

TE Lvwg Erkenntnis 2018/1/17 LVwG-VG-12/002-2017

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 17.01.2018

Entscheidungsdatum

17.01.2018

Norm

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §4 Abs2
BVergG 2006 §22 Abs1
BVergG 2006 §22 Abs3
BVergG 2006 §125 Abs4
BVergG 2006 §125 Abs5

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat durch HR Dr. Grassinger als Einzelrichterin betreffend den von S GmbH & Co KG, vertreten durch

Dr. Kurt Dullinger Rechtsanwalt GmbH, ***, *** (im Folgenden kurz: AST für Antragstellerin), betreffend die öffentliche Auftragsvergabe durch das Land Niederösterreich, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte, ***, ***, (im Folgenden kurz: AG für Auftraggeberin), im Vergabeverfahren STBA*** „Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf Landesstraßen B und L im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung *** für das Jahr 2018 mit Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2 Jahre“ mit Schriftsatz vom 17. November 2017 (beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangt am 17. November 2017) gestellten Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der AG vom 14. November 2017 sowie betreffend den Antrag, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge der AG auftragen, der AST die gezahlte Pauschalgebühr (für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Antrag auf Nichtigerklärung) ersetzen, (sämtliche Anträge nach dem NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. 7200-0, idF LGBl. 7200-3), erkannt:

1. Der Antrag der S GmbH & Co KG, vertreten durch Dr. Kurt Dullinger Rechtsanwalt GmbH, ***, ***, betreffend die öffentliche Auftragsvergabe durch das Land Niederösterreich im Vergabeverfahren STBA*** „Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf Landesstraßen B und L im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung *** für das Jahr 2018 mit Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2 Jahre“ die Zuschlagsentscheidung vom 14. November 2017 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. Der Antrag der S GmbH & Co KG, vertreten durch Dr. Kurt Dullinger Rechtsanwalt GmbH, ***, ***, dem Land Niederösterreich den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren (Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung: € 1.250,--, Antrag auf Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidung: € 2.500,--, insgesamt somit € 3.750,--) aufzutragen, wird abgewiesen.
3. Die S GmbH & Co KG, ***, ***, ist verpflichtet, die Barauslagen für die Beiziehung des nichtamtlichen Sachverständigen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren dem Grunde nach zu tragen.

Die Festsetzung des von der S GmbH & Co KG, ***, ***, zu zahlenden Betrages und die Vorschreibung dieser Barauslagen der Höhe nach erfolgt durch gesonderten Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich.

4. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

Zu 1.: §§ 4 Abs. 1, Abs. 2 Z 2; 5 Abs. 1; 7 Abs. 1 und 2; 9; 11 Abs. 1;
12 Abs. 2; 15 Abs. 1; und 17 Abs. 2 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz,
LGBl. 7200/3 (NÖ Verg-NG)

Zu 2.: §19 Abs. 1, 3, 8, 9 und 10 NÖ VNG iVm §°1 Abs. 1 Z 7 NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung, LGBl. 7200/2-0

Zu 3.: § 76 Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) i.V.m.

§ 4 Abs. 7 NÖ Verg-NG)

Zu 4.: § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG)

Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

Entscheidungsgründe:

Im Vergabeverfahren STBA*** „Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf Landesstraßen B und L im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung *** für das Jahr 2018 mit Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2

Jahre", welcher von der AG als Bauauftrag im Unterschwellenbereich ausgeschrieben und bekannt gemacht wurde, hat die AST mit einem am 17. November 2017 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangten Schriftsatz u.a. den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der AG vom 14. November 2017 sowie auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Nachprüfungsverhandlung gestellt.

Die AST hat im bezeichneten Schriftsatz vom 17. November 2017 zum Antrag auf Nichtigerklärung Folgendes ausgeführt:

„I. Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 14. November 2017

1 Genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen Entscheidung und die Bezeichnung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters

Der Auftraggeber führt folgendes Vergabeverfahren gemäß Bundesvergabegesetz durch:

STBA*** „Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf Landesstraßen B und L im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung *** für das Jahr 2018 mit Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2 Jahre“

Es handelt sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich.

Mit Schreiben vom 14. November 2017 hat uns die Auftraggeberin bekannt gegeben, dass der Zuschlag der

P GmbH

***, ***

erteilt werden soll.

Diese Zuschlagsentscheidung als gesondert anfechtbare Entscheidung ist Gegenstand dieses Antrags auf Nichtigerklärung.

Beweis: Auftragsbekanntmachung (Beilage .1)

Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 14. November 2017

(Beilage .12);

von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt.

2 Genaue Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse

Auftraggeberin:

Land Niederösterreich vertreten durch das

Amt der Niederösterreichischen Landesregierung,

NÖ Straßenbauabteilung ***

***, ***

Fax: ***

Antragstellerin:

S GmbH & Co KG

***, ***

Faxnummer: ***

Mail-Adresse: ***

Beweis: wie bisher

3 Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes und Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt einschließlich der Darstellung des Interesses am Vertragsabschluss

Die S GmbH & Co KG (im Folgenden kurz „S“) hat sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und rechtzeitig ein Angebot abgegeben.

