jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2020/7/15 W131 2229809-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 15.07.2020

Entscheidungsdatum

15.07.2020

Norm

BVergG 2006 §125 Abs3 Z1
BVergG 2006 §125 Abs3 Z2
BVergG 2006 §125 Abs4
BVergG 2006 §125 Abs5
BVergG 2006 §129 Abs1 Z3
BVergG 2018 §141 Abs1
BVergG 2018 §20 Abs1
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §333
BVergG 2018 §339 Abs1
BVergG 2018 §346
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W131 2229809-1/52E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, durch die fachkundige Laienrichterin Dr´a Ilse Pohl als Beisitzerin der Auftraggeberseite und durch den fachkundigen Laienrichter Mag Matthias Wohlgemuth als Beisitzer der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG) und 3. alle weiteren Auftraggeber gem. „Drittkundenliste“ der Ausschreibungsunterlage mit der Vergabeverfahrenbezeichnung „Wartung (Prüfung und Instandhaltung) und Beschaffung von Feuerlöschern und vorbeugendem Brandschutz“ (BBG-interne GZ 2703.03321) –, und den diesbezüglich von der XXXX gestellten Nachprüfungs- und Nichtigerklärungsantrag gegen eine Ausscheidensentscheidung in den Losen 2, 3 und 4 zu Recht erkannt:

A)

Die angefochtene Ausscheidensentscheidung wird hiermit nichtigerklärt.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Vergabeverfahren [, wobei wiedergegebene Unterlagen bereits hier teilanonymisiert worden sind]

1.1. Die BBG führt derzeit als vergebende Stelle und als zentrale Beschaffungsstelle für sich selbst, die Republik Österreich (Bund) und alle weiteren Auftraggeber gemäß einer den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Drittkundenliste das Vergabeverfahren "Wartung (Prüfung und Instandhaltung) und Beschaffung von Feuerlöschern und vorbeugendem Brandschutz" als offenes Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer je Los durch, wobei diese Vergabe vier Lose umfasst.

Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer je Los gemäß §§ 31 Abs 7 und 39 iVm §§ 153 ff BVergG 2018 über die Wartung (Prüfung und Instandhaltung) und Beschaffung von Feuerlöschern und vorbeugendem Brandschutz (insbesondere Wandhydranten) in den ausgeschriebenen Losen innerhalb Österreichs für öffentliche Auftraggeber gemäß Punkt 2.4. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (AAB).

Die mit dem hier erledigten Nachprüfungsantrag aufgehobene Ausscheidensentscheidung betrifft drei Lose, nämlich das Los 2 Süd (Kärnten, Steiermark), das Los 3 Mitte (Salzburg, Oberösterreich) und das Los Los 4 West (Tirol, Vorarlberg).

Für das Los 1 (Wien, NÖ und Bgld) hat die ASt kein Angebot gelegt.

1.2. Die Bieter hatten je Los iZm den Preispositionen für die Feuerlöscherwartungsleistungen je drei verschiedene Staffelpreise je Feuerlöscherwartung anzubieten, in der ersten Staffel für 1 bis 2 Feuerlöscherwartungen jeweils je Einzelauftrag aus der Rahmenvereinbarung; in der Staffel 2 für 3 bis 9 Stück Feuerlöscherwartungen jeweils je Einzelauftrag und in der Staffel 3 ab 10 Feuerlöscherwartungen, jeweils je Einzelauftrag.

Punkt 6.4.1. der AAB lautet insoweit wettbewerbsrelevant:

Die Bewertung erfolgt nach dem Billigstbieterprinzip. Einziges Zuschlagskriterium ist der Angebotspreis, die Rahmenvereinbarung wird daher je Los mit jenen nicht auszuscheidenden Bietern je Los geschlossen, deren Angebot jeweils die den niedrigsten bewertungsrelevanten Preis aufweist. Für die Berechnung des Angebotspreises wird die Staffel 1 mit 20,10 %, die Staffel 2 mit 19,60 % und die Staffel 3 mit 60,30 % bewertet. Bei Positionen ohne Einheitspreis für die Staffel 3 wird die Staffel 1 mit 50,60 % und die Staffel 2 mit 49,40 % bewertet. Bei Positionen ohne Einheitspreis für die Staffeln 2 und 3 wird die Staffel 1 mit 100,00 % bewertet.

1.3. Gemäß dem Vergabeverfahrensstand, wie auftraggeberseitig am 24.06.2020 mitgeteilt, wurde die ASt mit ihrem Angebot bei den streitigen drei Losen ausgeschieden und hat die ASt die Ausscheidensentscheidung zu ihren Lasten angefochten.

Bei diesen drei streitigen Losen wurden jeweils zwei weitere Bieter nicht ausgeschieden.

Wäre die ASt mit ihrem Angebot bei den drei Losen nicht auszuscheiden wäre sie preislich jeweils vor der MB bei den drei streitigen Losen, wobei die Vergabe grundsätzlich nach den AAB nach dem Billigstbieterprinzip erfolgt - Punkt 6.4. der AAB.

1.4. Die BBG führte nicht substantiiert als zulässig bestritten eine vertiefte Angebotsprüfung iSd §§ 137f BVergG bei der ASt durch.

Am 12.12.2019 verfasste die BBG folgendes Preisaufklärungsschreiben an die ASt:

Vertiefte Preisprüfung

Sehr geehrter Bieter!

Wir danken für Ihr Angebot im Vergabeverfahren „Wartung (Prüfung und Instandhaltung) und Beschaffung von Feuerlöschern und vorbeugendem Brandschutz“, BBG-GZ 2703.03321.

Im Zuge der Prüfung sind leider Zweifel an der Angemessenheit der von Ihnen angebotenen Preise aufgetreten. Es wird daher eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 137 BVergG 2018 durchgeführt.

Wir ersuchen Sie um verbindliche schriftliche Aufklärung über folgende Punkte:

Die Kalkulation für die Einheitspreise in den Positionen:

- Überprüfungen Feuerlöscher Dauerdruck - Wartung DD

- Überprüfungen Feuerlöscher Auflader - Wartung A

- Überprüfungen Feuerlöscher CO2 - Wartung CO2

für die 3 Staffeln (ab 1 Stück, ab 3 Stück sowie ab 10 Stück) sind in den Losen 2, 3 und 4 offen zu legen. Das heißt, es ist insbesondere darzustellen, welche Personal-, Material-, Geräte-, Entsorgungs-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind, welche Aufwands- und Ver-brauchsansätze angenommen und welche Deckungsbeiträge bzw. Gewinnaufschläge berück-sichtigt wurden. Der so aufgeschlüsselte Preis muss dem angebotenen Einheitspreis entspre-chen.

Abschließender Hinweis:

Die vorzunehmenden Aufklärungen sind bis spätestens Dienstag, den 17.12.2019, 14:00 Uhr (Einlangen in der BBG) elektronisch über das Kommunikationsmodul von evergabe.at zu über-mitteln.

Beachten Sie, dass die Plattform zwar pro Nachricht nur eine Datei als Anhang zulässt, es allerdings problemlos möglich ist, mehrere Dateien in einer Container-Datei (z.B. ZIP-Format) zusammenzufassen und diese Datei anzuhängen. Es ist das Formblatt zu verwenden, wobei gegebenenfalls noch Spaltenüberschriften eingetragen und bei Bedarf zusätzliche Spalten eingefügt werden können. Zeilen dürfen jedoch nicht gelöscht werden.

1.5. Die ASt antwortete darauf im Wesentlichen wie folgt:

Sehr geehrte Damen und Herren!

Bezugnehmend auf Ihr Aufklärungsersuchen vom 12.12.2019 übermitteln wir Ihnen beiliegend das ausgefüllte Kalkulationsblatt und dürfen ergänzend wie folgt Stellung nehmen:

Vorweg weisen wir darauf hin und bestätigen, dass die von uns angebotenen Preise unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen die Leistung zu erbringen sein wird, und unserer langjährigen Erfahrungswerte angemessen und kostendeckend kalkuliert sind. Insbesondere sind in den Positionen alle direkt zuordenbaren Kosten berücksichtigt und insbesondere auch die Personalkosten unter Berücksichtigung der kollektivvertraglichen Vorgaben kalkuliert. Im Einzelnen verweisen wir dazu auch auf das beiliegende Kalkulationsblatt. Ob oder in welche Richtung bzw. aus welchen Gründen bestimmte Preisansätze in den Angeboten gegebenenfalls als ungewöhnlich hoch bzw. niedrig angesehen werden, können wir aus dem Aufklärungsersuchen nicht ersehen.

