

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

18.12.2015

Geschäftszahl

W134 2117050-2

Spruch

W134 2117050-2/40E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "NBTU Perjentunnel Neubau 2. Röhre / Bauleistung: Neubau Perjentunnel 2. Röhre", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus 1)XXXX und 2) XXXX, vertreten durch XXXX, vom 12.11.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 10.12.2015 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag "die Entscheidung der Auftraggeberin vom 02.11.2015, der Bietergemeinschaft bestehend aus der XXXX und der XXXX den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung), für nichtig zu erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen.

II. Der Antrag "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen" wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen.

III. Der Antrag "das BVwG möge der Auftraggeberin auftragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen" wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 12.11.2015, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, beehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 02.11.2015, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die Antragstellerin habe binnen offener Angebotsfrist ein Angebot gelegt. Mit Schreiben vom 02.11.2015 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, dem Angebot der Bietergemeinschaft bestehend aus der österreichischen XXXX und der schweizerischen XXXXden Zuschlag zu erteilen.

Folgende Rechtswidrigkeiten im Angebot der präsidentiven Zuschlagsempfängerin würden vorliegen:

1. Zur mangelnden Befugnis der XXXX im Speziellen:

Bei der XXXX würde es sich um eine Gesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in der Schweiz handeln. Es werde bezweifelt, ob ein rechtskräftiger Feststellungsbescheid gemäß § 373a Abs. 5 Gewerbeordnung vorliegen würde. Selbst wenn dieser vorliegen würde, dürften nur Dienstleistungen in Österreich erbracht werden, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreiten. Somit verfüge die XXXX jedenfalls nur für 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr über die erforderliche Befugnis, nicht aber für die restliche Zeit des Jahres. Daher sei das Angebot der präsidentiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden.

2. Zur mangelnden Befugnis der präsidentiven Zuschlagsempfängerin im Allgemeinen:

Leistungsgegenstand seien nicht nur ausführende Tätigkeiten sondern auch Planungsleistungen. Dafür sei die präsidentive Zuschlagsempfängerin jedoch nicht selbst befugt. Die Planungsleistungen seien im Zusammenhang mit den Kernleistungen zu mehr als 50 % von der Bietergemeinschaft als Eigenleistung selbst zu erbringen und dürften nicht an Subunternehmer weitergegeben werden. Selbst wenn die präsidentive Zuschlagsempfängerin daher einen Subunternehmer für Planungsleistungen namhaft gemacht hätte, wäre sie nicht zur Erbringung der Planungsleistungen als Eigenleistung befugt und ihr Angebot daher auszuschneiden. Weiters würde der präsidentiven Zuschlagsempfängerin - falls sie keinen dazu befugten Subunternehmer namhaft gemacht habe - die Befugnis für folgende Tätigkeiten fehlen:

- a) das Sammeln von Abfällen,
- b) das Herstellen, Einrichten, Betreiben und Räumen von Sprengstofflagern,
- c) das Durchführen von geotechnischen Messungen,
- d) dass Prüfen des Aushubmaterials,
- e) das Durchführen von Lastplattenversuchen,
- f) das Erstellen oder Prüfen der Pläne und statischen Berechnungen sowie Überprüfen und Freigeben dieser Einrichtungen und Gerüste durch einen Ziviltechniker mit entsprechender Befugnis,
- g) Spenglerarbeiten,
- h) Metallbauarbeiten,
- i) Metalltechnikarbeiten,
- j) das Nachweisen des Brandverhaltens der Gesamtkonstruktion durch einen Prüfbericht einer Prüf-, Überwachungs- und Zertifizierungsstelle,
- k) das Erstellen oder Prüfen der statischen Berechnungen sowie der Konstruktionspläne durch einen Ziviltechniker,
- l) diverse weitere Arbeiten wie Vermessungsarbeiten, Erschütterungsmessungen, Sprengsachverständigenarbeiten und diverse Abnahmen und Überprüfungen durch eine akkreditierte Prüfstelle.

3. Zur mangelnden technischen Leistungsfähigkeit der präsidentiven Zuschlagsempfängerin:

Die XXXX verfüge nur für einen Zeitraum von 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr über die erforderliche Befugnis und könne daher die personellen und technischen Kapazitäten nur in dieser Zeit heranziehen. Dies bedeute, dass der präsidentiven Zuschlagsempfängerin die Kapazitäten der XXXX für ganze 256 Arbeitstage pro

Jahr nicht zur Verfügung stehe. Für diesen Zeitraum könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher für die Leistungserbringung nur die Kapazitäten der XXXX (etwa 45 Mitarbeiter) heranziehen. Dies sei nicht ausreichend, um das geplante Bauende 31.03.2019 einhalten zu können. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher auch wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden.

4. Zum unangemessen niedrigen Gesamtpreis des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege um mehr als € 500.000 unter dem Preis der Zweitgereihten und fast € 1 Million unter dem Preis der drittgereihten Antragstellerin. Diese nicht unerheblichen Preisunterschiede würden auf eine spekulative Preisgestaltung hindeuten, weshalb das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden sei. Vor diesem Hintergrund sei die Auftraggeberin zu Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen.

5. Zur Aufgliederung der Subunternehmerkosten im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Sofern die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Subunternehmerleistungen für wesentliche Positionen in den K7 Blättern nicht ausschreibungskonform ausgewiesen habe, sei ihr Angebot auszuschneiden.

