl die Bietergemeinschaft als auch das Unternehmen „***“ teilgenommen habe. Beim Angebot des Unternehmens „***“ habe der Vorsitzende der Angebotsöffnungskommission verlesen, dass von diesem Unternehmen ein Nachlass von 70 % auf sämtliche anzubietenden Regieleistungen angeboten wurde. Die

Antragstellerin vermutet daher, da es sich bei den beiden ausgeschriebenen Bauaufträgen um praktisch idente Leistungen handle, dass auch im gegenständlichen Vergabeverfahren von dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen ein gleicher Preisnachlass im Rahmen des „Sondervorschlages“ angeboten worden sei. Dieser Preisnachlass, auch wenn er nur eine Leistungsgruppe betreffe, wäre zu verlesen gewesen. Da dies nicht erfolgt sei, könne dieses Angebot nicht für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommen werden.

Weiters bringt die Antragstellerin vor, dass die Antragsgegnerin eine entsprechende Prüfung der Angemessenheit der von dem Unternehmen „***“ angebotenen Preise, insbesondere in der Leistungsgruppe betreffend die Regiearbeiten, nicht vorgenommen habe. Eine vertretbare und vernünftige Kalkulation der ursprünglich angebotenen Kosten vorausgesetzt, würde ein 70 %iger Nachlass auf diese Positionspreise dazu führen, dass die Regiearbeiten zu Preisen angeboten werden, die unter den kollektivvertraglichen Mindestlöhnen liegen, die der Auftragnehmer zwingend an seine Mitarbeiter zu bezahlen hätte. Bei den Regiearbeiten würde daher ein eklatanter Minderpreis angeboten. Mit einem 70 %igen Nachlass auf die anzubietenden Regiearbeiten würden die angebotenen Regiestundensätze unter den kollektivvertraglichen Mindestlohnsätzen liegen, sodass entweder mit diesen Preisen bei weitem nicht das Auslangen gefunden werden könne, daher keine angemessenen Preise vorliegen würden oder aber die gesetzlichen Mindestlöhne nicht bezahlt würden, was ebenfalls grob rechtswidrig und ausschreibungswidrig wäre, zumal sich alle Bieter mit Abgabe ihrer Angebote verpflichtet hätten, die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten. Als Ergebnis einer den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes entsprechenden Preisprüfung hätte das Angebot des Unternehmens „***“ nicht berücksichtigt werden dürfen.

Die Antragsgegnerin hat sich mit Schriftsatz vom 25.5.2005 gegen die Anträge der Bietergemeinschaft ausgesprochen und ausgeführt, es sei im Zuge der Öffnung der Angebote hinsichtlich des Angebotes des Unternehmens „***“ der Gesamtpreis verlesen worden. Der Leiter der Angebotsöffnung sei der Ansicht gewesen, dass Nachlässe nur dann zu verlesen wären, wenn sich diese auf den Gesamtpreis oder den Angebotspreis beziehen würden. Tatsächlich sei im Gesamtpreis des Unternehmens „***“ bereits der in der Leistungsgruppe 21 - Regiearbeiten angebotenen Nachlass von 70 % berücksichtigt gewesen. Auf den Gesamtpreis sei kein weiterer Nachlass gegeben worden, weshalb das von „***“ als „Sondervorschlag“ bezeichnete Schriftstück auch nicht verlesen wurde. Dieses Schriftstück habe insbesondere einen Hinweis auf einen Nachlass bei der „LG 21 – Regiearbeiten“ nicht enthalten.

Weiters brachte die Antragsgegnerin vor, dass ihr selbstverständlich der Nachlass von 70 % auf eine gesamte Leistungsgruppe als ungewöhnlich aufgefallen ist. Sie habe deshalb das Angebot der „***“ einer vertieften Angebotsprüfung zur Ermittlung der Plausibilität des angebotenen Preises unterzogen. Im Zuge dieser Prüfung hätten Bietergespräche stattgefunden und sei von dem Unternehmen „***“ eine schriftliche Stellungnahme zur Angemessenheit der Kalkulation der Regiearbeiten abgegeben worden. Dabei habe dieses Unternehmen den niedrigen Stundensatz damit erklärt, dass Arbeiten aus der LG 21 im Verhältnis zum Nachlass in den unproduktiven Randstunden (mit Personal vor Ort) aus den restlichen Leistungspositionen geleistet werden soll und hat alle angebotenen Einheitspreise bestätigt. Damit habe das Unternehmen „***“ aus Sicht der Antragsgegnerin den Nachlass plausibel erklärt, weshalb eine Ausscheidung dieses Angebotes nicht vorgenommen wurde.

Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt stellt der Vergabekontrollsenat aufgrund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite zugekommen sind, nachfolgenden, entscheidungserheblichen weiteren Sachverhalt fest:

Die Antragstellerin hat den ihr aus der Nichtberücksichtigung ihres Angebotes drohenden Schaden an Kosten für die Erstellung des Angebotes und der Teilnahme am Vergabeverfahren sowie an nicht erzielbaren Gewinn mit rund EUR 550.000,- beziffert.

Die Antragsgegnerin hat als öffentlicher Auftraggeber im Sektorenbereich die Vergabe von Bauarbeiten im Oberschwellenbereich ordnungsgemäß und europaweit (Kundmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft am 4.1.2005) ausgeschrieben. Das Ende der Angebotsfrist ist (nach Verlängerung) auf den 29.3.2005 gefallen. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis.

Die Antragstellerin hat durch Legung eines Angebotes am Verfahren teilgenommen und wurde mit einem zivilrechtlichen Preis von EUR 15.459.152,16 an zweiter Stelle gereiht. An erster Stelle wurde das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen „***“ mit einem zivilrechtlichen Preis von EUR

15.156.624,91 verlesen. Der Vorsitzende der Kommission, der die Öffnung der Angebote vornahm, hat in dem darüber errichteten Protokoll in der Spalte „Verlesene Vorbehalte und Erklärungen, fehlende Angebotsunterlagen, Anmerkungen“, bei dem Unternehmen „***“ angemerkt: „Begleitschreiben-Sondervorschlag“. Dass ein Begleitschreiben zum Angebot des Unternehmens „***“ vorlag, wurde vom Leiter der Kommission mitgeteilt, dessen Inhalt – so das übereinstimmende Vorbringen beider Teile – aber nicht verlesen. Dem Protokoll ist nicht entnehmen, dass der anwesende Vertreter der Antragstellerin diesbezüglich eine Rüge zu Protokoll gegeben hätte (Beilage 5 der Vergabeakten).

Das vom Unternehmen „***“ als Sondervorschlag bezeichnete Schreiben vom 29.3.2005, erliegt als Beilage 7 in den Vergabeakten. Darin wird zunächst der angebotene zivilrechtliche Preis in Höhe von EUR 15.156.624,91 bestätigt. Weiters wird ausgeführt: „Im Rahmen der Bearbeitung dieses ausgeschriebenen Bauprojektes haben wir nach eingehendem Studium einen möglichen Ausführungs-Sondervorschlag, der eine verkürzte Hauptbauzeit von 24 Monaten statt 30 Monaten vorsieht, für Sie erarbeitet, welchen wir Ihnen mit der folgenden Angebotssumme bekannt geben dürfen:“.

Es folgt sodann die Angabe des unter Zugrundelegung des „Sondervorschlages 1“ sich ergebenden zivilrechtlichen Preises. Irgendwelche Hinweise auf Preisnachlässe oder sonstige Konditionen zum Amtsvorschlag sind in diesem Schreiben nicht enthalten.

Im Zuge der Überprüfung der Angebote hat die Antragsgegnerin zum Angebot des Bestbieters und der Errechnung eines Abstandes zum Angebot der Antragstellerin von 2 % zunächst ausgeführt, dass der Sondervorschlag „***“ nicht zu berücksichtigen sei, da er eine nach den Ausschreibungsbedingungen unzulässige Alternative darstelle. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin festgestellt, dass sich bei der Prüfung der Angebote der drei erstgereihten Bieter bei Gegenüberstellung der Leistungsgruppen bei der LG 21 Regiearbeiten erhebliche Unterschiede ergeben würden. „Während die zweit- und drittplatzierten Bieter in der LG 21 nur geringfügig voneinander abweichen, zeigt sich bei dem erstplatzierten Bieter ein deutlicher Preisunterschied. Der niedrige Preis der erstplatzierten *** resultiert aus einem Nachlass in Höhe von 70 %“. Es wurde daher das erstplatzierte Unternehmen zu Bietergesprächen eingeladen und zur Stellungnahme aufgefordert. Als Ergebnis dieser Nachprüfung hat das Unternehmen „***“ abschließend das Schreiben vom 21.4.2005 (Beilage 6 zur Niederschrift über die Angebotsprüfung in den Vergabeakten) an die Antragsgegnerin gerichtet und darin ausgeführt:

