

TE Lvwg Erkenntnis 2024/2/6 LVwG-VG-16/002-2023

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.02.2024

Entscheidungsdatum

06.02.2024

Norm

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §10

BVergG 2018 §300

1. BVergG 2018 § 300 heute
2. BVergG 2018 § 300 gültig ab 21.08.2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch seinen Vergabesenaat 7 unter dem Vorsitz von Mag. Robert Schnabl und von Mag. Barbara Steger als Berichterstatterin und HR Mag. Daniela Marihart als weitere Berufsrichterin sowie Univ.-Prof. DI Peter Bauer und DI Josef Bichler als fachkundige Laienrichter über den mit Schriftsatz vom 15.12.2023 gestellten Antrag der A GmbH, ***, ***, vertreten durch die B Rechtsanwälte GmbH, ***, ***, auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, das Angebot der C AG an die erste Stelle zu reihen, in eventuelle auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023 im Vergabeverfahren „*** – Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen, Los *** Region ***“, diesen Eventualantrag am 23.01.2024 berichtigt auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, mit welchem Unternehmer oder mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (Öffentlicher Auftraggeber: D, ***, ***, vertreten durch die E Rechtsanwälte GmbH, ***, ***, Vergebende Stelle: F GmbH, ***, ***, mitbeteiligte Partei: C AG, ***, ***, vertreten durch die G Rechtsanwalts-GmbH, ***, ***),

zu Recht:

1.

Der Antrag der A GmbH, ***, ***, vertreten durch die B Rechtsanwälte GmbH, ***, ***, im Vergabeverfahren „*** – Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen, Los *** Region ***“, Auftraggeber: D, ***, ***, auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, das Angebot der C AG an die erste Stelle zu reihen, in eventuelle auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, mit welchem Unternehmer oder mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, wird gemäß § 28 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) als unbegründet abgewiesen. Der Antrag der A GmbH, ***, ***, vertreten durch die B Rechtsanwälte GmbH, ***, ***, im Vergabeverfahren „*** – Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen, Los *** Region ***“, Auftraggeber: D, ***, ***, auf Nichtigerklärung der

Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, das Angebot der C AG an die erste Stelle zu reihen, in eventu auf Nichtigklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, mit welchem Unternehmer oder mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, wird gemäß Paragraph 28, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer 2, Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) als unbegründet abgewiesen.

2.

Der Antrag der A GmbH, ***, ***, vertreten durch die B Rechtsanwälte GmbH, ***, ***, dem D den Ersatz der von ihr für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen, wird gemäß § 28 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2 VwGVG als unbegründet abgewiesen. Der Antrag der A GmbH, ***, ***, vertreten durch die B Rechtsanwälte GmbH, ***, ***, dem D den Ersatz der von ihr für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen, wird gemäß Paragraph 28, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer 2, VwGVG als unbegründet abgewiesen.

3.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

1.

Zum Nachprüfungsantrag:

Mit am 15.12.2023 eingelangtem Schriftsatz beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich beantragte die A GmbH (im Folgenden als „Antragstellerin“ bezeichnet), vertreten durch die B Rechtsanwälte GmbH im Vergabeverfahren „*** – Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen, Los *** Region ***“, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge

-

dem Auftraggeber die Vorlage des gesamten Vergabeaktes für das Vergabeverfahren auftragen,

-

der Antragstellerin Einsicht in den Vergabeakt gewähren,

-

eine mündliche Verhandlung anberaumen,

-

die Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, das Angebot der C AG an erste Stelle zu reihen, in eventu die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023 für nichtig zu erklären,

-

dem Auftraggeber binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution den Ersatz der Pauschalgebühren auftragen.

In einem stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wonach das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich dem Auftraggeber ab sofort bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin untersagt werde, in eben diesem Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen; dem Auftraggeber solle zudem die Aussetzung des Vergabeverfahrens angeordnet werden.

Zum Nachprüfungsantrag führte die Antragstellerin zusammengefasst begründend aus, dass der Auftraggeber die Vergabe eines Rahmenvertrages für Baumeistertätigkeiten zur Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen in seinem örtlichen Zuständigkeitsbereich unter der Bezeichnung „*** – Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen, Los *** Region ***“ öffentlich ausgeschrieben habe. Es handle sich um einen Bauauftrag gemäß § 5 BVergG 2018. Das Vergabeverfahren werde als offenes Verfahren nach den Sektorenbestimmungen des BVergG 2018 für den Oberschwellenbereich geführt und über das digitale Vergabeportal des M abgewickelt. Es sei das Bestbieterprinzip festgelegt worden; Zuschlagskriterien seien der Preis mit einer Gewichtung von 90 % und zwei Qualitätskriterien mit einer Gewichtung von insgesamt 10 %. Der ausgeschriebene Auftrag sei in 3 Lose aufgeteilt. Die Rahmenvereinbarung werde mit 3 Bietern abgeschlossen und erfolge der Abruf aus der Rahmenvereinbarung nach dem Kaskadenprinzip. Die Rahmenvereinbarung werde zunächst auf ein Jahr mit der Option für ein weiteres Jahr,

höchstens jedoch auf insgesamt 8 Jahre abgeschlossen. Die Angebotsfrist habe am 16.11.2023, 10:00, geendet und habe die Antragstellerin am 15.11.2023 fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot für alle 3 Lose mit einem Angebotspreis für das Los *** von *** Euro abgegeben. Mit Schreiben vom 07.12.2023 habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass zwar auch mit der Antragstellerin eine Rahmenvereinbarung für das Los *** – Region *** abgeschlossen werden solle, dieser allerdings nur an zweiter Stelle gereiht sei. An erster Stelle sei die C AG gereiht, die einen Angebotspreis von *** (exklusive Umsatzsteuer) angeboten habe. Die Stillhaltefrist habe am 17.12.2023 um 24:00 Uhr geendet. Zum Nachprüfungsantrag führte die Antragstellerin zusammengefasst begründend aus, dass der Auftraggeber die Vergabe eines Rahmenvertrages für Baumeistertätigkeiten zur Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen in seinem örtlichen Zuständigkeitsbereich unter der Bezeichnung „*** – Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen, Los *** Region ****“ öffentlich ausgeschrieben habe. Es handle sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG 2018. Das Vergabeverfahren werde als offenes Verfahren nach den Sektorenbestimmungen des BVergG 2018 für den Oberschwellenbereich geführt und über das digitale Vergabeportal des M abgewickelt. Es sei das Bestbieterprinzip festgelegt worden; Zuschlagskriterien seien der Preis mit einer Gewichtung von 90 % und zwei Qualitätskriterien mit einer Gewichtung von insgesamt 10 %. Der ausgeschriebene Auftrag sei in 3 Lose aufgeteilt. Die Rahmenvereinbarung werde mit 3 Bietern abgeschlossen und erfolge der Abruf aus der Rahmenvereinbarung nach dem Kaskadenprinzip. Die Rahmenvereinbarung werde zunächst auf ein Jahr mit der Option für ein weiteres Jahr, höchstens jedoch auf insgesamt 8 Jahre abgeschlossen. Die Angebotsfrist habe am 16.11.2023, 10:00, geendet und habe die Antragstellerin am 15.11.2023 fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot für alle 3 Lose mit einem Angebotspreis für das Los *** von *** Euro abgegeben. Mit Schreiben vom 07.12.2023 habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass zwar auch mit der Antragstellerin eine Rahmenvereinbarung für das Los *** – Region *** abgeschlossen werden solle, dieser allerdings nur an zweiter Stelle gereiht sei. An erster Stelle sei die C AG gereiht, die einen Angebotspreis von *** (exklusive Umsatzsteuer) angeboten habe. Die Stillhaltefrist habe am 17.12.2023 um 24:00 Uhr geendet.

Die hier angefochtene Entscheidung sei die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, mit welcher der Auftraggeber mitgeteilt habe, dass das Angebot der Antragstellerin für das Los *** – *** hinter der C AG an die zweite Stelle gereiht werde und handle es sich hierbei um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit. a) sublit. jj) BVergG 2018. Die hier angefochtene Entscheidung sei die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, mit welcher der Auftraggeber mitgeteilt habe, dass das Angebot der Antragstellerin für das Los *** – *** hinter der C AG an die zweite Stelle gereiht werde und handle es sich hierbei um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a,) Sub-Litera, j, j,) BVergG 2018.

Der Auftraggeber als Gemeindeverband gelte als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 bzw. jedenfalls als öffentliche Einrichtung im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 und sei der Auftraggeber Sektorenauftraggeber gemäß § 167 BVergG 2018. Der Auftraggeber als Gemeindeverband gelte als öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2018 bzw. jedenfalls als öffentliche Einrichtung im Sinne des Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 und sei der Auftraggeber Sektorenauftraggeber gemäß Paragraph 167, BVergG 2018.

Die Antragstellerin habe den Nachprüfungsantrag fristgerecht gestellt und sämtliche Pauschalgebühren in der Gesamthöhe von 3.750,- Euro entrichtet. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet und drohe der Antragstellerin infolge der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung ein Nachteil sowie ein Schaden, dies vor allem durch den Entgang von Abrufen aus der Rahmenvereinbarung, aus dem Entgang eines wichtigen Referenzprojektes, aus den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren und aus den frustrierten Kosten für die Angebotsstellung, sodass sich daraus das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und deren Antraglegitimation ergebe. Sie habe als befugtes Unternehmen ein evidentes rechtliches Interesse daran, dass ihr Angebot ausschreibungskonform an die erste Stelle gereiht werde.

Die Antragstellerin werde durch die gesetz- und vergaberechtswidrige Zuschlagserteilung in ihren Rechten verletzt. Das Angebot der an erster Stelle gereihten C AG sei unangemessen, spekulativ und betriebswirtschaftlich nicht erklärbar und sei dieses Angebot auszuscheiden gewesen. Es sei jeder Bieter verpflichtet, in seinem Angebot einen angemessenen Preis für die ausgeschriebene Leistung anzubieten und dabei alle Umstände zu berücksichtigen, unter denen die ausgeschriebene Leistung zu erbringen sei. Der Auftraggeber sei verpflichtet, dies im Rahmen der

Angebotsprüfung zu überprüfen. Auch sei jeder Bieter verpflichtet, bei der Erstellung des Angebotes die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsvorschriften einschließlich der einschlägigen Kollektivverträge zu beachten. Diese Verpflichtung sei auch ausdrücklich in der gegenständlichen Ausschreibung festgelegt.

Angebote, die den Ausschreibungsunterlagen widersprechen, seien zwingend auszuschneiden und sei dies keine Ermessensentscheidung des Auftraggebers. Eine Missachtung der österreichischen arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsvorschriften könne in der Kalkulation auch einen unplausiblen Gesamtpreis ergeben und dadurch den Ausscheidenstatbestand des § 141 Abs. 1 Z 3 oder § 302 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 verwirklichen. Zusätzlich enthalte zudem die Ausschreibung besondere Bestimmungen zur Verhinderung einer spekulativen Preisgestaltung und habe der Auftraggeber festgelegt, dass besonderes Augenmerk auf Umlagen und Preisumlagerungen gelegt werde und der Einhaltung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumpinggesetzes sowie der Mindestlohnvorschriften besondere Bedeutung zukomme. Weiters sehe die Ausschreibung vor, dass die angebotenen Preise für die Dauer von 12 Monaten ab Abschluss der Rahmenvereinbarung Festpreise seien und sei der Abschluss der Rahmenvereinbarung für den 15.01.2024 vorgesehen. Angebote, die den Ausschreibungsunterlagen widersprechen, seien zwingend auszuschneiden und sei dies keine Ermessensentscheidung des Auftraggebers. Eine Missachtung der österreichischen arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsvorschriften könne in der Kalkulation auch einen unplausiblen Gesamtpreis ergeben und dadurch den Ausscheidenstatbestand des Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, oder Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018 verwirklichen. Zusätzlich enthalte zudem die Ausschreibung besondere Bestimmungen zur Verhinderung einer spekulativen Preisgestaltung und habe der Auftraggeber festgelegt, dass besonderes Augenmerk auf Umlagen und Preisumlagerungen gelegt werde und der Einhaltung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumpinggesetzes sowie der Mindestlohnvorschriften besondere Bedeutung zukomme. Weiters sehe die Ausschreibung vor, dass die angebotenen Preise für die Dauer von 12 Monaten ab Abschluss der Rahmenvereinbarung Festpreise seien und sei der Abschluss der Rahmenvereinbarung für den 15.01.2024 vorgesehen.

