jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2018/1/17 LVwG-VG-14/002-2017

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

Die Bietergemeinschaft ER, bestehend aus E m.b.H., FN *** und OR GmbH, FN ***, vertreten durch Dr. Wolfgang Berger, Rechtsanwalt, ***, *** (im Folgenden kurz: AST für Antragstellerin), hat betreffend die öffentliche Auftragsvergabe durch das Land Niederösterreich, p.A. Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, ***, ***, *** (im Folgenden kurz: AG für Auftraggeberin), im Vergabeverfahren *** „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 einem am 20. November 2017 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangten Schriftsatz u.a. den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des AG vom 14. November 2017 sowie den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Nichtigerklärung zu Handen der Rechtsvertretung der AST binnen 14 Tagen gestellt.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Mag. Allraun als Einzelrichter betreffend diese Anträge sowie betreffend den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Recht:

1. Der Antrag der Bietergemeinschaft ER, bestehend aus E m.b.H., FN *** und OR GmbH, FN ***, vertreten durch Dr. Wolfgang Berger, Rechtsanwalt, ***, ***, betreffend

a. 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 Bietergemeinschaft ER, bestehend aus E m.b.H., FN *** und OR GmbH, FN ***, vertreten durch Dr. Wolfgang Berger, Rechtsanwalt, ***, ***, 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 Bietergemeinschaft ER, bestehend aus E m.b.H., FN *** und OR GmbH, FN ***, vertreten durch Dr. Wolfgang Berger, Rechtsanwalt, ***, ***, ist verpflichtet, die Barauslagen für die Beiziehung des nichtamtlichen Sachverständigen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren in der Höhe von € 4.486,70 (darin enthaltene 20% USt.: € 747,77) innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung dieser Entscheidung bei sonstiger zwangsweiser Einbringung nachweislich an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich zur Einzahlung zu bringen.

4. Die ordentliche Revision gegen diese Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof ist nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

Zu 1.: §§°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 Verg-NG iVm §°1 Abs. 1 Z 7 NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung, LGBl. 7200/2-0

Zu 3.: § 76 Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (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“, bei welchem es sich um ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung handelt, in dem ein Bauauftrag im Unterschwellenbereich vergeben werden soll, hat die AST mit einem am 20. November 2017 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangten Schriftsatz die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der AG vom 14. November 2017 sowie auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Nachprüfungsverhandlung gestellt.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das erkennende Gericht mit Beschluss vom 24. November 2017, LVwG-VG-14/001-2017, Folge gegeben.

Zunächst wird darauf hingewiesen, dass in den folgenden Wiedergaben der jeweiligen Parteienvorbringen, die von den Parteien jeweils übermittelten vertraulichen Fassungen zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen dargestellt werden. Ebenso erfolgt die Darstellung von Parteienvorbringen in den mündlichen Verhandlungen, von Zeugenaussagen und des Sachverständigengutachtens zur Wahrung der genannten Interessen nur in der dazu notwendigerweise eingeschränkten Form.

Die Antragstellerin hat betreffend den Antrag auf Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Auftraggeberentscheidung Folgendes ausgeführt:

„I. Nachprüfungsantrag

1. Bezeichnung des Vergabeverfahrens / angefochtene

Entscheidung / Präsumtive Zuschlagsempfängerin

Der Auftraggeber führt folgendes Ausschreibungsverfahren nach dem BVergG 2006 durch:

Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf

Landstraßen B und L im Bereich der NÖ STBA *** für das Jahr 2018

mit der Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2 Jahre

Es handelt sich um ein offenes Verfahren für Bauleistungen, das vom Auftraggeber im Unterschwellenbereich ausgeschrieben wird. Das Land Niederösterreich führt derzeit gleichzeitig im Bereich von insgesamt acht

Straßenbauabteilungen (STBA *** bis ***) Vergabeverfahren für Bodenmarkierungsarbeiten durch. Dieses Verfahren bezieht sich auf den Bereich der STBA ***.