Allgemein ist zur Kalkulation aber festzuhalten, dass bei der Wartung von Feuerlöschern in erster Linie Personalkosten anfallen. Die direkt zuordenbaren Material- und Gerätekosten (Aufkleber, Plombe Dichtung und Schmiermittel bzw. Spezialwerkzeug, variable Kosten KFZ, etc) sind in unserer Kalkulation ebenfalls berücksichtigt, fallen aber - verglichen mit den Personalkosten - kaum ins Gewicht. Dies gilt auch für die Entsorgungskosten. Subunternehmer werden nicht eingesetzt. Direkt zuordenbare Fremdleistungskosten fallen demnach nicht an. Auch direkt zuordenbare Kapitalkosten fallen nicht an. Weiters haben wir zur Deckung der Fixkosten auch einen entsprechenden Deckungsbeitrag kalkuliert, der auch einen angemessenen Gewinnaufschlag berücksichtigt. Im Detail verweisen wir hinsichtlich der genannten Ansätze auf das beiliegende Kalkulationsblatt.

Für die Wartung samt Anfahrt ist - bezogen auf die einzelnen Staffeln - auf Basis unserer Erfahrungen im Schnitt etwa mit folgenden zeitlichen Aufwänden zu rechnen:

- Staffel 1: ... min/je 1-2 Feuerlöscher

- Staffel 2: ... min/je 3-9 Feuerlöscher
- Staffel 3: ... min+ / ab 10 Feuerlöscher

Dabei ist zu berücksichtigen, dass unser Unternehmen - auch abseits der Auftraggeber laut Drittkundenliste - über zahlreiche Kunden in den Losgebieten verfügt und Servicemitarbeiter unseres Unternehmens daher dort ohnehin laufend tätig sind. Die in der Rahmenvereinbarung angeführte Lieferfrist erlaubt es uns, die Wartungstätigkeiten logistisch effizient zu koordinieren, was - bezogen auf den einzelnen Feuerlöscher - hilft insbesondere die zu berücksichtigenden Anfahrtszeiten ganz erheblich zu reduziert.

Wir weisen darauf hin, dass die angebotenen Preise unter Berücksichtigung der gegenständlich ausgeschriebenen Mengen auch den üblichen Marktverhältnissen entsprechen und beispielsweise auch etwas über den Preisen der letzten Ausschreibung liegen, (gerechnet als Mischpreis und für die Bundesländer (K, St, OÖ, S V, T))

Für allfällige weitere Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.
[...]

1.6. Daraufhin forderte die BBG die ASt im Wesentlichen wie folgt zu einer weiteren Aufklärung auf:

[...]

Vertiefte Preisprüfung gemäß § 138 Abs. 5 BVergG 2018

Sehr geehrter Bieter,

wir danken für Ihr Angebot im Vergabeverfahren „Wartung (Prüfung und Instandhaltung) und Beschaffung von Feuerlöschern und vorbeugendem Brandschutz“, BBG-GZ. 2703.03321 sowie Ihre Antwort auf die vertiefte Preisprüfung.

Im Zuge der vertieften Preisprüfung und der Prüfung Ihrer Antwort auf unsere Aufforderung vom 12.12.2019 sind Unklarheiten aufgetreten. Wir ersuchen Sie daher gemäß § 138 Abs 5 BVergG 2018 um eine verbindliche schriftliche Auskunft über folgende Punkte:

Aus Ihrer Antwort und insbesondere aus der Aufschlüsselung der Personalkosten geht hervor, dass für sämtliche Staffeln der Einheitspreise in den Positionen:

- Überprüfungen Feuerlöscher Dauerdruck - Wartung DD

- Überprüfungen Feuerlöscher Auflader - Wartung A

- Überprüfungen Feuerlöscher CO2 - Wartung CO2

jeweils idente Personalkosten kalkuliert wurden und somit (zumindest für die Staffeln ab 1 Stück und ab 3 Stück) eine höhere Anzahl an überprüften Feuerlöschern für die Kalkulation herangezogen wurde.

Die ersten beiden Staffeln (ab 1 Stück, ab 3 Stück) sind jedoch jeweils ab der angegebenen Anzahl an überprüften Feuerlöschern (ab 1 Stk. bzw. 3. Stk.) zu kalkulieren. Darüber hinaus haben Sie für die Überprüfung samt Anfahrt in Staffel 1 für 1 Stück ... bis ... Minuten für Ihre Kalkulation herangezogen:

Trotz der Argumentation, dass Sie in den Losgebieten ohnehin tätig sind, ist der oben angeführte Minutenwert bei Abruf einer Überprüfung für 1 Stk. Feuerlöscher aus Staffel 1 nicht realistisch. Es ist schwer vorstellbar, in ... Minuten (auszugsweise) eine Anfahrt zu tätigen, zu parken, den Feuerlöscher aufzusuchen, den Feuerlöscher zu überprüfen und die Überprüfung abzuschließen.

Darüber hinaus geben Sie eine Mischkalkulation für die angebotenen Lose 2 „Süd“ (Kärnten, Steiermark), 3 „Mitte“ (Salzburg, Oberösterreich) und 4 „West“ (Tirol, Vorarlberg) an. Die Kalkulation ist je Los durchzuführen.

Auf Basis dieser Analyse und oben genannten Punkte erscheint Ihre Preisgestaltung dadurch spekulativ und nicht plausibel und erscheinen die von Ihnen angebotenen Preise weiterhin nicht angemessen. Ihr Angebot wäre demnach für die angebotenen Lose 2, 3 und 4 aus aktueller Sicht auszuscheiden.

Wir fordern Sie daher auf verbindlich schriftlich aufzuklären, warum die angebotenen Preise dennoch aus Ihrer Sicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind.

Abschließender Hinweis:

Die geforderten Aufklärungen sind bis spätestens Mittwoch, den 15.01.2020, 16:00 Uhr (Einlangen in der BBG) elektronisch über das Kommunikationsmodul von evergabe.at zu übermitteln. Beachten Sie, dass die Plattform zwar pro Nachricht nur eine Datei als Anhang zulässt, es allerdings problemlos möglich ist, mehrere Dateien in einer Container-Datei (z.B. ZIP-Format) zusammenzufassen und diese Datei anzuhängen. Es ist das Formblatt zu verwenden, wobei gegebenenfalls noch Spaltenüberschriften eingetragen und bei Bedarf zusätzliche Spalten eingefügt werden können. Zeilen dürfen jedoch nicht gelöscht werden.

[...]

1.7. Die ASt reagierte daraufhin im Wesentlichen wie folgt:

Sehr geehrter Damen und Herren, Sehr geehrte Frau [...]!

Bezugnehmend auf die von ihnen gestellten Fragen können wir wie folgt antworten.

Klarstellung bezüglich der Mischkalkulation.

Die Kalkulation wurde je Los durchgeführt. Eine Mischkalkulation wurde in unserem Angebot weder vorgenommen noch behauptet. In unserer letzten Aufklärung wurde - um die Marktüblichkeit unserer Preise zu veranschaulichen - lediglich ein Vergleich dahingehend angestellt, dass ein aus unseren Angebotspreisen errechneter Mischpreis etwas über den Preisen der letzten Ausschreibung liegen würde, die von der BBG als ein reeller Preis akzeptiert wurden. Der Preis, der die letzten 3 Jahren durch den Auftragnehmer in den Regionen, die jetzt Gegenstand sind, verrechnet wurde, ist also niedriger als der Preis, der von uns angeboten wurde - dies bei im Wesentlichen vergleichbarer Kundenstruktur und Zeitaufwand.