„Betrifft ergänzende Erläuterungen zum Bietergespräch vom 13.4.2005. Bezugnehmend auf die Niederschrift vom 13.4.2005 teilen wir Ihnen Nachstehendes mit:

Genereller Nachlass von 70 % auf die Leistungsgruppe 21:

Entsprechend der üblichen Vorgangsweise werden die erbrachten Leistungen bzw. die kollaudierten Mengen der Positionen aus der Leistungsgruppe 21 gemäß den im Leistungsverzeichnis angeführten Einheitspreisen unter Berücksichtigung des 70 %-igen Nachlasses abgerechnet. Der Nachlass umfasst die gesamte Leistungsgruppe 21 und führt zu Einheitspreisen, die im üblichen und angemessenen Rahmen liegen, und die auch bei anderen Bauvorhaben der Wiener Linien bereits mehrmals beauftragt wurden. Der niedrige Regiestundensatz erklärt sich dadurch, dass die Arbeiten der Leistungsgruppe 21 im Verhältnis zum Nachlass in den unproduktiven Randstunden (mit dem Personal vor Ort) aus den restlichen Leistungspositionen geleistet werden.“

Die Leistungsgruppe „LG 21 - Regiearbeiten“ gliedert sich in mehrere Untergruppen. So waren unter dieser Leistungsgruppe anzubieten unter Position 2111 „Regiearbeiten während der Bauzeit“ im Gesamtumfang von 7.500 Stunden, unter der Position 2141 Regiearbeiten nach Bauende von insgesamt 4.400 Stunden. Die Regiearbeiten sind in Lohngruppen unterteilt, die bei Arbeiten vor Bauende von EUR 17,65 bis EUR 22,05, bei Arbeiten nach Bauende von EUR 21,18 bis EUR 26,46 angeboten wurden. Die Nettoangebotssumme des Unternehmens „***“ beläuft sich bei der LG 21 auf EUR 12.630.520,26, jene der Antragstellerin auf EUR 12.882.626,80. Bei Nichtberücksichtigung des vom Unternehmen „***“ unter der Leistungsgruppe 21 angebotenen 70%igen Preisnachlasses und sonst gleichbleibenden Positionen würde das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens deutlich über jenem der Antragstellerin liegen.

Als Ergebnis der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin im Zuge der vertieften Prüfung dieser Position ausgeführt, dass „unter der Annahme, dass nicht alle Regiestunden zur Ausführung kommen, sich der Preisvorteil der *** zunehmend“ verringert (Seite 10 der Niederschrift der Angebotsprüfung). Sie hat auch in der Niederschrift die

Möglichkeit eines Reihungssturzes bei reduzierter Ausführung der Regiestunden erkannt, wie dem Protokoll zu entnehmen ist (Protokoll der Angebotsprüfung Seite 10).

Die Zuschlagsentscheidung vom 2.5.2005 wurde der Antragstellerin im Faxwege am 4.5.2005 zugestellt. Mit Schreiben vom 18.5.2005, der Antragsgegnerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragstellerin diese davon verständigt, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu beantragen.