Mit Telefax vom 14. November 2017 hat der Auftraggeber der Antragstellerin bekanntgegeben, dass er beabsichtigt,

„den Zuschlag für die Arbeiten im o.a. Bauvorhaben aufgrund der in den

Ausschreibungsunterlagen genannten Zuschlagskriterien und der daraus erfolgten Reihung an die FirmaP GmbH, *** als Bestbieter zu erteilen."

Gegenständlich wird diese Zuschlagsentscheidung angefochten. Es handelt sich dabei um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gem 5 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG.

Beweis: Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 14. November 2017

(Beilage A);

Vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

2. Genaue Bezeichnung des Auftraggebers

Auftraggeber ist das:

Land Niederösterreich

Vertreten durch das Amt der NÖ Landesregierung

***

***, ***

Ansprechperson: JN

Fax: ***

E-Mail: ***

Beweis: Auszug Ausschreibungsunterlagen, Allgemeine Angebotsbestimmungen (Beilage B);

Vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt.

3. Genaue Bezeichnung der Antragstellerin

Antragstellerin:

Bietergemeinschaft ER

pA federführendes Mitglied:

E m.b.H., FN ***

***, ***

Telefax: ***

E-Mail: ***

bestehend aus:

1. E m.b.H., FN ***

***, ***

2. OR GmbH,

FN ***

***, ***

Beweis: wie bisher;

Auszug aus dem Angebot der Antragstellerin (Erklärungen der

Bietergemeinschaft, Beilage C).

4. Zuständigkeit / Rechtzeitigkeit / Pauschalgebühren

4.1 Zuständigkeit

Der Auftraggeber ist das Land Niederösterreich. Als öffentlicher Auftraggeber unterliegt das Land Niederösterreich den Regelungen des BVergG 2006 und des NÖ Vergabe - Nachprüfungsgesetz. Die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich ergibt sich aus § 4 NÖ Verg-NG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens und zur Erlassung der einst NÖ Verg-NG weiligen Verfügung. Die NÖ Schlichtungsstelle wurde nicht angerufen.

4.2 Rechtzeitigkeit

Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers wurde der Antragstellerin am 14. November 2017 per Telefax übermittelt. Der gegenständliche – am 20. November 2017 eingebrachte – Nachprüfungsantrag sowie der Antrag auf Erlassung einer Einstweilige Verfügung gegen diese Entscheidung sind damit rechtzeitig.

4.3 Pauschalgebühren

Der Auftraggeber führt ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung über

Bauleistungen im Unterschwellenbereich durch. Gegenständlich wird die

Zuschlagsentscheidung angefochten. Die Pauschalgebühr beträgt daher gemäß NÖ Vergabe – Pauschalgebührenverordnung insgesamt EUR 3.750,00 (EUR 2.500,00 für den Nachprüfungsantrag und EUR 1.250,00 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung). Dieser Betrag wurde am 16. November 2017 eingezahlt.

Beweis: wie bisher;

Einzahlungsbelege vom 16. November 2017 (Beilage D).

5. Interesse / Angaben über den drohenden Schaden

5.1 Interesse

Aus der Tatsache, dass sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt hat, ist ihr Interesse am Vertragsabschluss evident. Die ausgeschriebenen Leistungen liegen in der zentralen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin.

Wie im Folgenden dargestellt wird, ist die gegenständlich angefochtene

Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers rechtswidrig. Bei rechtskonformem Vorgehen hätte die Auftraggeberin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls ausscheiden müssen. Die Antragstellerin ist zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen geeignet. Die Antragstellerin ist bereit, an die Stelle der präsumtiven Bestbieterin zu treten, um Geschäftspartnerin des Auftraggebers zu werden. Darin liegt jedenfalls ein hinreichend begründetes Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss.

Beweis: wie bisher;

Herr FRe als Zeuge pA Antragstellerin

5.2 Drohender Schaden

Die Antragstellerin erleidet durch die Entscheidung des Auftraggebers einen Schaden durch die Nichtabdeckung des projektgegenständlichen Deckungsbeitrags samt entgangenem Gewinn. Schon angefallen sind Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung sowie die für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühren. Schließlich entgeht der Antragstellerin durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung die Chance auf die Erlangung eines Referenzprojekts für künftige Vergabeverfahren.