Weiters wollen wir noch einmal festhalten das wir im Los 4, mit unseren Preisen nicht die Billigstbieter sind und wir wären mit unseren Preisen auch im Los 1 nicht die Billigstbieter oder selbst zweigereihter. Allein diese Zwei Umstände sollte in der vertieften Preisprüfung die Zweifel zerstreuen das unsere Preise spekulativ und außerhalb des marktüblichen Preises sind.

Personalkosten

Soweit im Aufklärungsersuchen darauf verwiesen wird, dass aus unserer letzten Aufklärung bzw. der dortigen Aufschlüsselung der Personalkosten hervorgehen würde, dass für sämtliche Staffeln der Einheitspreise in genannten Positionen jeweils idente Personalkosten kalkuliert worden wären und somit (zumindest für die Staffeln ab 1 Stück und ab 3 Stück) eine höhere Anzahl an überprüften Feuerlöschern für die Kalkulation herangezogen worden wäre, können wir dies nicht nachvollziehen.

Die Personalkosten sind in den betreffenden Positionen vielmehr je nach Staffel unterschiedlich angesetzt (Staffel 1: € ...; Staffel 2: € ...; Staffel 3: € ...). Dies ist auch betriebswirtschaftlich und kalkulatorisch nachvollziehbar, da bei höheren Stückzahlen die Anfahrtszeit - bezogen auf das einzelne Stück - weniger ins Gewicht fällt.

Auch die Staffeln 1 und 2 sind dementsprechend für die jeweils angegebene Anzahl an zu überprüfenden Feuerlöschern kalkuliert und nicht für eine höhere Anzahl.

Ihre Zweifel der Zeitangaben

Wie schon beschrieben hat bis zu dieser Ausschreibung bei vergleichbarer Kundenstruktur der derzeitige Auftragnehmer sogar um einige Cent billiger pro Feuerlöscher offenbar wirtschaftlich gearbeitet. Auch dieser musste Anfahrt parken etc. wie von ihnen beschrieben. Dass trotz vergleichbarer Voraussetzungen jetzt aber Zweifel seitens der BBG bestehen sollen, können wir nicht nachvollziehen.

Soweit im Aufklärungsersuchen darauf verwiesen wird, wir hätten für die Überprüfung samt Anfahrt in Staffel 1 „für 1 Stück ... bis ... Minuten für Ihre Kalkulation herangezogen", ist auch das nicht zutreffend. Wir haben vielmehr für die Staffel 1 (1-2 Stück) ... min angegeben, was auch unseren Erfahrungswerten entspricht.

Durch eine Halbierung der Zeit auf einen Zeitaufwand je Stück zu schließen, ist kalkulatorisch schlichtweg nicht nachvollziehbar. ZB ist der Zeitaufwand für 1 Löscher beinahe ident wie für 2 Löscher. Das Zeitaufwendigste ist die Anfahrt (diese ist kalkulatorisch anteilig zu berücksichtigen, da in der regelmäßig mehrere Kunden im Umkreis angefahren werden.) Parkplatz suchen ist in den Bundesländern weniger problematisch als vielleicht in Wien und erfordert kaum Zeit. Deswegen auch die Angabe ... bis ... Minuten. Diese Zeitangabe entspricht unseren

Erfahrungswerten unter Zugrundelegung der geforderten Staffel, die sich auf „1 bis 2 Stück" bezieht. Auf eine (hypothetische) Kalkulation für eine allfällige Position „nur ein Stück" kann daraus nicht zwangsläufig rückgeschlossen werden, insbesondere nicht durch bloße eine Halbierung des berücksichtigten Zeitaufwands.

... Minuten pro Stück, so wie Sie es darstellen, wurden von uns nie behauptet. Dies ist eine reine Interpretation Ihrerseits, die wir betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehen können.

... Minuten für die geforderte Staffel (1-2 Stück) sind aber zB in Salzburg, Klagenfurt, Villach etc sehr wohl Realität. Dies gilt ebenso für die Staffelung 3-9 bei der erfahrungsgemäß mit ca. ... Minuten für 3 Stück und bis ... Minuten für mehr als 3 Stück zu rechnen ist.

Weiters handelt es sich bei den zugrunde gelegten Zeitaufwänden naturgemäß um durchschnittliche Erfahrungswerte, wobei es in der Auftragsabwicklung natürlich in Einzelfällen schneller gehen oder auch mehr Zeit in Anspruch nehmen kann. Das ist einer im Vorhinein vorzunehmenden Kalkulation aber immanent und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar.

Es wäre genauso falsch, hätten Sie einen Preis für einen Feuerlöscher mal 4 genommen um dann den Stundesatz zu bezweifeln. Dafür gibt es ja auch Reaktionszeiten, in denen wir Kunden Touren und Orte verbinden können!

Wir können wirtschaftlich darauf verweisen das wir jedes Jahr seit Bestehen stetig Gewinn gemacht haben und daher sicher wissen, wie wir Touren und Kunden und Prüftätigkeiten effizient kombinieren.

[...]

1.8. Danach erging die in diesem Nachprüfungsverfahren angefochtene Ausscheidensentscheidung mit dem hier interessierenden Inhalt wie folgt:

[...]

Ausscheiden Ihres Angebotes

Sehr geehrter Bieter!

Sie haben zu dem Vergabeverfahren „Wartung (Prüfung und Instandhaltung) und Beschaf-fung von Feuerlöschern und vorbeugendem Brandschutz“, BBG-GZ. 2703.03321, ein Angebot für die Lose 2, 3 und 4 gelegt.

Die Prüfung Ihres Angebotes hat bedauerlicherweise ergeben, dass Ihr Angebot in den Losen 2, 3 und 4 aus folgenden Gründen auszuscheiden ist:

Im Zuge der Überprüfung der Angemessenheit der Preise ergaben sich für die vergebende Stelle Zweifel an der Angemessenheit der von Ihnen angebotenen Preise, da sich die angebotenen Einheitspreise in den drei Staffeln kaum unterscheiden und insbesondere Staffel 1 und 2 sehr niedrig erschienen, sodann die vergebende Stelle eine vertiefte Preisprüfung gemäß § 137 BVergG 2018 initiierte.

Sie wurden am 12.12.2019 aufgefordert, zum Zweck der vertieften Preisprüfung gemäß § 137 BVergG 2018 verbindlich schriftlich die in dem Aufforderungsschreiben genannte Positionen aufzuklären und die zugrundeliegende Kalkulation offenzulegen. Fristgerecht am 17.12.2019 übermittelten Sie die geforderte Aufklärung und legten Ihre Kalkulation offen. Da weitere Unklarheiten in Hinblick auf die Personalkosten und die Staffelpreise bestanden, wurden Sie zur vertieften Preisprüfung gemäß § 138 Abs 5 BVergG 2018 aufgefordert.

Sie wurden am 13.01.2020 aufgefordert, zum Zweck der vertieften Preisprüfung gemäß § 138 Abs 5 BVergG 2018 verbindlich schriftlich zu den in dem Aufforderungsschreiben genannten Positionen aufzuklären, warum die angebotenen Preise aus Ihrer Sicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind.

Fristgerecht am 15.01.2020 übermittelten Sie die geforderte Aufklärung. Eine Zusammen-schau der von Ihnen übermittelten Aufklärungen ergibt:

Sie haben vollständig dargestellt, welche Personal- Material-, Geräte-, Entsorgungs-, Fremd-leistungs- und Kapitalkosten enthalten sind, welche Aufwands- und Verbrauchsansätze ange-nommen und welche Deckungsbeiträge bzw. Gewinnaufschläge für die Leistung der Überprü-fung von Feuerlöschern Dauerdruck, Auflader und CO2 berücksichtigt werden. Sie haben auf-geklärt, dass für den Zeitaufwand in der Staffel 1 mit ... Minuten je 1-2 Feuerlöscher, in der Staffel 2 mit ... Minuten je 3-9 Feuerlöscher und in der Staffel 3 mit ... Minuten ab 10 Feuerlöschern veranschlagt wurde. Diese Zeitplanung haben Sie damit begründet, Kunden, Touren und Orte effizient zu kombinieren.