Der Nachprüfungsantrag ist am 18.5.2005 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt, die Pauschalgebühren wurden für Verfahren im Oberschwellenbereich entrichtet.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Vergabekontrollsenat aufgrund des Vorbringens der Streitteile sowie des Inhaltes der Vergabeakten. Soweit Feststellungen unmittelbar aus den Vergabeakten getroffen wurden, wurden entsprechende Hinweise gesetzt. Der Inhalt der Vergabeakten war mangels gegenteiligen Vorbringens der Parteien oder sonst gegen den Wahrheitsgehalt sprechender Umstände als wahr anzunehmen. Es konnte daher der Vergabekontrollsenat bei seiner Entscheidung von der Richtigkeit der in den Vergabeakten enthaltenen Unterlagen, insbesondere von den dort jeweils angeführten Daten, ausgehen. Bei dieser Sachlage war es nicht erforderlich, die beantragte öffentliche, mündliche Verhandlung durchzuführen, weil bereits aufgrund der Aktenlage zu erkennen war, dass die bekämpfte Entscheidung des Auftraggebers als nichtig zu erklären ist (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG). Zu diesen Feststellungen gelangte der Vergabekontrollsenat aufgrund des Vorbringens der Streitteile sowie des Inhaltes der Vergabeakten. Soweit Feststellungen unmittelbar aus den Vergabeakten getroffen wurden, wurden entsprechende Hinweise gesetzt. Der Inhalt der Vergabeakten war mangels gegenteiligen Vorbringens der Parteien oder sonst gegen den Wahrheitsgehalt sprechender Umstände als wahr anzunehmen. Es konnte daher der Vergabekontrollsenat bei seiner Entscheidung von der Richtigkeit der in den Vergabeakten enthaltenen Unterlagen, insbesondere von den dort jeweils angeführten Daten, ausgehen. Bei dieser Sachlage war es nicht erforderlich, die beantragte öffentliche, mündliche Verhandlung durchzuführen, weil bereits aufgrund der Aktenlage zu erkennen war, dass die bekämpfte Entscheidung des Auftraggebers als nichtig zu erklären ist (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG).

In rechtlicher Hinsicht 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 und damit öffentlicher Auftraggeber, der gegenständlich im Sektorenbereich im Sinne des § 120 Abs. 3 Z 3 BVergG 2002 tätig wurde, ist. Die Antragsgegnerin hat ordnungsgemäß und europaweit die Vergabe von Rohbauarbeiten für den Ausbau der „U2“ 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. 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 und damit öffentlicher Auftraggeber, der gegenständlich im Sektorenbereich im Sinne des Paragraph 120, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2002 tätig wurde, ist. Die Antragsgegnerin hat ordnungsgemäß und europaweit die Vergabe von Rohbauarbeiten für den Ausbau der „U2“ 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 Nichtigerklärungsverfahrens 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 antragstellende Bietergemeinschaft 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. Insofern ist die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 4.5.2005 erfolgte, ist der am 18.5.2005 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. 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 im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die antragstellende Bietergemeinschaft 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. Insofern ist die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 4.5.2005 erfolgte, ist der am 18.5.2005 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 als berechtigt.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist nach Ansicht des Vergabekontrollsenates die behauptete fehlerhafte Verlesung der Angebote gegenständlich nicht gegeben. Dabei ist davon auszugehen, dass das als „Sondervorschlag“ bezeichnete Schreiben des Unternehmens „***“ keine auf die Angebotssumme bezüglichen Preisnachlässe oder Konditionen enthalten hat. Wie sich aus dem Schreiben eindeutig ergibt, hat es sich dabei um einen Vorschlag dieses Bieters gehandelt, 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 eine nach den Ausschreibungsbedingungen unzulässiges Alternativangebot gehandelt, das nicht zu berücksichtigen war. Damit steht aber eindeutig fest, dass in diesem Schreiben ein Hinweis auf einen 70 %igen Preisnachlass bei der „LG 21 – Regiearbeiten“ nicht enthalten war. Es bestand daher für den Leiter der Kommission, die die Angebotsöffnung vorgenommen hat, keinerlei Anlass dieses Schreiben zu verlesen, womit er sich im Rahmen der Bestimmung des § 88 Abs. 5 BVergG 2002 gehalten hat. Damit geht der diesbezügliche Anfechtungspunkt ins Leere. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist nach Ansicht des Vergabekontrollsenates die behauptete fehlerhafte Verlesung der Angebote gegenständlich nicht gegeben. Dabei ist davon auszugehen, dass das als „Sondervorschlag“ bezeichnete Schreiben des Unternehmens „***“ keine auf die Angebotssumme bezüglichen Preisnachlässe oder Konditionen enthalten hat. Wie sich aus dem Schreiben eindeutig ergibt, hat es sich dabei um einen Vorschlag dieses Bieters gehandelt, 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 eine nach den Ausschreibungsbedingungen unzulässiges Alternativangebot gehandelt, das nicht zu berücksichtigen war. Damit steht aber eindeutig fest, dass in diesem Schreiben ein Hinweis auf einen 70 %igen Preisnachlass bei der „LG 21 – Regiearbeiten“ nicht enthalten war. Es bestand daher für den Leiter der Kommission, die die Angebotsöffnung vorgenommen hat, keinerlei Anlass dieses Schreiben zu verlesen, womit er sich im Rahmen der Bestimmung des Paragraph 88, Absatz 5, BVergG 2002 gehalten hat. Damit geht der diesbezügliche Anfechtungspunkt ins Leere.