Auf Basis der Informationen, die bei der Angebotsöffnung verlesen worden sind, ist die S zwar an zweiter Stelle nach P GmbH (im Folgenden kurz „P“) gereiht. Das Angebot von P wäre jedoch auszuscheiden gewesen, weil

- P ein ausschreibungswidriges Angebot abgegeben hat und darüber

hinaus

- das Angebot von P unterpreisig ist.

Trotz dieser Ausscheidensgründe hat die Auftraggeberin mit Schreiben vom

14. November 2017 bekannt gegeben, dass sie beabsichtigt, P den Zuschlag

zu erteilen.

Nach dem Ausscheiden von P wäre jedoch uns, als geeignetem Bestbieter der Zuschlag zu erteilen.

Unser Interesse am Vertragsabschluss ist bereits dadurch evident, dass wir zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben haben.

Zum Sachverhalt und zu den Gründen, aus denen P im gegenständlichen

Verfahren auszuscheiden ist, im Einzelnen:

3.1 Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot

Punkt 5.1.2 der Ausschreibungsunterlagen enthält zunächst folgende Vorschrift:

Die Materie/liste siehe Pkt. 7.8 ist vollständig auszufüllen und beizulegen.

Im Weiteren werden die Anforderungen an die Materialien beschrieben. Schließlich ist in Punkt 5.1.2.2 Folgendes geregelt:

5.1.2.2 Eignungsnachweis für Bodenmarkierungsmaterialien

Es sind nur Materialien mit Einsatzfreigabe des BMVIT zu verwenden. Als

Nachweis dafür gelten:

- Einsatzfreigabe

- Nachweis eines bestehenden Fremdüberwachungsvertrags

Diese Bestimmungen regeln eindeutig, dass der Bieter nur geeignete Bodenmarkierungsmaterialien, das sind solche mit Einsatzfreigabe des BMVIT, anbieten darf.

Bei einigen gängigen Produkten sind die Einsatzfreigaben abgelaufen. Aus früheren

Aufträgen der P ist uns bekannt, dass diese praktisch immer das Produkt

REMO 100AF bei ihren Arbeiten einsetzt. Weiters handelt es sich bei diesem Produkt

um ein besonders günstiges Produkt. Wir gehen daher davon aus, dass P auch im gegenständlichen Verfahren das Produkt Remo 100AF angeboten hat und

übersehen hat, dass dieses seit April 2017 keine Einsatzfreigabe hat.

Sofern P insbesondere das Produkt Stollreflex D1120 und/oder REMO 100AF - diese Produkte haben seit April 2017 keine Einsatzfreigabe – angeboten hat, erfüllt das Angebot nicht die verlangte „Eignung“ für Bodenmarkierungsmaterialien und es liegt daher ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor.

Das Angebot von P ist daher aus diesem Grund gem § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden.

Beweis: Bodenmarkierungs-Materialien: Einsatzfreigaben/Verlängerungen

und wichtige Erlässe, BMVIT vom 28. Juli 2017 (Beilage ./3);

CR, pA BMVIT Sektion IV — Gruppe Infrastruktur und

Verkehrssicherheit, ***, ***, als Zeuge;

Von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt;

PV, für die RB namhaft gemacht wird, pA

Antragstellerin;

wie bisher

3.2 Unterpreisiges Angebot

P hat einen Gesamtpreis (ohne USt, inklusive Nachlass) von

EUR *** angeboten. Dieser Preis berücksichtigt einen 17%-igen Nachlass, der auch bei der Angebotsöffnung verlesen worden ist.

Ohne diesen Nachlass würde sich ein Gesamtpreis von EUR *** ergeben.

Dieser Preis liegt knapp über dem von uns angebotenen Gesamtpreis

(EUR ***). Dies zeigt, dass der Preis von P (ohne Nachlass) offensichtlich kostendeckend kalkuliert wurde und in Summe auch ungefähr unserer Kalkulation entspricht.

Mit dem Nachlass von 17% kann der angebotene Preis jedoch nicht mehr

kostendeckend sein. Das Angebot von P ist damit als unterpreisig

auszuscheiden.

Jedenfalls hätte die Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen

müssen, weil der angebotene Gesamtpreis von P auffallend niedrig ist. Der

Preis von P weicht von unserem Angebot, welches das zweitbilligste ist, um

mehr als 16% ab. Bei einer solchen Preisdifferenz handelt es sich jedenfalls um eine

große Abweichung im Sinn der VwGH-Judikatur (vgl VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011

mwN).

Nach ständiger Rechtsprechung ist die im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung

zu beantwortende Frage, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und

nachvollziehbar sind, auf Grundlage eines Sachverständigungsgutachtens zu

beantworten (vgl zB VwGH 17.9.2014, 2012/04/0016 unter Verweis auf VwGH

25.9.2012, 2008/04/0054 bzw VwGH 25.1.2011, 2008/04/0082). Da die Auftraggeberin beabsichtigt, P den Zuschlag zu erteilen, wurde entweder keine oder keine sachgerechte vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt, weil der Preis von P nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein kann. Dies aus folgenden Gründen:

1. Ist der in den K-Blättern von P ausgewiesene Gewinnanteil niedriger als

17% und damit niedriger als der angebotene Nachlass, ist das Angebot bereits

nach der Kalkulation von P nicht mehr kostendeckend kalkuliert. In

diesem Fall könnte nämlich P durch den angebotenen Nachlass die Lohnkosten und / oder die Materialkosten nicht decken.

