jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Erkenntnis 2020/7/25 LVwG-VG-6/001-2020

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 25.07.2020

Entscheidungsdatum

25.07.2020

Norm

BVergG 2018 §78
BVergG 2018 §79
BVergG 2018 §141
LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §16

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch seinen Vergabesenat 3 unter dem Vorsitz von HR Dr. Schwarzmann sowie HR Dr. Becksteiner (Berichter) und HR Mag. Dr. Wessely, LL.M. (weiterer Berufsrichter) und den fachkundigen Laienrichtern Mag. Dr. Monika Stief-Kótrnec und Mag. Alexander Schrötter im Vergabeverfahren „Diverse ziviltechnische Leistungen für den Bildungscampus *** in der Marktgemeinde ***“ (öffentlicher Auftraggeber: Marktgemeinde ***, vertreten durch die A Rechtsanwälte OG in ***, ***) über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. B GmbH, 2. C GmbH und 3. D GmbH, vertreten durch E Rechtsanwälte GmbH & Co KG in ***, ***, u.a. auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10.06.2020 betreffend das Angebot der genannten Bietergemeinschaft, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu Recht:

1. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10.06.2020 wird abgewiesen.
2. Die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§ 28 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG

§§ 1, 4 und 16 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz – NÖ VNG

§ 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die antragstellende Bietergemeinschaft (im nachfolgenden: Antragstellerin) hat durch ihre ausgewiesene Rechtsvertreterin mit Schriftsatz vom 22.06.2020, eingelangt beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich am 22.06.2020, nachfolgenden Nachprüfungsantrag eingebracht:

„ANTRAG AUF NICHTIGERKLÄRUNG

DER AUSSCHEIDENSENTSCHEIDUNG

In umseits bezeichneter Rechtssache gibt die Antragstellerin bekannt, dass sie der E Rechtsanwälte GmbH & Co KG, ***, ***, Vollmacht erteilt hat. Die Antragstellerin ersucht, die Zustellungen in diesem Verfahren an die E Rechtsanwälte GmbH & Co KG (zH RA F) vorzunehmen.

ANTRAG AUF NICHTIGERKLÄRUNG DER AUSSCHEIDENSENTSCHEIDUNG

1. SACHVERHALT

1.1 Mit EU-weiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom ***, zur Zahl ***, hat die Marktgemeinde *** (idF "Auftraggeberin") ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend die Erbringung diverser ziviltechnischer Leistungen für den Bildungscampus *** in der Marktgemeinde *** eingeleitet. Der Zuschlag soll dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Das Vergabeverfahren wird von der A Rechtsanwälte OG als vergebende Stelle (in den Ausschreibungsunterlagen "ausschreibende Stelle" genannt) für die Auftraggeberin durchgeführt.

1.2 Der Gegenstand der Ausschreibung umfasst insbesondere die folgenden Leistungen:

? Architekturplanung/Architektenleistungen,

? Tragwerksplanung,

? technische Gebäudeausrüstung,

? Bauphysik-, Akustik-, Brandschutz-, Infrastruktur-, Verkehrswegeplanung,

? Frei-, Bewässerungs-, Entwässerungs- und Versickerungsanlagen,

? Unterstützung der Projektleitung sowie

? Planungskoordinator und Baustellenkoordinator nach BauKG.

1.3 Das Vergabeverfahren wird im Wesentlichen durch das Dokument "Angebotsunterlagen" geregelt, welches sich uA aus den Ausschreibungsbedingungen, den Allgemeinen Vertragsbedingungen, dem Leistungsverzeichnis (mit Verweis auf die verfahrensrelevanten Plandokumente), den Formblättern und dem zu unterfertigenden Angebot zusammensetzt (die Gesamtheit der Dokumente wird idF "Ausschreibungsunterlagen" genannt).

1.4 Die Angebotsfrist endete am 6.4.2020 um 10:00 Uhr. Die Öffnung der Angebote sollte laut Ausschreibungsbedingungen um 10:30 Uhr desselben Tages, sohin unmittelbar nach Ende der Angebotsfrist erfolgen (laut Angebotsöffnungsprotokoll erfolgte die Öffnung erst um 11:42 Uhr). Laut Angebotsöffnungsprotokoll haben insgesamt sieben Bieter (darunter die Antragstellerin) ein Angebot abgegeben.

1.5 Die antragstellende Bietergemeinschaft, bestehend aus der B GmbH (idF "B"), der C GmbH (idF "C") und der D GmbH (idF "D"), hat fristgerecht ein Angebot mit einem Gesamtpreis von EUR *** (exkl. USt) über die Vergabeplattform der Auftraggeberin abgegeben. Laut Angebotsöffnungsprotokoll hat die Antragstellerin den niedrigsten Preis aller Bieter angeboten.

1.6 Mit Aufklärungsersuchen vom 28.4.2020 wurde die Antragstellerin von der vergebenden Stelle aufgefordert, ihrer Kalkulationsgrundlagen in einzelnen Preispositionen zu erläutern, diverse Nachweise zu den Formblättern vorzulegen und Angaben in vereinzelten Formblättern zu erläutern. Mit Schreiben vom 5.5.2020 übermittelte die Antragstellerin innerhalb offener Frist die gewünschten Unterlagen und Angaben an die vergebende Stelle.

1.7 Mit einem zweitem Aufklärungsersuchen vom 7.5.2020 ersuchte die vergebende Stelle um Vorlage des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2018 für die BIEGE-Mitglieder C und D. Mit Schreiben vom 10.5.2020 übermittelte die Antragstellerin innerhalb offener Frist die gewünschten Unterlagen an die Auftraggeberin.

1.8 Mit Schreiben vom 10.6.2020 übermittelte die vergebende Stelle der Antragstellerin die gegenständlich angefochtene Ausscheidensentscheidung (idF "Ausscheidensentscheidung") – welche auch einen (vermeintlichen) Ausschlussgrund umfasste – und begründete das Ausscheiden wie folgt:

? Beitrags- bzw Steuerrückstände: C bzw B wiesen laut letztgültiger Kontobestätigung bzw Unbedenklichkeitsbescheinigung des jeweiligen Sozialversicherungsträgers per 16.3.2020 bzw 17.3.2020 einen fälligen Beitragsrückstand von EUR *** bzw EUR *** auf. Weiters gehe aus dem Steuerkontoauszug von B hervor, dass per

16.3.2020 ein fälliger Steuerrückstand in der Höhe von EUR *** besteht.

Die Antragstellerin sei daher gemäß § 78 Abs 1 Z 6 lit b BVergG vom Vergabeverfahren auszuschließen.