6. Zur unzulässigen Legung zweier Hauptangebote durch die Bietergemeinschaft XXXX:

Umstände würden dafür sprechen, dass von der Bietergemeinschaft XXXX im Alternativangebot lediglich ein pauschaler Nachlass auf die Angebotssumme des Hauptangebotes angeboten worden sei. In diesem Fall würde es sich bei den beiden Angeboten um 2 inhaltlich idente Hauptangebote handeln die sich lediglich im Preis unterscheiden, was unzulässig sei und das Ausscheiden beide Angebote zur Folge haben müsse.

7. Zur fehlenden technischen Gleichwertigkeit des Alternativangebotes der Bietergemeinschaft XXXX:

Selbst wenn es sich bei den beiden Angeboten der Bietergemeinschaft XXXX nicht um 2 inhaltlich identische Hauptangebote handeln würde, wäre die technische Gleichwertigkeit des Alternativangebotes nicht gegeben und dieses Angebot daher auszuschneiden.

8. Zur mangelnden Befugnis der Bietergemeinschaft XXXX:

Es würde der Bietergemeinschaft XXXX - falls sie keine dazu befugten Subunternehmer namhaft gemacht habe - die Befugnis für diverse Tätigkeiten fehlen.

9. Zum unangemessen niedrigen Gesamtpreis des Alternativangebotes der Bietergemeinschaft XXXX:

Das Angebot der Bietergemeinschaft XXXX liege um fast € 400.000 unter dem Preis der drittgereihten Antragstellerin. Dieser nicht unerhebliche Preisunterschied würde auf eine spekulative Preisgestaltung hindeuten, weshalb das Angebot der Bietergemeinschaft XXXX auszuschneiden sei. Vor diesem Hintergrund sei die Auftraggeberin zu Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen.

10. Zur Aufgliederung der Subunternehmerkosten im Angebot der Bietergemeinschaft XXXX

Sofern die Bietergemeinschaft XXXX die Subunternehmerleistungen für wesentliche Positionen in den K7 Blättern nicht ausschreibungskonform ausgewiesen habe, sei ihr Angebot auszuschneiden.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 16.11.2015 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 21.07.2015, in der EU am 16.07.2015 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidungsentscheidung sei am 02.11.2015 zu Gunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1) XXXX und 2) XXXX bekannt gegeben worden.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 19.11.2015, W134 2117050-1/3E, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Mit Schreiben vom 20.11.2015 erhob die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX und 2. XXXX begründete Einwendungen.

Mit Schreiben der präsidentlichen Zuschlagsempfängerin Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX und 2. XXXX vom 20.11.2015 erhob diese begründete Einwendungen. Es mangle der Antragstellerin an der Antragslegitimation, da diese keine Aussicht auf den Zuschlag habe, da sie nur drittgereiht sei und selbst dann, wenn die präsidentliche Zuschlagsempfängerin nicht für den Zuschlag infrage komme, der Zweitgereihten Bietergemeinschaft XXXX der Zuschlag zustünde. Die präsidentliche Zuschlagsempfängerin sei für den gegenständlichen Auftrag befugt und geeignet.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 24.11.2015 nahm diese im Detail zum Vorbringen im Nachprüfungsantrag Stellung und beantragte die Abweisung desselben.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 07.12.2015 sowie der mitbeteiligten Partei vom gleichen Tag haben diese ergänzende Stellungnahmen abgegeben.

Am 10.12.2015 hat darüber im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Dabei wurde von den Parteien unter anderem folgendes angegeben:

"Gruber: Grundsätzlich sollen nun die einzelnen Punkte des Nachprüfungsantrages durchgegangen werden. Beginnend mit Pkt. 6.1.3.

Gruber fragt die präsidentliche Zuschlagsempfängerin: An wie vielen Arbeitstagen pro Kalenderjahr wird die XXXX ihre Leistungen erbringen?

XXXX: Die XXXX hat ein System von einem Pool von Arbeitskräften und Geräten und Ingenieuren entwickelt, derart dass die Ressourcen für die Dauer ihrer Nutzung direkt der jeweiligen Landesgesellschaft überstellt werden. Direkte mit Personaleinsatz der XXXX vorgesehene Maßnahmen, wie z.B. Firmenratssitzungen oder Koordinationssitzungen auf Geschäftsleitungsebene sind maximal einmal wöchentlich einen Tag vorgesehen, sodass maximal 52 Arbeitstag pro Kalenderjahr von der XXXX in Österreich im gegenständlichen Auftrag gearbeitet werden wird. Das gewerbliche Personal ist zwar bei der XXXX vorhanden, wird aber für den Einsatz im gegenständlichen Auftrag in den Personalstand der XXXX überstellt. Dies betrifft lediglich das Personal das nicht ständig bei der XXXX tätig ist. Auf diese Weise erfolgt überhaupt keine Gewerbeausübung der XXXX in Österreich, weil die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten und Aufsichts- und Weisungsrechten aufgrund des Umstandes, dass die XXXX eine 100%ige Tochter der XXXX ist, in das Innenverhältnis der Gesellschafter fällt.

XXXX: Wie viele Arbeiter beschäftigt die XXXX derzeit?

XXXX: Die XXXX beschäftigt derzeit selbst über 50 Mineure. Falls weitere Mineure erforderlich sind, werden weitere bis zu 70 österreichische Mineure, die derzeit in Norwegen beschäftigt sind, und ab Jahresende verfügbar sind, hinzugezogen. Diese 70 österreichischen Mineure sind derzeit im Personal-Pool der XXXX überstellt worden und stehen der XXXX jederzeit zur Verfügung. Selbst wenn dies nicht ausreichend wäre, könnten wir noch auf einen weiteren Personal-Pool, der dem Zugriff der XXXX unterliegt, zugreifen. Diese 70 österreichischen Mineure werden im nächsten Jahr zur Gänze bei der XXXX angemeldet.