Wir gehen davon aus, dass P einen üblichen Gewinn von 3 bis 8% kalkuliert und in den K—Blättern ausgewiesen hat. Ist dies der Fall (oder liegt der Gewinn zwar höher, aber unter 17%), ist das Angebot nicht mehr betriebswirtschaftlich erklär— und nachvollziehbar und daher auszuscheiden.

Derart niedrige — nicht kostendeckende — Preise führen ua zu Lohndumping, dem gerade im Vergabewesen entgegengewirkt werden soll.

2. Sollte P tatsächlich einen Gewinnanteil von zumindest 17% in seinen K-Blättern ausgewiesen haben, wäre der angebotene Nachlass auf den ersten Blick gerechtfertigt.

Ist der Gewinnanteil (der ja durch den angebotenen Nachlass im Ausmaß von 17% wegfällt und damit im Auftragsfall nicht gezahlt wird) aber tatsächlich so hoch kalkuliert, können die Kosten für Material- und/oder Löhne für den Auftrag nicht gedeckt sein, wenn sämtliche qualitativen Anforderungen sowie auch die kollektivvertraglichen und arbeitsrechtlichen Vorschriften eingehalten werden.

In diesem Fall muss die Kalkulation von P einen Fehler aufweisen oder es wurden einzelne Kosten viel zu gering angesetzt. Der Fehler bzw die zu gering angesetzten Kosten müssen auf Grund des geringen Preises von P derart augenscheinlich sein, dass diese einem Sachverständigen (der, wie oben ausgeführt, bei einer vertieften Angebotsprüfung hinzuzuziehen ist) jedenfalls auffallen müssen. Die Auftraggeberin hat daher entweder keine oder keine sachgerechte vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt.

Im Ergebnis liegt jedenfalls ein auffallend niedriger Gesamtpreis vor, der auch nicht erklär- und nachvollziehbar ist. Das Angebot von P ist damit auch gem § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuscheiden.

Beweis: Von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt; PV, für die RB namhaft gemacht wird, pA

Antragstellerin;

Einzuholendes Gutachten eines Sachverständigen aus dem Bereich Bodenmarkierung zur Frage der Preisangemessenheit des Angebots der präsumtiven Bestbieterin, insbesondere ob der angebotene Gesamtpreis und die angebotenen Positionspreise betriebswirtschaftlich erklär— und nachvollziehbar sind;

wie bisher

4 Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller

Der Schaden, der bereits eingetreten ist, sind die bisher aufgelaufenen internen Kosten, die mit der Ausarbeitung des Angebots und auch mit der Ausarbeitung dieses Antrags auf Nichtigerklärung verbunden sind; ungefähr 40 Personenstunden á EUR *** = EUR ***. Darüber hinaus sind Rechtsanwaltskosten im Zusammenhang mit der Erarbeitung und Einbringung dieses Antrags auf Nichtigerklärung samt Antrag auf EV von EUR *** entstanden.

Der Schaden, der droht, wenn wir den Zuschlag nicht erhalten, besteht im entgangenen Gewinn von ca 5% des Gesamtauftragswerts gemäß unserem Angebot, somit von rund EUR ***.

Sämtliche genannten Beträge verstehen sich exkl USt.

Beweis: wie bisher

5 Bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet

Sollte der Zuschlag an P erteilt werden, sind wir in folgenden Rechten verletzt:

- im Recht, dass ein ausschreibungswidriges Angebot ausgeschieden wird,
- Im Recht, dass ein Angebot, das einen nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis aufweist, ausgeschieden wird,
- Im Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens gem den

Bestimmungen des BVergG, insbesondere des § 19 BVergG, wonach die Vergabe unter Beachtung des Diskriminierungsverbots und entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbs durchzuführen ist und die Vergabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen erfolgen darf, sowie überhaupt

- Im Recht auf Einhaltung des Bundesvergabegesetzes.

6 Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung

Aus all den oben angeführten Gründen stellen wir daher den Antrag,

die Zuschlagsentscheidung vom 14. November 2017 im Vergabeverfahren STBA*** „Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf Landesstraßen B und L im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung *** für das Jahr 2018 mit Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2 Jahre“ für nichtig zu erklären und der Auftraggeberin aufzutragen, uns die gezahlte Pauschalgebühr zu ersetzen.

Weiters stellen wir die Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht.

7 Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde, sowie zur Pauschalgebühr

Sowohl in der Bekanntmachung als auch in der Ausschreibungsunterlage (Punkt 1.1) wird darauf hingewiesen, dass es sich um eine Ausschreibung im Unterschwellenbereich handelt. Gem § 11 Abs 1 iVm Abs 2 NÖ Verg-NG beträgt die Frist zur Einbringung eines Antrags auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Unterschwellenbereich sieben Tage.