? Spekulative Preisgestaltung: Die LV-Position 5.2.1 macht im Angebot der Antragstellerin ca 44 % des Gesamtpreises aus, in den Angeboten der anderen Bieter ca 55 bis 68 %. Das Angebot der Antragstellerin sei in diesem Punkt daher spekulativ niedrig. Die LV-Position 5.2.2. macht im Angebot der Antragstellerin ca 20 % des Gesamtpreises aus, in den Angeboten der anderen Bieter sind es ca 6 bis 13 %. Das Angebot der Antragstellerin sei in diesem Punkt daher spekulativ hoch. Die LV-Position 5.2.5. macht im Angebot der Antragstellerin ca 1 % vom Gesamtpreis aus, in den Angeboten der anderen Bieter sind es ca 3 bis 7 %. Das Angebot sei in diesem Punkt daher spekulativ niedrig. Die LV-Position 5.2.7. macht im Angebot der Antragstellerin ca 9 % des Gesamtpreises aus, in den Angeboten der anderen Bieter sind es ca 2 bis 5 %. Das Angebot der Antragstellerin sei in diesem Punkt daher spekulativ hoch. Die LV-Position 5.2.8. macht im Angebot der Antragstellerin ca 1 % des Gesamtpreises aus, in den Angeboten der anderen Bieter ca 2 bis 4 %. Das Angebot der Antragstellerin sei in diesem Punkt daher spekulativ niedrig.

Aufgrund einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises sei daher das Angebot der Antragstellerin gemäß § 141 Abs 1 Z 2, Z 3 und Z 7 BVergG vom Vergabeverfahren auszuscheiden (die mangelnde Eignung meint die Auftraggeberin wohl infolge der Rückstände zu erkennen; inwiefern das Angebot sonst der Ausschreibung iSd § 141 Abs 1 Z 7 BVergG widerspricht, ist nicht nachvollziehbar – offenbar bezieht sich die Auftraggeberin hier auf die Kalkulation).

? Im Übrigen weist die vergebende Stelle darauf hin, dass die Antragstellerin selbst bei einem Nichtausscheiden aufgrund der Bewertung mit 94 Punkten in den Zuschlagskriterien 1 bis 3 nicht für den Zuschlag in Aussicht genommen werden würde. Der in Aussicht genommene Bieter habe eine Punktezahl von 99,63 erreicht. Begründet wird dies damit, dass im Zuschlagskriterium 2 für die Schlüsselperson im Leistungsbild Projektleitung bei der Antragstellerin keine vier Punkte vergeben werden konnten, weil die Schlüsselperson im Referenzprojekt lediglich als Projektleiter-Stellvertreter tätig wurde.

Im Zuschlagskriterium 2 konnten weiters laut Auftraggeberin keine zwei Punkte für den Nachweis einer einschlägigen Ausbildung der Schlüsselperson im Bereich HKLS&MSR vergeben werden. Die namhaft gemachte Schlüsselperson verfüge lediglich über einen HTL-Abschluss für Elektrotechnik mit Ausbildungszweig Computer- und Leittechnik, was nicht als einschlägige Ausbildung anzusehen sei.

1.9 Mit Schreiben vom 15.6.2020 gab die vergebende Stelle auf Aufforderung durch die Antragstellerin hin bekannt, dass der Gesamtpreis des in Aussicht genommenen Bieters EUR *** betragen würde und dieser in den Zuschlagskriterien 1 bis 3 gesamt 99,63 Punkte erhalten hätte (auf Basis des Öffnungsprotokolls geht die Antragstellerin davon aus, dass es sich bei diesem Bieter um die G gmbh handelt).

1.10 Mit Schreiben vom 18.6.2020 forderte die rechtsfreundliche Vertretung der Antragstellerin die vergebende Stelle zur Rücknahme ihrer Ausscheidensentscheidung auf und begründete dies zusammenfassend wie folgt:

? Die Rückstände von C und B sind als geringfügige Rückstände iSd § 78 Abs 4 Z 2 BVergG anzusehen und ein Ausschluss auf deren Basis wäre sohin rechtswidrig. Des Weiteren sind diese geringfügigen Rückstände auch bereits beglichen und überhaupt resultierten die Rückstände allein aus dem Stichtag der Auszüge und dem Fälligkeitsdatum um den 15. des jeweiligen Monats (also im Wesentlichen aus Vorschreibungs- und Buchungsüberschneidungen) bzw hinsichtlich B aus einer falschen Verbuchung beim Finanzamt.

Entgegen der klaren Rechtsprechung des VwGH und der Vergabekontrollbehörden wurde der Antragstellerin der mögliche Ausschlussgrund nicht kontradiktorisch mit einer Möglichkeit zur Stellungnahme vorgehalten. Die Angebotsprüfung war deshalb unvollständig und schon aus diesem Grund rechtswidrig und der Ausschlussgrund liegt auch inhaltlich nicht vor.

? Die Auftraggeberin hat es hinsichtlich der nicht plausiblen Preiszusammensetzung auch verabsäumt, festzustellen, warum die Preise der Antragstellerin nicht angemessen iSd § 137 BVergG sind. Gemäß der Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden ist ein bloßer Relativvergleich zwischen den Angeboten von Bietern kein tauglicher Nachweis für das Vorliegen einer spekulativen Preisgestaltung. Die Preise der Antragstellerin sind vielmehr betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Der Vorwurf der spekulativen Preisgestaltung ist aber schon deshalb nicht

nachvollziehbar, weil der Gesamtpreis der Antragstellerin lediglich 0,4 % unter jenem des vermeintlichen Bestbieters liegt und das anzubietende Honorar einen Pauschalpreis ohne Risiko von Preisänderungen für die Auftraggeberin darstellt.

? Im Übrigen weist die rechtsfreundliche Vertretung der Antragstellerin darauf hin, dass die Ausschreibungsbedingungen für die Vergabe der vollen vier Punkte im Zuschlagskriterium 2 beim Subkriterium "Leistungsbild Projektleiter" lediglich eine Tätigkeit in führender Position bei einem Referenzprojekt verlangen. Da die Schlüsselperson der Antragstellerin im Referenzprojekt als Projektleiter-Stellvertreter in führender Position zum Einsatz kam, ist diese Voraussetzung jedenfalls erfüllt.