XXXX: Ich stelle den Antrag, dass seitens der präsidentlichen Zuschlagsempfängerin die arbeitsrechtlichen Unterlagen der angeblich nach Norwegen entsendeten Mineure offengelegt werden.

Hat die XXXX eine Gewerbebefugnis für Arbeitskräfte-Überlassung?

XXXX: Das kann ich ad hoc nicht sagen, weil in der Schweiz das Gewerbe anders funktioniert. Es wäre vollkommen unwirtschaftlich, in der Schweiz angemeldete Arbeitskräfte anstatt in den Personalstand der XXXX überstellt zu werden, in der Schweiz angemeldet bleiben. Wir beschäftigen diese Leute hier in Österreich, bei der XXXX. Im Übrigen benötigen wir diese 70 zusätzlichen Mineure für die Ausführung des gegenständlichen Auftrages nicht, sondern es reichen uns die bereits derzeit bei der XXXX beschäftigten 50 Mineure um den gegenständlichen Auftrag durchzuführen. Ich spreche mich gegen die Zulassung des obenstehenden Antrages aus, da Namen und Adressen von Mineuren eine zentrale, wettbewerbliche Information sind, da gutes Personal

abgeworben werden könnte und die Löhne, die die XXXX bezahlt, ebenfalls ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis sind. Im Übrigen ist die Frage gar nicht relevant.

XXXX: Wofür wurde die XXXX überhaupt als Arge-Partner genannt?

XXXX: Der Hauptgrund ist der Erwerb von Referenzen in Österreich für die XXXX. Es ist aber auch angedacht, leistungsfähige Großgeräte beizustellen, zumal als die XXXX über eine wissenschaftliche Abteilung verfügt, die sich mit der gesamten Bergtechnik beschäftigt. Sie stellt daher Knowhow und Geräte zur Verfügung.

XXXX fragt die Auftraggeberin, ob sie im Zuge der Angebotsprüfung auch geprüft hat, welche Leistungen von welchem BIEGE-Partner der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erbracht wird und insbesondere, ob angesichts des sehr strengen Bauzeitplans die XXXX alleine bzw. mit einer lediglich 90tägigen Unterstützung der XXXX pro Jahr in der Lage ist, die Leistungen zeitgerecht zu erbringen?

XXXX: Dieses Thema wurde von der Auftraggeberin geprüft. Entsprechend der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen musste sich die BIEGE nicht deklarieren, welche Leistungen von welchem BIEGE-partner ausgeführt werden. Aus Sicht der Auftraggeberin ist für die Umsetzung des gegenständlichen Auftrages der Nachweis eines gewissen Stammpersonals zu erbringen. Dieser liegt zwischen 5 bis 8 Personen im Bereich der Baustellenleitung, bezüglich des einzusetzenden gewerblichen Personal ist bei der Annahme, dass zwei Vortriebe durchgeführt werden, mit jeweils einer Vier "Drittel" Mannschaft zu jeweils 5 Mann. Daher sind 40 Mineure für die Umsetzung erforderlich. D.h. die XXXX wäre für die Durchführung des Auftrages alleine geeignet. In diesem Zusammenhang muss man auch bedenken, dass es im Bau üblich ist, dass man projektbezogenes Personal beschäftigt. Auch aus diesem Grund wäre kein Rückgriff auf die XXXX erforderlich. Abgesehen davon, wurden von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch Sub-Unternehmer genannt, die weitere Leistungen erbringen.

XXXX. Ist es im Prüfbericht vermerkt, dass die XXXX nur 90 Tage im Jahr tätig sein darf?

XXXX: Im Prüfbericht wurde festgehalten, dass die Befugnis im Sinne der Gewerbeordnung (speziell der Dienstleistungsanzeige bzw. Feststellungs- und Gleichheitsbescheide) vorliegen. Zudem wurde festgehalten, dass die BIEGE technisch leistungsfähig ist. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen im Vergabeakt (insbesondere Bescheid gemäß § 373a Abs. 5 Zif. 2 GewO) bzw. der Mitteilung gem. § 373c Abs. 1 GewO wurde dokumentiert, dass die XXXX lediglich 90 Tage Leistungen in Österreich erbringen darf.

XXXX: Die Auftraggeberin hält nach eigener Schätzung 40 Mineure für erforderlich um die Arbeiten entsprechend dem Bauzeitplan durchzuführen. Gleichzeitig verfüge die XXXX über 40 bis 50 Mineure. Damit ist die XXXX aber klar technisch nicht leistungsfähig.

XXXX: Die Auftraggeberin gab bekannt (Seite 3 OZ 23 und siehe oben Protokoll), die Befugnis der XXXX im Hinblick auf die Ausübung des Gewerbes "Baugewerbetreibender, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten im Tiefbau" geprüft zu haben. Weiters wurde bekanntgegeben, dass die Verteilung der Leistungen innerhalb der ARGE nicht bekannt ist. Im Zuge der heutigen Verhandlung wurde von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mitgeteilt, dass keine ausführenden Leistungen (siehe Protokoll oben "gewerbliche Tätigkeiten") erbracht werden. Es werde Personal an die österreichische Tochtergesellschaft überlassen. Da die Auftraggeberin die Befugnis bloß im Hinblick auf eine "abstrakte Leistungsaufteilung" und nicht auf die konkrete Leistungsaufteilung bezogen geprüft hat, ist die Prüfung der Befugnis nicht abgeschlossen. Nicht geprüft wurde, ob die XXXX für die oben bekanntgebenden Leistungsteile befugt ist. Die Angebotsprüfung ist nicht abgeschlossen. Auf die Regelung im BVerG, dass jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft über die Befugnis für den von ihr übernommenen Leistungsteil verfügen muss, wird hingewiesen.