Der drohende Schaden ist nur durch die Aufhebung der rechtswidrigen

Auftraggeberentscheidung abzuwenden.

Beweis: Herr FRe als Zeuge pA Antragstellerin;

Eidesstättige Erklärung vom 20. November 2017 (Beilage ./E)

wie bisher.

6. Bezeichnung der Rechte, in denen sich die Antragstellerin als

verletzt erachtet

Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Auftraggeberentscheidung in folgenden Rechten verletzt:

? im Recht auf Ausscheiden von Angeboten von Bietern, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen

? im Recht auf Ausscheiden von Angeboten von Bietern, die die festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllen

? im Recht auf Durchführung einer ausschreibungs- und vergaberechtskonformen Angebotsprüfung insbesondere
O im Recht auf Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung;

? im Recht auf Einhaltung der von der Auftraggeberin getroffenen Festlegungen

? im Recht auf Zuschlagserteilung

? im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gem den Grundsätzen des Vergaberechts, insb auf Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauteren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter und die Verpflichtung zur Vergabe an geeignete Bieter zu angemessenen Preisen

? im Recht auf Widerruf bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen.

Die angefochtene Entscheidung ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens von

wesentlichem Einfluss, weil bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden und die

Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin getroffen hätte werden müssen.

7. Sachverhalt

7.1 Abriss des bisherigen Vergabeverfahrens

7.1.1 Vergabe in mehreren Ausschreibungen

Der Auftraggeber führt gleichzeitig acht Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der Leistung von „Bodenmarkierungsarbeiten auf Landstraßen B und L für das Jahr 2018 mit der Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils weitere 2 Jahre“ durch. Vergebende Stelle ist die jeweils für den jeweiligen Bezirk zuständige Straßenbauabteilung:

NÖ Straßenbauabteilung

Leistungsort

Bekanntmachung

Angebotsabgabe

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

Nicht bekannt

25. Juli 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

3. Juli 2017

1. August 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

30. Juni 2017

25. Juli 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

3. Juli 2017

25. Juli 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

6. Juli 2017

1. August 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

10. Juli 2017

1. August 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

5. Juli 2017

1. August 2017

NÖ Straßenbauabteilung ***

***

3. Juli 2017

25. Juli 2017

Die einzelnen Straßenbauabteilungen des Landes NÖ sind der Gruppe „Straße“

organisatorisch zugeordnet. Aus dem Voranschlag des Landes Niederösterreich für das Jahr 2018 ergibt sich, dass für alle Straßenbauabteilungen ein gemeinsames Budget besteht.

Jedes Ausschreibungsverfahren wird im Unterschwellenbereich durchgeführt. Eine EU-weite Bekanntmachung ist nicht erfolgt.

Beweis: Bekanntmachungen der einzelnen Ausschreibungen (Beilage ./F)

Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Verfahren „***“, sowie im

gleichzeitig geführten Ausschreibungsverfahren des Auftraggebers, vertreten durch die Straßenbauabteilung ***, für den Bezirk *** und im ebenfalls gleichzeitig geführten Ausschreibungsverfahren des Auftraggebers, vertreten durch die Straßenbauabteilung ***, für den Bezirk ***, vor Ablauf der Angebotsfristen ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Die präsumtive Bestbieterin hat sich an allen acht Vergabeverfahren beteiligt und ist in sechs Verfahren an erster Stelle gereiht.

Die Angebotsöffnung im gegenständlichen Verfahren hat am 25. Juli 2017 stattgefunden. In der Angebotsöffnung der gegenständlichen Ausschreibung sowie in den Angebotsöffnungen der Ausschreibungen der Straßenbauabteilung *** (***) und der Straßenbauabteilung *** (***) wurde neben dem jeweiligen Gesamtpreis verlesen, ob ein Bieter das qualitative Zuschlagskriterium der Erhöhung des Rückstrahlwerts angeboten hat. In allen drei Verfahren wurde von allen Bietern diese Maßnahme zur Erhöhung der Qualität angeboten.