Ein Angebot sei jedenfalls dann nicht plausibel, wenn wesentliche Positionen nicht kostendeckend kalkuliert werden würden, wenn Einheitspreise für höherwertige Leistungen nicht höher als für geringwertige Leistungen seien oder wenn die Preisaufgliederung aus der Erfahrung nicht erklärbar sei.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die C AG in wesentlichen Positionen unangemessene, betriebswirtschaftlich nicht erklärbare oder spekulative Einheitspreise angeboten habe. Es seien in diesem Angebot weder der Gesamtgebotspreis noch die Einheitspreise wesentlicher Leistungspositionen betriebswirtschaftlich zu erklären. Insbesondere sei davon auszugehen, dass die C AG bei etlichen Leistungspositionen darauf spekuliere, dass diese nicht oder nur zu sehr geringen Mengen abgerufen werden würden; diese Leistungspositionen habe sie zu erheblich unterdeckenden Einheitspreisen angeboten. Bei anderen relevanten Leistungspositionen habe die C AG hingegen darauf spekuliert, dass diese zu großen Mengen abgerufen und abgerechnet werden könnten; für diese Positionen habe sie unverhältnismäßig hohe Einheitspreise angeboten. Diese Form der Preisgestaltung sei spekulativ und für den Auftraggeber nachteilig, da er für die dann tatsächlich abgerufenen Leistungen einen deutlich überhöhten Preis bezahlen müsse. Diese Vorgangsweise müsste zwingend zum Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren führen.

Die Antragstellerin gehe auch davon aus, dass die C AG auch die Lohnkosten zu niedrig kalkuliert habe. So wären die zu erwartenden Lohnerhöhungen sowie auch die Materialpreiserhöhungen in ihren Einheitspreisen zu kalkulieren gewesen. Weiters gehe die Antragstellerin davon aus, dass die C AG Kosten verschoben oder auf andere Positionen des Leistungsverzeichnisses umgelegt habe. Dadurch werde die betreffende Leistungsposition unverhältnismäßig teurer, weil in diese unzulässigerweise Gemeinkosten umgelegt worden seien. Eine solche Vorgangsweise beeinträchtige den freien, ungehinderten und lauterer Wettbewerb und müsse zur Ausscheidung führen.

Der Auftraggeber wäre in jedem Fall dazu verpflichtet gewesen, das Angebot der C AG vertieft zu prüfen und dabei unter Hinzuziehung eines Sachverständigen für die Bauwirtschaft zu überprüfen, ob die angebotenen Einheitspreise marktkonform und angemessen seien. Hätte er dies getan, hätte er festgestellt, dass die von der C AG angebotenen Einheitspreise betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar seien und das Angebot zwingend auszuschneiden gewesen wäre.

Mit diesem Nachprüfungsantrag legte die Antragstellerin das Angebotsschreiben für Bauleistungen Rahmenvereinbarung – Los ***-*** (Beilage ./1), ihr eigenes Angebot vom 15.11.2023 (Beilage ./2), das Protokoll über

die Angebotsöffnung vom 16.11.2023 (Beilage ./3), das Schreiben der F GmbH vom 07.12.2023 (Beilage ./4) sowie einen Zahlungsbeleg betreffend die von der Antragstellerin geleistete Pauschalgebühr (Beilage ./5) vor.

2.

Zum durchgeführten Ermittlungsverfahren:

Nach Kundmachung des vom Landesverwaltungsgericht Niederösterreich am 15.12.2023 eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens wurde dem öffentlichen Auftraggeber, der vergebenden Stelle und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin jeweils mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 15.12.2023 die Möglichkeit eingeräumt, unter jeweiliger Einräumung einer Frist eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin abzugeben.

Davon machte der öffentliche Auftraggeber mit Schriftsatz seiner nunmehrigen Rechtsvertreter vom 29.12.2023, in dem er beantragte, den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zur Gänze zurück-, in eventu abzuweisen, auch Gebrauch.

Begründend führte dazu der öffentliche Auftraggeber zusammengefasst aus, dass es sich beim Hauptantrag der Antragstellerin, dass die „Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, das Angebot der C AG an die erste Stelle zu reihen, für nicht erklärt werde“ um keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 15 lit. a) sublit. jj) BVergG 2018 handle. Nach dem eindeutigen Wortlaut der anwaltlich vertretenen Antragstellerin wende sie sich lediglich gegen die Reihung jener Unternehmen, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, nicht aber gegen die Entscheidung, mit wem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle. Der Eventualantrag richte sich außerdem gegen eine nicht existente Auftraggeberentscheidung, zumal eine Zuschlagsentscheidung nicht vorliege. Der Nachprüfungsantrag sei auch nicht gesetzmäßig ausgeführt, da er zur vorgeworfenen Rechtswidrigkeit nur Stehsätze bzw. allgemeine Rechtssätze enthalte, jedoch jedes Vorbringen schuldig bleibe, wieso nun im konkreten Fall die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegen würde. Die Behauptung, dass die mitbeteiligte Partei die Lohnkosten bei den angebotenen Einheitspreisen nicht in voller Höhe einkalkuliert hätte, sei vollkommen aus der Luft gegriffen und im Vergabeakt leicht widerlegbar. Es würden auch die von der Antragstellerin pauschal und wiederum völlig unbegründet als vorliegend behaupteten Voraussetzungen für die „vertiefte Angebotsprüfung“ nicht vorliegen. Im vorliegenden Fall würden die Angebotspreise der mitbeteiligten Partei im Bereich der „tolerierbaren Abweichungen“ liegen und gerade keine ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreise indizieren. Es seien auch für die Ermittlung des Gesamtpreises aller Angebote nur auf jene Angebote abzustellen, die nicht auszuscheiden seien, so im konkreten Fall das teuerste Angebot der H GmbH. Die übrigen – nicht wegen fehlender Eignung auszuscheidenden – Angebote würden preislich verhältnismäßig knapp beieinander liegen. Nachdem auch sonst keine Zweifel an der Preisangemessenheit des Angebots der mitbeteiligten Partei bestehen würden, sei eine vertiefte Angebotsprüfung nicht indiziert und schon gar nicht verpflichtend, sodass die ohnehin nur pauschal vorgeworfene Rechtswidrigkeit nicht vorliege. Begründend führte dazu der öffentliche Auftraggeber zusammengefasst aus, dass es sich beim Hauptantrag der Antragstellerin, dass die „Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, das Angebot der C AG an die erste Stelle zu reihen, für nicht erklärt werde“ um keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a,) Sub-Litera, j, j,) BVergG 2018 handle. Nach dem eindeutigen Wortlaut der anwaltlich vertretenen Antragstellerin wende sie sich lediglich gegen die Reihung jener Unternehmen, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, nicht aber gegen die Entscheidung, mit wem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle. Der Eventualantrag richte sich außerdem gegen eine nicht existente Auftraggeberentscheidung, zumal eine Zuschlagsentscheidung nicht vorliege. Der Nachprüfungsantrag sei auch nicht gesetzmäßig ausgeführt, da er zur vorgeworfenen Rechtswidrigkeit nur Stehsätze bzw. allgemeine Rechtssätze enthalte, jedoch jedes Vorbringen schuldig bleibe, wieso nun im konkreten Fall die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegen würde. Die Behauptung, dass die mitbeteiligte Partei die Lohnkosten bei den angebotenen Einheitspreisen nicht in voller Höhe einkalkuliert hätte, sei vollkommen aus der Luft gegriffen und im Vergabeakt leicht widerlegbar. Es würden auch die von der Antragstellerin pauschal und wiederum völlig unbegründet als vorliegend behaupteten Voraussetzungen für die „vertiefte Angebotsprüfung“ nicht vorliegen. Im vorliegenden Fall würden die Angebotspreise der mitbeteiligten Partei im Bereich der „tolerierbaren Abweichungen“ liegen und gerade keine ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreise indizieren. Es seien auch für die Ermittlung des Gesamtpreises aller Angebote nur auf jene Angebote abzustellen, die nicht auszuscheiden seien, so im konkreten Fall das teuerste Angebot der H

GmbH. Die übrigen – nicht wegen fehlender Eignung auszuschheidenden – Angebote würden preislich verhältnismäßig knapp beieinander liegen. Nachdem auch sonst keine Zweifel an der Preisangemessenheit des Angebots der mitbeteiligten Partei bestehen würden, sei eine vertiefte Angebotsprüfung nicht indiziert und schon gar nicht verpflichtend, sodass die ohnehin nur pauschal vorgeworfene Rechtswidrigkeit nicht vorliege.

Mit als „begründete Einwendungen“ bezeichnetem Schriftsatz ihrer Rechtsvertreter vom 19.12.2023 beantragte die C AG ebenso, den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen.

Begründend führte dazu die mitbeteiligte Partei zusammengefasst aus, dass sie durch die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren Interessen nachteilig betroffen sei. Es sei eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen vergabegegenständlich. Die angefochtene Entscheidung sei keine Zuschlagsentscheidung, sondern die Entscheidung, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, wovon die Antragstellerin selbst eines davon sei. Aus dem gesamten Antragsvorbringen sei gerade nicht eindeutig und zweifelsfrei erkennbar, dass sich der Nachprüfungsantrag gegen die Entscheidung richten solle, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle; die Antragstellerin lege sich nicht einmal fest, ob der Ausschreibungsgegenstand nun eine Rahmenvereinbarung oder ein Rahmenvertrag sein solle. Es sei daher auch nicht zweifelsfrei zu sagen, ob die anwaltlich vertretene Antragstellerin nun eine Zuschlagsentscheidung anfechte, die es bei einem Rahmenvertrag geben würde, oder (richtigerweise) die Entscheidung anfechte, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, in welchem Fall aufgrund des Verfahrensstadiums eine Zuschlagsentscheidung noch gar nicht vorliegen könne. Vom Hauptantrag werde noch gar keine gesondert anfechtbare Entscheidung umfasst, der Eventualantrag umfasse eine noch gar nicht existente Entscheidung. Außerdem solle die Rahmenvereinbarung eben auch mit der Antragstellerin geschlossen werden, die daher mit ihrem Angebot erfolgreich gewesen sei. Sie könne somit von vornherein gar nicht beschwert sein und könne ihr kein Schaden entstehen. Im Übrigen sei inhaltlich das Kaskadenprinzip nur für Abrufe unter einem Auftragswert von *** Euro vorgesehen, darüber habe ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb zu erfolgen. Auch unter diesem Auftragswert könne der Auftraggeber nach eigenem Ermessen jedoch einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb durchführen. Deshalb sei die Antragstellerin, wenn auch nicht erstgereiht, durch den Abschluss der Rahmenvereinbarung mit ihr nicht beschwert. Stattdessen realisiere sich vielmehr das unternehmerische Risiko, zwar Vertragspartner der Rahmenvereinbarung zu werden, aber aufgrund der Ausschreibungsfestlegungen nicht zwangsläufig jeden Einzelabruf anzubieten bzw. ausführen zu dürfen. Das sei freilich der Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen wesensimmanent, zumal den Auftraggeber überhaupt keine Abnahmepflicht treffe. Zudem wende sich die Antragstellerin in Wahrheit gegen die bestandfeste Ausschreibung, wo eindeutig geregelt sei, wie der Auftraggeber beim Abruf von Leistungen vorgehen würde. Des Weiteren seien die von der Antragstellerin aufgezeigten angeblichen Rechtswidrigkeiten nicht wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens; auch bei einer Erstreichung hätte die Antragstellerin im Wege eines erneuten Wettbewerbs den Einzelabruf keineswegs „fix in der Tasche“. Die sonstigen Behauptungen der Antragstellerin seien haltlos und sei sie nicht in der Lage, auch nur einen konkreten Bezug zum Angebot der mitbeteiligten Partei herzustellen. Sie vermöge auch nicht einmal, ihre Mutmaßungen mit dem Hinweis auf irgendeine Position oder wenigstens Leistungsgruppe zu konkretisieren. Es sei die Behauptung rechtlich geradezu grenzwertig, die mitbeteiligte Partei hätte gegen arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften verstoßen. Sämtliche behaupteten Rechtswidrigkeiten würden beim Angebot der mitbeteiligten Partei nicht vorliegen; es sei weder der Gesamtpreis zu niedrig oder zu hoch noch seien der mitbeteiligten Partei die substanzlos behaupteten Kalkulationsfehler unterlaufen; es habe auch eine ordnungsgemäße Angebotsprüfung gegeben und sei insgesamt das Angebot ausschreibungskonform und ordnungsgemäß kalkuliert.