XXXX fragt die Auftraggeberin: Von welcher Leistungsaufteilung zwischen der XXXX und der XXXX sind Sie ausgegangen?

XXXX: Aufgrund der Festlegungen in der Ausschreibungsunterlagen ist es irrelevant (ausgenommen der 90 Tage-Regelung) welcher Leistungsteil von welchem BIEGE-Partner ausgeführt wird. Selbst wenn die XXXX nur 10 Tage in Österreich tätig wäre, erfolgte unsere Prüfung der Befugnis dahingehend, ob die Leistungen erbracht werden dürfen, aufgrund der vorliegenden Befugnisse im Sinne der GewO, ist sowohl die XXXX als auch die XXXX zur Ausführung des Auftrages befugt.

XXXX: Das Antragsteller und Mitbeteiligten -Vorbringen übersieht, dass der rechtliche Charakter der Zusammenarbeit der verbundenen Unternehmen gem. § 76 BVerG irrelevant ist, sodass jede von 0 bis 100%

beliebe Verteilung der Aufgaben möglich ist und es nur darum geht, dass beide Rechtspersönlichkeiten gemeinsam am Tag der Angebotseröffnung über die nötigen Ressourcen verfügt hat.

GRUBER: Wir gehen weiter zu den einzelnen im NPA vorgebrachte Positionen des Leistungsverzeichnisses gemäß 6.2. des NPA ad 00.B112:

GRUBER fragt die präsumtiven Zuschlagsempfängerin: Können diejenigen Prozentsätze im Schreiben der Auftraggeberin vom 24.11.2015, welche relativ sehr geringe Prozentsätze unter einem Prozent ausweisen, hier in der Verhandlung offengelegt werden?

XXXX: Ja, dies ist möglich und verletzt aufgrund der geringen Beträge (<1%) keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

GRUBER: Es wird offengelegt, dass der geschwärzte Prozentsatz im Schreiben der Auftraggeberin vom 24.11.2015 ad Pos. 00.B112 < 0,1% der Angebotssumme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausmacht.

XXXX: Im Falle einer ausdrücklich auf Ausführungsleistungen eingeschränkte Befugnis dürfen Planungsleistungen nicht im Umweg von Nebenrechten des § 32 GewO erbracht werden.

XXXX: Für beispielsweise diese Blechtüren haben wir einen Subunternehmer benannt. Dieser hat die entsprechende Gewerbeberechtigung-Schlosser.

XXXX wird eine Kopie des seinen Mandanten betreffenden Vergabeberichtes der ASFINAG übergeben.

GRUBER: Offengelegt wird, dass bei folgenden Positionen im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der angebotene Positionspreis folgenden Prozentsatz des Gesamtpreises des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausmacht:

Pos. 00.B112: < 0,1%

Pos. OG 01.57: ca. 0,4%

30.235001C und 30.235033F: <0,1 %

OG 30.31 und OG 30.32: jeweils < 0,1%

Ad Pos. 00.B103C

XXXX: Es wird angegeben, dass hier offenbar doch keine Planungsleistungen durch den Bieter vorzunehmen sind.

Ad Pos. OO.B104G:

XXXX: Ja; es wurde ein Subunternehmer genannt. Dieser verfügt über die Befugnis zur Sammlung von Abfällen und liegt eine entsprechende Verpflichtungserklärung im Akt (Anlage 7 zum Vergabeakt).

Der Senat nimmt Einsicht in die entsprechende Verpflichtungserklärung im Vergabeakt.

Ad Pos. OG 01.02:

XXXX wird von GRUBER die ungeschwärzte Version auf Seite 6 der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 24.11.2015 gezeigt. Dieser willigt ein, dass die dort genannten Prozentsätze in der mündlichen Verhandlung offengelegt werden können.

GRUBER: Die Summe aller Positionen mit Sprengleistungen (enthalten in der OG 10 und 11) ergibt einen Kostenanteil an der Gesamtangebotssumme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von 2%. Die Kosten für das Sprengmittellager haben einen Anteil von <0,1%.

Ad OG 01.57:

XXXX: Für diese Position haben wir einen Subunternehmer benannt. Dieser findet sich an vorletzter Position, an der von mir heute vorgelegten Subunternehmer-Erklärungen.

XXXX: Nach Durchsicht der Subunternehmer-Erklärungen bestätige ich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin für diese Position, den an vorletzter Position genannten Unternehmer benannt hat.

Ad OG 01.90

XXXX: Die akkreditierte Prüfstelle wird von Seiten der Auftraggeberin beauftragt. Dadurch soll sichergestellt werden, dass sich der jeweilige Auftragnehmer nicht selbst kontrolliert.

Ad OG 06.03:

XXXX: In dieser Position wird nicht ausdrücklich ausgeführt, wer Auftraggeber für die Prüfung durch die akkreditierte Prüfstelle sein soll. Aber auch hier macht es nur Sinn, dass der Auftraggeber die Prüfanstalt beauftragt, zumal es nicht sein kann, dass sich der Auftragnehmer selbst kontrolliert. Im Übrigen handelt es sich bei dem Angebotspreis dieser Position des präsumtiven Zuschlagsempfängers im Verhältnis zu seinem Gesamtangebotspreis um einen Preis $<0.1\%$ (im 100,-- Euro-Bereich).