Das Ergebnis der Angebotsöffnung im gegenständlichen Vergabeverfahren stellt sich wie folgt dar:

Bieter

Preis

Erhöhung der Qualität

Präsumtiver Bestbieter

EUR ***

Ja

Antragstellerin

EUR ***

Ja

Bieter 3

EUR ***

Ja

Bieter 4

EUR ***

Ja

Das Angebot der Antragstellerin ist somit an zweiter Stelle gereiht.

Beweis: wie bisher, vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt

Mit Fax vorn 14. November 2017 wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers im gegenständlichen Verfahren übermittelt und mitgeteilt, dass beabsichtigt ist,

„den Zuschlag für die Arbeiten im o.a. Bauvorhaben aufgrund der in den

Ausschreibungsunterlagen genannten Zuschlagskriterien und der daraus erfolgten Reihung an die FirmaP GmbH, *** als Bestbieter zu erteilen."

Da der Preis mit 95% gewichtet ist, und ihr Angebot gegenüber dem

Bestbieterangebot eine größere Preisdifferenz als 5,1% aufweist, wurde die oben angeführte Firma als Bestbieter ermittelt.

Auf Grund der höheren Preisdifferenz von mehr als 5,1 % haben die weiteren Zuschlagskriterien für die Berechnung der Reihung keine weitere Auswirkung. Die Vergabesumme beträgt EUR ***.

Die Stillhaltefrist endet am 24.11.2017."

Mit Fax vom selben Tag wurde der Antragstellerin seitens des Auftraggebers auch die Zuschlagsentscheidung im Verfahren des Auftraggebers, vertreten durch die

Straßenbauabteilung *** (***), übermittelt. An dieser Stelle wird darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin mit heutigen Tag auch in diesem Verfahren einen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim LVwG NÖ eingebracht hat.

Beweis: wie bisher, insbesondere Zuschlagsentscheidung vom 14. November

2017 betreffend das gegenständliche Verfahren (Beilage ./A) und

Zuschlagsentscheidung vom 14. November 2017 betreffend den Bezirk

*** (Beilage ./G).

7.2 Wesentliche Ausschreibungsbestimmungen

7.2.1 Festlegung des Bestbieterprinzips

Der Zuschlag erfolgt in sämtlichen Verfahren – so auch im gegenständlichen Verfahren – auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot, also nach dem Bestbieterprinzip[1]. In Punkt 2.6 der spezifischen Angebotsbestimmungen für die

1 Vgl Punkt 1.3 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen.

Ausführung von Bodenmarkierungsarbeiten werden folgende Zuschlagskriterien und deren Gewichtung festgelegt:

2.6 ZUSCHLAGSKRITERIEN

[Abweichend vom Original – Bild nicht wiedergegeben]

„…

…“

Beweis: Auszug aus den Ausschreibungsunterlagen der einzelnen

Straßenbauabteilungen (Beilage ./H)

7.3 Anforderungen an die finanzielle / wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Die Anforderungen an die finanzielle / wirtschaftliche Leistungsfähigkeit werden in der gegenständlichen Ausschreibung in Punkt 2.4.4 ua wie folgt festgelegt.

[Abweichend vom Original – Bild nicht wiedergegeben]

„…

…“

Beweis: Auszug aus den Ausschreibungsunterlagen der einzelnen

Straßenbauabteilungen (Beilage ./H)

7.4 Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit

Die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit werden in der gegenständlichen Ausschreibung in Punkt 2.4.5 ua wie folgt festgelegt.

[Abweichend vom Original – Bild nicht wiedergegeben]

„…

…“

8. Gründe, auf die sich die Rechtswidrigkeit stützt

8.1 Mangelnde vertiefte Preisprüfung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

Gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG sind Angebote auszuscheiden, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (Zeugenbelehrung spekulative Preisgestaltung) aufweisen.

Das Angebot der Antragstellerin beträgt netto EUR ***. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beträgt netto EUR *** und liegt somit 25,51 % (!) unter dem Angebot der Antragstellerin. Die Abweichung zum preislich letztgereihten vierten Bieter liegt sogar bei 94,63 % (!).