Nachdem seitens der Antragstellerin und des Auftraggebers übereinstimmend dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich über dessen Anfrage am 20.12.2024 bekanntgegeben wurde, dass mit der angefochtenen Entscheidung vom Auftraggeber bzw. der vergebenden Stelle mitgeteilt worden sei, mit welchen Unternehmen eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen hätte werden sollen und es sich demnach nicht um einen Abruf aus einer schon geschlossenen Rahmenvereinbarung gehandelt habe, wurde mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 20.12.2023, GZ. LVwG-VG-16/001-2023, dem Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insofern Folge gegeben, als dem öffentlichen Auftraggeber im Vergabeverfahren „*** – Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen, Los *** Region ****“ für die Dauer des beim

Landesverwaltungsgericht Niederösterreich anhängigen Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, hinsichtlich des Loses *** die Rahmenvereinbarung abzuschließen und wurde der darüber hinausgehende Antrag der A GmbH abgewiesen.

Mit Schreiben vom 11.01.2024 wurde die vergebende Stelle vom Landesverwaltungsgericht Niederösterreich aufgefordert, umgehend sämtliche Anhänge zum Prüfbericht vom 06.12.2023, insbesondere die detaillierte Beschreibung zur Bestbieterermittlung (Anlage E) und allenfalls alle weiteren vorliegenden Unterlagen von durchgeführten Angebotsprüfungen der Bieter, in vollständiger Form zu übermitteln.

Mit Schreiben vom 15.01.2024 legte die vergebende Stelle dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (nochmals) den Prüfbericht vom 06.12.2023 samt dem diesem angeschlossenen und bereits mit der Vorlage vom 27.12.2023 vorgelegten Beilagen bzw. Anhängen vor.

Im Rahmen einer ergänzenden Stellungnahme des öffentlichen Auftraggebers vom 19.01.2024 brachte dieser ergänzend zusammengefasst vor, dass ausschreibungsgegenständlich Erd- und Baumeisterarbeiten sowie Wasserinstallationsarbeiten seien. Dementsprechend sei zu den für den Eignungsnachweis erforderlichen Befugnissen in Punkt B5 des Angebotsschreibens festgelegt, dass die Gewerbeberechtigungen für das Baumeistergewerbe und für das Wasserinstallationsgewerbe nachzuweisen seien. Hintergrund sei, dass die Erd- und Baumeisterarbeiten im Zuge der Errichtung oder Sanierung von Wasserleitungen und Wasserleitungsanschlüssen zwar von einem befugten Baumeister durchgeführt werden dürften, die Verlegung und der Anschluss und die Inbetriebnahme der Trinkwasserdruckrohre selbst aber nur durch einen dazu befugten Installateur. Die H GmbH verfüge
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Zum Nachweis der technische Leistungsfähigkeit sei in Punkt B5 des Angebotsschreibens bestandsfest festgelegt, dass ein Referenzprojekt über die Errichtung von Trinkwasserdruckrohren DN 80 – DN 300 innerhalb der letzten 5 Jahre samt Auftraggeberbestätigung vorzulegen sei, wobei in Summe die Verlegung von mindestens 3 km Trinkwasserdruckrohren in den oben angeführten Dimensionen und jeweils mindestens 300m für jede Dimensionsgruppe kleiner gleich DN 150 und größer gleich DN 200 nachzuweisen seien.

Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Der Auftraggeber halte daher den Antrag auf Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrages vollumfänglich aufrecht.

In der Äußerung der Antragstellerin vom 23.01.2024 berichtigte diese schließlich ihren Nachprüfungsantrag dahingehend, dass das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich die Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023 im Vergabeverfahren „*** – Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen, Los *** Region ****“ das Angebot der C AG an die erste Stelle zu reihen, in eventu die Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023 im Vergabeverfahren „*** – Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen, Los *** Region ****“, mit welchem Unternehmer oder mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, für nichtig zu erklären.

Dazu führte die Antragstellerin ergänzend zusammengefasst aus, dass der Auftraggeber selbst seine Entscheidung vom 07.12.2023 als „Zuschlagsentscheidung“ bezeichnet habe und sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin unzweifelhaft ergebe, dass es sich bei der angefochtenen Entscheidung um die Entscheidung des Auftraggebers handle, mit welchen Unternehmen er eine Rahmenvereinbarung für Los *** abschließen werde. Die gegebenenfalls falsche Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung stelle einen verbesserungsfähigen Mangel dar und sei die Antragstellerin daher berechtigt, diese Bezeichnung auch richtigzustellen. Die Antragstellerin sei durch diese Entscheidung auch unzweifelhaft beschwert, da die schlechtere Reihung an zweiter Stelle im Hinblick auf das Kaskadenprinzip ihre Möglichkeit einschränke, Abrufe aus der Rahmenvereinbarung zu erhalten. Es sei auch davon auszugehen, dass mit keinem Einzelabruf zu rechnen sei, der einen Abrufwert von mehr als *** Euro habe. Die Antragstellerin habe auch ihre Beschwerdepunkte hinreichend konkret und nachvollziehbar angeführt, soweit sich die Grundlagen dafür auf ihrem Wissensstand begründen. Erkundungsbeweise seien von ihr nicht beantragt worden. Für die Frage der verpflichtenden Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung seien auch keinesfalls nur die Gesamtangebotspreise relevant, sondern seien auch die Einheitspreise zu hinterfragen. Ob relevante Unterschiede bestehen, lasse sich ganz einfach durch einen Preisspiegel feststellen. Abgesehen davon betrage der Unterschied zwischen dem Angebotspreis der Antragstellerin und jenem der mitbeteiligten Partei laut Protokoll über die

Angebotsöffnung 18,01%, was jedenfalls eine vertiefte Angebotsprüfung verlange. Der Auftraggeber habe sich in der Ausschreibung selbst verpflichtet, eine mögliche spekulative Preisgestaltung zu überprüfen und habe er die Überprüfung auch transparent und nachvollziehbar zu dokumentieren. Der Antragsteller greife dazu auch einzelne näher bezeichnete Positionen des Leistungsverzeichnisses heraus, die einer besonderen Überprüfung bedurft hätten und bei denen die Vermutung bestehe, dass die mitbeteiligte Partei unangemessene und spekulative Preise angeboten habe.

Am 24.01.2024 führte das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der die Antragstellerin, der Auftraggeber und die mitbeteiligte Partei jeweils durch einen Vertreter und ihrem Rechtsvertreter sowie die vergebende Stelle vertreten durch ihren Geschäftsführer I, der zu dieser Nachprüfungsverhandlung auch als Zeuge geladen wurde, teilnahmen. Am 24.01.2024 führte das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der die Antragstellerin, der Auftraggeber und die mitbeteiligte Partei jeweils durch einen Vertreter und ihrem Rechtsvertreter sowie die vergebende Stelle vertreten durch ihren Geschäftsführer römisch eins, der zu dieser Nachprüfungsverhandlung auch als Zeuge geladen wurde, teilnahmen.

Im Rahmen dieser Verhandlung wurde vom Auftraggeber durch ihren Rechtsvertreter ergänzend vorgebracht, dass sehr wohl ein Preisspiegel erstellt worden sei, wie sich auch aus dem Vergabeakt ergäbe. Die Behauptung, dass das Angebot der Antragstellerin und der erstgereihten mitbeteiligten Partei um 18 % auseinanderliegen würden, sei rechnerisch falsch. Das ergäbe sich sogar aus dem von der Antragstellerin selbst vorgelegten „Angebotsergebnis“ Beilage ./3. Tatsächlich sei der Unterschied weniger. Wie der Preisabstand in vergaberechtlicher Sicht richtig zu bemessen sei, sei eine Rechtsfrage und vom Verwaltungsgerichtshof geklärt.

Von der mitbeteiligten Partei wurde durch deren Rechtsvertreter ergänzend vorgebracht, dass es bei der Reihung im Rahmen der Rahmenvereinbarung um die Stellung der Antragstellerin nach Beendigung des Vergabeverfahrens gehe als Partner der Rahmenvereinbarung. Es gehe also damit nicht um die Vergabephase, sondern um die Vertragsphase, weshalb die zitierten Literaturstellen nicht einschlägig seien.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat in dieser Nachprüfungsverhandlung Beweis aufgenommen durch Verlesung des gegenständlichen Vergabeaktes und der hg. Akten zu den GZen. LVwG-VG-16/001-2023 und LVwG-VG-16/002-2023 sowie durch Einvernahme des I als Zeugen. Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat in dieser Nachprüfungsverhandlung Beweis aufgenommen durch Verlesung des gegenständlichen Vergabeaktes und der hg. Akten zu den GZen. LVwG-VG-16/001-2023 und LVwG-VG-16/002-2023 sowie durch Einvernahme des römisch eins als Zeugen.

Von den Parteien wurde nach Schluss der Verhandlung übereinstimmend auf eine mündliche Verkündung der Entscheidung verzichtet und allseits die Zustimmung erteilt, dass aufgrund der Komplexität der Sach- und Rechtslage die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich auf schriftlichem Wege ergeht.

3.

Feststellungen:

Am *** erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union die gemeinschaftliche Bekanntmachung des Vergabeverfahrens zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen für den Neubau und den Austausch von Ortsleitungen und Hausanschlüssen in der Region *** des J (Los ***). Es handelt sich hier um eines von insgesamt 3 Losen. Öffentlicher Auftraggeber dieses Vergabeverfahrens ist der D, ***, ***. Als Verfahrensart wurde das offene Verfahren nach den Sektorenbestimmungen im Oberschwellenbereich mit vorheriger Bekanntmachung festgelegt. Das Vergabeverfahren wird über das digitale Vergabeportal des M abgewickelt. Mit der Abwicklung des gesamten Vergabeverfahrens wurde vom Auftraggeber die F GmbH als vergebende Stelle betraut.

Im Rahmen des Vergabeverfahrens hat der öffentliche Auftraggeber als Ausschreibungsunterlagen – diese unangefochten von sämtlichen Bietern und demnach bestandsfest – ein „Angebotsschreiben für Bauleistungen Rahmenvereinbarung“ unter anderem mit folgenden Inhalten zugrunde gelegt:

„(...)“

B ANGEBOTSBESTIMMUNGEN

B 0 Rahmenvereinbarung:

Ausgeschrieben ist gegenständlich der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit 3 Unternehmern.

Die Rahmenvereinbarung wird zunächst auf ein Jahr abgeschlossen, mit der Option für den Auftraggeber zur Verlängerung um jeweils ein Jahr, höchstens jedoch auf insgesamt 8 Jahre (sohin der Option für den Auftraggeber zur siebenmaligen Verlängerung). Die näheren Festlegungen zur Dauer der Rahmenvereinbarung und zu ihrer Verlängerung sind in Punkt D 1.1.1 getroffen.