Die aufgeklärten Personalkosten betragen bei der Staffel 1 EUR ..., bei der Staffel 2 EUR ... und bei der Staffel 3 EUR ... . Letztlich haben Sie aufgeklärt, dass die KFZ-Kosten in den Material- und Gerätekosten enthalten sind.

Aus vergaberechtlicher Sicht können die obigen Feststellungen wie folgt beurteilt werden, welche jede für sich zum Ausscheiden des gegenständlichen Bieterangebots führt:

1. Unplausible Preiszusammensetzung

Für den Hauptbestandteil der Leistung (Wartung und Überprüfung von Handfeuerlöschern) ist aus Sicht des Auftraggebers der Kollektivvertrag Eisen- und Metallverarbeitenden Gewerbe, Arbeiter/innen, gültig ab 01.01.2020, anzuwenden (siehe https://www.wko.at/service/kollek-tivvertrag/kv-arbeiter-eisen-metallverarbeitende-gewerbe-2020.html#lohngruppenmerk-male), dies aufgrund der Nennung in Anhang II: Erläuterungen zum fachlichen Geltungsbe-reich, Punkt 2 lit. a Ziffer 16 im Kollektivvertrag.

Die Durchführung der Leistung bedarf einer Zertifizierung zum Sachkundigen gemäß ÖNORM F 1053. Diese Zertifizierung wird lt. beispielsweise TÜV Austria auf folgendem Weg ausgestellt:

Die Zulassungsvoraussetzungen zur Zertifizierungsprüfung sind:

- der Nachweis der abgeschlossenen Ausbildung für Sachkundige nach ÖNORM F 1053 bei einer von der TÜV AUSTRIA-Zertifizierungsstelle anerkannten Ausbildungsstätte

- der Nachweis über eine mindestens dreimonatige Praxis auf dem Gebiet der Instandhaltung von tragbaren Feuerlöschern

- der Antrag zur Zertifizierungsprüfung Sachkundige/r nach ÖNORM F 1053.

Die Zertifizierungsprüfung setzt sich zusammen aus:

- der schriftlichen Prüfung in Form von Auswahlaufgaben (Multiple und/oder Single Choice)

- der praktischen Prüfung in Form der Überprüfung eines tragbaren Feuerlöschers

- mit positiver Zertifizierungsprüfung und Erfüllung aller Zulassungsvoraussetzungen erhält die Person das TÜV AUSTRIA-Zertifikat Sachkundige/r nach ÖNORM F 1503, das drei Jahre gültig ist.

Nach drei Jahren ist eine Re-Zertifizierung erforderlich. Somit ist zumindest die Lohngruppe „LG 4 besonders qualifizierter Arbeitnehmer“ des Kollektivvertrags anzuwenden, nicht die Lohngruppe „LG 5 Qualifizierter Arbeitnehmer“, nachdem die Zweckausbildung eine 3-mona-tige Praxis vorsieht und eine laufende Re-Zertifizierung verlangt. Zudem ist nicht die Lohn-gruppe „LG 3 Facharbeiter“ anzuwenden, weil keine abgeschlossene Berufsausbildung (Lehr-abschlussprüfung) erforderlich ist.

Auf Basis dieser Hintergründe ergibt sich aus Sicht der vergebenden Stelle ein Mindeststun-densatz in Höhe von EUR 25,89, der für die Plausibilitätsprüfung der Angebotspreise herange-zogen wird. Dieser Stundensatz setzt sich in der Berechnung wie folgt zusammen:

[Kalkulationsbeispiel der BBG]

Die Preise müssen auf Positionsebene plausibel sein, auch wenn in den Staffeln jeweils die niedrigsten Stückzahlen abgerufen werden. Wenn ein Bieter auch nicht immer vom „worst case“ ausgehen muss, so muss trotzdem die Leistung bei einem Auftraggeber für den Bieter erbringbar sein.

Insbesondere wird bei den Staffeln 1 und 2 deutlich, dass unter einem plausiblen Stundenwert kalkuliert wurde, siehe dazu folgende Tabelle: aufgeklärte Personalkosten Leistung lt. Aufklärungen worst case Durchschnitt best case

[...]

* liegt unter dem von der vergebenden Stelle berechneten Stundensatz iHv EUR 25,89

Es müsste der Deckungsbeitrag für die Abgeltung der Personalkosten herangezogen werden, um einen plausiblen Wert zu erreichen. Jedoch scheint selbst das bei Staffel 1 und 2 nicht realistisch und wurde darüber hinaus in Ihrer Aufklärung nicht ausgeführt. Auch eine allfällige Einstufung in eine niedrigere Lohngruppe würde daran nichts ändern.

Es müsste eine durchgehend perfekte Routenplanungsmöglichkeit gegeben sein und das in-nerhalb von 6 Bundesländern (Ktn, Stmk, Szbg, OÖ, Tirol, Vlbg). Sie gehen laut Ihrer Aufklärung davon aus, dass durch die Präsenz

vor Ort dieser Umstand in 10 Tagen Lieferzeit durchgehend möglich sei. Dies erscheint der vergebenden Stelle spekulativ, darüber hinaus ist auch die Staf-fel 3, worin kein weiterer Auftraggeber erforderlich ist, um einen plausiblen Stunden-Perso-nalkostenwert zu „erreichen", unter dem ermittelten Mindeststundensatz angeboten.

Die KFZ-Kosten sind gemäß Ihrer Aufklärung in den Material- und Gerätekosten enthalten. Bei diesen haben Sie für die Position Überprüfungen Feuerlöscher Dauerdruck und Überprüfungen Feuerlöscher CO2 jeweils EUR ... Materialkosen und EUR ... Gerätekosten aufgeklärt und für die Position Überprüfungen Feuerlöscher Auflader EUR ... Materialkosten und EUR ... Gerätekosten veranschlagt.

Selbst wenn man diese Kosten für die Überprüfungen Feuerlöscher Dauerdruck und die Über-prüfungen Feuerlöscher CO2 (gesamt EUR ...) zur Gänze auf die KFZ-Kosten umlegt und In-standsetzungsetikette, Plombe, Draht, Splint, Schmiermittel und Werkzeug (lt. Rahmenverein-barung im Preis zu inkludieren) außer Acht lässt, wären in Staffel 1 max. ... Kilometer an KFZ-Leistung inkludiert (berechnet für den Optimalfall in Staffel 1 mit 2 beauftragten Überprü-fungen und EUR 0,42 Kilometerkosten lt. BMF). Würde nur ein Feuerlöscher beauftragt wer-den, wären nur ... Kilometer inkludiert (erneut ohne weitere Material- und Gerätekosten). Angeboten wurde für die 6 Bundesländer Ktn, Stmk, Szbg, OÖ, Tirol, Vlbg und nicht etwa für das Los Wien, wo eine solche Kalkulation allenfalls möglich wäre.

Nach Durchführung der vertieften Preisprüfung steht für die vergebende Stelle daher fest, dass das Angebot nicht plausibel und zudem spekulativ gestaltet ist. Folglich ist Ihr Angebot gemäß § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 in den Losen 2, 3 und 4 auszuscheiden.

Ihr Angebot kann somit in diesen Losen nicht weiter berücksichtigt werden.

[...]

2. Vergabekontrollverfahren

2.1. In dem verfahrenseinleitenden Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung sind ua folgende Passagen enthalten:

[...] 3.2. Mangelhafte Angebotsprüfung

3.2.1. Unabhängig davon ist jedenfalls auch die Angebotsprüfung mangelhaft geblieben.

Nach ständiger Rechtsprechung hat die Angebotsprüfung kontradiktorisch zu erfolgen (BVwG 13.3.2015, W139 2016462-2/28E; u.v.a.). Aufklärungsersuchen sind dabei unmissverständlich zu formulieren, sodass die aufzuklärenden Umstände für den Bieter klar zu erkennen sind (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 1540). Dieser hat Anspruch darauf zu erfahren, welche Positionen für den Auftraggeber aus welchem Grund aufklärungsbedürftig erscheinen, weil er nur auf diese Weise in die Lage versetzt wird, eine sachgerechte Aufklärung zu geben. Ein Auftraggeber hat die seiner Ansicht nach bestehenden Unklarheiten und Zweifel dem Bieter konkret und inhaltlich eindeutig nachvollziehbar vorzuhalten (BVwG 13.3.2015, W139 2016462-2/28E).