Unter Bezugnahme auf Meinungen aus der Literatur1 verlangt die höchstgerichtliche

Rechtsprechung des VwGH2, dass der Auftraggeber die Plausibilität der Angebotspreise durch einen Vergleich untereinander zu überprüfen hat. So der VwGH wörtlich:

„Ob ein derart ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich aus demVergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. "

Dabei werden folgende Fälle unterschieden:

? geringfügige Abweichungen bis etwa 5 %;

? tolerierbare Abweichungen bis etwa 15 %;

? grobe Abweichungen ab etwa 15 %.

1 Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 5125 Rz 28.

2 Vgl Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 5125 Rz 28.

Gegenständlich liegt schon im Vergleich zur zweitgereihten Antragstellerin einegrobe Abweichung von 25,51 % des Gesamtpreises der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vor. Aufgrund dieser Preisdifferenzen wäre die Auftraggeberin daher schon gem § 125 Abs 3 Z 1 BVergG verpflichtet gewesen, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

Der Antragstellerin muss davon ausgehen, dass eine vertiefte Angebotsprüfung nicht

durchgeführt wurde. Die Antragstellerin, die an zweiter Stelle gereiht ist, wurde nie zur Preisaufklärung aufgefordert, was darauf schließen lässt, dass auch die präsumtive Bestbieterin zu keinem Zeitpunkt zur Aufklärung ihrer Preise aufgefordert worden ist und somit auch keine vertiefte Preisprüfung stattgefunden hat.

Gem § 125 Abs 4 BVergG ist bei einer vertieften Angebotsprüfung ua zu prüfen, ob

im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-,

Material-, Geräte-, Fremdleistungs – und Kapitalkosten enthalten sind und ob

die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese

insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten

Kollektivverträge, nachvollziehbar sind;

Die vertiefte Angebotsprüfung hat so detailliert und umfangreich zu sein, dass eine

ausreichend begründete Schlussfolgerung, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann, möglich ist. Der Auftraggeber hat 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. Es ist nicht nur die Plausibilität des Gesamtpreises auf seine betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit und

Nachvollziehbarkeit zu überprüfen, sondern auch die einzelnen Positionen.[1]

Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Zuschlagsentscheidung schon dann für nichtig zu erklären, wenn ein Auftraggeber das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht vertieft prüft, obwohl er dazu verpflichtet gewesen wäre.[2] Der Auftraggeber hat mit der Preisprüfung sachkundige Personen zu betrauen. Sofern der Auftraggeber über entsprechend sachkundiges Personal nicht verfügt, hat er mit der Preisprüfung einen entsprechend sachkundigen externen Prüfer zu beauftragen.[3]

Die Zuschlagsentscheidung ist daher schon aufgrund der nicht erfolgten vertieften

Angebotsprüfung für nichtig zu erklären.

Beweis: wie bisher; insbesondere vom Auftraggeber vorzulegender Vergabeakt

8.2 Nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

Aufgrund der dargestellten Preisdifferenzen ist darüber hinaus von einem nicht angemessenen Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszugehen.

1 LVwG NÖ 26.01.2016, LVwG-AV-1295l002-2015.

2 VwGH 2007/04/0102, 2011/04/0011, BVA 19.12.2011, N/0109-BVA/08/2011-51.

3 Vgl zB BVA15. 3. 2012, N/OO16-BVA/09/2012-42.

Ein derart niedriger Gesamtpreis kann nach Ansicht der Antragstellerin nicht betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sein.

Bei einem derart niedrigen Gesamtpreis muss die Antragstellerin davon ausgehen, dass die präsumtive Bestbieterin ihrer Kalkulation

? den falschen Kollektivvertrag zu Grunde gelegt hat, und / oder

? die kollektivvertraglichen Mindestlöhne nicht eingehalten hat, und / oder

? die direkten Lohnnebenkosten, die der Höhe nach gesetzlich vorgegeben sind, die jeder Unternehmer seiner Kalkulation zu Grunde zu legen hat und damit dem Bieter in seiner Kalkulation keinen Spielraum lassen, falsch

kalkuliert wurden: Die direkten Lohnnebenkosten (bestehend aus Arbeitslosenversicherung, Zuschlag Insolvenzentgeltsicherung, Pensionsversicherung, Krankenversicherung, Unfallversicherung, Familienlastenausgleichsfonds, Wohnbauförderungsbeitrag und