Der Zuschlag für die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge erfolgt teilweise ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb und teilweise nach erneutem Aufruf der Parteien der Rahmenvereinbarung zum Wettbewerb. Die näheren Festlegungen dazu sind in Punkt D 1 getroffen.

Die gegenständliche Ausschreibung betrifft eine von drei Regionen des Auftraggebers und stellt daher eines von drei Losen mit vergleichbaren ausgeschrieben Leistungen (die jedoch entsprechend der regionalen Definition der Lose in unterschiedlichen Regionen des Verbandsgebietes des Auftraggebers zu erbringen sind) dar. Es ist zulässig, dass sich ein Bieter für mehrere oder alle Lose bewirbt; ebenso zulässig ist, dass einem Bieter mehrere oder alle Lose zugeschlagen werden. Es wird daher bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass sich einige Festlegungen der Ausschreibungsunterlage auf das Zusammenspiel mit anderen Losen beziehen.

(...)

B 3 Verfahrensablauf:

?

Offenes Verfahren:

Der Verfahrensablauf ist einstufig und stellt sich grundsätzlich wie folgt dar:

- Verfahrenseinleitung durch Bekanntmachung;
- Angebotsfrist;
- Angebotsöffnung;
- Angebotsprüfung mit allfälligen Aufforderungen zur Aufklärung und/oder Behebung von Angebotsmängeln; allenfalls Ausscheidensentscheidungen;
- Ermittlung der Unternehmen, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll;
- Mitteilung, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll;
- Stillhaltefrist;
- Abschluss der Rahmenvereinbarung.

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren für Sektorenauftraggeber im Oberschwellenbereich geführt.

(...)

B 4 Ausschlussgründe:

Beim offenen Verfahren bestätigt der Bieter mit seiner elektronischen Signatur, dass keine Ausschlussgründe vorliegen.

Losgelöst von einer vorab erfolgten Prüfung wird der Auftraggeber bei Hervorkommen eines Ausschlussgrundes eine Ausscheidensentscheidung treffen. Dabei ist er berechtigt, zuvor vom jeweiligen Bieter die Vorlage entsprechender Nachweise binnen angemessener Frist zu verlangen.

Überdies wird der Auftraggeber über jene Unternehmer, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (und deren Subunternehmer) vor Abschluss der Rahmenvereinbarung eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen gemäß § 28b Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) und der Verwaltungsstrafevidenz der ÖGK als Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung gemäß § 35 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) einholen. Dies erfolgt zur Prüfung, ob diesem eine rechtskräftige Bestrafung gemäß § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG bzw. eine rechtskräftige Entscheidung gemäß § 31 LSD-BG zu zurechnen ist. Überdies wird der Auftraggeber über jene Unternehmer, mit denen die Rahmenvereinbarung

abgeschlossen werden soll (und deren Subunternehmer) vor Abschluss der Rahmenvereinbarung eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen gemäß Paragraph 28 b, Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) und der Verwaltungsstrafevidenz der ÖGK als Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung gemäß Paragraph 35, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) einholen. Dies erfolgt zur Prüfung, ob diesem eine rechtskräftige Bestrafung gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, AuslBG bzw. eine rechtskräftige Entscheidung gemäß Paragraph 31, LSD-BG zu zurechnen ist.

(...)

B 5 Eignungskriterien:

Beim offenen Verfahren bestätigt der Bieter mit seiner elektronischen Signatur, dass er folgenden Eignungsvorgaben vollumfänglich entspricht:

?

Befugnis:

- Gewerbeberechtigung Baumeistergewerbe
- Gewerbeberechtigung Wasserinstallationsgewerbe

?

Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

- Mindestgesamtjahresumsatz von EUR 3,0 Mio über jedes der letzten drei Geschäftsjahre (bzw. seit Aufnahme der Geschäftstätigkeit, wenn diese erst vor weniger als drei Jahren erfolgt ist);
- aufrechte Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von zumindest EUR 1 Mio pro Schadensfall für Personen- und Sachschäden;

?

Technische Leistungsfähigkeit:

Rohrleitungsbau: 1 Referenzprojekt über die Errichtung von

Trinkwasserdruckrohren DN 80 – DN 300 innerhalb der letzten 5 Jahre. Die Referenzen sind vom Auftraggeber zu bestätigen und beizulegen.

In Summe ist die Verlegung von mindesten 3 km Trinkwasserdruckrohren in den oben angeführten Dimensionen nachzuweisen, wobei jeweils mind. 300 m für jede Dimensionsgruppe kleiner gleich DN 150 und größer gleich DN 200 nachzuweisen sind. Eine Auftraggeberbestätigung ist auf Anfrage nachzureichen.

B 6 Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien

Die Zuschlagserteilung erfolgt nach dem Bestbieterprinzip, wobei die Bestbieterermittlung nach den beiden Kriterien „Netto-Gesamtpreis (NGP)“ mit einer Gewichtung von 90% und die im Folgenden aufgezählten Qualitätskriterien mit einer Gewichtung von insgesamt 10% (7% für QK1 und 3% für QK2) vorgenommen wird.

B 6.1 Netto-Gesamtpreis (NGP)

Der gem. Pkt. E angebotene Gesamtpreis exkl. Umsatzsteuer geht als Netto-Gesamtpreis (NGP) in die Bestbieterermittlung ein.

Das Angebot mit dem niedrigsten NGP iSd Pkt. B 6.1 erhält 100 Punkte. Die Punkte für die übrigen Angebote werden nach folgender Formel berechnet, wobei kaufmännisch auf 2 Kommastellen gerundet wird:

(...)

B 6.2 Fachliche Qualifikation des Schlüsselpersonals (QK1)

In diesem Kriterium wird die fachspezifische Qualifikation in Verbindung mit einer über die Eignungsanforderungen hinausgehenden Berufserfahrung des vom Bieter bekannt gegebenen Schlüsselpersonals (Polier und 2 Vorarbeiter) durch den Nachweis von Referenzprojekten bewertet. Der Bieter kann in der unten angeführten Tabelle jeweils

maximal 3 Referenzprojekte zum namhaft gemachten Schlüsselpersonal (Polier und 2 Vorarbeiter) angeben, welche im Rahmen dieses Zuschlagskriteriums bewertet werden, wenn die in diesem Zuschlagskriterium geforderten Anforderungen an die Referenzprojekte erfüllt sind.

Das Referenzprojekt muss zumindest die folgenden Anforderungen erfüllen, um bewertet zu werden:

Das Referenzprojekt muss mit dem gegenständlichen Auftrag hinsichtlich der technischen Schwierigkeit und der Umstände der Leistungserbringung vergleichbar sein und mindestens folgende Merkmale aufweisen:

Nachweis von bis zu 3 Referenzprojekten für Bau-, Verlege- und Installationsarbeiten von Trinkwasserleitungsverlegungen mind. 300 m für jede Dimensionsgruppe kleiner gleich DN 150 als auch größer gleich DN 200. Bei Kontrahentenarbeiten können Jahresleistungen als Referenzprojekte herangezogen werden.

Referenzprojekte, die vor mehr als fünf Jahren (gerechnet ab dem Datum der Angebotsöffnung) abgeschlossen wurden oder die mangels Detailangaben nicht überprüfbar sind, werden nicht berücksichtigt. Als Datum des Projektabschlusses gilt der Zeitpunkt des Vorliegens der Kostenfeststellung bzw. der Zeitpunkt des Vorliegens sämtlicher geprüfter Schlussrechnungen (= vollständige Schlussabrechnung).

Das jeweilige Schlüsselpersonal (Polier und 2 Vorarbeiter im Sinne des Kollektivvertrages Bau) muss die jeweiligen Referenzprojekte über eine Bearbeitungsdauer von mindestens 12 Monaten durchgängig betreut haben. Bei Aufträgen, deren vertragliche Bearbeitungsdauer kürzer als 12 Monate betragen hat, ist eine entsprechende Bearbeitungsdauer über die gesamte Auftragsdauer nachzuweisen.

(...)

B 6.3 Reduktion der Umweltbelastung durch Verringerung von Transportkilometern und LKW-Transporten (über 3,5t) auf die Baustelle (QK2)

In diesem Zuschlagskriterium werden Punkte für die Entfernung zwischen dem Lagerplatz bzw Bauhof bzw Betriebssitz des Bieters, von dem aus die Abrufe abgearbeitet werden (der also Ausgangspunkt für die Leistungserbringung ist), bis zur weitest entfernten Gemeinde in der Region für das jeweilige Los vergeben. Gemessen wird die Entfernung in der Luftlinie zwischen dem Lagerplatz/Bauhof/Betriebssitz und dem Gemeindeamt der innerhalb der Region am weitesten entfernten Gemeinde. Ist der Bieter nicht Grundeigentümer des Lagerplatzes/Bauhofes/Betriebssitzes, so ist ein aufrechter Bestandvertrag oder eine schriftliche Zustimmung des Grundeigentümers für die Grundinanspruchnahme vorzulegen.

(...)

6.4 Bestbieterermittlung

	Gewichtung	Punkte
Netto-Gesamtpreis	90%	$0,90 * NGP$
Schlüsselpersonal	7%	$0,07 * QK1$
Entfernung Lagerplatz	3%	$0,03 * QK2$

Summe

Bestbieter ist Bieter mit der höchsten Gesamtpunktezahl. Im Sinne des BVergG erfolgt der Abschluss der Rahmenvereinbarung mit jenen drei Bieter, die die technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebote gelegt haben (Bestbieterprinzip).

Bei gleichem Punktestand ist der niedrigere Netto-Gesamtpreis maßgebend.

(...)

B 14 Abgabetermin und Form des Angebotes:

Das Angebot ist vollständig bis spätestens

16.11.2023, 10:00 Uhr (einlangend)

in elektronischer Form am Vergabeportal *** einzureichen.

Eine Einreichung nach diesem Zeitpunkt ist nicht möglich. Verspätet eingereichte Angebote werden nicht berücksichtigt.

Ein Angebot ist nur dann rechtzeitig eingereicht, wenn der gesamte Abgabeprozess (hochladen, signieren und verschlüsseln) auf dem Vergabeportal fristgerecht abgeschlossen ist.

Eine Übermittlung des Angebots in anderer Form, insbesondere eine Übermittlung per E-Mail oder Fax oder Post, ist nicht zulässig. In anderer Form als über das oben genannte Vergabeportal übermittelte Angebotsbestandteile oder sonstige Unterlagen bleiben unberücksichtigt.

Für alle Fristen gilt die Serverzeit am Vergabeportal.

Sollte das Vergabeportal innerhalb von vier Stunden vor Ablauf der Angebotsfrist ausfallen, so wird die Angebotsfrist um mindestens acht Stunden, gerechnet ab der Wiederverfügbarkeit des Vergabeportals, verlängert.

(...)

B 19 Spekulative Preisgestaltung

Aufgrund des gesetzlichen Auftrages (Prüfung der Angemessenheit der Preise, vertiefte Angebotsprüfung) des § 300 BVergG 2018 sind Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen, zwingend auszuschneiden (§ 302 (1) Z 3). Aufgrund des gesetzlichen Auftrages (Prüfung der Angemessenheit der Preise, vertiefte Angebotsprüfung) des Paragraph 300, BVergG 2018 sind Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen, zwingend auszuschneiden (Paragraph 302, (1) Ziffer 3.).