Die Zuschlagsentscheidung wurde am 14. November 2017 zugestellt, sodass der vorliegende Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung rechtzeitig ist.

Da die Zuschlagsentscheidung eines Bauauftrags im Unterschwellenbereich in einem offenen Verfahren angefochten wird, beträgt die Pauschalgebühr gem§ 1 NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung EUR 2.500,00 und gem§ 19 Abs 3 NÖ Verg-NG für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung EUR 1.250,00; insgesamt daher EUR 3.750,00. Die Pauschalgebühr wurde heute eingezahlt.

Beweis: Kopie des Einzahlungsbelegs (Beilage I4);

wie bisher

8 Zur Zulässigkeit des Antrags, insbesondere trotz nicht vorheriger Befassung der Schlichtungsstelle In der Bekanntmachung und der Ausschreibungsunterlage ist als Auftraggeberin das Land Niederösterreich genannt. Dieses ist ein öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 1 BVergG.

In sachlicher Hinsicht handelt es sich bei dem gegenständlichen Auftrag laut Bekanntmachung um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG, der im Wege eines offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich abgeschlossen werden soll.

Das gegenständliche Beschaffungsvorhaben liegt daher im sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des BVergG.

Bisher wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen. Bei der angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG.

Die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen und zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 4 Abs 2 Z 1 und 2 NÖ Verg-NG gegeben.

Die Zuständigkeit zur Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühren gründet sich auf § 19 Abs 10 NÖ Verg-NG.

Grundsätzlich wäre vor Befassung des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich die NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge anzurufen. Die Antragstellerin hat jedoch davon abgesehen, die Schlichtungsstelle anzurufen. Die Antragstellerin geht nicht davon aus, dass im Rahmen einer Schlichtungsverhandlung beim

gegenständlichen Fall eine Einigung erzielt werden kann; die Antragstellerin will daher keine Schlichtung. Das im NÖ Verg-NG grundsätzlich als obligatorisch normierte Schlichtungsverfahren ist dann außer Acht zu lassen und nicht durchzuführen, wenn eine Partei keine Schlichtung will¹, wie dies gegenständlich der Fall ist.

Dass sich die Antragstellerin vor der Stellung des gegenständlichen Antrags auf

Nichtigerklärung nicht an die Schlichtungsstelle gewandt hat, ändert an der

Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich auch „insoweit nichts,

als die in § 9 Abs. 3 NÖ VNG obligatorisch vorgesehene Anrufung der

Schlichtungsstelle vor Befassung des Gerichts mit den unionsrechtlichen Vorgaben

nicht in Einklang steht und sohin nicht anzuwenden ist (VwGH 14.3.2012,

2009/04/0252 mwN)².

... weitere Ausführungen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung...

S GmbH & Co KG“

Die AST hat ihrer Eingabe vom 17. November 2017 die von ihr im bezeichneten Schriftsatz zitierten Beilagen angeschlossen.

Die AG hat zum Antrag auf Nichtigerklärung folgende Stellungnahme (Wiedergabe in der nicht vertraulichen Fassung) fristgerecht erstattet:

„I. STELLUNGNAHME ZUM ANTRAG AUF NICHTIGERKLÄRUNG

1. Zu Punkt 3.1 des Nachprüfungsantrags (Den Ausschreibungsbestimmungen
widersprechendes Angebot)

1.1 Unter Punkt 3.1 des Nachprüfungsantrags bringt die Antragstellerin vor, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin für Bodenmarkierungsarbeiten zumindest eines der Produkte „REMO 100 AF“ oder „Stollre?ex D1120“ angegeben hat, welche nicht über den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweis der Einsatzfreigabe durch das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (in der Folge „BMVIT“) verfügen. Diese Annahme ist nicht zutreffend.

1.2 Unter Punkt 7.8 „Materialliste“ des Angebotes muss jeder Bieter seine Bodenmarkierungsmaterialien für die unterschiedlichen Materialstoffklassen A bis D angeben, wobei auch die Angabe mehrerer unterschiedlicher Materialien für eine Materialstoffklasse zulässig ist. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in den Punkten 7.8.1 bis 7.8.5 pro Materialstoffklasse mehrere Bodenmarkierungsmaterialien eingetragen. Die Prüfung der Materialien durch die Auftraggeberin hat ergeben, dass im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für jede Materialstoffklasse (Punkte 7.8.1, 7.8.2, 7.8.3, 7.8.4, 7.8.5, 7.8.6 des Angebots) ein vom BMVIT zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung

frei gegebenes Bodenmarkierungsmaterial angegeben wurde (Beilage .II).

Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin somit in jeder Materialstoffklasse ein durch

das BMVIT freigegebenes Material angegeben hat, sind alle in der Ausschreibung geforderten Voraussetzungen erfüllt. Die Zuschlagsentscheidung ist daher vergaberechtskonform.

Beweis: - von der Auftraggeberin vorgelegter Vergabeakt (Beilage .I; von der Akteneinsicht durch die Antragstellerin und allfällige Mitbeteiligte Parteien auszunehmen).