Auch verfügt die Schlüsselperson der Antragstellerin für HKLS&MSR über eine facheinschlägige Ausbildung für den Bereich HKLS&MSR. Der HTBLA-Abschluss für Elektrotechnik mit Schwerpunkt in Computer- und Leittechnik ist offenkundig facheinschlägig, weil MSR ein Teilgebiet der Leittechnik darstellt und eine fundierte Ausbildung in Elektrotechnik auch facheinschlägige Kenntnisse für den HKLS-Bereich umfassen.

Bei einer korrekten Bewertung wäre das Angebot der Antragstellerin sohin mit 100 Punkten zu bewerten und auf den ersten Rang zu reihen.

1.11 Mit Schreiben vom 19.6.2020 antwortete die vergebende Stelle auf das Schreiben der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragstellerin und gab bekannt, dass sie die Ausscheidensentscheidung nicht zurücknehmen werde. Gleichzeitig wurde aber zugestanden, dass die namhaft gemachte Schlüsselperson Projektleitung in führender Position iSd Ausschreibungsunterlagen im Referenzprojekt tätig war und dementsprechend mit vier Punkten zu bewerten gewesen wäre. Die facheinschlägige Ausbildung der Schlüsselperson für den Bereich HKLS&MSR wird jedoch nicht zugestanden.

1.12 Nachdem der Antragstellerin keine Zuschlagsentscheidung zugestellt wurde, geht diese davon aus, dass zum jetzigen Zeitpunkt noch keine Zuschlagsentscheidung ergangen ist. Da die Antragstellerin – mangels rechtskräftiger Ausscheidensentscheidung – nach wie vor als im Vergabeverfahren verbliebener Bieter anzusehen ist (vgl § 143 Abs 1 BVergG), wäre eine Zuschlagserteilung ohne vorherige Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin bis zu deren rechtskräftigen Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren gemäß § 144 Abs 1 BVergG jedenfalls nichtig.

Beweis: Vergabeakt (von der Auftraggeberin vorzulegen);

Bekanntmachung (Beilage ./1);

Ausscheidensentscheidung vom 10.6.2020 (Beilage ./2);

Schreiben der vergebenden Stelle vom 15.6.2020 (Beilage ./3);

Schreiben der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragstellerin vom 18.6.2020 ohne Beilagen (Beilage ./4);

Schreiben der vergebenden Stelle vom 19.6.2020 (Beilage ./5);

2. INTERESSE AM VERTRAGSSCHLUSS

2.1 Die Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft sind allesamt renommierte Teilnehmer am Markt für Ziviltechniker- und Ingenieurleistungen. Der Leistungsgegenstand der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung betrifft somit das "Kern-Geschäftsfeld" der Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft (wie sich auch aus den zahlreichen im Vergabeverfahren vorgelegten Referenzen der Mitglieder der Bietergemeinschaft ergibt).

2.2 Das Interesse der Antragstellerin am Erhalt des gegenständlichen Auftrages zeigt sich bereits durch die Beteiligung an der gegenständlichen Ausschreibung, insbesondere durch Abgabe eines Angebotes. Daraus ergibt sich unzweifelhaft das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss; dieses Interesse ist zudem durch die Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages evident (Möslinger-Gehmayr, Entscheidungsanmerkung, ZVB 2003/113, 339).

Beweis: PV H (pA Antragstellerin);

3. ANGABEN ÜBER DEN DROHENDEN SCHADEN

3.1 Würde dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10.6.2020 nicht stattgegeben werden, so entginge der Antragstellerin insbesondere die Möglichkeit, in einem rechtskonform durchgeführten Vergabeverfahren den Zuschlag zu erhalten. Der Antragstellerin als eigentlicher Bestbieterin würde somit

insbesondere der aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierende Gewinn in Höhe von jedenfalls EUR *** entgehen. Der Antragstellerin droht zudem ein Schaden aus den (im Falle einer mangelnden Nichtigerklärung frustrierten) Kosten der Teilnahme an gegenständlichem Vergabeverfahren (insbesondere die Legung des Angebots) in Höhe von über EUR ***. Hinzu kommen die für den gegenständlichen Antrag entrichteten Pauschalgebühren sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung iHv zumindest EUR ***.

3.2 Daneben droht der Antragstellerin durch die rechtswidrige Ausscheidensentscheidung auch der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden erfasst der Begriff des Schadens eben nicht nur bloße Vermögensschäden im Sinne des Zivilrechts, sondern ganz allgemein jene Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeiten, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, liegen (BVA 26.4.2004, 12N-2/04-55).

Beweis: Vergabeakt;

PV (pA Antragstellerin);

4. BEZEICHNUNG DES VERLETZTEN RECHTS / BESCHWERDEPUNKTE / ANGEFOCHTENE ENTSCHEIDUNG

4.1 Die Antragstellerin erachtet sich durch die Ausscheidensentscheidung vom 10.6.2020 generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere

? im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauteren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens,

? im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter,

? im Recht auf Nicht-Diskriminierung,

? im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung,

? im Recht auf transparente und vergaberechtskonforme Angebotsbewertung,

? im Recht darauf, nicht ausgeschieden zu werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht vorliegen,

? im Recht auf vergaberechtskonforme vertiefte Angebotsprüfung sowie

? im Recht auf Zuschlagserteilung

verletzt.

4.2 Es wird daher die gesondert anfechtbare Ausscheidensentscheidung vom 10.6.2020 angefochten.

Beweis: wie bisher;

5. ZUSTÄNDIGKEIT DES GERICHTES UND ZULÄSSIGKEIT BZW RECHTZEITIGKEIT DES NACHPRÜFUNGSANTRAGES

5.1 Zuständigkeit des Landesverwaltungsgericht NÖ

5.1.1 Die Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren ist nach den Ausschreibungsunterlagen die Marktgemeinde ***. Diese ist unstrittig öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 4 Abs 1 Z 1 BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts NÖ zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren gemäß § 1 NÖ Vergabenachprüfungsgesetz iVm Art 14b Abs 2 Z 2 lit a B-VG ist folglich gegeben und das Landesverwaltungsgericht NÖ daher als die im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zuständige Vergabekontrollbehörde zu qualifizieren.

5.1.2 Bei der Entscheidung vom 10.6.2020 handelt es sich gemäß § 2 Z 15 lit a sublit aa BVergG um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß § 11 Abs 1 NÖ Vergabenachprüfungsgesetz sind Anträge auf Nachprüfung gesondert anfechtbarer Entscheidungen spätestens binnen zehn Tagen ab Absendung der Entscheidung bzw erstmaliger Verfügbarkeit einzubringen. Im konkreten Fall hat die Auftraggeberin die angefochtene Entscheidung am 10.6.2020 übermittelt bzw bereitgestellt. Da sohin das Ende der Anfechtungsfrist der gegenständlichen Ausscheidensentscheidung auf einen Samstag fallen würde, endet die Frist iSd Judikatur von EuGH und VwGH erst am darauffolgenden Werktag (so auch § 67 BVergG und § 33 Abs 2 AVG). Der gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung ist somit jedenfalls rechtzeitig.