Mit der Abgabe eines Angebotes erklärt der Bieter rechtsverbindlich, nur angemessene Preise ohne spekulative Preisgestaltung angeboten zu haben. Der Bieter wird ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass dieser Sachverhalt aus Anlass der gegenständlichen Ausschreibung im besonderen Maße zum Gegenstand von Überprüfungsmaßnahmen gemacht werden wird und dass hierfür auch die Hinzuziehung eines Sachverständigen für Bauwirtschaft in Aussicht genommen ist, falls eine fragwürdige Kalkulation eines Bieters festgestellt und ein allfälliger Angebotsmangel in weiterer Folge nicht ausreichend aufgeklärt werden kann. Der Bieter akzeptiert ausdrücklich, dass in einem solchen Fall die angemessenen Kosten für die Hinzuziehung eines Sachverständigen für Bauwirtschaft vom schuldtragenden Bieter zu ersetzen sind, dies jedoch nur dann, wenn

a) dem Bieter im Zuge eines Aufklärungsgespräches auf einen entsprechenden Vorhalt hin die Möglichkeit eingeräumt wurde, die Kalkulation zu erläutern und eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, allenfalls unter Offenlegung besonderer Umstände im Sinn des § 301 (3) BVergG 2018 nachzuweisen, oder spekulative Preisgestaltung ausdrücklich zuzugeben, und a) dem Bieter im Zuge eines Aufklärungsgespräches auf einen entsprechenden Vorhalt hin die Möglichkeit eingeräumt wurde, die Kalkulation zu erläutern und eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, allenfalls unter Offenlegung besonderer Umstände im Sinn des Paragraph 301, (3) BVergG 2018 nachzuweisen, oder spekulative Preisgestaltung ausdrücklich zuzugeben, und

b) der Bieter ohne einen dem Gesetz entsprechenden Nachweis der plausiblen Zusammensetzung seines Angebotspreises (§ 302 Abs 1 Z 3 BVergG 2018) zu erbringen an seinem Angebot festhält und daraufhin das vom Auftraggeber eingeholte Sachverständigengutachten ein eindeutiges Ergebnis im Sinne einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises (etwa wegen spekulativer Preisgestaltung) aufweist und das Angebot des Bieters deswegen ausgeschieden werden muss. b) der Bieter ohne einen dem Gesetz entsprechenden Nachweis der plausiblen Zusammensetzung seines Angebotspreises (Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018) zu erbringen an seinem Angebot festhält und daraufhin das vom Auftraggeber eingeholte Sachverständigengutachten ein eindeutiges Ergebnis im Sinne einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises (etwa wegen spekulativer Preisgestaltung) aufweist und das Angebot des Bieters deswegen ausgeschieden werden muss.

Der Bieter hat sein Angebot nach den Vorgaben der ÖNORM B 2061 zu kalkulieren.

Das K3-Blatt ist bereits mit dem Angebot vorzulegen, die übrigen K-Blätter sind binnen 5 Werktagen nach Aufforderung dem Auftraggeber vorzulegen.

Der Auftraggeber wird bei der Angebotsprüfung besonderes Augenmerk auf Umlagen und Preisumlagerungen legen. Auch wird der Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumpinggesetzes und der Mindestlohnvorschriften auch für ausländische Bieter besondere Bedeutung zukommen. Im Zuge dessen können auch die Leistungsansätze auf ihre Plausibilität überprüft werden.

(...)

D BESONDERE BESTIMMUNGEN (projektbezogene Festlegungen)

D 1 Gegenstand der Ausschreibung, Abruf der Leistungen

Die gegenständliche Ausschreibung umfasst die Kontrahentenleistungen zur Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen in einer Region des D. Das gesamte Verbandsgebiet ist in 3 Lose (= Regionen) gem. nachfolgendem Pkt. D 1.1 aufgeteilt, die getrennt ausgeschrieben werden.

Dazu wird für jedes Los mit jenen drei Bietern/Bietergemeinschaften, die nach den Zuschlagskriterien die drei bestgereihten Angebote abgegeben haben, eine Rahmenvereinbarung nach Maßgabe der Festlegungen in diesen Angebotsbestimmungen abgeschlossen. Nachdem es den Bietern freisteht, auch für mehrere Lose ein Angebot abzugeben, ist es daher auch möglich, dass mit einzelnen Bietern/Bietergemeinschaften Rahmenvereinbarungen für mehrere Lose abgeschlossen werden.

Abrufe aus der Rahmenvereinbarung können bei einem geschätzten Abrufwert von bis zu EUR 500.000,00 (netto) im Kaskadenprinzip erfolgen, bei höheren geschätzten Auftragswerten wird der Auftraggeber die Partner der Rahmenvereinbarung für das betreffende Los zum erneuten Wettbewerb aufrufen. Klargestellt wird, dass es dem Auftraggeber in begründeten Einzelfällen auch bei geschätzten Auftragswerten unter EUR 500.000,00 freisteht, den Abruf nicht im Kaskadenprinzip sondern nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb unter den Partner der Rahmenvereinbarung für das betreffende Los zu vergeben.

Abruf im Kaskadenprinzip:

Beim Abruf im Kaskadenprinzip wird eine konkrete Leistung (ein konkretes Bauvorhaben auf Basis der Rahmenvereinbarung) bei jenem Partner der Rahmenvereinbarung des betreffenden Loses abgerufen, der nach den Zuschlagskriterien zum Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung am besten gereiht war. Diesen trifft grundsätzlich auch die Verpflichtung zur Erbringung der abgerufenen Leistung.

Der Abruf erfolgt schriftlich, wobei der Auftraggeber die abgerufenen Leistungen unter Berücksichtigung des Leistungsverzeichnisses der Rahmenvereinbarung konkretisieren wird. Das an den Leistungserbringer zu entrichtende Entgelt richtet sich nach den von ihm zum Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung angebotenen (Einheits)-Preisen, dies jedoch nach Maßgabe der in diesen Angebotsbestimmungen getroffenen Regelungen zur Preisumrechnung.

Bauzeitplan:

Der AG bringt dem AN geplante Kontrahentenarbeiten laufend zur Kenntnis und der Zeitplan zur Durchführung ist grundsätzlich vom AN festzulegen, dem AG zur Kenntnis zu bringen, von diesem zu bestätigen und einzuhalten. Der AG behält sich jedoch vor, Kontrahentenarbeiten mit einer dem Leistungsumfang gerechten Vorlaufzeit selbst terminlich festzulegen.

Für die Wiederherstellung von Straßenoberflächen gelten die zeitlichen Vorgaben des jeweiligen Straßenerhalters als Frist.

Eine Verpflichtung zur Annahme des Abrufes besteht dann nicht, wenn der betreffende Partner zum vorgesehenen Leistungszeitpunkt bereits aus mindestens 2 Abrufen aus der Rahmenvereinbarung für das betreffende Los Leistungen an den Auftraggeber zu erbringen hat. In diesem Fall ist er berechtigt, die Annahme des Abrufes innerhalb von 3 Werktagen abzulehnen. Ist die Ablehnung des Abrufes nach dieser Bestimmung nicht gerechtfertigt, so schuldet der betreffende Partner die Ausführung der Leistung. Auf Punkt D.4.14 (Ersatzvornahme) wird hingewiesen.

In diesem Fall wird der Auftraggeber die Leistung beim nach den Zuschlagskriterien zum Zeitpunkt des Abschlusses

der Rahmenvereinbarung nächstgereihten Partner abrufen; für diesen Abruf und die Möglichkeit des Partners, den Abruf abzulehnen, gelten obige Regelungen analog; in diesem Fall kann der Auftraggeber beim entsprechend nächstgereihten Partner die Leistungen abrufen.

Klargestellt wird, dass es dem Auftraggeber auch jederzeit freisteht, den Leistungszeitraum für die abzurufenden Leistungen neu festzulegen mit der Konsequenz, dass der Kaskadenabruf dann neu gestartet wird.

Losübergreifender Kaskadenabruf:

Sind in (analoger) Anwendung obiger Regelungen zum Kaskadenabruf alle Partner einer Rahmenvereinbarung des betreffenden Loses zur Ablehnung des Abrufes berechtigt, so steht es dem Auftraggeber frei, den Kaskadenabruf bei einem anderen Los seiner Wahl unter Einhaltung der Reihung der Partner in diesem Los neu zu beginnen mit der Folge, dass diese dann (nach Maßgabe obiger Regelungen über das Recht zur Ablehnung bei entsprechender Anzahl gleichzeitiger Baustellen) zur Leistung verpflichtet sind. Den Partnern der Rahmenvereinbarung dieses anderen Loses steht für den Fall der Annahme des Abrufes jedoch ein Zuschlag in Höhe von 3% auf die für sie jeweils geltenden (Einheits)-Preise zu.

Erneuter Aufruf zum Wettbewerb:

Beim erneuten Aufruf zum Wettbewerb wird der Auftraggeber den Partnern der Rahmenvereinbarung ein Leistungsverzeichnis mit gesonderter Massenermittlung und einen Terminplan für die abzurufenden Leistungen schriftlich übermitteln und ihnen die Möglichkeit geben, binnen einer im Aufruf festzulegenden, zumindest jedoch zehntägigen Frist ein verbessertes Angebot für diese Leistungen zu legen.

Klargestellt wird, dass im Rahmen der Legung eines (verbesserten) Angebotes im Rahmen eines derartigen erneuten Aufrufs zum Wettbewerb nur die Reduktion von Positionspreisen gegenüber den ursprünglich zum Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung angebotenen Preisen (dies jedoch nach Maßgabe der in diesen Angebotsbestimmungen getroffenen Regelungen zur Preismrechnung) zulässig ist, Enthält ein im Rahmen des erneuten Aufrufs zum Wettbewerb abgegebenes Angebot höhere Preise als nach dieser Bestimmung zulässig, so gelten die ursprünglich angebotenen Preise (wiederum: nach Maßgabe der in diesen Angebotsbestimmungen getroffenen Regelungen zur Preismrechnung).

Weiters wird klargestellt, dass die Partner einer Rahmenvereinbarung nicht verpflichtet sind, ein verbessertes Angebot abzugeben. In diesem Fall gelten die von ihnen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung angebotenen Preisen (dies jedoch nach Maßgabe der in diesen Angebotsbestimmungen getroffenen Regelungen zur Preismrechnung).

Der Abruf erfolgt dann auf das Angebot mit dem niedrigsten Gesamtpreis für die abgerufenen Leistungen.

Klargestellt wird, dass der Auftraggeber berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, aus der gegenständlichen Rahmenvereinbarung Leistungen abzurufen. Die Partner der Rahmenvereinbarung haben daher weder einen Anspruch auf ein bestimmtes Auftragsvolumen noch den Anspruch, dass im Zeitraum der Geltung der Rahmenvereinbarung ausschließlich sie mit den von der Rahmenvereinbarung umfassten Leistungen beauftragt werden.

(...)

D 1.1.1 Dauer der Rahmenvereinbarung / Verlängerung

Die gegenständliche Rahmenvereinbarung wird zunächst für die Dauer von 1 Jahr abgeschlossen.

Dem Auftraggeber kommt jedoch das Recht zu, die gegenständliche Rahmenvereinbarung um jeweils ein Jahr zu verlängern, wobei die Verlängerung mit allen Parteien der Rahmenvereinbarung erfolgt. Der Auftraggeber kann die Rahmenvereinbarung höchstens siebenmal verlängern, sodass die Höchstdauer der Rahmenvereinbarung acht Jahre beträgt.

Will der Auftraggeber von seinem Recht auf Verlängerung Gebrauch machen, so hat er dies jeweils 10 Wochen vor Ablauf der Rahmenvereinbarung allen Parteien der Rahmenvereinbarung mitzuteilen. Klargestellt wird, dass der Auftraggeber das Recht, nicht aber die Verpflichtung zur Verlängerung der Rahmenvereinbarung hat, sodass den

Es wurden sodann von der vergebenden Stelle zunächst die 4 angebotenen Gesamtpreise der Bieter miteinander und zueinander verglichen. Es erfolgte auch ein Vergleich der Gesamtpreise mit jenen aus einer Ausschreibung aus dem Jahre 2018 von den damaligen Bietern, im Rahmen derer auch für das gesamte Verbandsgebiet eine Ausschreibung, damals aber aufgeteilt in 4 Lose, erfolgte. Dabei wurde festgestellt, dass die nunmehrigen Gesamtpreise

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Die L Gesellschaft m.b.H. hat ein Angebot mit einem Nettogesamtpreis (Gesamtpreis exkl. USt) von EUR *** abgegeben und erreichte dztgl. 73,41 Punkte. Beim Zuschlagskriterium „QK 1“ hat dieses Angebot 7 Punkte und bei „QK 2“ 3 Punkte erreicht. Insgesamt erreichte das Angebot eine Punkteanzahl von 83,41 Punkten.