- Übersicht Bodenmarkierungsmaterialien der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (Beilage .II; von der Akteneinsicht durch die Antragstellerin und allfällige Mitbeteiligte Parteien auszunehmen);

2. Zu Punkt 3.2 des Nachprüfungsantrags (Unterpriesiges Angebot)

2.1 Keine verpflichtende vertiefte Angebotsprüfung

Das Vorbringen der Antragstellerin unter Punkt 3.2 des Nachprüfungsantrages, wonach die Auftraggeberin aufgrund des Preisunterschiedes in der Höhen von 16% jedenfalls eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen hätte müssen, ist nicht zutreffend.

Gemäß § 125 Abs 3 BVergG muss die Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung

nur dann durchführen, wenn bestimmte „Anhaltspunkte“ (wie zB ein ungewöhnlich

niedriger Gesamtpreis) dafür vorliegen, dass die Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht plausibel ist. Im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gibt es keine „Anhaltspunkte“, welche eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs 3 BVergG erforderlich gemacht hätten. Da der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Gesamtpreis nur 16% unter dem Angebot der Antragstellerin liegt, kann hier nach der Rechtsprechung von keiner ungewöhnlichen Preisdifferenz im Sinne des BVergG gesprochen werden. Derartige Preisdifferenzen sind vielmehr Zeichen eines funktionierenden Wettbewerbs und das Resultat eines vergaberechtskonformen Ausschreibungsprozesses. Diese Ansicht wird insbesondere durch folgende Entscheidungen bestätigt:

? Ein offenkundiges Missverhältnis von Preis und Leistung ist nur dann anzunehmen, wenn die erhebliche Abweichung ohne Weiters ins Auge fällt, wobei immer der Gesamtpreis, nicht aber die Einzelpreise maßgeblich sind. Diese Voraussetzungen sind bei einer Abweichung um rund 20% in der Regel nicht gegeben (BVA 12.9.2008, N/OIOS-BVA/O2/2008-24).

? Ein Angebot ist überhöht und daher nicht preisangemessen, wenn der Preisunterschied bei rund 30% liegt (BVA 7.4.2005, 06N-04/05-31).

? Angesichts des angebotenen Preises und des Preisabstandes von rund 26% ist die Notwendigkeit einer vertieften Angebotsprüfung anzunehmen. (UVS OÖ 10.7.2007, VwSen-550343/17/Wim/Jo)

Aus diesen Entscheidungen lässt sich somit eindeutig ableiten, dass die Verrichtung des Auftraggebers zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung erst ab einer Abweichung des Gesamtpreises zwischen 20% bis 26% besteht.

Die von der Antragstellerin angeführte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH)

22.6.2011, 2011/04/0011) ist für den gegenständlichen Fall nicht einschlägig. Bei einer genauen Betrachtung des Erkenntnisses zeigt sich, dass der Verwaltungsgerichtshof an einer Stelle des Erkenntnisses lediglich – wertungsfrei – eine Literaturmeinung zitiert:

„In der Literatur werden folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %)

und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) (vgl. Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006-Kommentar (2009) Rz. 28 zu § 125).“

Die von der Antragstellerin angeführte Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs, dass ab

15% („grobe“) Abweichung jedenfalls verpflichtend zu prüfen ist, lässt sich dem Erkenntnis an keiner Stelle entnehmen. Weiters ist darauf zu verweisen, dass eine grobe Abweichung nach Kropik erst ab „etwa 15%“ besteht und nicht genau ab 15%.

In Anbetracht dieser vergaberechtlichen Judikatur ist somit festzuhalten, dass die Auftraggeberin aufgrund der geringen Preisdifferenz von 16% nicht zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet war. Erst ab 20 bis 26% Abweichung besteht wohl eine

Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung. Es liegt somit – entgegen der Ansicht der Antragstellerin – kein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis gemäß § 125 Abs 3 Z 1

BVergG vor. Die Auftraggeberin war nicht dazu verpflichtet, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Die Prüfung der Angemessenheit der Preise des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist in Übereinstimmung mit den vergaberechtlichen Vorgaben erfolgt. Da das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen angemessenen Gesamtpreis aufweist, ist die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform erfolgt.

Beweis: - wie bisher.

2.2 Betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbarer Preis

2.2.1 Die Antragsgegnerin führt in ihrem Schriftsatz unter Punkt 3.2 aus, dass ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorliegt, welcher sich im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung als spekulativ herausgestellt haben müsste. Dies ergibt sich nach Ansicht der Antragstellerin insbesondere aus den folgenden Gründen:

2.2.2 Nachvollziehbarkeit des 17 %-igen Nachlasses

2.2.3.1 Nach der Vermutung der Antragstellerin ist der Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht kostendeckend, da der angebotene Nachlass den kalkulierten Gewinn übersteigt.

2.2.3.2 xxx

xx

xx

xx

xx

2.2.3.3 xxx

xx

xx..