Schlechtwetterentschädigungsbeitrag) sind jene Kosten, die gesetzlich vorgegeben sind und als Prozentsatz – ohne Spielraum – direkt auf den laufenden Lohn aufzuschlagen sind. Dieser Prozentsatz liegt ab 1.5.2017 bei Unternehmen, die dem Schlechtwetterentschädigungsgesetz nicht unterliegen, bei 25,58 % und bei Unternehmen, die dem Schlechtwetterentschädigungsgesetz unterliegen, bei genau 26,28 %. Dh jedes Angebot, das im K3-Blatt diese gesetzlich vorgegebenen direkten

Lohnnebenkosten nicht berücksichtigt, ist falsch kalkuliert und verletzt auch die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen und ist daher jedenfalls auszuscheiden; und/oder

? bei den umgelegten Lohnnebenkosten unplausible und betriebswirtschaftlich nicht erklärbare Ansätze vorgenommen hat und / oder

? erhöhte Aufwandswerte aufgrund der angebotenen Erhöhung der Rückstrahlwerte in der Kalkulation nicht berücksichtigt hat: wie oben ausgeführt, wurde bei der Angebotsöffnung auch beim Angebot der präsumtiven Bestbieterin verlesen, dass diese die Erhöhung des Rückstrahlwerts (qualitatives Zuschlagskriterium) anbietet. Die Erhöhung des Rückstrahlwertes hat jedenfalls Einfluss auf die Kalkulation. Um auf einen Rückstrahlwert von 250 mcd/m^{2}lx zu kommen, müssen entsprechend mehr „Perlen" aufgetragen werden. Das bedeutet gleichzeitig, dass langsamer mit dem auftragenden Fahrzeug gefahren werden muss, also entsprechend länger Zeit benötigt wird. Bei einem derart niedrigen Gesamtpreis können diese erhöhten Aufwandswerte nicht berücksichtigt sein und liegt somit der Verdacht nahe, dass die präsumtive Bestbieterin die angebotene Erhöhung der Rückstrahlwerts nicht kalkuliert oder nicht ausreichend kalkuliert hat.

Hätte der Auftraggeber seiner Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung entsprochen, hätte er festgestellt, dass der angebotene Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betriebswirtschaftlich nicht erklärbar und nicht nachvollziehbar ist. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher aufgrund ihrer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuscheiden gewesen. Die Zuschlagsentscheidung ist somit auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Schließlich liegt auch im Hinblick darauf, dass die präsumtive Bestbieterin über die – im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit – geforderte Bodenmarkierungsmaschine für Wasserfarbe nicht verfügt (vgl dazu Punkt 8.4 unten), der Verdacht nahe, dass die geforderte Wasserfarbe, deren Einsatz gegenständlich bei ca 15% liegt, von der präsumtiven Bestbieterin nicht kalkuliert wurde.

Auch das hätte der Auftraggeber – wenn er seiner Verpflichtung zur Angebotsprüfung entsprochen hätte – feststellen müssen und können. Das Angebot der präsumtiven Bestbieterin ist daher gem § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuscheiden.

Beweis: wie bisher; Information der Wirtschaftskammer Österreich, Geschäftsstelle Bau (Beilage ./l).

8.3 Mangelnde Befugnis der präsumtiven Bestbieterin

In Punkt 2.4.6 der Ausschreibungsunterlagen wird Folgendes festgelegt:

2.4.6 Nachweis über die Erlaubnis zur Sammlung von Abfällen

Die erforderliche Erlaubnis zur Sammlung von Abfällen gem. § 24a AWG (Abfallwirtschaftsgesetz 2002) hat für alle Abfallarten, die gem. Leistungsverzeichnis wegzuschaffen sind, vorzuliegen und ist entweder

durch Vorlage eines Bescheides gem. § 24a AWG oder durch Vorlage eines Auszugs aus dem Elektronischen Datenmanagement-Umwelt (EDM-Portal) über den Berechtigungsumfang nachzuweisen. Soweit der Bieter für jene Abfallarten, die gem. Leistungsverzeichnis wegzuschaffen sind, selbst kein

berechtigter Abfallsammler ist, hat er einen Subunternehmer mit der entsprechenden Erlaubnis namhaft zu machen. Diese sind unter Pkt. 2.5.1 Erforderliche Subunternehmer anzuführen.