Hingegen kommt der Anfechtung insoweit Berechtigung zu, als in ihr geltend gemacht wird, das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmens weise eine nicht plausible und nicht angemessene Preisgestaltung auf. Gegenständlich hat die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber im Sektorenbereich die Vergabe von Bauarbeiten im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Gemäß § 120 Abs. 1 BVergG 2002 gelten für die Vergaben von Sektorenauftraggebern die Bestimmungen der §§ 21, 22, 30, 37, 41, 42, 79 Abs. 2 und 4, 81 bis 85, 104, 105 und 116 bis 180 BVergG 2002. Hingegen kommt der Anfechtung insoweit Berechtigung zu, als in ihr geltend gemacht wird, das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmens weise eine nicht plausible und nicht angemessene Preisgestaltung auf. Gegenständlich hat die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber im Sektorenbereich die Vergabe von Bauarbeiten im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Gemäß Paragraph 120, Absatz eins, BVergG 2002 gelten für die Vergaben von Sektorenauftraggebern die Bestimmungen der Paragraphen 21, 22, 30, 37, 41, 42, 79, Absatz 2 und 4, 81 bis 85, 104, 105 und 116 bis 180 BVergG 2002.

Nach § 21 Abs. 1 BVergG 2002 sind Aufträge „unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu

angemessenen Preisen zu vergeben". Es ist daher trotz der eingeschränkten Anwendung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes bei Vergabe von Leistungen im Sektorenbereich grundsätzlich die Angemessenheit der Preise zu prüfen. Wenn auch die Bestimmungen der §§ 90ff BVergG 2002 bei Vergaben im Sektorenbereich keine unmittelbare Anwendung finden, sind sie jedoch als Maßstab für die im § 21 Abs. 1 BVergG 2002 normierten Grundsätze heranzuziehen. Damit sind etwa die Tatbestände des § 98 BVergG 2002, insbesondere dessen Ziffer 3, wonach Angebote mit nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden sind, im Sektorenbereich ebenfalls anwendbar (vgl. BVA 20.2.2004, 16N144/03-36 u. v.a.). Um beurteilen zu können, ob der Gesamtpreis plausibel zusammengesetzt ist, ist vor allem dann, wenn gravierende Auffälligkeiten wie im gegenständlichen Angebot des Unternehmens „***“ bei einer Leistungsgruppe gegeben sind, eine vertiefte Prüfung auch der einzelnen Positionen durchzuführen (vgl. VfGH 22.9.2003, E 1211/01). Erst dann, wenn nach einer entsprechenden Prüfung die Plausibilität der Preise einzelner auffällig erscheinender Positionen anzunehmen ist, ist auch der Gesamtpreis als angemessen zu werten. Weisen einzelne Leistungsgruppen nicht nachvollziehbare Preise auf, so muss dies notgedrungen dazu führen, dass auch der Gesamtpreis nicht plausibel ist. Nach Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 sind Aufträge „unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben". Es ist daher trotz der eingeschränkten Anwendung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes bei Vergabe von Leistungen im Sektorenbereich grundsätzlich die Angemessenheit der Preise zu prüfen. Wenn auch die Bestimmungen der Paragraphen 90 f, f, BVergG 2002 bei Vergaben im Sektorenbereich keine unmittelbare Anwendung finden, sind sie jedoch als Maßstab für die im Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 normierten Grundsätze heranzuziehen. Damit sind etwa die Tatbestände des Paragraph 98, BVergG 2002, insbesondere dessen Ziffer 3, wonach Angebote mit nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden sind, im Sektorenbereich ebenfalls anwendbar vergleiche BVA 20.2.2004, 16N144/03-36 u. v.a.). Um beurteilen zu können, ob der Gesamtpreis plausibel zusammengesetzt ist, ist vor allem dann, wenn gravierende Auffälligkeiten wie im gegenständlichen Angebot des Unternehmens „***“ bei einer Leistungsgruppe gegeben sind, eine vertiefte Prüfung auch der einzelnen Positionen durchzuführen vergleiche VfGH 22.9.2003, E 1211/01). Erst dann, wenn nach einer entsprechenden Prüfung die Plausibilität der Preise einzelner auffällig erscheinender Positionen anzunehmen ist, ist auch der Gesamtpreis als angemessen zu werten. Weisen einzelne Leistungsgruppen nicht nachvollziehbare Preise auf, so muss dies notgedrungen dazu führen, dass auch der Gesamtpreis nicht plausibel ist.