Diese Schlussfolgerung ist insbesondere auch durch die folgende vergaberechtliche Judikatur gedeckt, wonach Synergieeffekte jedenfalls eine nachvollziehbare Erklärung für einen entsprechenden Nachlass darstellen können:

? Synergieeffekte bei gemeinsamer Vergabe von Planungsleistungen können eine plausible Erklärung darstellen (BVA 27.03.2000, F-4/99-19).

? Synergieeffekte können eine nachvollziehbare Erklärung für eine beträchtliche Preisdifferenz zu den anderen Angeboten darstellen. Das trifft aber dann nicht zu, wenn die Synergien für alle Bieter gleichermaßen zutreffen, sodass letztendlich kein entsprechender Erklärungswert für den Unterpreis verbleibt (BVA 03.09.2004, 10N-57/04-34). Da sich nicht alle Bieter an allen Ausschreibungen in Niederösterreich beteiligt haben und somit davon ausgehen konnten, dass mehrere Aufträge gewonnen werden, trifft der angesprochene Synergieeffekt nicht alle Bieter gleichermaßen.

Weiters stellt die Rechtsprechung auch eindeutig klar, dass – wie bei der gegenständlichen Prüfung – immer die individuellen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind:

? Bei der Prüfung, ob ein Unterangebot vorliegt, kommt es nur darauf an, ob ein Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kostendeckend kalkuliert hat, wobei es dabei nicht auf die absolute Höhe des Preises, sondern auf die Plausibilität ankommt. Hierbei sind sämtliche individuelle Umstände zu berücksichtigen (BVA 19.01.1998, N-1/98-15; 30.09.2003, O3N-71/03-19; 16.01.2004, 14N-97/03-58; 13.06.2008, N/0052-BVA/06/2008-50; UVS Stmk 13.08.2003, 443.20-14/2003).

? Sind in Relation zu Mitbewerbern hohe oder niedrige Einheitspreise angeboten, die aber nicht auf ein spekulatives Angebot hindeuten, und ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Preise wesentlicher Positionen einer vertieften Angebotsprüfung nicht standhalten würden, ist das Angebot nicht auszuscheiden. Auch nicht

kostendeckende Angebote können eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen und sind nicht in jedem Fall auszuscheiden (UVS OÖ 22.11.2004, VwSen-550164/13/Ste).

2.2.3.4xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

2.2.3 Weitere „allgemeine“ Behauptungen der Antragstellerin

2.2.3.1 Weiters bringt die Antragstellerin unter Punkt 3.2 (2) des Schriftsatzes noch allgemein vor, dass die Kosten für Material und Löhne nicht gedeckt sind und die kollektivvertraglichen und arbeitsrechtlichen Vorschriften nicht eingehalten werden.

2.2.3.2 Konkrete Anhaltspunkte für diese „Behauptung“ kann die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz allerdings keine aufzeigen. Die Ausführungen beschränken sich auf allgemeine Ausführungen.

2.2.3.3 Wie bereits unter Punkt 2 ausgeführt, war die Auftraggeberin – mangels konkreter Anhaltspunkte im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – nicht dazu verpflichtet, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Dennoch wurden von der Auftraggeberin „Standard“-Angebotsprüfschritte zur Preisprüfung durchgeführt: Die Prüfung des K3-Blatts („Mittelohnepreiskalkulation“) hat ergeben, dass die kollektivvertraglichen Mindestlöhne eingehalten wurden und alle Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Auch die weitere Kalkulation in den abgegebenen K-Blättern wurde von der Auftraggeberin geprüft und hat sich als plausibel und schlüssig erwiesen. Weiters ist eine Prüfung anhand des Preisspiegels erfolgt. Dabei war erkennbar, dass die

präsumtive Zuschlagsempfängerin zwar günstigere, aber dennoch betriebswirtschaftlich erklä- und nachvollziehbare Preise angegeben. Zusätzlich wurde mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin noch ein Aufklärungsgespräch durchgeführt, in dem alle noch offenen Punkte nachvollziehbar erläutert wurden (siehe Punkt 2.2.2).

2.2.4 Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass die Auftraggeberin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – obwohl sie nicht dazu verpflichtet gewesen wäre, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen — eingehend geprüft hat und zum Ergebnis gelangt ist, dass alle Preise betriebswirtschaftlich erklä- und nachvollziehbar sind.

2.2.5 Im Hinblick auf die vergaberechtlichen Anforderungen an eine vertiefte Angebotsprüfung ist anzumerken, dass die Überprüfung der Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit lediglich als Plausibilitätsprüfung auszustalten ist, sodass hierbei nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen werden muss. Die Auftraggeberin hat eine grobe Prüfung dahingehend vorzunehmen, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (VwGH 31.1.2013, 2010/04/0070; 22.11.2011, 2007/04/0201; 28.9.2011, 2007/04/0102; 22.6.2011, 2011/04/0011 und 2007/04/0076; 25.1.2011, 2008/04/0082; 5.11.2010, 2006/04/0245; 29.3.2006, 2003/04/0181).

Selbst wenn die Auftraggeberin also zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen wäre, hätte sie durch die gesetzten Prüfschritte alle von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen eingehalten.