Beweis: Vergabeakt;

5.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

5.2.1 Aufgrund der Bekanntmachung, der Angaben der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen und des Ergebnisses der Angebotsöffnung geht die Antragstellerin davon aus, dass der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich liegt.

5.2.2 Am 19.6.2020 überwies die Antragstellerin gemäß § 19 Abs 1 NÖ Vergabenachprüfungsgesetz iVm § 1 Abs 1 Z 12 NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung EUR 1.600,00 an Pauschalgebühren an das Landesverwaltungsgericht NÖ.

5.2.3 Die Auftraggeberin wurde über die beabsichtigte Einleitung des Nichtigkeitserklärungsverfahrens im Schreiben der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragstellerin vom 18.6.2020 vorab informiert.

Beweis: Schreiben der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragstellerin vom 18.6.2020 (Beilage ./4);

Überweisungsbestätigung (Beilage ./6);

PV (pA Antragstellerin);

6. ZU DEN RECHTSWIDRIGKEITEN

6.1 Ausschluss infolge Rückständen unberechtigt

Die Auftraggeberin wirft der Antragstellerin in der Ausschluss- bzw Ausscheidensentscheidung vor, dass Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft ihre Verpflichtungen zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben nicht erfüllt hätten und die Auftraggeberin dies in geeigneter Weise nachgewiesen habe (§ 78 Abs 1 Z 6 BVergG). Konkret begründet sie dies mit einem Rückstand von EUR *** bei den Sozialversicherungsbeiträgen für C (per 16.3.2020) und Rückständen von EUR *** hinsichtlich Sozialversicherungsbeiträgen bzw EUR *** hinsichtlich Steuern (per 17.3. respektive 16.3.2020) für B. Der Ausschlussgrund liegt jedoch nicht vor.

6.1.1 Gesetzlicher Ausschlusstatbestand nicht erfüllt / Angebotsprüfung unvollständig

Zum einen ist schon der Ausschlusstatbestand nicht erfüllt. Die Auftraggeberin hat nicht die Nicht-Erfüllung von Verpflichtungen festgestellt, sondern hat allein auf Basis von drei Stichtagsbetrachtungen den – unrichtigen – Schluss gezogen, die zwei genannten Mitglieder würden ihre Verpflichtungen nicht erfüllen. Bei den vorgelegten Auszügen handelt es sich aber weder um eine "nicht mehr anfechtbare Entscheidung eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde" noch um einen von der Auftraggeberin eingeholten Nachweis, da das Abverlangen eines Nachweises vom Unternehmen (Bieter) hier explizit nicht gemeint ist (siehe EBRV 69 XXVI GP zu § 78 BVergG). Statt ihre gesetzliche Nachweisverpflichtung zu erfüllen bzw der Antragstellerin den vermeintlichen Ausschlussgrund wie von der Rechtsprechung gefordert vorzuhalten (vgl VwGH 12.05.2011, 2007/04/0012; BVA 20. 12. 2012, N/0103-BVA/10/2012-34; BVA 2. 5. 2007, N/0024-BVA/15/2007-33), ist die Auftraggeberin stattdessen rechtswidrig direkt mit Ausschluss der Antragstellerin vorgegangen.

Hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin mit diesem vermeintlichen Ausschlussgrund im Rahmen der Angebotsprüfung konfrontiert, wie dies von der Rechtsprechung gefordert wird, hätten diese Rückstände auch sofort aufgeklärt werden können. Da aber eine vorherige Konfrontation der Antragstellerin mit dem vermeintlichen Mangel unterlassen wurde, war die Angebotsprüfung unvollständig und der Ausschluss schon aus diesem Grund rechtswidrig.

Auf diesen Umstand hat die Antragstellerin die Auftraggeberin auch mit Schreiben vom 18.6.2020 hingewiesen und der Auftraggeberin dabei (i) für C einen WEBEKU-Auszug mit Stand 17.6.2020 vorgelegt, woraus die laufende Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge ersichtlich ist, und (ii) für B eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der ÖGK und eine Bescheinigung gemäß § 229a BAO übermittelt. Aus all diesen Unterlagen geht eindeutig hervor, dass die beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft sämtliche Beiträge, Steuern und Abgaben laufend und gesetzeskonform entrichten (zudem hat die Antragstellerin für C bereits mit dem Angebot eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der ÖGK vorgelegt, was die Auftraggeberin aber ignoriert hat; die Auftraggeberin hätte daher auch schon auf Basis der ihr vorliegenden Unterlagen ohne weitere Ermittlungsschritte das Nicht-Vorliegen von Ausschlussgründen feststellen müssen).

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang weiters, dass es hinsichtlich des dritten Mitglieds der Bietergemeinschaft (D) niemals eine Beanstandung seitens der Auftraggeberin gegeben hat. Hinsichtlich dieses "Drittels" der Bietergemeinschaft wird folgerichtig das Vorliegen eines Ausschlussgrundes gar nicht behauptet.

Beweis: Unbedenklichkeitsbescheinigung, WEBEKU-Auszug und § 229a BAO

Bestätigung (Beilagenkonvolut ./7);

Vergabeakt;

PV;

6.1.2 Rückstände nur geringfügig

Selbst wenn im Einzelnen Rückstände hinsichtlich Beiträgen, Steuern und Abgaben bestehen oder bestanden haben, so hat der Auftraggeber gemäß § 78 Abs 4 Z 2 von einem Ausschluss dann Abstand zu nehmen, wenn nur ein geringfügiger Rückstand besteht. Bei dieser Gesetzesbestimmung kommt dem Auftraggeber auch kein Ermessen zu; er darf keinen Ausschluss vornehmen.

Wie vorstehend ausgeführt haben die Rückstände jeweils nur einen niedrigen vierstelligen Betrag aufgewiesen (und dies nur bei zwei von drei Mitgliedern der Bietergemeinschaft). Dabei ist zu berücksichtigen, dass C ein Unternehmen mit rund EUR *** Jahres-Umsatz und einem ausgewiesenen Bilanzgewinn von jährlich rund EUR *** (siehe vorgelegte Jahresabschlüsse) ist. Bei B handelt es sich um ein Unternehmen mit Umsätzen von zuletzt (2018) über EUR *** und einem Bilanzgewinn von rund EUR ***.