XXXX: Gemäß dem Positionstext (06.033038) ist diese Leistung, durch eine akkreditierte Prüfstelle und nicht durch den Auftragnehmer selbst durchzuführen, d.h. es ist zwingend ein Subunternehmer zu beauftragen. Aus der Zuweisung des Prüftyps A2 im Prüfbuch (Teil B 3.4. der Ausschreibung) folgt außerdem, dass diese Leistung nicht durch den Auftraggeber zu beauftragen ist, sondern durch den Auftragnehmer.

XXXX: Ich verweise auf das bisherige Vorbringen. Selbst die Antragstellerin ist davon ausgegangen, dass die akkreditierte Prüfanstalt von der Auftraggeberin bestellt wird, da sie keinen geeigneten Subunternehmer namhaft gemacht hat.

XXXX: Der Antragstellervertreter bestreitet das Vorbringen der Auftraggeberin. Es wurde sehr wohl ein Unternehmen als Subunternehmen benannt, das als akkreditierte Prüfanstalt befugt ist.

XXXX: Aus Sicht der Auftraggeberin hat eine akkreditierte Prüfstelle unabhängig zu sein. Soweit bekannt, verfügt der von der Antragstellerin namhaft gemachten Subunternehmer lediglich über ein technisches Labor. Dieses technische Labor ist nicht gleichzusetzen mit einer akkreditierten Prüfanstalt.

XXXX: Es gibt in Österreich nur drei für diese Art von Untersuchungen akkreditierte Prüfstellen. Nämlich XXXX, XXXX und XXXX. Alle anderen Unternehmen unterhalten lediglich Labore, sie sind nicht als Prüfanstalt akkreditiert. Es ist daher ausgeschlossen, dass eine Prüfanstalt gleichzeitig als Subunternehmen Tiefbauleistungen ausführt. Wenn die Antragstellerin meint, dass sie mit einem Subunternehmer der gleichzeitig ein Labor hat, diese Ausschreibungsanforderungen erfüllen könnte, so trifft das nicht zu, weil ein Labor keine akkreditiert Prüfanstalt ist. Darüber hinaus führen akkreditiert Prüfanstalten keine Erdbauleistungen aus. Mit dem Vorbringen des XXXX hat die Antragstellerin einen Tatbestand für das Ausscheiden ihres Angebots und damit die mangelnde Antragslegitimation zugestanden. Selbst, wenn es eine Prüfanstalt gäbe, die die Tiefbauleistungen selbst ausführt, ist es undenkbar, dass ein und derselbe Subunternehmer sowohl ausführt, und sich dann selbst überprüft. Nach dem Standpunkt der Antragstellerin hätte sie daher zwei Subunternehmer anbieten müssen. Nämlich einmal den, der die Leistung ausführt, und einmal eine akkreditiert Prüfstelle. Da sie das nicht getan hat, ergibt sich schon aus dem Eingeständnis, das sie ein und denselben Subunternehmer sowohl für die Ausführung als auch für die Prüfung angegeben hat. Wir haben aus dem Verständnis, dass die ASFINAG die akkreditierte Prüfanstalt, beauftragt selbst keinen Subunternehmer der eine akkreditiert Prüfanstalt ist, benannt. Allerdings zur Ausführung der Leistung haben wir den letzten in der Subunternehmen-Erklärungen-Liste angeführten Subunternehmer angeboten.

XXXX: Ein technisches Labor erfüllt sehr wohl die Voraussetzungen einer akkreditierten Prüfstelle. Insbesondere wurde in den Unterlagen der Begriff akkreditiert Prüfanstalt nicht definiert. Im Positionstext von OG 06.03 ist nicht von einer unabhängigen akkreditiert Prüfanstalt die Rede, sondern nur von einer akkreditiert Prüfanstalt. Im Unterschied dazu sieht der Positionstext zu OG 01.90 sehr wohl den Einsatz einer unabhängigen akkreditiert Prüfanstalt vor.

XXXX: Einem technischen Labor, wie dem von der Antragstellerin benannten Subunternehmer, fehlt es an der geforderten Akkreditierung des BMWFW. Die ist sehr wohl gefordert. Deshalb kann der von der Antragstellerin genannte Subunternehmer nicht mit einer akkreditiert Prüfanstalt gleichgestellt werden.

XXXX: Die Legaldefinition der akkreditierten Prüfanstalt ist im Akkreditierungsgesetz gegeben. Ebenso Unvereinbarkeitsregeln. Im Vorbringen des XXXX liegt das Geständnis, dass er keine akkreditiert Prüfanstalt genannt hat.

Ad OG 12.08 und OG 13.06 und OG 15.06:

XXXX: Ergänzend wird dazu vorgebracht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin dazu als Subunternehmer ein Ziviltechniker Büro benannt hat.

Ad OG 30.23: Kein Parteivorbringen

Ad OG 30.31 und 30.32: Kein Parteivorbringen

Ad OG 30.33:

XXXX: Ergänzend wird vorgebracht, dass ein Ziviltechniker von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannt wurde.

XXXX: Ein Ziviltechniker ist keine Prüf-, Überwachungs- und Zertifizierungsstelle.

XXXX: Solche Fassaden-Elemente, wie Fenster, werden in der Regel als Serienprodukt hergestellt und sind bereits entsprechend geprüft.

XXXX: Für den Pkt. "I" auf Seite 11 des NPA (weitere erforderliche Gewerbeberechtigungen) verweise ich auf mein bisheriges Vorbringen bzw. wurde dies alles bereits in den obengenannten Positionen behandelt. Ohne Kenntnis der zu erbringenden Leistung, kann keine Befugnisprüfung durchgeführt werden.