2.2.6 Der Vollständigkeit halber verweisen wir in diesem Zusammenhang noch darauf, dass gemäß § 125 Abs 5 BVergG im Unterschwellenbereich von einer vertieften Angebotsprüfung mit kontradiktorischem Charakter überhaupt abgesehen werden kann, womit auch eine eingeschränkte Dokumentationspflicht einhergeht (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht" [2015] Rz 1588).

2.3 Zusammengefasst hat die Überprüfung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin somit ergeben, dass ein vergaberechtskonformes, wirtschaftlich erklä- und nachvollziehbares Angebot abgegeben wurde, sodass kein Verstoß gegen § 125 BVergG vorliegt. Die Zuschlagsentscheidung erging somit zu Recht an das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Beweis: - wie bisher.

2.4 Kein Erfordernis eines „externen“ Sachverständigungsgutachtens

Unter Punkt 3.2 des Nachprüfungsantrages führt die Antragstellerin aus, dass „die im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung zu beantwortende Frage, Ob die Preise betriebswirtschaftlich erklä- und nachvollziehbar sind, auf Grundlage eines Sachverständigungsgutachtens zu beantworten“ ist.

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Verwaltungsgerichtshof für die vertiefte Angebotsprüfung nicht die Einholung eines „externen“ Sachverständigungsgutachtens verlangt. Diese Formulierung bezieht sich auf das „gutachterliche Ergebnis des Sachverständigen der Auftraggeberin“ (VwGH 19.7.2014, 2012/04/016). Die Angebote wurden von den Mitarbeitern der vergebenden Stelle NÖ Straßenbauabteilung *** geprüft, welche aufgrund ihrer jahrelangen Erfahrung bei der Ausschreibung von Bodenmarkierungsarbeiten jedenfalls als Sachverständige zu qualifizieren sind.

Auch die vom Verwaltungsgerichtshof für die vertiefte Angebotsprüfung geforderte

Voraussetzung der Begutachtung der Angebote durch einen Sachverständigen wurde bei der gegenständlichen Angebotsprüfung somit jedenfalls erfüllt.

Da die Zuschlagsentscheidung somit rechtmäßig war, stellt die Antragsgegnerin die nachstehenden

II. A N T R Ä G E

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge

- ? den Nachprüfungsantrag zurückweisen, in eventu abweisen und
- ? die grau markierten Passagen und Beilagen dieses Schriftsatzes von der Akteneinsicht durch die Antragstellerin und durch allfällige weitere mitbeteiligte Parteien ausnehmen, um die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aller Parteien zu schützen.

Amt der NÖ Landesregierung“

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin (im Folgenden: präs.ZE) hat mit Schriftsatz vom 27. November 2017 zum Antrag auf Nichtigerklärung fristgerecht begründete Einwendungen erhoben und folgende Stellungnahme (Wiedergabe in nicht vertraulicher Fassung) erstattet:

„1. Sachverhalt

(4) Die Auftraggeberin, das Land NÖ, vertreten durch die vergebende Stelle, NÖ Straßenbauabteilung ***, hat ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich betreffend den Auftrag „Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf Landstraßen B und L im Bereich der NÖ Straßenbauabteilung *** für das Jahr 2018 mit der Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2 Jahre“ durchgeführt.

(5) Gemäß Pkt. 1.3 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen soll der Zuschlag auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot (Bestbieterprinzip) unter Beachtung der in den baulospezifischen Angebotsbedingungen angegebenen Zuschlagskriterien erfolgen.

(6) Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot gelegt. Mit Schreiben der Auftraggeberin wurde der präsumtiven Zuschlagsempfängerin folgendes mitgeteilt:

„[...]

Gemäß § 131 Bundesvergabegesetz 2006 wird mitgeteilt, dass das Land Niederösterreich beabsichtigt, den Zuschlag für die Arbeiten im o.a. Bauvorhaben auf Grund der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Zuschlagskriterien und der daraus erfolgten Reihung an die Firma P GmbH, ***, ***, als Bestbieter zu erteilen.

Da der Preis mit 95% gewichtet ist, wurde die oben angeführte Firma als Bestbieter ermittelt.

Auf Grund der höheren Preisdifferenz von mehr als 5,6% haben die weiteren Zuschlagskriterien für die Berechnung der Reihung keine weitere Auswirkung.

Die Vergabesumme beträgt€ ***.

Die Stillhaltefrist endet am 21.11.2017.

[...]"

(7) Diese Zuschlagserklärung wurde im Wesentlichen wortident an die Antragstellerin übermittelt und von dieser als Beilage ./2 vorgelegt.

Beweis: + beizuschaffender Vergabeakt

+ Beilage ./2 (von der Antragstellerin vorgelegte Zuschlagsentscheidung)

2. Nachprüfungsgründe

2.1. Allgemeines

(8) Die Antragstellerin bringt in ihrem Nachprüfungsantrag zusammengefasst vor, dass die Zuschlagsentscheidung vom 14.11.2017 deshalb rechtswidrig wäre, weil das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zum einen ausschreibungswidrig und zum anderen unterpreisig wäre. Aus diesem Grund wäre die Antragstellerin in den in Pkt 5. ihres Nachprüfungsantrages angeführten

Rechten verletzt.