Demgegenüber weist Ihr Angebot vom 16.11.2023 einen Nettogesamtpreis (Gesamtpreis exkl. USt) von EUR *** auf und wurde beim Zuschlagskriterium Angebotspreis mit 76,27 Punkten bewertet. Beim Zuschlagskriterium „QK 1“ hat Ihr Angebot 7 Punkte und bei „QK 2“ 3 Punkte erreicht. Damit war Ihr Angebot mit insgesamt 86,27 Punkten zu bewerten und ist zweitgereiht.

Die Stillhaltefrist gemäß § 306 Abs. 1 BVergG 2018 beträgt 10 Tage und endet sohin am 17.12.2023 um 24:00 Uhr. Die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2018 beträgt 10 Tage und endet sohin am 17.12.2023 um 24:00 Uhr.

(...)“

Am 15.12.2023 langte beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich ein Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ein, mit dem diese beantragte, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge die Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, im Vergabeverfahren „*** – Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen, Los *** Region ****“ das Angebot der C AG an die erste Stelle zu reihen, in eventu die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023 im Vergabeverfahren „*** – Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen, Los *** Region ****“ für nichtig erklären. Im Rahmen einer weiteren Äußerung der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren am 23.01.2024 wurde von ihr das Eventualbegehren dahingehend berichtigt, dass die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023, mit welchem Unternehmer oder mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, begehrt werde.

Vom Auftraggeber und von der vergebenden Stelle wurde ihrerseits im Nachprüfungsverfahren richtiggestellt, dass es sich bei der Bezeichnung „Zuschlagsentscheidung“ im Schreiben der vergebenden Stelle vom 07.12.2023 um eine Fehlbezeichnung handelte und mit diesem Schreiben die Entscheidung des Auftraggebers bekanntgegeben wurde, mit welchem Unternehmer oder mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll.

4.

Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich insgesamt aus dem Vergabeakt des öffentlichen Auftraggebers, insbesondere dem auch von der Antragstellerin vorgelegten und teils wörtlich wiedergegebenen Angebotsschreiben für Bauleistungen (Beilage ./1) und dem Schreiben der vergebenden Stelle vom 07.12.2023, weiters den wechselseitigen Angeboten der Antragstellerin, der mitbeteiligten Partei, der K GmbH, der L Gesellschaft m.b.H. und der H GmbH und vor allem auch dem Prüfbericht der vergebenden Stelle samt dessen Anhängen, hier wiederum insbesondere dem Preisspiegel (Beilage ./B) und der Bestbieterermittlung (Beilage ./E), dies alles in Verbindung mit der insgesamt glaubwürdigen und nachvollziehbaren sowie mit dem Inhalt des vorliegenden Vergabeaktes in Einklang stehenden Aussage des Zeugen I. Der Sachverhalt ergibt sich insgesamt aus dem Vergabeakt des öffentlichen Auftraggebers, insbesondere dem auch von der Antragstellerin vorgelegten und teils wörtlich wiedergegebenen Angebotsschreiben für Bauleistungen (Beilage ./1) und dem Schreiben der vergebenden Stelle vom 07.12.2023, weiters den wechselseitigen Angeboten der Antragstellerin, der mitbeteiligten Partei, der K GmbH, der L Gesellschaft m.b.H. und der H GmbH und vor allem auch dem Prüfbericht der vergebenden Stelle samt dessen Anhängen, hier wiederum insbesondere dem Preisspiegel (Beilage ./B) und der Bestbieterermittlung (Beilage ./E), dies alles in Verbindung mit der insgesamt glaubwürdigen und nachvollziehbaren sowie mit dem Inhalt des vorliegenden Vergabeaktes in Einklang stehenden Aussage des Zeugen römisch eins.

Unstrittig sind in concreto sämtliche Feststellungen betreffend die Grundlagen der gegenständlichen Ausschreibung, den Inhalt der Ausschreibung und die angebotenen Gesamtpreise aller Bieter, die sich auch aus den Angeboten selbst und dem Preisspiegel ergeben. Die ergänzenden Feststellungen das Angebot der H GmbH betreffend, ergeben sich aus eben diesem Angebot samt der diesem Angebot vorgelegten Beilagen.

Aus der Aussage des Zeugen ergeben sich zunächst sämtliche Feststellungen im Zusammenhang mit dessen Erfahrung und Fachkenntnissen betreffend Vergabeverfahren wie dem gegenständlichen. Der Zeuge hinterließ auf das

erkennende Gericht einen fachlich überaus fundierten Eindruck und waren insbesondere auch aus seiner Aussage die umfangreich aufgrund seiner langjährigen einschlägigen Tätigkeit gewonnenen Erfahrungswerte zu erkennen. Es liegt auch auf der Hand, dass auch dessen langjährige Beiziehung als vergebende Stelle durch öffentliche Auftraggeber für dessen gewissenhafte und korrekte Abwicklung von Vergabeverfahren spricht.

Aus der Aussage des Zeugen ergibt sich demnach auch glaubwürdig und steht seine Aussage diesbezüglich auch vollinhaltlich im Einklang mit dem vorliegenden Prüfbericht samt Anhängen, dass die Angebote der Bieter, so auch jenes der mitbeteiligten Partei umfassend und nachvollziehbar in fachlicher Hinsicht geprüft wurden. Es wurde von der vergebenden Stelle – und hat der Zeuge darauf eben im Zuge der umfassenden Befragung durch das erkennende Gericht – nachvollziehbar auf sämtliche Prüfungsparameter Bezug genommen, vor allem xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx und demnach die sich daraus ergebenden Gesamtpreise berücksichtigt und deren Gründe nachvollziehbar dargelegt. Die sich auch daraus ergebende Plausibilität der Angebote sowohl in Bezug auf die einzelnen Positionen als auch hinsichtlich der Gesamtpreise, so demnach auch jenes der mitbeteiligten Partei, wurde dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich vom Zeugen unter Zugrundelegung eben der Bezug habenden Urkunden nachvollziehbar und ausreichend dargelegt.

xx

Auch der von der vergebenden Stelle im Rahmen der Preisangemessenheitsprüfung angestellte Vergleich mit den im Jahre 2018 für die gleichen Leistungen gestellten Angebote bietet eine nachvollziehbare Erklärung, von der Angemessenheit der nunmehrigen Preise auch der mitbeteiligten Partei auszugehen; entgegen des Vorhaltes der Antragstellerin wird diese Annahme umso mehr untermauert, wenn damals die Angebote teilweise von anderen Unternehmen gestellt wurden. Nicht zuletzt war gerade auch aus dem vorliegenden Preisspiegel für dieses Ergebnis der Annahme der Preisangemessenheit für die vergebende Stelle viel zu gewinnen und ist für das erkennende Gericht sowohl die Prüfung der Preisangemessenheit durch die vergebende Stelle als auch das Prüfungsergebnis schlüssig, nachvollziehbar und ihrerseits plausibel.

Die Feststellungen schließlich im Zusammenhang mit der angefochtenen Entscheidung vom 07.12.2023 und den Anträgen der Antragstellerin ergeben sich aus dem Schreiben der vergebenden Stelle vom 07.12.2023 (Beilage ./4), dem Nachprüfungsantrag vom 15.12.2023 und der Äußerung der Antragstellerin vom 23.01.2024.

5.

Rechtslage:

Folgende gesetzlichen Bestimmungen sind im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren von Relevanz:

§ 4 Abs. 1 und 2 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz (NÖ VNG); Paragraph 4, Absatz eins und 2 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz (NÖ VNG):

„(1) Die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens obliegt dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig (2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Artikel 14 b, Absatz eins und 5 B-VG) oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (§ 14) sowie 1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (Paragraph 14,) sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte (§ 16).“ 2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte (Paragraph 16.),“

§ 6 Abs. 1 NÖ VNG: Paragraph 6, Absatz eins, NÖ VNG:

„(1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen,

sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. In einem kann beantragt werden, nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen, die dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung zeitlich vorangegangen sind, nachzuprüfen.“(1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Artikel 14 b, Absatz eins und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. In einem kann beantragt werden, nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen, die dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung zeitlich vorangegangen sind, nachzuprüfen.“

§ 8 Abs. 1 und 2 NÖ VNG: Paragraph 8, Absatz eins und 2 NÖ VNG:

„(1) Parteien des Nachprüfungsverfahrens sind der Antragsteller und der Auftraggeber. Der Auftraggeber kann, soweit die zentrale Beschaffungsstelle an seine Stelle tritt, dem Nachprüfungsverfahren als Nebenintervenient beitreten; §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 und 19 Abs. 1 ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Wird ein Vergabeverfahren von mehreren Auftraggebern gemeinsam durchgeführt, so bilden die in der Ausschreibung genannten Auftraggeber eine Streitgenossenschaft im Nachprüfungsverfahren. Die Bestimmungen der §§ 14 und 15 ZPO sind sinngemäß anzuwenden.“(1) Parteien des Nachprüfungsverfahrens sind der Antragsteller und der Auftraggeber. Der Auftraggeber kann, soweit die zentrale Beschaffungsstelle an seine Stelle tritt, dem Nachprüfungsverfahren als Nebenintervenient beitreten; Paragraphen 17, Absatz eins, 18, Absatz eins und 19 Absatz eins, ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Wird ein Vergabeverfahren von mehreren Auftraggebern gemeinsam durchgeführt, so bilden die in der Ausschreibung genannten Auftraggeber eine Streitgenossenschaft im Nachprüfungsverfahren. Die Bestimmungen der Paragraphen 14 und 15 ZPO sind sinngemäß anzuwenden.