Angesichts dieser Größe, Mitarbeiterzahlen und Umsätze der beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft sind die Rückstände als absolut geringfügig einzustufen. Selbst ein Vielfaches der Rückstände würde die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die Zuverlässigkeit dieser beiden Unternehmen nicht einmal im Ansatz gefährden. Der Ausschluss ist also schon aus diesem Grund gesetzwidrig.

Diese ohnehin geringfügigen Rückstände sind weiters auch deshalb unbeachtlich, weil diese durch die Bietergemeinschaft zusätzlich "mediatisiert" werden. Es wäre absolut nicht nachvollziehbar, eine Bietergemeinschaft aus einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn ein Mitglied gar keine Rückstände hat, ein Mitglied nur einen geringfügigen Sozialversicherungsrückstand und ein weiteres Mitglied geringfügige Steuer- bzw Sozialversicherungsrückstände aufweist. Auf die "gesamte Bietergemeinschaft" gesehen sind die Rückstände also noch geringfügiger und "vernachlässigbarer" als in Hinblick auf die einzelnen Mitglieder.

Beweis: Vergabeakt;

PV;

6.1.3 Rückstände beglichen

Die Rückstände resultierten zum einen ohnehin allein aus dem Stichtag der Auszüge und dem Fälligkeitsdatum um den 15. des jeweiligen Monats (dh es lag kein relevanter Rückstand vor, sondern eine bloße Überschneidung von Vorschreibung und Zahlung, wie sie bei jedem Unternehmen vorkommen, außer man kreditiert alle Sozialversicherungsbeiträge und überweist ständig sicherheitshalber mehr oder im Vorhinein). Zum anderen resultieren die angeblichen Rückstände von B nur aus einer falschen Verbuchung des Finanzamts, es lag also nie ein Rückstand vor. Wäre die Auftraggeberin ihrer gesetzlichen Prüfpflicht nachgekommen, hätte sie dies alles unschwer feststellen können. Wie sich aus den mit dem Angebot vorgelegten Auszügen schon ergeben hat, entrichten sämtliche Mitglieder der Bietergemeinschaft sämtliche Beiträge und Steuern regelmäßig und ordnungsgemäß (der im für C vorgelegten WEBEKU-Auszug vom 17.6.2020 ersichtliche Betrag wurde mittlerweile auch bereits abgebucht). Dementsprechend weisen die entsprechenden Konten – wie aus dem Beilagenkonvolut ersichtlich – mittlerweile auch nicht einmal mehr die geringfügigen Rückstände auf, da die entsprechenden Buchungen durchgeführt bzw richtiggestellt wurden. Das bedeutet, dass der Auftraggeber auch gemäß § 78 Abs 4 Z 1 BVergG von einem Ausschluss Abstand zu nehmen hat.

Beweis: Unbedenklichkeitsbescheinigung, WEBEKU-Auszug und § 229a BAO

Bestätigung (Beilagenkonvolut ./7);

Vergabeakt;

PV;

6.1.4 Ausschluss jedenfalls unverhältnismäßig

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich klar, dass lediglich geringfügige Rückstände vorliegen, diese zum Großteil nur aus Überschneidungen zwischen Auszugstichtag und Fälligkeitsdatum resultieren und diese dementsprechend zwischenzeitig auch beglichen wurden. Zudem hat die Auftraggeberin den vermeintlichen

Ausschlussgrund nicht entsprechend den Vorgaben des Gesetzes und der Rechtsprechung nachgewiesen. Schon allein angesichts dieser Umstände ist ein Ausschluss auf Basis der Rückstände im gegenständlichen Fall offensichtlich unverhältnismäßig iSd § 78 Abs 4 Z 3 BVergG. Dies muss umso mehr gelten, als angesichts der infolge COVID19 schwierigen wirtschaftlichen Situation Steuer- und Sozialversicherungsbehörden sogar angewiesen sind, Steuern (noch) nicht festzusetzen, großzügig Stundungen zu gewähren usw (für die Sozialversicherung siehe zB ***). Vor diesem Hintergrund ist ein Ausschluss infolge der äußerst geringfügigen (und ohnehin erklärbaren) Rückstände von zwei Mitgliedern der Bietergemeinschaft unverständlich und klar rechtswidrig.

6.2 Ausschluss infolge vermeintlicher spekulativer Preisgestaltung

6.2.1 Dieser Ausscheidensgrund setzt voraus, dass eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) vorliegt. Es obliegt daher dem Auftraggeber zu beweisen (festzustellen), dass die Vorgaben zur Angemessenheit von Preisen gemäß § 137 BVergG nicht erfüllt sind. Dies ist im gegenständlichen Fall – im klaren Widerspruch zu den gesetzlichen Vorgaben – in keiner Weise erfolgt.

Die Auftraggeberin begründet die Ausscheidensentscheidung in diesem Zusammenhang zu allen Punkten schlicht damit, dass andere Bieter andere Preise bzw eine andere Preiszusammensetzung kalkuliert haben (zB 55% Honoraranteil für die Architekturleistung statt 44% wie die Antragstellerin usw). Nach der Rechtsprechung ist ein bloßer Relativvergleich von Angeboten untereinander aber kein tauglicher Nachweis einer (vermeintlichen) Spekulation, "da dies im Widerspruch zu den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbs stünde, weil ansonsten ein Preiswettbewerb zwischen den Bietern verhindert würde" (BVA 20.06.2003, 17N-46/03-34; UVS Stmk 13.08.2003, 443.20-14/2003). Vielmehr muss der Auftraggeber – im Rahmen eines kontradiktorischen Vorhalteverfahrens – nachweisen, dass zB direkt zuordenbare Kosten mit den Preisen nicht gedeckt sind usw (BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34).

6.2.2 Die von der Antragstellerin angebotenen Preise (und auch Preisteile iSd Punkte 5.2.1 bis 5.2.8 des Leistungsverzeichnisses/Preisblattes) sind angemessen und betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar (und es liegt auch sonst kein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen vor). Dies hat die Antragstellerin der Auftraggeberin auch mit Aufklärung vom 5.5.2020 ausführlich dargelegt (neben einer verbalen Erläuterung der Kalkulation hat die Antragstellerin auch eine ausführliche Darstellung der Kalkulation und Leistungsansätze auf Basis eines Personaleinsatzplanes vorgelegt).