(9) Das gesamte Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag ist jedoch in sämtlichen Punkten unrichtig und vermag die von ihr behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung weder darzustellen noch zu begründen.

(10) Dazu im Einzelnen:

2.2. Angebot entspricht der Ausschreibungsunterlage

(11) Die Antragstellerin behauptet, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin Materialien, und zwar insb Bodenmarkierungsmaterialien, angeboten hätte, die Pkt 5.1.2.2 der Ausschreibungsunterlage widersprechen würden. Aus früheren Aufträgen wäre ihr nämlich bekannt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin immer das Produkt „REMO 100AF“ bei ihren Arbeiten einsetze, dieses Produkt jedoch seit April 2017 keine Einsatzfreigabe mehr hat.

(12) Diese Behauptung ist völlig aus der Luft gegriffen. Vor allem ist es aber auch schlichtweg falsch. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat nämlich keineswegs (nur) das Produkt Remo 100AF angeboten xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. Dieses verfügt natürlich über eine gültige Freigabe des BMVIT.

Beweis: + vorzulegender Vergabeakt

+ Beilage ./3

+ PV

+ weitere Beweise vorbehalten

(13) Die behauptete Rechtswidrigkeit liegt somit nicht vor.

2.3. Angebot ist betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar

(14) Das Vorbringen der Antragstellerin in Bezug darauf, dass das Angebot der Antragstellerin unterpreisig wäre, ist ebenfalls schlichtweg falsch. Dies zeigt sich bereits vor dem Hintergrund dass die Antragstellerin, scheinbar um Verwirrung zu stiften, auf Seite 4 ihres Nachprüfungsantrages falsche Zahlen zur Begründung ihres Standpunktes anführt. Aus der Zuschlagsentscheidung vom 14.11.2017, die von der Antragstellerin selbst als Beilage ./2 zu ihrem Nachprüfungsantrag vorgelegt wurde, beträgt die Vergabesumme nämlich EUR *** und nicht EUR ***.

Aus der Zuschlagsentscheidung vom 14.11.2017, Beilage ./2, ergibt sich aber außerdem, dass die Antragstellerin selbst ihren eigenen Angebotspreis unrichtig wiedergibt. Da die Preisdifferenz laut Zuschlagsentscheidung größer als 5,6% ist, muss der Angebotspreis der Antragstellerin zumindest EUR ***, (+5,7%) betragen und nicht wie von der Antragstellerin behauptet EUR *** (Seite 4, letzte Zeile des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin).

(15) Ungeachtet der falschen Zahlen ist aber auch das Vorbringen der Antragstellerin auf Seite 4f ihres Nachprüfungsantrages, nämlich dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgrund des 17% Nachlasses nicht kostendeckend wäre, unrichtig. Die Antragstellerin begründet ihr Vorbringen diesbezüglich nämlich einzig und allein damit, dass einem Preisnachlass gleichzeitig auch ein diesem korrespondierender Gewinn gegenüberstehen müsse. Dabei übersieht die Antragstellerin jedoch zweierlei: Zum einen, dass nach der hL und der stRp auch in

Bezug auf die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit – und insoweit auf die „Kostendeckung“ – von Unterangeboten als Maßstab gilt, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (Öhler/Schramm, in: Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Bundesvergabegesetz 2006 [Loseblatt] § 129 Rz 26ff u 35ff; VwSig 16459 A/2004). Zum anderen, dass es nach Intention des BVergG 2006 keineswegs verlangt ist, dass der Gesamtpreis kostendeckend im Sinne einer Vollkostenrechnung sein muss. Vielmehr verlangt das BVergG 2006 bloß eine Deckung der direkt zuordenbaren Kosten. Dabei handelt es sich um jene Kosten, die direkt durch die beauftragte Leistung entstehen. Ausschließlich diese direkt zuordenbaren Kosten bilden die Untergrenze des Preises (in: Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg], Bundesvergabegesetz 2006 [Loseblatt] § 125 Rz 41ff) und nicht ein allfälliger kalkulierter Gewinn, wie es scheinbar die Antragstellerin meint.

(16) Eben diese Untergrenze wird mit dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht unterschritten. Ganz im Gegenteil, wurde diese so kalkuliert, dass eine Deckung sämtlicher direkter Kosten trotz Preisnachlasses gewährleistet ist. XXX

Beweis: + PV

+ vorzulegender Vergabeakt

+ weitere Beweise vorbehalten

(17) Vor diesem Hintergrund gehen daher nicht nur sämtliche Ausführungen der Antragstellerin auf Seite 5 ihres Nachprüfungsantrages, wonach die Preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu Lohndumping führen müssten oder die Material- und Lohnkosten viel zu gering angesetzt wären ins Leere, sondern sie sind zudem auch nicht geeignet, die von ihr behauptete Rechtswidrigkeit zu belegen.

(18) Im Übrigen gibt es für die präsumtive Zuschlagsempfängerin keinen Grund dafür, daran zu zweifeln, dass die Auftraggeberin ihr Angebot, insb die von ihr angebotenen

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreic, <http://www.lvwg.noe.gov.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at