Zum Pkt. 6.3 des NPA (technische Leistungsfähigkeit)

XXXX: Aufgrund der bisherigen Ausführungen der Auftraggeberin sowie der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist davon auszugehen, dass der Nachweis der Referenzen für die technische Leistungsfähigkeit betreffend Neubau eines Tunnels von der XXXX erbracht wurde. Weiters wurde von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eingeräumt, dass die Tunnelbauleistungen ausschließlich von der XXXX erbracht werden. Damit geht der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ins Leere, da laut Rechtsprechung des BVwG vom 09.10.2015, W139 2112388-2/35E, derjenige der die Referenzen beibringt, auch die Leistung ausführen muss.

XXXX: Das genannte Judikat ist nicht einschlägig auf den vorliegenden Fall anwendbar.

XXXX: Zunächst hat die XXXX mehrere Referenzen vorgelegt, bei denen sie selbst ausgeführt hat, u.a. den Bibra-Tunnel für die deutsche Bahn und den Kramer-Tunnel in Garmischpartenkirchen. Darüber hinaus wurden eine ganze Reihe von anderen Tunneln ausgeführt. Nach der Judikatur kann eine Mutterunternehmung ihrer Tochter-Unternehmung die Referenzen zur Verfügung stellen, ohne irgendwelche Leistungen zu erbringen. Im vorliegenden Fall herrscht eine enge Verbindung zwischen XXXX und XXXX (die XXXX ist eine 100%ige Tochter der XXXX). Die Erbringung der Ingenieur- und Führungsleistungen ist essentiell für den Erfolg der Baudurchführung. Es gelten daher sowohl die Referenzen der XXXX und die Referenzen der XXXX.

XXXX: Es sind zwei Referenzen von der XXXX und der XXXX erbracht worden, gemeinsam in eine ARGE. Die dritte Referenz wurde von der XXXX alleine erbracht. Im Sinne des § 76 BVerG wäre selbst bei der Annahme, dass keine Leistungsteile von der XXXX erbracht werden, es zulässig, sich auf die Referenzen der XXXX zu stützen (Erkenntnis von XXXX zur Unterflurtrasse St. Niklas). Die Referenzen, der XXXX alleine würden nicht ausreichen, um die technische Leistungsfähigkeit zu dokumentieren. Dies ist aber auch nicht erforderlich.

XXXX: Ich möchte darauf hinweisen, dass wir mehr als zwei Referenzprojekte angegeben haben. Diese über 30 angegebenen Referenzprojekte sind ausreichend, um die technische Leistungsfähigkeit der XXXX alleine zu dokumentieren.

Zu Pkt. 6.4. des NPA:

XXXX: Ergänzend zu meinem Schriftsatz vom 24.11.2015, Seite 13, wird vorgebracht, dass in sämtlichen Positionen in denen Alsag-Gebühren anfallen, diese Gebühren auch angeboten wurden. Zieht man den höchstmöglichen Gebührensatz heran, sieht man anhand der angebotenen Einheitspreise, dass diese jedenfalls gedeckt sind. Es wurden sämtliche Positionen des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geprüft. Diese Positionen waren nicht auffällig, dies insbesondere deshalb, weil die Einheitspreise in diesen Positionen im Vergleich zu den Preisen der Mitbieter und der Kostenschätzung nur geringfügig unterschieden. Eine schriftliche Aufklärung war daher nicht erforderlich, da die Preise angemessen und plausible waren.

XXXX: Wurde in den K7 Blätter die Zusammensetzung der Entsorgungspositionen im Detail offengelegt? Wurde insbesondere die Höhe des angesetzten Alsag-Beitrages offengelegt?

XXXX: Die Alsag Gebühren wurden in den K7 Blättern nicht gesondert ausgewiesen. Entsprechend den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen war eine gesonderte Ausweisung nicht geboten.

XXXX: Weisen die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit dem Angebot vorgelegten K 7 Blätter lediglich eine (unzureichende) Aufschlüsselung der Bestandteile in Lohn und sonstiges auf? (NPA 6.5. der Antragstellerin und meinen Schriftsatz).

XXXX: Mit dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurden für sämtliche wesentliche Positionen K7 Blätter (in Form eines K7 Blattes, nicht in Form eines abgeänderten Leistungsverzeichnisses) abgegeben. Abgesehen davon liegen K7 Blätter für sämtliche Positionen im Akt auf. Die K7 Blätter weisen einen dementsprechenden Detaillierungsgrad analog zu den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen auf. Es findet sich in den K7 Blättern nicht lediglich die Angabe zu Lohn und sonstiges. Im Zuge der Angebotsprüfung war der erste Schritt jener, dass die drei erstgereihten Bieter eine Aufforderung erhalten haben, in der sie aufgefordert wurden, die K7 Blätter zu sämtlichen Positionen inklusive der wesentlichen Positionen vorzulegen bzw. nachzureichen. Sämtliche K7 Blätter zu den wesentlichen Positionen wurden mit dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abgegeben. Der Detaillierungsgrad als solcher, findet sich in den K7 Blättern wieder."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die ASFINAG vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwelkenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 21.07.2015, in der EU am 16.07.2015 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidungsentscheidung ist am 02.11.2015 zu Gunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1) XXXX und 2) XXXX bekannt gegeben worden. (Schreiben der Auftraggeberin vom 16.11.2015).

Die Ausschreibungsunterlagen "B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen" lauten auszugsweise:

"1.1.24 Subunternehmer

Die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer ist zulässig. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig.

Der Bieter hat nur hinsichtlich wesentlicher Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen bekannt zu geben.

Auftragsteile sind dann wesentlich, wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt und aus diesem Grund einen entsprechend geeigneten Subunternehmer namhaft macht.