Diesen detaillierten Ausführungen ist die Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung in keiner Weise entgegengetreten. Vielmehr hat sie die Ausscheidensentscheidung ausschließlich mit einem – wie ausgeführt absolut untauglichen – Relativvergleich begründet. Der Ausscheidensgrund liegt folglich inhaltlich nicht vor und wurde von der Auftraggeberin auch in keiner Weise entsprechend den gesetzlichen Anforderungen festgestellt. Daher ist die Ausscheidensentscheidung schon allein infolge mangelnder Begründung und unvollendeter kontradiktorischer Angebotsprüfung für nichtig zu erklären.

Hiezu ist anzumerken, dass sich die "Vorhalte" der Auftraggeberin im Aufklärungsersuchen zur Kalkulation vom 28.4.2020 lediglich auf die Hinweise "Pauschalpreise sehr niedrig" oder "Pauschalpreise sehr hoch" beschränkt haben. Derartige pauschale Vorhalte erfüllen aber jedenfalls nicht die strengen Anforderungen der Rechtsprechung, wonach der Auftraggeber dem Bieter "in einem sorgfältig geführten, kontradiktorischen Vorhalteverfahren konkrete, gegebenenfalls ins Detail gehende Vorhaltungen" machen muss (VKS Wien 21.6.2012, VKS-5126/12). Vielmehr hätte die Auftraggeberin in der "Forderung zur Aufklärung klar und präzise anzugeben [gehabt], konkret welche Unklarheiten bestehen und was konkret der Bieter aufzuklären und zu tun hat bzw. konkret welche Mängel zu beheben sind" (BVwG 23.10.2017, W138 2165987-2).

6.2.3 Der Vorwurf eines spekulativen Gesamtpreises ist im Übrigen aber schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis lediglich 0,4% (!) unter jenem des vermeintlichen Bestbieters liegt (und zwar betraglich um nicht einmal EUR ***). Es ist befremdlich, dass bei diesem anderen Bieter offenbar keinerlei Bedenken in Hinblick auf den beinahe deckungsgleichen Gesamtpreis bestehen; dies bei der Antragstellerin aber zum Ausscheiden führen soll.

All dies verwundert umso mehr, als es sich bei dem angebotenen Gesamtpreis um einen Pauschalpreis (und gesetzwidriger Weise auch) ohne Preisgleitung handelt. Die Auftraggeberin geht offenkundig davon aus, dass der

Gesamtpreis angemessen ist (weil er wie ausgeführt dem Preis des preislich zweitgereihten Bieters de facto deckungsgleich ist). Da der Gesamtpreis folglich angemessen ist, würde der Auftraggeberin selbst wenn die Preisanteile bei der Antragstellerin untereinander unplausibel verschoben wären (was ausdrücklich bestritten wird), keinerlei Nachteil entstehen (weil eben ein Gesamtpreis als Pauschale zur Abrechnung kommt).

Hinzu kommt, dass bei einer Pauschalpreisvereinbarung ohnehin der Auftragnehmer das Risiko von allfällig höheren Aufwänden bei der Ausführung als von ihm ursprünglich kalkuliert trägt; auch insofern besteht folglich kein Risiko von Preisänderungen für die Auftraggeberin.

6.2.4 An der mangelnden formalen Feststellung und der inhaltlichen Unrichtigkeit der Behauptung der Auftraggeberin ändert im Übrigen auch die Rechtfertigung im Schreiben der Auftraggeberin vom 19.6.2020 nichts; darin behauptet sie lediglich, eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt zu haben und Rücksprache mit einem nicht näher genannten "Sachverständigen" der Auftraggeberin "zu den Marktpreisen der einzeln angebotenen Leistungen in den Positionen des Leistungsverzeichnisses" gehalten zu haben.

Selbst wenn es eine derartige Sachverständigen-Stellungnahme geben sollte, so hätte die Auftraggeberin dadurch, dass sie die Antragstellerin nicht mit dieser Stellungnahme konfrontiert hat, gegen ihre Verpflichtung zur Durchführung einer kontradiktorischen Angebotsprüfung verstoßen (VwGH 12.05.2011, 2007/04/0012; BVA 20. 12. 2012, N/0103-BVA/10/2012-34; BVA 2.5.2007, N/0024-BVA/15/2007-33; BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34). Zudem sind die Marktpreise der "einzeln angebotenen Leistungen", gemeint sind wohl die Leistungen je einzelner Leistungsposition, kein tauglicher Vergleichsmaßstab. Wie sich aus der Aufklärung der Antragstellerin ergibt, resultieren einige Preisvorteile und Synergien aus der gemeinsamen bzw gebündelten Erbringung von bestimmten Leistungen (etwa aus gemeinsamer Erbringung der Architekturleistungen bzw Architekturplanung gemäß Punkt 5.2.1 Leistungsverzeichnis und der Tragwerksplanung gemäß Punkt 5.2.2 Leistungsverzeichnis usw). Auf diese Aufklärung bzw die konkrete Angebotskalkulation der Antragstellerin ist die Auftraggeberin bei ihrer "vertieften" Angebotsprüfung offenkundig nicht einmal eingegangen. Nach der Rechtsprechung hat die Preisprüfung aber stets unter Berücksichtigung sämtlicher individuellen Umstände beim Bieter zu erfolgen (so schon BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58).

Soweit die Auftraggeberin in ihrem Schreiben vom 19.6.2020 auf ein "in einem allfälligen Nachprüfungsverfahren zu bestellendes Sachverständigengutachten" Bezug nimmt, ergibt sich ebenfalls klar, dass die Auftraggeberin in Hinblick auf die vermeintlich spekulative Preisgestaltung der Antragstellerin die Angebotsprüfung nicht rechtskonform abgeschlossen hat. Denn es ist "insbesondere [...] nicht Aufgabe des [Verwaltungsgerichts] als Nachprüfungsinstanz, selbst Prüfschritte (anstelle des Auftraggebers) zu setzen" (BVA 19.8.2013, N/0073-BVA/06/2013-77; BVA 6.7.2011, N/0038-BVA/12/2011-42; BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29). Wenn die Auftraggeberin der Ansicht ist, dass der Gesamtpreis der Antragstellerin spekulativ ist, so hätte sie dies selbst sachverständig ermitteln müssen; eine "Nachholung" der unterlassenen Prüfung durch die Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren ist nicht zulässig.

Beweis: Vergabeakt;

PV;

6.3 Bestbieterermittlung

Weiters ist festzuhalten, dass auch die "informativen" Ausführungen der Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung betreffend die Bewertung anhand der qualitativen Zuschlagskriterien nicht nachvollziehbar sind (und insbesondere auch hinsichtlich der Schlüsselperson Projektleitung falsch waren, wie die Auftraggeberin mit Schreiben vom 19.6.2020 bereits selbst zugestanden hat).