3.2.2. Gegenständlich haben die Auftraggeber zwar Aufklärungen zur Preisangemessenheit verlangt (diesbezüglich wird auch in der Ausscheidensentscheidung ausdrücklich konstatiert, dass diese jeweils vollständig und fristgerecht erteilt wurden).

Dass die Auftraggeber von einer Anwendbarkeit des Kollektivvertrags für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe (Arbeiter) ausgehen und in dieser Hinsicht Bedenken in Bezug auf eine Kostendeckung haben, wurde der Antragstellerin aber in dieser Form nie vorgehalten.

Warum dies erst in der angefochtenen Entscheidung angeführt wird und nicht schon im Rahmen der Aufklärungsersuchen vorgehalten wurde, ist aus Sicht der Antragstellerin unverständlich.

Wie erörtert, führen die Auftraggeber in der angefochtenen Entscheidung selbst an, dass die geforderten Aufklärungen vollständig erteilt wurden. Hätten die Auftraggeber in den Aufklärungsersuchen bereits angeführt, dass ihnen die Kostendeckung im Hinblick auf den Kollektivvertrag für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe (Arbeiter) fraglich erscheint, hätte die Antragstellerin ohne weiteres darauf hinweisen können, dass dieser in Bezug auf ihr Unternehmen gar nicht zum Tragen kommt.

3.2.3. Abgesehen davon, dass die behauptete Preisunangemessenheit auch inhaltlich nicht vorliegen, ist die angefochtene Entscheidung daher auch aus diesen Gründen rechtswidrig.

[...]

3.3. Wesentlichkeit

3.3.1. Die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten sind auch wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise wäre das Angebot der Antragstellerin nicht auszuscheiden und der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen.

[...]

2.2. Die Auftraggeberseite reagierte inhaltlich auf den Nachprüfungsantrag vorerst wie folgt:

I. Sachverhalt

A. Die Republik Österreich (Bund), die Bundesbeschaffung GmbH sowie die in der den Ausschreibungsunterlagen beigelegten Drittkundenliste verzeichneten Auftraggeber führen ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch. Als vergebende Stelle fungiert die Bundesbeschaffung GmbH („BBG"), welche die Auftraggeber bei der Durchführung dieses Verfahrens und beim Abschluss der Rahmenvereinbarung vertritt.

B. Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer je Los gemäß §§ 31 Abs 7 und 39 iVm §§ 153 ff BVergG 2018 , über die Wartung (Prüfung und Instandhaltung) und Beschaffung von Feuerlöschern und vorbeugendem Brandschutz (insbesondere Wandhydranten). Die Vergabe erfolgt in vier regional abgegrenzten Losen.

C. Die öffentliche Bekanntmachung in Österreich erfolgte am 11.10.2019; jene im Amtsblatt der Europäischen Union am 10.10.2019 (2019/S 196-475526).

D. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 29.11.2019 unter Ausschluss der Teilnahme der Bieter bzw. Bietervertreter, da nach Rz 131 AAB eine Teilnahme von Bietern bzw. Bietervertretern nicht vorgesehen war. Das Protokoll der Öffnung wurde den Bietern am gleichen Tag über die Vergabeplattform e-vergabe.at zur Verfügung gestellt.

E. Am 10.03.2020 wurde die begründete Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin elektronisch via Vergabeplattform übermittelt.

II. Rechtliche Ausführungen

A. Zur Systematik der Ausschreibungsunterlagen

Bei der Wartung von Feuerlöschern verteilen sich die Kosten für die Anfahrt sowie Weg- und Rüstzeiten auf die im jeweiligen Objekt zu wartenden Geräte. Daher fallen diese Kosten bei kleinen Dienststellen stärker ins Gewicht als in großen Dienststellen.

Die BBG schreibt als zentrale Beschaffungsstelle gebündelt für zahlreiche öffentliche Auftraggeber aus. Dies hat zur Folge, dass die gegenständliche Rahmenvereinbarung eine Vielzahl unterschiedlicher Dienststellen betrifft, wobei sich die Anzahl der vorhandenen Geräte von Dienststelle zu Dienststelle stark unterscheidet.

In der Vergangenheit war es dennoch marktüblich, pauschale Preise anzubieten, weshalb bislang in den Ausschreibungen der BBG Pauschalpreise auszupreisen waren. Um die Kalkulierbarkeit und Kostenwahrheit zu steigern, berichtigte die BBG diesen Punkt in dieser Ausschreibung aufgrund von Bieteranfragen (siehe 3. Fragebeantwortung und 4. Berichtigung vom 12.11.2019 im Vergabeakt). Die Leistung war daher im Ergebnis in 3 Staffeln anzugeben (ab 1 Stück, ab 3 Stück und ab 10 Stück).

Im Zuge einer dahingehenden vom Auftraggeber initiierten Aufklärung separat abgefragten Preisposition, müssen die einzelnen Preispositionen vom Bieter auch separat plausibel erklärbar sein. Dies auch deswegen, da eine nicht plausible Kalkulation ein Hinweis auf eine spekulative Preisgestaltung sein kann, weil der Bieter davon ausgeht, dass die tatsächliche Leistungserbringung von den Annahmen des Auftraggebers abweicht.

So kann es etwa sein, dass der Bieter davon ausgeht, dass die niedrigen Staffeln nicht zur Anwendung kommen, oder dass er Zusatzverkäufe mit einrechnet.

Da die Prüfung und Wartung der Geräte von den gleichen Anbietern erbracht wird wie der Verkauf von Neugeräten, lässt sich auch nicht ausschließen, dass ein Bieter sogar einplant, dass er im Rahmen seiner Prüf- und

Wartungsabwicklung den Verkauf von Neugeräten ankurbeln und so seine Kosten querfinanzieren kann. Dies würde sowohl die Kosten für den Auftraggeber in die Höhe treiben, als auch seriöse Anbieter benachteiligen, da derartige Praktiken in der Bewertung nicht berücksichtigt werden. Ohne der Antragstellerin derart unlautere Motive unterstellen zu wollen, zeigt dieses Beispiel, wieso die korrekte Kalkulation der einzelnen Positionen von grundlegender Bedeutung ist.

B. Zur vertieften Angebotsprüfung

1. Allgemeines

Im Zuge einer vertieften ist Angebotsprüfung ist iSd § 137 Abs 3 BVergG 2018 jedenfalls zu prüfen, ob die auffälligen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind, sohin ist die Preisplausibilität zu untersuchen. Somit wird eine inhaltlich begründete, auf betriebswirtschaftlichen Fakten aufbauende Erklärung verlangt, weil nur eine Preisbildung auf solchen Fakten dem Unternehmer wirtschaftlich sinnvolle Preise verschafft.

Der VwGH hat im Rahmen seiner dahingehenden Rechtsprechung auch stets betont, dass bei der vertieften Angebotsprüfung die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit im Fokus der Prüfung steht. Zu prüfen ist/war daher insbesondere, ob alle direkt zuordenbaren Kosten berücksichtigt wurden und ob die Preise für höherwertige Leistungen höher sind als für geringwertigere Leistungen.

2. Eine betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit liegt nicht vor

a. Zur Chronologie der Prüfung

Nachdem die Hauptleistung „Wartung von Feuerlöschern" bei der Antragstellerin auffallend niedrig war, wurden diese Positionen im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung iSd § 137 BVergG 2018 geprüft. Die Antragstellerin wurde am 12.12.2019 daher zur Offenlegung ihrer Kalkulation aufgefordert:

[...]