Insbesondere wird auch auf Leistungen kleineren Umfanges hingewiesen. Auch für solche Leistungen muss die notwendige Befugnis nachgewiesen und gegebenenfalls im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" angeführt werden, soweit der Bieter zur Ausführung dieser Leistungen nicht gemäß den Bestimmungen des § 32 bzw. § 99 GewO befugt ist.

[...]

1.1.25.2 Nachweis der Befugnis

Der Bieter muss nachweisen, dass er nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes die zur Ausführung der betreffenden Bauleistung erforderliche Berechtigung besitzt.

[...]" (Ausschreibungsunterlagen)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024).

Allfällige Rechtswidrigkeiten einer bestandsfesten Entscheidung dürfen von der Vergabekontrollbehörde im Rahmen der Nachprüfung einer späteren Auftraggeberentscheidung nicht aufgegriffen werden (VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029).

3. a) Zum Nachprüfungsantrag (Spruchpunkt A) I.):

Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der Befugnis mangeln würde, weil die XXXX als Gesellschaft nach schweizerischem Recht nicht über die nötigen Feststellungsbescheide des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit gemäß § 373a Abs. 5 Gewerbeordnung verfügen würde und diese gemäß § 373b Gewerbeordnung nur Dienstleistungen in Österreich erbringen dürfe, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreiten würde.

Entsprechend den bestandsfesten allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen Punkt 1.1.25.2 muss der Bieter nachweisen, dass er nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes die zur Ausführung der betreffenden Bauleistung erforderliche Berechtigung besitzt. Dass die XXXX nach Maßgabe der Rechtsvorschriften der Schweiz die zur Ausführung von Tunnelbauarbeiten erforderliche Berechtigung besitzt, ergibt sich aus dem Vergabeakt (Beilage zum Vergabebericht) und war im Übrigen unbestritten. Eine Einschränkung ihrer Tätigkeit wie sie § 373b Gewerbeordnung vorsieht ergibt sich aus den Rechtsvorschriften der Schweiz nicht. Die XXXX verfügt über die Befugnis "Baumeister gemäß § 94 Z. 5 GewO 1994, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten".

Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass sich aus den Beilagen zum Vergabebericht ergibt, die XXXX eine Dienstleistungsanzeige gemäß § 373a Gewerbeordnung gemacht hat und eine Mitteilung gemäß § 373a Abs. 5 Z 2 Gewerbeordnung im Vergabeakt einlegt, wonach die XXXX die Tätigkeit "Baumeistergewerbe, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten im Tiefbau" in Österreich zulässigerweise erbringen darf. Zudem liegt ein Bescheid im Sinne des § 373c GewO vor (vergleiche dazu und zur Frage der Zulässigkeit der Tätigkeit von Gesellschaften die nach Schweizer Recht gegründet wurden in Österreich im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit sowie im Rahmen der Niederlassungsfreiheit: Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 3. Auflage, § 373b Rz 2ff).

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erfüllt daher (zeitlich uneingeschränkt) die Ausschreibungsbestimmungen betreffend die Befugnis für das Baumeistergewerbe, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten.

Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weiters an der Befugnis mangeln würde, weil sie nicht befugt sei, verschiedene Tätigkeiten entsprechend diverser Positionen im Leistungsverzeichnis auszuführen. Dabei handelt es sich um folgende Positionen (in Klammer wird der

Prozentsatz der jeweiligen Position an der Gesamtsumme des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin oder eine entsprechende Anmerkung angeben):

1. 00.B112 (<0,1%)
2. 00.B103C (entfällt da entsprechend den zutreffenden Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung keine Planungsleistungen durch den Bieter vorzunehmen sind)
3. 00.B104G (hier wurde entsprechend den nachvollziehbaren Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein geeigneter Subunternehmer benannt)
4. OG 01.02 (2%)
5. OG 01.57 (hier wurde entsprechend den nachvollziehbaren Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein geeigneter Subunternehmer benannt)
6. OG 01.90 (die akkreditierte Prüfstelle wird von Seiten der Auftraggeberin beauftragt; die Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist daher hier nicht zu prüfen)
7. OG 06.03 (hier hat entsprechend der Position 06033038 eine akkreditierte Prüfanstalt Versuche durchzuführen. Eine ausdrückliche Beauftragung durch die Auftraggeberin wie in OG 01.90 kann den Ausschreibungsunterlagen nicht entnommen werden, weshalb davon auszugehen ist, dass diese Leistung durch den Auftragnehmer zu beauftragen ist. Eine Prüfung der Befugnis entsprechend Punkt 1.1.24 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen dieses unwesentlichen Auftragsteiles (<0,1%) entfällt jedoch, weil gemäß § 5 Akkreditierungsgesetz 2012 solche Tätigkeiten nicht den Bestimmungen der Gewerbeordnung unterliegen.)
8. OG 12.08, OG 13.06 und OG 15.06 (hier wurde entsprechend den nachvollziehbaren Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein geeigneter Subunternehmer benannt)
9. OG 30.23 (<0,1%)
10. OG 30.31 (<0,1%)
11. OG 30.32 (<0,1%)
12. OG 30.33 (hier wurde entsprechend den nachvollziehbaren Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein geeigneter Subunternehmer benannt)

§ 32 Abs 1 Z 1 GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004, lautet:

"(1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu:

1. alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen;"

Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin steht das Nebenrecht gemäß § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO zu, in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Dabei ist entsprechend der Judikatur des VwGH eine rein quantitative Betrachtung der prozentuellen Anteile der strittigen Leistungen an der Auftragssumme des betroffenen Gewerbetreibenden maßgeblich (VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210). Der prozentuelle Anteil der strittigen oben aufgezeigten Leistungen an der Auftragssumme des präsumtiven Zuschlagsempfängers beträgt in Summe unter 3 %. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner bisherigen Rechtsprechung eine Prozentgrenze von 6,43 % der Angebotssumme (VwGH 24.02.2010, 2006/04/0148) als noch geringen Umfang der Leistung iSd § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 angesehen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist daher bei den oben genannten Positionen des Leistungsverzeichnisses für deren Ausführung sie nicht selbst befugt ist berechtigt, sich auf ihr Nebenrecht gemäß § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO zu stützen und verfügt daher über die notwendige Befugnis zur Ausführung des gegenständlichen Auftrages.