(2) Im Nachprüfungsverfahren sind ferner jene Unternehmer Parteien, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen Interessen nachteilig betroffen sein könnten. Diese Unternehmer verlieren ihre Parteistellung, wenn sie nicht binnen zehn Tagen nach Veröffentlichung des Eingangs (§ 13 Abs. 3) oder nach Verständigung vom Eingang (§ 13 Abs. 5) eines Antrages auf Nichtigerklärung begründete Einwendungen erheben. Wenn vor Ablauf dieser Frist eine mündliche Verhandlung stattfindet, dann müssen die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden.“(2) Im Nachprüfungsverfahren sind ferner jene Unternehmer Parteien, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen Interessen nachteilig betroffen sein könnten. Diese Unternehmer verlieren ihre Parteistellung, wenn sie nicht binnen zehn Tagen nach Veröffentlichung des Eingangs (Paragraph 13, Absatz 3,) oder nach Verständigung vom Eingang (Paragraph 13, Absatz 5,) eines Antrages auf Nichtigerklärung begründete Einwendungen erheben. Wenn vor Ablauf dieser Frist eine mündliche Verhandlung stattfindet, dann müssen die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden.“

§ 10 NÖ VNG: Paragraph 10, NÖ VNG:

„(1) Ein Antrag auf Nachprüfung (§ 6 Abs. 1) hat jedenfalls zu enthalten; (1) Ein Antrag auf Nachprüfung (Paragraph 6, Absatz eins,) hat jedenfalls zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der gesondert anfechtbaren Entscheidung,
2. die Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers und gegebenenfalls der vergebenden Stelle einschließlich deren elektronischer Adresse,
3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss sowie bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Bezeichnung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters,
4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller,
5. die Bezeichnung der Rechte, in denen der Antragsteller verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkte),
6. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
7. einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie
8. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(2) Der Antrag ist in folgenden Fällen unzulässig:

1. wenn er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet;

2. wenn er nicht innerhalb der in § 12 genannten Fristen gestellt wird². wenn er nicht innerhalb der in Paragraph 12, genannten Fristen gestellt wird;

3. wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung die Pauschalgebühr gemäß § 21 nicht ordnungsgemäß entrichtet wurde.“3. wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung die Pauschalgebühr gemäß Paragraph 21, nicht ordnungsgemäß entrichtet wurde.“

§ 12 Abs. 1 NÖ VNG: Paragraph 12, Absatz eins, NÖ VNG:

„(1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung auf elektronischem Weg sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung über den Postweg oder einen anderen geeigneten Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.“

§ 16 Abs. 1 NÖ VNG: Paragraph 16, Absatz eins, NÖ VNG:

„(1) Das Landesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und

2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.“

§ 19 Abs. 1 NÖ VNG: Paragraph 19, Absatz eins, NÖ VNG:

„(1) Der Antragsteller hat eine Pauschalgebühr zu entrichten für:

-

den Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Nichtigklärung (§ 5 Abs. 1) den Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Nichtigklärung (Paragraph 5, Absatz eins,),

-

den Antrag auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens (§ 6 Abs. 1) sowie den Antrag auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens (Paragraph 6, Absatz eins,) sowie

-

den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (§ 13).“ den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Paragraph 13,).“

§ 19 Abs. 8 und 9 NÖ VNG: Paragraph 19, Absatz 8 und 9 NÖ VNG:

„(8) Der vor dem Landesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende

Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 entrichteten Gebühren Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Absatz eins, entrichteten Gebühren

durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner

gemäß Abs. 1 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens gemäß Absatz eins, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens

klaglos gestellt wird.

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

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird oder wenn der Antragsteller während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird und

2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. im Falle der Klaglosstellung stattzugeben gewesen wäre oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde oder im Falle der Klaglosstellung abzuweisen gewesen wäre.“

§ 2 Z 15 lit. a sublit. aa und jj Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018) Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, a, a und j, j Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018):

„Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

(...)

15. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

aa) im offenen Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

(...)

jj) bei der Rahmenvereinbarung: hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß sublit. aa), bb), dd) oder ee) mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung; die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll; der erneute Aufruf zum Wettbewerb; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung; jj) bei der Rahmenvereinbarung: hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß Sub-Litera, a, a), bb), dd) oder ee) mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung; die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll; der erneute Aufruf zum Wettbewerb; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

(...)

(...)“

§ 4 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018) Paragraph 4, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018):

„(1) Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände oder

2. Einrichtungen, die

a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,

b) zumindest teilrechtsfähig sind und

c) überwiegend von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch diese unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, oder c) überwiegend von öffentlichen Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch diese unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von öffentlichen Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind, oder

3. Verbände, die aus einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.“ 3. Verbände, die aus einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder 2 bestehen.“

§ 208 BVerG 2018: Paragraph 208, BVerG 2018:

„Aufträge können aufgrund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens abgeschlossen wurde.“

§ 300 BVerG 2018: Paragraph 300, BVerG 2018:

„(1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

(2) Der Sektorenauftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, oder
2. begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.“

§ 301 Abs. 1, 3 und 4 BVergG 2018 Paragraph 301, Absatz eins, 3 und 4 BVergG 2018:

„(1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot oder über die geplante Art der Durchführung der Leistung oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Die durch die erfolgte Aufklärung allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze des § 193 Abs. 1 nicht verletzen.“(1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot oder über die geplante Art der Durchführung der Leistung oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Die durch die erfolgte Aufklärung allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze des Paragraph 193, Absatz eins, nicht verletzen.

(...)

(3) Stellt der Sektorenauftraggeber im Rahmen einer Prüfung gemäß § 300 fest, dass die angebotenen Preise nicht angemessen sind, so hat er vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Der Sektorenauftraggeber darf das Angebot nur ausscheiden, wenn trotz des Vorbringens des Bieters die Preise für den Sektorenauftraggeber nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Er hat das Angebot jedenfalls auszuschneiden, wenn die Prüfung ergibt, dass der Bieter die in § 264 genannten Bestimmungen nicht berücksichtigt hat. Die Prüfung hat unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens des Bieters zu erfolgen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind in die Dokumentation der Prüfung der Angebote aufzunehmen.(3) Stellt der Sektorenauftraggeber im Rahmen einer Prüfung gemäß Paragraph 300, fest, dass die angebotenen Preise nicht angemessen sind, so hat er vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Der Sektorenauftraggeber darf das Angebot nur ausscheiden, wenn trotz des Vorbringens des Bieters die Preise für den Sektorenauftraggeber nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Er hat das Angebot jedenfalls auszuschneiden, wenn die Prüfung ergibt, dass der Bieter die in Paragraph 264, genannten Bestimmungen nicht berücksichtigt hat. Die Prüfung hat unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens des Bieters zu erfolgen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind in die Dokumentation der Prüfung der Angebote aufzunehmen.

(4) Stellt der Sektorenauftraggeber bei einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich fest, dass ein Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig ist, weil der betreffende Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so darf er das Angebot allein aus diesem Grund nur dann ausscheiden, wenn der Bieter nach Aufforderung durch den Sektorenauftraggeber nicht innerhalb einer vom Sektorenauftraggeber festgesetzten angemessenen Frist nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar war. Sofern ein Sektorenauftraggeber aus diesem Grund ein Angebot ausscheidet, hat er dies der Kommission bekannt zu geben.“(4) Stellt der Sektorenauftraggeber bei einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich fest, dass ein Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig ist, weil der betreffende Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so darf er das Angebot allein aus diesem Grund nur dann ausscheiden, wenn der Bieter nach Aufforderung durch den Sektorenauftraggeber nicht innerhalb einer vom Sektorenauftraggeber festgesetzten angemessenen Frist nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe im Sinne des Artikel 107, AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar war. Sofern ein Sektorenauftraggeber aus diesem Grund ein Angebot ausscheidet, hat er dies der Kommission bekannt zu geben.“

§ 302 Abs. 1 Z 2 und 3 BVergG 2018 Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 2 und 3 BVergG 2018:

„(1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

(...)

2. Angebote von Bieter, deren Eignung nicht gegeben ist, oder

1.

Angebote, die eine – durch eine Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen, oder
(...)“

§ 315 Abs. 1 BVergG 2018: Paragraph 315, Absatz eins, BVergG 2018:

„(1) Die Unternehmer, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, werden nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens – im Oberschwellenbereich mit vorheriger Bekanntmachung – oder eines Verhandlungsverfahrens ermittelt. Eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer ist mit jenem Bieter abzuschließen, der das gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewertete Angebot gelegt hat. Eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern ist mit jenen Bietern abzuschließen, die die gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewerteten Angebote gelegt haben. Der Sektorenauftraggeber hat den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitzuteilen. In dieser Mitteilung sind die Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bzw. der erfolgreichen Angebote bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, besteht nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren gemäß § 206 Abs. 1 Z 5 oder 8 zum Abschluss der Rahmenvereinbarung durchgeführt wurde.“

„(1) Die Unternehmer, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, werden nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens – im Oberschwellenbereich mit vorheriger Bekanntmachung – oder eines Verhandlungsverfahrens ermittelt. Eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer ist mit jenem Bieter abzuschließen, der das gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewertete Angebot gelegt hat. Eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern ist mit jenen Bietern abzuschließen, die die gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewerteten Angebote gelegt haben. Der Sektorenauftraggeber hat den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitzuteilen. In dieser Mitteilung sind die Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bzw. der erfolgreichen Angebote bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, besteht nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 206, Absatz eins, Ziffer 5, oder 8 zum Abschluss der Rahmenvereinbarung durchgeführt wurde.“

6.

Erwägungen:

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat unter Zugrundelegung des festgestellten Sachverhaltes und der zitierten gesetzlichen Bestimmungen in rechtlicher Hinsicht wie folgt erwogen:

6.1 Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zunächst und ist dies auch unbestritten, dass der D öffentlicher Auftraggeber im Sinne des 4 Abs. 1 BVergG 2018 ist und das gegenständliche Vergabeverfahren gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes Niederösterreich fällt. Die gemeinschaftliche Bekanntmachung erfolgte am *** im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union.

6.1 Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zunächst und ist dies auch unbestritten, dass der D öffentlicher Auftraggeber im Sinne des 4 Absatz eins, BVergG 2018 ist und das gegenständliche Vergabeverfahren gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes Niederösterreich fällt. Die gemeinschaftliche Bekanntmachung erfolgte am *** im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich auch, dass als Verfahrensart das offene Verfahren nach den Sektorenbestimmungen im Oberschwellenbereich festgelegt wurde, es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um Bauleistungen handelt und der Leistungsgegenstand den Abschluss von Rahmenvereinbarungen für den Neubau und den Austausch von Ortsleitungen und Hausanschlüssen in der Region *** des J (Los ***) zum Inhalt hat.

Nicht zuletzt ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt, dass von der Antragstellerin binnen 10 Tagen nach Erhalt des Verständigungsschreibens des öffentlichen Auftraggebers vom 07.12.2023 und binnen der darin genannten Stillhaltefrist der verfahrensgegenständliche Nachprüfungsantrag am 15.12.2023 mit den festgestellten Anträgen gestellt wurde. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin erfüllt auch sämtliche Formal- und Inhaltserfordernisse gemäß § 10 Abs. 1 NÖ VNG. Die gemäß § 21 NÖ VNG zu entrichtenden Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von insgesamt 3.750,-- Euro wurden ordnungsgemäß von der Antragstellerin entrichtet. Nicht zuletzt ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt, dass von der Antragstellerin binnen 10 Tagen nach Erhalt des Verständigungsschreibens des öffentlichen Auftraggebers vom 07.12.2023 und binnen der darin genannten Stillhaltefrist der verfahrensgegenständliche Nachprüfungsantrag am 15.12.2023 mit den festgestellten Anträgen gestellt wurde. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin erfüllt auch sämtliche Formal- und Inhaltserfordernisse gemäß Paragraph 10, Absatz eins, NÖ VNG. Die gemäß Paragraph 21, NÖ VNG zu entrichtenden Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von insgesamt 3.750,-- Euro wurden ordnungsgemäß von der Antragstellerin entrichtet.

6.2 Gemäß § 6 Abs. 1 NÖ VNG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Vom Schadensbegriff sind all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vgl. VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065 zu § 320 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 mit Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 7 zu § 320 und T. Gruber, ebenda, Rz 29 zu 6.2 Gemäß Paragraph 6, Absatz eins, NÖ VNG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Artikel 14 b, Absatz eins und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Vom Schadensbegriff sind all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen vergleiche VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065 zu Paragraph 320, Absatz eins und 2 BVergG 2006 mit Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 7 zu Paragraph 320 und T. Gruber, ebenda, Rz 29 zu

§ 328).Paragraph 328,).