6.3.1 Ausbildung Herr I

Die "informative" Argumentation der Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung, wonach der von der Antragstellerin als Schlüsselperson "HKLS&MSR" namhaft gemachte Herr I keine facheinschlägige Ausbildung für den Bereich HKLS&MSR besitzen würde, ist nicht zutreffend.

Gemäß Punkt 14 der Ausschreibungsbedingungen muss die jeweilige Schlüsselperson (konkret für "HKLS&MSR") "ein facheinschlägiges Hochschulstudium oder eine facheinschlägige höhere berufsbildende Schule absolviert haben". Wie die Auftraggeberin richtig festhält, verfügt Herr I über einen HTBLA-Abschluss für Elektrotechnik mit Schwerpunkt in Computer- und Leittechnik.

Da die Mess-, Steuer- und Regelungstechnik (MSR) lediglich ein "Unterfall" bzw ein Teilgebiet der Elektro- bzw Leittechnik ist, erfüllt ein HTBLA-Abschluss im Bereich Elektrotechnik mit Fachspezialisierung für Computer- und Leittechnik, jedenfalls die bestandfeste Festlegung in Punkt 14 der Ausschreibungsunterlagen nach einer "facheinschlägigen Ausbildung"; eine "facheinschlägigere" Ausbildung ist kaum denkbar.

Mit derart fundierten elektrotechnischen Kenntnissen ergeben sich zwangsläufig auch facheinschlägige Kenntnisse für den HKLS-Bereich, da die Schwierigkeit in diesem Bereich "heutzutage" gerade die komplexe elektrotechnische Leittechnik ist.

Wenn die Auftraggeberin nunmehr von ihren eigenen bestandfesten Festlegungen abweicht und hier keine Punkte für die Schlüsselperson HKLS&MSR vergibt, würde dies ein Verstoß gegen die fundamentalen Vergabegrundsätze der Transparenz und Bietergleichbehandlung darstellen (siehe VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/0017; 19.11.2008, 2007/04/0018 uva).

Beweis: Vergabeakt;

PV;

6.3.2 Zuschlagskriterium Schlüsselperson Projektleitung

In der Ausscheidensentscheidung wurde seitens der Auftraggeberin weiters informativ festgehalten, dass das für die Schlüsselperson Projektleitung (Herrn J) namhaft gemachte Referenzprojekt (***) die Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen zwar erfülle, dieser aber "lediglich" Projektleiter-Stellvertreter gewesen sei und der Nachweis sohin nicht erbracht sei. Mit Schreiben vom 19.6.2020 hat die Auftraggeberin bereits zugestanden, dass ihre Beurteilung diesbezüglich falsch war und die vier Punkte bei der Bestbieterermittlung richtigerweise zu vergeben sind.

Beweis: Vergabeakt;

PV.

7. ANTRÄGE

Aus all diesen Gründen werden daher gestellt die

Anträge,

1. die Ausscheidensentscheidung vom 10.6.2020 für nichtig zu erklären;
2. eine mündliche Verhandlung anzuberaumen;
3. Akteneinsicht im größtmöglichen Umfang in den Vergabeakt zu gewähren;
4. der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die für diese

5. Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu Handen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen.“

Nach Verständigung des öffentlichen Auftraggebers und Bekanntmachung des Nachprüfungsantrages im Internet hat der öffentliche Auftraggeber durch seine Vertreterin zum Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 01.07.2020, eingelangt beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich am 02.07.2020, Stellung genommen. Diese lautet wie folgt:

„I. VOLLMACHTSBEKANNIGABE

II. STELLUNGNAHME ZUM NACHPRUFUNGSANTRAG

I.

In umseits bezeichneter Rechtssache gibt die öffentliche Auftraggeberin bekannt, dass sie die A Rechtsanwalte OG, ***, ***, mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt und bevollmächtigt hat und ersucht die ausgewiesene Rechtsvertreterin Zustellungen in diesem Verfahren an sie vorzunehmen.

II.

1. Gang des Verfahrens

1.1. Im offenen Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend die Erbringung diverser

ziviltechnischer Leistungen für den Bildungscampus *** in der Marktgemeinde *** hat die Marktgemeinde *** als Öffentliche Auftraggeberin das Vergabeverfahren am ***, im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union zur Zahl *** bekannt gemacht. Gemäß Pkt. ll. 14. der Ausschreibungsunterlagen wird der Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip dem technisch und wirtschaftlich günstigen Angebot erteilt. Die ausgewiesene Rechtsvertreterin der öffentlichen Auftraggeberin führte das Vergabeverfahren als vergebende Stelle durch.

1.2. Gemäß Pkt. lll. 4. der Ausschreibungsunterlagen bestand der Umfang der zu erbringenden Ziviltechnikerleistungen aus:

? Architekturplanung/Architektenleistungen

? Tragwerksplanung

? technische Gebäudeausrüstung

? Bauphysik, Akustik, Brandschutz

? Infrastruktur, Verkehrswegeplanung Frei-, Bewässerungs-, Entwässerungs- und Versickerungsanlagen

? Unterstützung der Projektleitung sowie

? Planungskoordination und Baustellenkoordination nach Bau KG

? Nebenkosten

1.3. Die Angebotsunterlagen gliedern sich nach dem Punkt I. Allgemeines, mit einer Kurzbeschreibung des Dienstleistungsauftrages, II. Ausschreibungsbedingungen, III. Allgemeine Vertragsbedingungen, IV. Leistungsverzeichnis der zu erbringenden Ziviltechnikerleistungen, V. individuell vom Bieter abzugebenden Erklärungen sowie VI. Preisblatt und Unterschriftenseite.

1.4. Die Angebotsfrist endete am 06.04.2020 um 10.00 Uhr. Das Angebot der Antragstellerin ist am 05.04.2020, zwischen 18.21 Uhr und 20.06 Uhr auf die elektronische Vergabeplattform hochgeladen worden. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 06.04.2020 um 11.42 Uhr. Es wurden Angebote von insgesamt 7 Bietern abgegeben.

1.5. Der Gesamtangebotspreis der Antragstellerin beläuft sich — nach Korrektur eines Rechenfehlers – auf € *** (exklusive U8t.). Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beläuft sich auf € ***, -- (exklusive USt.).