Vorliegend hat das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen in der „LG 21 – Regiearbeiten“ einen Nachlass von 70 % auf alle, in dieser Leistungsgruppe enthaltenen Positionen, angeboten. Der sich dabei ergebende Preisnachlass findet zwar im Angebotspreis (zivilrechtlichen Preis) seinen Niederschlag und ist damit in der Angebotssumme voll berücksichtigt. Er übersteigt aber, wie das Nachprüfungsverfahren ergeben hat und von der Antragsgegnerin im Rahmen der Angebotsprüfung offenbar erkannt wurde, eindeutig die Preisdifferenz zwischen dem Angebot des Unternehmens „***“ und dem Angebot der Antragstellerin. Die Begründung, die vom Unternehmen „***“ für diesen Preisnachlass gegeben und von der Antragsgegnerin akzeptiert wurde, vermag nicht zu überzeugen. Das Unternehmen „***“ begründet in seinem Schreiben vom 21.4.2005 den generellen Nachlass von 70 % auf die Leistungsgruppe 21 im Wesentlichen damit, dass der niedrige Regiestundensatz sich dadurch „erkläre, dass die Arbeiten der Leistungsgruppe 21 im Verhältnis zum Nachlass in den unproduktiven Randstunden (mit dem Personal vor Ort) aus den restlichen Leistungspositionen geleistet werden“. Nun umfasst die „LG 21 Regiearbeiten“ unter anderem nicht nur Regiearbeiten vor Bauende im Umfang von 7.500 Stunden sondern auch Bauarbeiten nach Bauende im Umfang von 4.400 Stunden. Es erscheint nicht nachvollziehbar, wie die Regiearbeiten nach Bauende mit einem „in den unproduktiven Randstunden aus den restlichen Leistungspositionen“ zur Verfügung stehenden Personal vor Ort geleistet werden soll. Unabhängig davon bedeutet aber ein 70 %iger Nachlass auf die anzubietenden Regiearbeiten, dass die angebotenen Regiestundensätze damit unter den kollektivvertraglichen Mindestlohnsätzen liegen, sodass mit diesen Preisen entweder nicht das Auslangen gefunden werden kann und damit ein angemessener Preis nicht vorliegt oder aber – was nicht unterstellt werden soll – die kollektivvertraglichen Mindestlöhne nicht bezahlt werden. Damit würde das Unternehmen „***“ jedenfalls gegen arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften, die nach den Verdingungsunterlagen einzuhalten sind, verstoßen. Eine, wenn auch nur überschlagsmäßig geführte Berechnung, ausgehend vom Angebot des Unternehmens „***“ würde, ohne dass einzelne Lohngruppen berücksichtigt werden, einen durchschnittlichen Stundensatz von rund EUR 5,-- ergeben. Nach dem Angebot der Antragstellerin bewegen sich