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass es der präsidentiven Zuschlagsempfängerin an der technischen Leistungsfähigkeit mangeln würde.

Die Auftraggeberin hat dazu schlüssig und nachvollziehbar angegeben, dass 2 Referenzen von der XXXX und der XXXX gemeinsam in einer Arge erbracht wurden. Die 3. Referenz wurde von der XXXX alleine erbracht. Die Referenzen der XXXX alleine reichen nicht aus, um die technische Leistungsfähigkeit zu dokumentieren.

§ 76 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010, lautet:

"Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen."

Die XXXX und die XXXX sind verbundene Unternehmen, wobei die XXXX eine hundertprozentige Tochter der XXXX ist. In einer solchen Situation kann sich die XXXX gemäß § 76 BVergG auf die Kapazitäten ihrer Mutter, der XXXX, stützen, wobei aufgrund des Vergabeaktes kein Zweifel besteht, dass der XXXX die für die Ausführung des Auftrages bei der XXXX im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Die technische Leistungsfähigkeit der präsidentiven Zuschlagsempfängerin ist daher gegeben.

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass der Gesamtpreis des Angebotes der präsidentiven Zuschlagsempfängerin unangemessen niedrig sei, vor diesem Hintergrund eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt hätte werden müssen und der Verdacht von Unterpreisen bzw. spekulativen Preisen bei verschiedenen Leistungspositionen (unter anderem bei den Positionen 01.02.1126A Z Aufz. Inertstoffdeponie, 01.02.1126B Z Aufz. Reststoffdeponie, 01.02.1126C Z Aufz. Baurestmassendeponie und 01.02.1126D Z Aufz. Massenabfalldeponie) bestehe.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG 2006 mit Verweis auf seine Vorjudikatur zum BVergG 2002 (Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2004/04/0032) festgehalten, dass es Aufgabe des Auftraggebers ist, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen. Die Vergabekontrollbehörde hat nicht nur zu prüfen, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist. Sie hat vielmehr - ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung - unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen, wobei im Einzelnen die in § 125 Abs. 4 Z. 1 bis 3 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hiebei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (VwGH 05.11.2010, 2006/04/0245).

Die Auftraggeberin hat dazu vorgebracht, dass sie das Angebot der präsidentiven Zuschlagsempfängerin einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen hat. Wie die Auftraggeberin schlüssig und nachvollziehbar angegeben hat und sich auch aus dem Vergabeakt plausibel ergibt, wurden sämtliche Positionen des Angebotes von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft. Diese Positionen waren nicht auffällig, weil die Einheitspreise in diesen Positionen sich im Vergleich zu den Preisen der Mitbieter und der Kostenschätzung nur geringfügig unterschieden. Ein Ausscheidungsgrund liegt daher bezüglich des Angebotes der präsidentiven Zuschlagsempfängerin nicht vor.

Was jedoch das Angebot der Antragstellerin betrifft fällt dem Senat bei der Plausibilitätsprüfung auf, dass in der Position 01.02.1126D Z Aufz. Massenabfalldeponie der Preis der Antragstellerin nur etwa 16 % des geschätzten Preises der Auftraggeberin und etwa 17 % des durchschnittlichen Preises der anderen Bieter ausmacht und somit außergewöhnlich niedrig ist. Ähnlich außergewöhnlich niedrige Preise finden sich weiters im Angebot der Antragstellerin in den anderen oben genannten 3 Deponiepositionen. Es ist daher davon auszugehen, dass das Angebot der Antragstellerin in diesen 4 Deponiepositionen eine spekulative Preisgestaltung aufweist. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher gemäß § 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen (vgl. VwGH 15.09.2004, 2004/04/0032).

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, dass die Aufgliederung der Subunternehmerkosten im Angebot der präsidentiven Zuschlagsempfängerin rechtswidrig sei. Jedenfalls nicht ausreichend seien Angaben mit Kalkulationsansätzen "Sub-Lohn" und "Sub-sonstiges".

Die Auftraggeberin hat dazu in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben, dass mit dem Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin für sämtliche wesentliche Positionen K7 Blätter (in Form eines K7 Blattes, nicht in Form eines abgeänderten Leistungsverzeichnisses) abgegeben wurden. Abgesehen davon liegen K7 Blätter für sämtliche Positionen im Akt auf. Die K7 Blätter weisen einen dementsprechenden Detailierungsgrad analog zu den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen auf. Es findet sich in den K7 Blättern nicht lediglich die Angabe zu Lohn und sonstiges. Die Aufgliederung der Subunternehmerkosten im Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin ist somit ausschreibungskonform.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin ein ausschreibungskonformes Angebot ist.

4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) II. und III.):

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch die Auftraggeberin.

B) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210; VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 24.02.2010, 2006/04/0148; VwGH 15.09.2004, 2004/04/0032; VwGH 05.11.2010, 2006/04/0245) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVWG:2015:W134.2117050.2.00