Mit Antwortschreiben vom 17.12.2019 hat die Antragstellerin ihre Kalkulation offengelegt und insbesondere ausgeführt, dass die Personalkosten die wesentlichsten Kostenpositionen darstellen und sie aufgrund der Lieferfrist in der Lage ist, die Anfahrtszeiten ganz erheblich zu reduzieren. Detailliertere Angaben zur vorgesehenen Logistik oder dem anzuwendenden Kollektivvertrag wurden nicht gemacht. Konkret geht die Antragstellerin nach ihrer Aufklärung von folgenden Aufwänden für die Wartung samt Anfahrt aus:

- Staffel 1: ... min / je 1-2 Feuerlöscher
- Staffel 2: ... min/je 3-9 Feuerlöscher
- Staffel 3: ... min+/ab 10 Feuerlöscher

Beweis: Antwortschreiben der Antragstellerin vom 17.12.2019 (siehe im Vergabeakt „02b_Antwort_Aufklärungschreiben Anfrage vom 12.12").

Dem Angebot der Antragstellerin ist jedoch zu entnehmen, dass die Personalkosten je Feuerlöscher von EUR ... (Staffel 1) bis EUR ... (Staffel 3) kalkuliert wurden. Die Kalkulation der Personalkosten war für alle angebotenen Lose ident und waren diese Werte für die Antragsgegnerin ebenso wenig nachvollziehbar. Die Antragstellerin wurde daher mit Schreiben vom 13.01.2020 zu einer zweiten Aufklärung aufgefordert. In dieser Aufforderung wurde die Antragstellerin insbesondere darauf hingewiesen, dass die Zeitansätze nicht plausibel erscheinen und Zweifel bestehen, dass die Leistung in der angegebenen Zeit erbracht werden kann:

„Aus Ihrer Antwort und insbesondere aus der Aufschlüsselung der Personalkosten geht hervor, dass für sämtliche Staffeln der Einheitspreise in den Positionen:

- Überprüfungen Feuerlöscher Dauerdruck - Wartung DD
- Überprüfungen Feuerlöscher Auflader - Wartung A
- Überprüfungen Feuerlöscher CO2 - Wartung CO2

jeweils idente Personalkosten kalkuliert wurden und somit (zumindest für die Staffeln ab 1 Stück und ab 3 Stück) eine höhere Anzahl an überprüften Feuerlöschern für die Kalkulation herangezogen wurde.
Die ersten beiden Staffeln (ab 1 Stück, ab 3 Stück) sind jedoch jeweils ab der angegebenen Anzahl an überprüften

Feuerlöschern (ab 1 Stk. bzw. 3. Stk.) zu kalkulieren. Darüber hinaus haben Sie für die Überprüfung samt Anfahrt in Staffel 1 für 1 Stück ... bis ... Minuten für Ihre Kalkulation herangezogen:
Trotz der Argumentation, dass Sie in den Losgebieten ohnehin tätig sind, ist der oben angeführte Minutenwert bei Abruf einer Überprüfung für 1 Stk. Feuerlöscher aus Staffel 1 nicht realistisch. Es ist schwer vorstellbar, in ... Minuten (auszugsweise) eine Anfahrt zu tätigen, zu parken, den Feuerlöscher aufzusuchen, den Feuerlöscher zu überprüfen und die Überprüfung abzuschließen.
Darüber hinaus geben Sie eine Mischkalkulation für die angebotenen Lose 2 „Süd" (Kärnten, Steiermark), 3 ‚Mitte' (Salzburg, Oberösterreich) und 4 ‚West' (Tirol, Vorarlberg) an. Die Kalkulation ist je Los durchzuführen."

Beweis: Aufklärungsschreiben der BBG vom 13.01.2020 (siehe im Vergabeakt „03a_2703.03321_vert_Prüf II_ XXXX .pdf").

Die Antragstellerin hat daraufhin im Wesentlichen die Antworten der ersten Aufklärungsrunde wiederholt und ergänzend darauf verwiesen, dass sie durch Kombination mehrerer Kunden in einer Region Anfahrtswege reduziert und es sich bei ihren Zeitangaben um Durchschnittswerte handelt, die im Einzelfall über- oder unterschritten werden können. Es handle sich um Erfahrungswerte, da 15 Minuten für 1-2 Stück „z.B. in Salzburg, Klagenfurt, Villach etc. sehr wohl Realität" seien.

Für Staffel 2 hat die Antragstellerin die Angaben im zweiten Aufklärungsschreiben weiter heruntergebrochen und angeführt, dass von ca. ... Minuten für 3 Stück und bis zu ... Minuten von mehr als 3 Stück anzunehmen sind.

Details zum konkreten Ablauf der Leistung und der Verteilung des Zeitaufwandes waren nicht vorhanden. Die Antragstellerin hat nicht erläutert, wie sie zu diesen Werten kommt und welche Tätigkeiten konkret eingerechnet sind, sondern schlicht behauptet, dass es sich um plausible Werte handeln würde.

Beweis: Antwortschreiben der Antragstellerin vom 17.12.2019 (siehe im Vergabeakt „03b_Antwort_SCAN_20200115_142617225.pdf").

b. Die Angemessenheit der Preise ist nicht gegeben

(i) Zum veranschlagten Zeitaufwand

Aus Sicht der Antragsgegnerin kann zwar die Anfahrtszeit durch eine entsprechende Routenplanung reduziert werden, womit die „gemeinsame" Strecke jedoch bis in die jeweilige Einsatzregion dem einzelnen Auftrag nicht direkt zuordenbar ist. Gleiches gilt für administrative Tätigkeiten und Vorbereitung wie die Routenplanung selbst, die Beladung des Fahrzeuges usw. Diese können daher sowohl anteilig den Personalkosten für die jeweilige Einzelleistung, oder in den Deckungskosten berücksichtigt werden. Allerdings ist anzumerken, dass auch die Deckungskosten sehr niedrig kalkuliert sind – in Staffel 1 betragen sie gerade mal ... (... !) Euro. Hier können also nur wenige Aufwände tatsächlich einkalkuliert worden sein.

Aber selbst wenn durch sinnvolle Routenplanung die Anfahrt in die jeweilige Region nur anteilig zu rechnen wäre, sind dennoch nicht alle Kunden am gleichen Standort anzutreffen. Zumindest die „letzten Kilometer" der Anfahrt sind daher jedenfalls dem einzelnen Auftrag zurechenbar bzw. zwingend gesondert zuzurechnen. Zusätzlich hat der Mitarbeiter vor Ort zu parken, die Materialien aus dem Auto zu holen, sich beim Auftraggeber anzumelden, den Feuerlöscher zu warten und zu überprüfen, eine Plakette auszustellen, den Prüfbericht zu erstellen, seine Arbeitsmittel wieder einzupacken und zu verstauen und wieder abzufahren.

Das all dies bei ein bis zwei Geräten in nur ... Minuten möglich sein soll, ist aus Sicht der Antragsgegnerin keinesfalls glaubwürdig. Umso mehr, als die Antragstellerin behauptet, dass es sich dabei um Durchschnittswerte handelt, die in Einzelfällen auch nochmals unterschritten werden könnten. Die Antragstellerin hat zwar mehrfach behauptet, dass diese Werte korrekt wären, dies aber nicht plausibel begründet.

Selbst die Antragstellerin hat die Plausibilität ihrer Werte nur für die Ballungsräume (Klagenfurt, Villach, Salzburg) ausdrücklich behauptet. Eine Leistungserbringung ausschließlich in Ballungsräumen ist aber in der gegenständlichen Ausschreibung nicht vorgesehen. Eine solche Kalkulation stünde daher im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen und würde deren „Zulassung" auch einen unfairen Wettbewerbsvorteil bringen. Eine Leistungserbringung zu diesen Werten außerhalb der Ballungsräume hat die Antragstellerin aber nicht einmal ausdrücklich behauptet, geschweige denn plausibel dargelegt (in den drei angebotenen Regionen sind durch den späteren Auftragnehmer zumindest 96 Gebiete/Postleitzahlen zu betreuen).

(ii) Zu den veranschlagten Stundensätzen

Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass der von der Antragstellerin behauptete Zeitaufwand korrekt wäre, erscheinen die Preise nicht plausibel. Personalkosten von EUR … für … Minuten Arbeit sind jedenfalls auffallend niedrig.

Die vergebende Stelle hat daher eine Musterkalkulation erstellt, um die Größenordnung für einen seriösen Preis zu ermitteln. Da die Antragstellerin keine konkreteren Angaben gemacht hat, wurden hier auf allgemein verfügbare, repräsentative Werte zurückgegriffen, wie eben den einschlägig zutreffenden Kollektivvertrag, das amtliche Kilometergeld usw.