1.6. Aufgrund des Ausbruchs von COVlD-19 und den damit einhergehenden finanziellen Ungewissheiten, wurde bei den Bietern des Vergabeverfahrens am 28.04.2020 angefragt, ob diese der Verlängerung der Bindungsfrist bis 31.10.2020, respektive der Verlängerung der Leistungsfrist bis 31.08.2023 zustimmen. Die Zustimmung zur Verlängerung obig genannter Fristen wurde sowohl von der Antragstellerin als auch von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vor 11.05.2020, somit fristgerecht, abgegeben.

1.7. Im Zuge der Angebotsprüfung wurden von der öffentlichen Auftraggeberin und der ausschreibenden Stelle erhebliche Preisabweichungen in den einzelnen Leistungspositionen des Angebots der Antragstellerin im Vergleich zu den Angeboten der übrigen Bieter festgestellt. Dabei ergaben sich sowohl erhebliche Mehr- als auch Minderpreise. Von der öffentlichen Auftraggeberin und der ausschreibenden Stelle wurde sohin eine vertiefte Angebotsprüfung eingeleitet und die Antragstellerin am 28.04.2020 aufgefordert, eine prüffähige und aufgeschlüsselte Kalkulation inkl. Begründung für die Punkte

? 5.2.1. Architekturplanung/Architektenleistung

? 5.2.2. Tragwerksplanung

? 5.2.5. Bauphysik, Akustik und Brandschutzplanung

? 5.2.6.Infrastruktur Verkehrsplanung, Frei-, Bewässerungs-, Entwässerungs- und Versickerungsanlagen

? 5.2.7. Unterstützung Projektleitung - Generalplanertätigkeiten und

? 5.2.8. Projektleitung, Planungskoordination und Baustellenkoordination nach dem Bau KG

vorzulegen. Weitere wurde die Antragstellerin unter anderem aufgefordert, die Zeugnisse der Schlüsselperson mit facheinschlägiger Ausbildung im Bereich HKLS8MSR beizubringen sowie um Aufklärung ersucht, welche der angegebenen Referenzprojekte, bei denen die Schlüsselperson tätig war, als Neu-, Zu- oder Umbau von öffentlichen

Bildungseinrichtungen (z.B.: Schulen, Kindergarten, Hort) mit Nettoherstellungskosten von über € *** - (ohne Planung) gemäß dem Zuschlagskriterium 2 der Ausschreibungsunterlagen, zu qualifizieren sind. Dies alles binnen 5 Arbeitstagen, sohin bis spätestens 06.05.2020.

Am 06.05.2020 wurde von der Antragstellerin eine Kalkulationsgrundlage sowie ein Reife- und Diplomprüfungszeugnis des Herrn I, ausgestellt von der höheren Lehranstalt ***, Zweig, Elektronik, Computer- und Leittechnik, übermittelt. Trotz der gestellten Anfrage wurde von der Antragstellerin jedoch nicht bekannt gegeben, welches der aufgelisteten Referenzprojekte, bei denen die Schlüsselperson eingesetzt war, den oben dargestellten Kriterien zuzuordnen ist.

Keines der Referenzprojekte in der Auflistung der Antragstellerin (Beil/E), bei denen die Schlüsselperson mit facheinschlägiger Ausbildung im Bereich HKLS&MSR eingesetzt wurde, entspricht den geforderten Kriterien. Bei den einzigen zwei Projekten, die aufgrund der Nettoherstellungskosten von vorhinein in Betracht kämen, handelte es sich einerseits um den Umbau einer Wohnausanlage und andererseits um die Sanierung eines Speisesaales samt Küche.

1.8. Mit einem weiteren Aufklärungsersuchen vom 07.05.2020 wurde die Antragstellerin um die Vorlage des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2018 der Firmen C GmbH sowie D GmbH ersucht. Die Antragstellerin übermittelte am 08.05.2020 zwar den ersuchten Jahresabschluss der D GmbH, bei dem übermittelten Jahresabschluss der C GmbH handelte es sich jedoch um jenen für den Zeitraum 1.2.2017-31.1.2018.

1.8.1. Am 13.05.2020 wurde die Antragstellerin erneut ersucht, den Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2018 der Firma C GmbH beizubringen. Sie wurde in diesem Schreiben darauf hingewiesen, dass die C GmbH ein atypisches Geschäftsjahr habe, welches vom 1.2 - 31.1 eines jeden Jahres läuft und sie ersucht wird, den im Pkt. II. 4.4 der Ausschreibungsbedingungen geforderten Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2018/2019, sohin denjenigen, welcher den Zeitraum von 1.2.2018 - 31.1.2019 abbildet, beizubringen. Dem Ersuchen wurde seitens der Antragstellerin nicht nachgekommen. Stattdessen übermittelte sie noch am selben Tag abermals den Jahresabschluss für den Zeitraum 2017/2018.

1.9. Am 10.06.2020 wurde der Antragstellerin die angefochtene Ausscheidensentscheidung übermittelt. Die Ausscheidensentscheidung ist aufgrund nachstehend angeführter Umstände erfolgt:

i. Laut vorgelegter letztgültiger Kontobestätigung bzw. Unbedenklichkeitsbescheinigung des Sozialversicherungsträgers der B GmbH, weist deren Beitragskonto zum Stichtag 17.03.2020 einen Negativsaldo von € ***, die letztgültige Rückstandsbescheinigung des Finanzamtes gemäß ä 229a BAO einen fälligen Rückstand in der Höhe von € *** auf. Die vorgelegte letztgültige Kontobestätigung bzw. Unbedenklichkeitsbescheinigung des Sozialversicherungsträgers der C GmbH wies zum Stichtag 16.03.2020 einen Negativsaldo in der Höhe von € *** auf.

ii. Die Zusammensetzung der Preise in den einzelnen Leistungspositionen des Angebotes, welche den Gesamtpreis ergeben, ist betriebswirtschaftlich weder schlüssig erklärt worden noch nachvollziehbar und weisen die Einzelpreise der jeweiligen Leistungspositionen im Leistungsverzeichnis im Vergleich zu den übrigen Angeboten eine auffällig hohe Abweichung auf, wie sie nach Einschätzung der öffentlichen Auftraggeberin auch in keiner Weise marktkonform sind.

Festzuhalten ist dabei, dass die Antragstellerin auf diese nicht erklär- und nachvollziehbare Zusammensetzung der Preise in den einzelnen Leistungspositionen mit Schreiben der öffentlichen Auftraggeberin vom 28.04.2020 hingewiesen wurde. Die Antragstellerin rechtfertigte nicht nur ihre Minderpreise, sondern auch ihre Mehrpreise in ihrem Aufklärungsschreiben vom 05.05.2020 teilweise lediglich damit, dass „die Preise für die Bietergemeinschaft wirtschaftlich vertretbar“ respek

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