Da in der Angebotsöffnung nicht verlesen wurde, dass die präsumtive Bestbieterin

Subunternehmer in ihrem Angebot benannt hat, muss die präsumtive Bestbieterin selbst über alle erforderlichen Befugnisse verfügen. Eine Nachnennung eines notwendigen Subunternehmers ist nach der Judikatur nicht zulässig.1

Nach Einsicht in das EDM-Portal verfügt die präsumtive Bestbieterin über keine Befugnis zur Abfallsammlung und ist ihr Angebot daher auch mangels Befugnis auszuscheiden.

Beweis: wie bisher

8.4 Mangelnde technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Bestbieterin

Punkt 2.4.5 der Ausschreibungsbestimmungen legt zum Nachweis der technischen

Leistungsfähigkeit ua Folgendes fest:

1 zB BVA 10.9.2012, N/OO71-BVA/04/2012-32.

„Nachweis über die Verfügbarkeit über folgende Spezialgeräte für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung:

? 1 Fräse zur Entfernung von Markierungen

? 1 Bodenmarkierungsmaschine für Farbe

? 1 Bodenmarkierungsmaschine für Mehrkomponenten (Kaltspritzplastiken und Kaltplastiken) und Spezialmarkierungen

? 1 Bodenmarkierungsmaschine für Wasserfarbe“

Gem § 69 BVergG muss beim offenen Verfahren die Eignung zum Zeitpunkt der

Angebotsöffnung vorliegen. Ein Bieter muss daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die festgelegten Spezialgeräte verfügen und es ist nicht ausreichend, dass dieser zu einem späteren Zeitpunkt (zB Leistungsbeginn) darüber verfügen wird.

Entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung muss daher die präsumtive

Bestbieterin über eine Bodenmarkierungsmaschine für Wasserfarbe zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung verfügen.

Aufgrund ihrer Marktkenntnis ist der Antragstellerin jedoch bekannt, dass die präsumtive Bestbieterin überkeine Bodenmarkierungsmaschine für Wasserfarbe zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe verfügt hat.

Offensichtlich hat der Auftraggeber die Angaben der präsumtiven Bestbieterin zur Erfüllung der Eignung nicht überprüft. Hätte der Auftraggeber seiner Pflicht zur Angebotsprüfung – die jedenfalls auch die Überprüfung von Bieterangaben zur Erfüllung der Eignungsanforderungen erfasst – entsprochen und einen entsprechenden Nachweis verlangt, hätte der Auftraggeber festgestellt, dass die präsumtive Bestbieterin die Eignungsanforderung nicht erfüllt.

Da – wie oben ausgeführt – in der Angebotsöffnung nicht verlesen wurde, dass die präsumtive Bestbieterin Subunternehmer in ihrem Angebot benannt hat, muss die präsumtive Bestbieterin selbst über die erforderliche Eignung verfügen. Eine Nachnennung eines notwendigen Subunternehmers ist nach der Judikatur nicht zulässig.1

Der Auftraggeber hätte die präsumtive Bestbieterin daher auch mangels technischer

Leistungsfähigkeit ausscheiden müssen und die Zuschlagsentscheidung ist daher auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Beweis: wie bisher; Herr FR als Zeuge pA Antragstellerin

8.5 Verpflichtung zum Widerruf aufgrund mangelnder EU-weiter Bekanntmachung

Im Übrigen besteht ein zwingender Widerrufsgrund, nicht nur der gegenständlichen, sondern aller Ausschreibungen.

Gem § 13 Abs 1 BVergG sind bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts

1 ZB BVA 10.9.2012, N/OO71—BVA/O4/2012-32

„alle zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaigen Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.“

§ 14 BVergG bestimmt Folgendes:

„Besteht ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzte Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.“

§ 22 Abs 3 bestimmt weiters:

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreic, http://www.lvwg.noe.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at