Selbst wenn man diese Kalkulation entsprechend den nun nachgereichten Angaben der Antragstellerin anpasst und mit dem Kollektivvertrag Handel, Beschäftigungsgruppe D, mit einem Erfahrungsjahr, … Stunden/Woche, … Krankenstandstagen pro Jahr und … Ausbildungstagen für 3 Jahre berechnet, ergibt sich ein produktiver Stundensatz von ca. EUR …,--. Damit ergeben sich für einen Zeitaufwand von … Minuten in Staffel 1 Personalkosten von zumindest EUR … bis EUR …. Kalkuliert wurden jedoch nur EUR ….

Für einen Auftrag mit zwei Feuerlöschern mag sich dies rein rechnerisch ausgehen, für die ebenfalls von der Vereinbarung umfassten Aufträge für ein einzelnes Gerät ist der Auftrag aber nicht einmal nach den extrem niedrigen Annahmen der Antragstellerin selbst kostendeckend.

In Staffel 2 wurde für 3 Feuerlöscher konkret ein Zeitraum von … Minuten angegeben, das sind … bis … Minuten oder EUR … bis EUR … pro Gerät. Kalkuliert wurden in dieser Staffel jedoch lediglich Personalkosten von EUR … .

(iii) Zu den weiteren veranschlagten Kosten

Die anfallenden Kosten für die Fahrzeuge, Treibstoff, Werkzeug, Verbrauchsmaterial etc. sind ebenfalls sehr niedrig angesetzt. Auch hier hat der Bieter in den beiden Aufklärungen lediglich behauptet, die KFZ-Kosten seien kalkuliert. Im Sinne des Bieters wurden die aufgeklärten Material- und Gerätekosten summiert, um dem Bieter zu verdeutlichen, dass die Kalkulation nicht plausibel ist.

Nachdem KFZ wohl keine Materialkosten sind, sondern Gerätekosten, wurden hier EUR … laut Aufklärung angeboten. Selbst bei einem Firmen-KFZ muss wohl im idealsten Fall von Kilometerkosten von mindestens EUR … ausgegangen werden (selbst die Treibstoffkosten liegen bereits bei zumindest EUR …). D.h. berechnet man kein weiteres Material, stehen für die Prüfung eines Feuerlöschers maximal … Kilometer zur Verfügung. Mit anderen Worten: Legt man die Kalkulation der Antragstellerin auf einen tatsächlichen Prüfvorgang um, müsste jeder zu prüfende Feuerlöscher sich innerhalb eines Radius von … Kilometern befinden, andernfalls das Angebot nicht mal kostendeckend sein kann.

Selbst wenn – wie oben ausgeführt – nur die „letzten Kilometer“ im Auftrag zu berücksichtigen wären, sind derartig niedrige Werte selbst in Ballungsräumen schwer und im übrigen Vertragsgebiet gar nicht nachvollziehbar.

(iv) Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung

Die Preise der Antragstellerin sind auffallend niedrig und nach sorgfältiger Prüfung nicht betriebswirtschaftlich erklär- oder nachvollziehbar. Die Antragstellerin wurde zweimal zur Aufklärung aufgefordert, konnte jedoch keine plausible Begründung für die niedrigen Preise geben.

Weder ist nachvollziehbar, dass tatsächlich alle anfallenden Leistungen in der Aufwandsschätzung abgedeckt wären, noch sind die kalkulierten Preise ausreichend, um diese Aufwände vollständig abzudecken.

Die Antragstellerin spekuliert hier offenkundig auf für sie günstige Abrufe wie den Abruf von höheren Stückzahlen innerhalb der jeweiligen Staffel und nahezu nicht vorhandene Anfahrtskosten, die selbst nach ihrer eigenen Darstellung nur in Ballungsräumen möglich sind.

Beweis: Protokoll der vertieften Angebotsprüfung vom 27.02.2020 (siehe im Vergabeakt „05_2703.03321_03_Bericht vertiefte Preisprüfung_200227“).

3. Das Angebot war zwingend auszuscheiden

Gemäß § 141 Abs 1 Z 3 BVergG 2018 sind Angebote auszuscheiden, die eine durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, wobei dieser Ausscheidensgrund wohl

einen Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung darstellt, somit immer dann erfüllt ist, wenn mit den Preisen nach den gesetzlichen Vorgaben und den Anforderungen in der Ausschreibung etwas nicht in Ordnung ist.

Als Instrumente der Preisprüfung stehen insbesondere der Vergleich mit dem geschätzten Auftragswert; der Vergleich der Angebotspreise der Bieter; der Vergleich der Einzelpreise; der Vergleich mit Richtpreisen und der Vergleich mit eigenen Preisüberlegungen des Auftraggebers zur Verfügung. Im ersten Schritt wird der Gesamtpreis mit dem geschätzten Auftragswert verglichen; in einem zweiten Schritt sind schließlich die Einzelpreise zu überprüfen.

Dazu ist der Rechtsprechung des VwGH im Detail zu entnehmen, wie folgt:

„Der Auftraggeber hat gemäß § 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 ein Angebot auszuscheiden, das eine durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweist. Wie die Behörde zutreffend ausführt, ist dieser Tatbestand nach den betreffenden Gesetzesmaterialien auch dann erfüllt, wenn Teilpreise (§ 125 Abs. 3 Z 2 leg. cit.; somit Einheitspreise in wesentlichen Positionen) nicht plausibel sind, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen".

Wie oben unter Punkt II.B.2. dargestellt, sind die kalkulierten Preise keinesfalls ausreichend, um diese Aufwände vollständig abzudecken und besteht trotz zweimaliger Aufklärungsversuche keine betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit. Wenn daher die Antragstellerin zu argumentieren versucht, dass

- eine unzulässige kollektivvertragliche Bindung vorgegeben wäre und
- sich anhand der Anwendung ihres Kollektivvertrages (Handels-Kollektivvertrag) eine Deckung der Kosten ergeben würde,

so übersieht sie nicht nur, dass die Antragsgegnerin

- keine kollektivvertragliche Bindung vorgegeben, sondern den Kollektivvertrag für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe lediglich als Referenz herangezogen hat und
- zudem selbst unter der Heranziehung des Handels-Kollektivvertrag sowie unter den weiteren von der Antragstellerin getroffenen Annahmen keine kostendeckende Auftragserfüllung möglich sein kann und selbst unter den von der Antragstellerin angeführten Parametern keine betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit vorliegt (siehe hierzu die Ausführungen unter Punkt II.B.2.(ii).).

Zweifelsohne hat die Antragstellerin daher eine Mischkalkulation und eine spekulative Preisgestaltung vorgenommen.

Verlangt jedoch wie im gegenständlichen Fall eine Ausschreibung die Auspreisung verschiedener konkreter Leistungspositionen, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zwischen den Leistungspositionen vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist. Eine Mischkalkulation über mehrere Preisstaffeln würde daher das gewählte System untergraben und die Kostenwahrheit und Vergleichbarkeit der Angebote gefährden. Verstößt die Kalkulation gegen die Vorgaben der Ausschreibungsunterlage, ist ein derartiges Angebot auszuscheiden. Ein solches Angebot kann auch sofort und ohne weitere Prüfung einer Behebbarkeit des in der Ausschreibungswidrigkeit liegenden Mangels ausgeschieden werden. In diesem Falle wäre daher der Versuch einer Mängelbehebung nicht zwingend vorzunehmen.

Das Angebot der Antragstellerin ist sohin aufgrund der vorgenommenen Mischkalkulation zwingend nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden.