die von ihr ohne Nachlass angebotenen Löhne in den verschiedenen Beschäftigungsgruppen I bis V zwischen EUR 26,46 und EUR 17,65. Vorliegend hat das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen in der „LG 21 – Regiearbeiten“ einen Nachlass von 70 % auf alle, in dieser Leistungsgruppe enthaltenen Positionen, angeboten. Der sich dabei ergebende Preisnachlass findet zwar im Angebotspreis (zivilrechtlichen Preis) seinen Niederschlag und ist damit in der Angebotssumme voll berücksichtigt. Er übersteigt aber, wie das Nachprüfungsverfahren ergeben hat und von der Antragsgegnerin im Rahmen der Angebotsprüfung offenbar erkannt wurde, eindeutig die Preisdifferenz zwischen dem Angebot des Unternehmens „***“ und dem Angebot der Antragstellerin. Die Begründung, die vom Unternehmen „***“ für diesen Preisnachlass gegeben und von der Antragsgegnerin akzeptiert wurde, vermag nicht zu überzeugen. Das Unternehmen „***“ begründet in seinem Schreiben vom 21.4.2005 den generellen Nachlass von 70 % auf die Leistungsgruppe 21 im Wesentlichen damit, dass der niedrige Regiestundensatz sich dadurch „erkläre, dass die Arbeiten der Leistungsgruppe 21 im Verhältnis zum Nachlass in den unproduktiven Randstunden (mit dem Personal vor Ort) aus den restlichen Leistungspositionen geleistet werden“. Nun umfasst die „LG 21 Regiearbeiten“ unter anderem nicht nur Regiearbeiten vor Bauende im Umfang von 7.500 Stunden sondern auch Bauarbeiten nach Bauende im Umfang von 4.400 Stunden. Es erscheint nicht nachvollziehbar, wie die Regiearbeiten nach Bauende mit einem „in den unproduktiven Randstunden aus den restlichen Leistungspositionen“ zur Verfügung stehenden Personal vor Ort geleistet werden soll. Unabhängig davon bedeutet aber ein 70 %iger Nachlass auf die anzubietenden Regiearbeiten, dass die angebotenen Regiestundensätze damit unter den kollektivvertraglichen Mindestlohnsätzen liegen, sodass mit diesen Preisen entweder nicht das Auslangen gefunden werden kann und damit ein angemessener Preis nicht vorliegt oder aber – was nicht unterstellt werden soll – die kollektivvertraglichen Mindestlöhne nicht bezahlt werden. Damit würde das Unternehmen „***“ jedenfalls gegen arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften, die nach den Verdingungsunterlagen einzuhalten sind, verstoßen. Eine, wenn auch nur überschlagsmäßig geführte Berechnung, ausgehend vom Angebot des Unternehmens „***“ würde, ohne dass einzelne Lohngruppen berücksichtigt werden, einen durchschnittlichen Stundensatz von rund EUR 5,-- ergeben. Nach dem Angebot der Antragstellerin bewegen sich die von ihr ohne Nachlass angebotenen Löhne in den verschiedenen Beschäftigungsgruppen römisch eins bis römisch fünf zwischen EUR 26,46 und EUR 17,65.

Damit erweist sich aber, dass das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens 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 ist 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. Kann ein Bieter auffällige Preise nicht plausibel erklären, so ist das betreffende Angebot gemäß § 98 Z 3 BVergG 2002 auszuscheiden. Die Wahl des Angebotes des Unternehmens „***“, das eine nicht plausible Preisgestaltung aufweist, für die Zuschlagsentscheidung erweist sich damit als im Widerspruch zur Bestimmung des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 stehend. Aus diesen Gründen war daher die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Damit erweist sich aber, dass das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens 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 ist 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. Kann ein Bieter auffällige Preise nicht plausibel erklären, so ist das betreffende Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG 2002 auszuscheiden. Die Wahl des Angebotes des Unternehmens „***“, das eine nicht plausible Preisgestaltung aufweist, für die Zuschlagsentscheidung erweist sich damit als im Widerspruch zur Bestimmung des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 stehend. Aus diesen Gründen war daher die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen (§23 Abs. 1 WVRG). Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen (§23 Absatz eins, WVRG).

Gemäß § 30 Abs. 5 WVRG im Zusammenhang mit den §§ 59 Abs. 1 und 74 Abs. 2 AVG war unter einem der Antragsgegnerin der Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren in der aus dem Spruche ersichtlichen Höhe aufzuerlegen (vgl. zur Frage der Zuständigkeit VwGH 2004/04/0091 vom 6.4.2005). Gemäß

Paragraph 30, Absatz 5, WVRG im Zusammenhang mit den Paragraphen 59, Absatz eins und 74 Absatz 2, AVG war unter einem der Antragsgegnerin der Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren in der aus dem Spruche ersichtlichen Höhe aufzuerlegen vergleiche zur Frage der Zuständigkeit VwGH 2004/04/0091 vom 6.4.2005).

Schlagworte

Sektorenbereich; Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung; Vorliegen einer nicht plausiblen und angemessenen Preisgestaltung.

Dokumentnummer

VERGT_20050603_1648_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