Darüber hinaus soll § 137 BVergG 2018 den Auftraggeber insbesondere auch vor spekulativen Angeboten schützen und einen fairen Wettbewerb sicherstellen. Eine Vergabe zu unangemessenen Preisen würde bei einem Unterpreis nämlich zu einem ruinösen Wettbewerb aufseiten der Unternehmer führen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass – wie BVwG in ständiger Rechtsprechung festhält – eine Mischkalkulation sowie auch eine spekulative Preisgestaltung unzulässig sind und zum Ausscheiden des Angebots führt.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist sohin festzuhalten, dass die Plausibilität auf Ebene aller Einzelpreise bzw. aufgegliederter Kostenpositionen nicht vorhanden ist und hat die Antragstellerin in den erstatteten Aufklärungen nie die Plausibilität auf Ebene bestimmter Einzelpositionen nachgewiesen. Vielmehr liegt nach Ansicht der

Antragsgegnerin eine den Ausschreibungsunterlagen widersprechende Mischkalkulation und eine spekulative Preisgestaltung vor.

Zumal die Preise sohin trotz zweier Aufklärungsrunden nicht betriebswirtschaftlich nachvollziehbar waren, ist das Angebot iSd § 141 Abs 1 Z 3 BVergG 2018 zwingend auszuscheiden.

4. Zur vermeintlich mangelhaften Angebotsprüfung

Die Antragstellerin vermeint, dass keine kontradiktorische Angebotsprüfung stattgefunden habe und kein Vorhalt hinsichtlich der anzuwendenden Kollektivverträge vorgenommen worden sei.

Der Antragstellerin ist diesbezüglich abermals zu entgegnen, dass wie unter Punkt II.B.2. dargestellt, die Antragstellerin sehr wohl mit sämtlichen Unzulänglichkeiten ihrer Angebotskalkulation konfrontiert wurde, keine kollektivvertragliche Bindung stattgefunden hat und die Angebotsprüfung selbst unter der Heranziehung der von der Antragstellerin angegebenen Kalkulationsparameter keine betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit ergibt.

Festzuhalten ist daher, dass unter Umständen nur dann eine nochmalige Aufforderung von Nöten gewesen wäre, wenn die Aufklärung durch den Bieter vollständig ergangen wäre und diese vollständige Antwort der Antragstellerin weitere Fragen aufgeworfen hätte. Diese Voraussetzungen liegen jedoch im gegenständlichen Fall nicht vor. Zudem hätte eine Verbesserung ebenso keinen Mehrwert gebracht, zumal die Kalkulation unplausibel und der Erklärungswert eindeutig war und eine Verbesserung bzw. neuerliche Aufforderung oder Aufklärung nicht dazu dient bzw. dazu dienen kann, bereits angegebene Auskünfte bzw. Kalkulationsgrundlagen zu revidieren.

Darüber hinaus ist der Antragstellerin diesbezüglich zu entgegnen, dass es sich bei der vertieften Angebotsprüfung „um eine Plausibilitätsprüfung handelt [und] zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur – grob – geprüft werden [muss], ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann“.

Auch der Vorhalt der Antragstellerin, wonach keine kontradiktorische Angebotsprüfung stattgefunden habe, erweist sich daher als reine Schutzbehauptung und geht damit der gesamte Nachprüfungsantrag vollumfänglich ins Leere.

2.3. Eine Konkurrentin der ASt (= MB) verfasste schließlich einen Einwendungsschriftsatz mit nachstehenden hier interessierenden Passagen:

[...]

1. Unmittelbare Betroffenheit in Rechten

1.1 Partei eines Nachprüfungsverfahrens sind gemäß § 346 Abs 2 BVergG 2018 unter anderem jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können. Dazu zählen bei Anfechtung der Ausscheidensentscheidung durch einen Bieter auch dessen Mitbieter, können diese doch durch die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung einen Nachteil erleiden.

Die mitbeteiligte Partei hat in allen verfahrensgegenständlichen Losen (2, 3 und 4 des Vergabeverfahrens) fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. In sämtlichen dieser Lose ist ihr Angebot das nach jenem der Antragstellerin nächstgereihte.

Beweis: Angebotsöffnungsprotokoll vom 29.11.2019 (Beilage /I).

Die Chancen der mitbeteiligten Partei auf Auswahl als Partner für die Rahmenvereinbarung in all diesen Losen wäre daher erheblich beeinträchtigt, wenn die von der Antragstellerin angefochtene Ausscheidensentscheidung für nichtig erklärt werden würde. Die mitbeteiligte Partei wäre folglich durch die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen iSd § 346 Abs 2 BVergG 2018 nachteilig betroffen.

1.2 Anzumerken ist weiters, dass die erhobenen Einwendungen in Hinblick auf die getroffenen legislativen Maßnahmen im Zusammenhang mit der derzeitigen Situation rechtzeitig sind. Mit dem 2. COVID-19 Gesetz wurde ua das Bundesgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 im Verwaltungsverfahren, im Verfahren der Verwaltungsgerichte sowie im Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes erlassen (idF „COVID-19-VwBG“). Gemäß § 1 Abs 1 iVm § 6 Abs 1 leg cit werden in anhängigen Verfahren alle Fristen, die bis zum Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes noch nicht abgelaufen sind, bis zum Ablauf des 30. April 2020 unterbrochen. Dieses Gesetz trat mit 22.03.2020 in Kraft.

Mit dem 4. COVID-19 Gesetz wurden Sonderbestimmungen für das öffentliche Auftragswesen in Form des Bundesverfassungsgesetzes betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens (idF „COVID-19 Begleitgesetz Vergabe“) normiert. § 2 leg cit lautet: „In allen bei einem Verwaltungsgericht anhängigen Nachprüfungsverfahren [...] in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen endet die Unterbrechung aller Fristen gemäß § 1 in Verbindung mit § 6 Abs. 1 COVID-19-VwBG am 6. April 2020. Die Fristen beginnen mit 7. April 2020 neu zu laufen.“

Die Bekanntmachung der gegenständlichen Verfahrenseinleitung erfolgte am 20.03.2020. Die gemäß § 346 Abs 3 BVergG 2018 zur Verfügung stehende zehntätige Frist ab Veröffentlichung der Bekanntmachung wurde somit von der gesetzlich angeordneten Fristenunterbrechung gemäß § 1 Abs 1 iVm § 6 Abs 1 COVID-19-VwBG erfasst und mit 22.03.2020 unterbrochen. Auf Basis von § 2 COVID-19 Begleitgesetz Vergabe begann sie mit 07.04.2020 neu zu laufen.

Die mit dem gegenständlichen Schriftsatz erhobenen begründeten Einwendungen sind daher rechtzeitig, sodass die Parteistellung gemäß § 346 Abs 2 u 3 BVergG 2018 gegeben ist.

Beweis: Bekanntmachung auf der Homepage des Bundesverwaltungsgerichts (Beilage ./II).

Aus advokatorischer Vorsicht wird hilfsweise unter einem der Antrag auf Wiedereinsetzung gemäß § 346 Abs 3 letzter Satz BVergG 2018 iVm § 42 Abs 3 AVG gestellt, sollte das Gericht die von der mitbeteiligten Partei vertretene Rechtsansicht nicht teilen.

Die mitbeteiligte Partei war aufgrund der Entwicklungen seit dem 16. März 2020 und der damit einhergehenden Umwälzungen an der Erhebung der begründeten Einwendungen innerhalb von 10 Tagen ab Bekanntmachung im Internet gehindert. Darüber hinaus unterlag sie dem Rechtsirrtum, dass auch diese Frist von der gesetzlich angeordneten Fristenunterbrechung erfasst ist, welcher ebenfalls ein die Wiedereinsetzung begründbares unvorhergesehenes bzw unabwendbares Ereignis ist. An dieser Versäumnis trifft die mitbeteiligte Partei auch (wenn überhaupt) bloß minderer Grad des Versehens, wenn sie im Rahmen dieser Turbulenzen die Homepage des Bundesverwaltungsgerichts nicht regelmäßig in Blick hatte bzw aufgrund der gesetzlich angeordneten Fristenhemmung diese auch für die Frist gemäß § 346 Abs 3 BVergG 2018 als maßgeblich erachtet hat.

2. Zur fehlenden inhaltlichen Berechtigung des Nachprüfungsantrags

Mangels Kenntnis des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ist der mitbeteiligten Partei derzeit ein substantiiertes Entgegentreten zu den darin vorgebrachten Argumenten nicht möglich. Bereits aus dem der Antragstellerin übermittelten Angebotsöffnungsprotokoll zeigen sich

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at