Voraussetzung eines zum Erfolg führenden Nachprüfungsantrages ist sohin zunächst das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren (vgl. auch BVwG 22.08.2018, W131 2202244-2/21E); eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung kann nur gemeinsam mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bekämpft werden (vgl. BVA 19.12.2003, 15N-118/03-18). Dazu ist zu beachten, dass die Aufzählung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen abschließend ist. Bei einer Rahmenvereinbarung wie gegenständlich sind gemäß § 2 Z 15 lit. a) sublit. jj) BVergG 2018 gesondert anfechtbar die hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß sublit. aa), bb), dd) oder ee) mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung, dh insbesondere die Ausschreibung, sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist wie die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; und des Weiteren die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll; der erneute Aufruf zum Wettbewerb; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung. Voraussetzung eines zum Erfolg führenden Nachprüfungsantrages ist sohin zunächst das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren vergleiche auch BVwG 22.08.2018, W131 2202244-2/21E); eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung kann nur gemeinsam mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bekämpft werden vergleiche BVA 19.12.2003, 15N-118/03-18). Dazu ist zu beachten, dass die Aufzählung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen abschließend ist. Bei einer Rahmenvereinbarung wie gegenständlich sind gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a,) Sub-Litera, j, j,) BVergG 2018 gesondert anfechtbar die hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß Sub-Litera, a, a, bb), dd) oder ee) mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung, dh insbesondere die Ausschreibung, sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist wie

die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; und des Weiteren die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll; der erneute Aufruf zum Wettbewerb; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung.

In deren Hauptantrag des gegenständlichen Nachprüfungsantrages begehrt die Antragstellerin, „die Entscheidung des Auftraggebers vom 07.12.2023 im Vergabeverfahren ,*** – Herstellung von Orts- und Hausanschlussleitungen, Los *** Region ***‘ das Angebot der C AG an die erste Stelle zu reihen, für nichtig zu erklären“. In Eventualiter beehrte die Antragstellerin zunächst die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers vom 07.12.2023. Sowohl vom öffentlichen Auftraggeber als auch von der mitbeteiligten Partei wurde dazu eingewendet, dass sich der Nachprüfungsantrag bezogen auf seinen Hauptantrag auf eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung richte und bezogen auf den Eventualantrag eine Zuschlagsentscheidung noch gar nicht vorliege.

Ein Nachprüfungsantrag hat ein bestimmtes Begehren zu enthalten, der Prozessgegenstand ist durch den Inhalt des Antrages determiniert und ist das erkennende Gericht an diese Anträge des Antragstellers gebunden; ein im Nachprüfungsverfahren unrichtig gestelltes Begehren kann nicht dahingehend umgedeutet werden, dass entgegen dem erklärten Willen der Partei dem Begehren eine andere Deutung gegeben wird (VwGH 14.03.2012, 2008/04/0228). Im Nachprüfungsverfahren wird der jeweilige Verfahrensgegenstand durch die vom Antragsteller angefochtene Auftraggeberentscheidung festgelegt (VwGH 27.07.2007, 2005/04/0111; BVwG 23.09.2014, W187 2009108-1/19E). Für die Frage des Inhaltes eines Antrages kommt es auf die Willenserklärung und nicht auf einen allenfalls davon abweichenden Willen des Antragstellers an (VwGH 22.06.2011, 2007/04/0037).

Das hier maßgebliche Schreiben der vergebenden Stelle vom 07.12.2023 ist als „Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung“ bezeichnet und enthält seinem Inhalt nach unmissverständlich eine Mitteilung unter anderem an die Antragstellerin, mit welchen Unternehmern der öffentliche Auftraggeber den Abschluss einer Rahmenvereinbarung beabsichtigt und in welcher Reihenfolge die 3 betreffenden Unternehmen auf Basis ihrer Angebote gereiht werden. Vom Auftraggeber wurde im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens auch klargestellt, dass die gewählte Diktion „Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung“ im Betreff des Schreibens vom 07.12.2023 falsch war und es sich hier richtig um die Entscheidung handelt, mit welchen Unternehmern der öffentliche Auftraggeber den Abschluss einer Rahmenvereinbarung beabsichtigt.

Die bloße Bekanntgabe der Reihung von Angeboten bzw. Bietern vor Abschluss einer Rahmenvereinbarung ist unter keine der im § 2 Z 15 lit. a) sublit. jj) BVergG 2018 taxativ aufgezählten gesondert anfechtbaren Entscheidungen subsumierbar. Wohl jedoch stellt expressis verbis gemäß § 2 Z 15 lit. a) sublit. jj) BVergG 2018 die Entscheidung, mit welchem Unternehmen bzw. mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Die bloße Bekanntgabe der Reihung von Angeboten bzw. Bietern vor Abschluss einer Rahmenvereinbarung ist unter keine der im Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a,) Sub-Litera, j, j,) BVergG 2018 taxativ aufgezählten gesondert anfechtbaren Entscheidungen subsumierbar. Wohl jedoch stellt expressis verbis gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a,) Sub-Litera, j, j,) BVergG 2018 die Entscheidung, mit welchem Unternehmen bzw. mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar.

Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 01.03.2022 zur GZ.E 1531/2021-10 unter anderem wie folgt ausgeführt:

„Nach § 344 Abs1 Z1 BVergG 2018 hat ein Antrag gemäß § 342 Abs1 BVergG 2018 jedenfalls die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung zu enthalten. Dabei soll bei der Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, wie die Erläuterungen hervorheben, "kein übertrieben strenger Maßstab angelegt werden" (Erläut zur RV des Vergaberechtsreformgesetzes 2018, 69 BlgNR 26. GP, 198 f.; vgl. VwGH 30.6.2004, 2004/04/0028; vgl auch VfSlg 17.988/2006; Ziniel, §344, in: Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg.], BVergG 2018, 1. Lfg. 2020, Rz 23 mwN). „Nach Paragraph 344, Abs1 Z1 BVergG 2018 hat ein Antrag gemäß Paragraph 342, Abs1 BVergG 2018 jedenfalls die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung zu enthalten. Dabei soll bei der Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, wie die Erläuterungen hervorheben, "kein übertrieben

strenger Maßstab angelegt werden" (Erläut zur Regierungsvorlage des Vergaberechtsreformgesetzes 2018, 69 BlgNR 26. GP, 198 f.; vergleiche VwGH 30.6.2004, 2004/04/0028; vergleiche auch VfSlg 17.988 aus 2006,; Ziniel, §344, in: Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg.], BVergG 2018, 1. Lfg. 2020, Rz 23 mwN).

Die mitbeteiligte Partei hat als Auftraggeberin der beschwerdeführenden Partei mit Schreiben vom 8. Februar 2021, amtssigniert am 15. Februar 2021, mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung mit einem anderen Unternehmer abzuschließen. Dabei handelt es sich unstrittig um eine im Rahmen des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens (siehe § 154 BVergG 2018) getroffene gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z15 lit. a sublit. j BVergG 2018, nämlich um die "Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll" (eine "Zuschlagsentscheidung" iSd § 2 Z15 lit. a sublit. j BVergG 2018 kann erst nach Abschluss und auf Grund der Rahmenvereinbarung getroffen werden, siehe §155 BVergG 2018). Die mitbeteiligte Partei hat als Auftraggeberin der beschwerdeführenden Partei mit Schreiben vom 8. Februar 2021, amtssigniert am 15. Februar 2021, mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung mit einem anderen Unternehmer abzuschließen. Dabei handelt es sich unstrittig um eine im Rahmen des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens (siehe Paragraph 154, BVergG 2018) getroffene gesondert anfechtbare Entscheidung iSd Paragraph 2, Z15 Litera a, Sub-Litera, j, j, BVergG 2018, nämlich um die "Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll" (eine "Zuschlagsentscheidung" iSd Paragraph 2, Z15 Litera a, Sub-Litera, j, j, BVergG 2018 kann erst nach Abschluss und auf Grund der Rahmenvereinbarung getroffen werden, siehe §155 BVergG 2018).

Wenn die beschwerdeführende Partei in ihrem auf § 342 Abs1 BVergG 2018 gestützten Nachprüfungsantrag begehrt, die "Zuschlagsentscheidung der Republik Österreich, Bundesministerium für Inneres, vom 15.02.2021 im Vergabeverfahren 'Videonachfahreinrichtungen für die Bundespolizei' (Rahmenvereinbarung)" für nichtig zu erklären, bezieht sie sich vor dem Hintergrund des konkreten (Stadiums des) gegenständlichen Vergabeverfahrens unzweifelhaft (es wurde in diesem Verfahren noch keine Rahmenvereinbarung abgeschlossen, weshalb eine Zuschlagsentscheidung in einem Verfahren nach § 155 BVergG 2018 noch gar nicht möglich war) auf die "Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll". Die beschwerdeführende Partei hat somit gemäß § 344 Abs1 Z1 BVergG 2018 die gesondert anfechtbare Entscheidung ausreichend klar bezeichnet. Damit erweisen sich die Annahme des Bundesverwaltungsgerichtes, der Antrag der beschwerdeführenden Partei richte sich iSd § 344 Abs2 Z1 BVergG 2018 nicht gegen eine (bereits erlassene) gesondert anfechtbare Entscheidung, sowie die weiteren darauf aufbauenden Ausführungen als denkunmöglich. "Wenn die beschwerdeführende Partei in ihrem auf Paragraph 342, Abs1 BVergG 2018 gestützten Nachprüfungsantrag begehrt, die "Zuschlagsentscheidung der Republik Österreich, Bundesministerium für Inneres, vom 15.02.2021 im Vergabeverfahren 'Videonachfahreinrichtungen für die Bundespolizei' (Rahmenvereinbarung)" für nichtig zu erklären, bezieht sie sich vor dem Hintergrund des konkreten (Stadiums des) gegenständlichen Vergabeverfahrens unzweifelhaft (es wurde in diesem Verfahren noch keine Rahmenvereinbarung abgeschlossen, weshalb eine Zuschlagsentscheidung in einem Verfahren nach Paragraph 155, BVergG 2018 noch gar nicht möglich war) auf die "Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll". Die beschwerdeführende Partei hat somit gemäß Paragraph 344, Abs1 Z1 BVergG 2018 die gesondert anfechtbare Entscheidung ausreichend klar bezeichnet. Damit erweisen sich die Annahme des Bundesverwaltungsgerichtes, der Antrag der beschwerdeführenden Partei richte sich iSd Paragraph 344, Abs2 Z1 BVergG 2018 nicht gegen eine (bereits erlassene) gesondert anfechtbare Entscheidung, sowie die weiteren darauf aufbauenden Ausführungen als denkunmöglich."

Zusammengefasst wurde vom Verfassungsgerichtshof somit der Standpunkt vertreten, dass die im Antrag verwendete Formulierung vor dem Hintergrund des konkreten Stadiums des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu sehen ist. In einem Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung ist davon auszugehen, dass für alle Parteien klar ist, dass durch die Entscheidung des Auftraggebers keine Zuschlagsentscheidung erfolgt ist. Bei der Auslegung, ob eine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliegt, darf der Maßstab an die im Antrag gewählte Formulierung auch nicht zu eng gezogen werden. Der Verfassungsgerichtshof orientiert sich daher am Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“. Wenn allen Parteien und auch dem Gericht klar sein muss, welche Entscheidung bekämpft wird, bleibt der Nachprüfungsantrag auch dann zulässig, wenn die gesondert anfechtbare Entscheidung vom Nachprüfungswerber falsch bezeichnet wurde.

Im konkreten Fall konnte von Anbeginn an kein Zweifel bestehen, dass von der Antragstellerin jedenfalls mit ihrem Eventualantrag die von ihr auch konkret genannte Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers in Form dessen Schreibens vom 07.12.2023 dahingehend angefochten wurde, dass sich die Antragstellerin dagegen ausspricht, mit welchen Unternehmen eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, in concreto, dass mit der C AG eine eben solche abgeschlossen werden soll. In ihrem Vorbringen brachte dazu die Antragstellerin wiederholt vor, dass das Angebot der C AG richtig ausgeschieden werden hätte müssen. Richtig und zulässig hat die Antragstellerin im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens, konkret in ihrer Äußerung vom 23.01.2024 auch in diesem Sinne berichtigt und erfolgte auch vom Auftraggeber und von der vergebenden Stelle im Nachprüfungsverfahren die Richtigstellung ihrer eigenen Entscheidung in diesem Sinne.

Im Ergebnis stellt daher der Eventualantrag der Antragstellerin eine gesondert anfechtbare Entscheidung in diesem Sinne dar, mit welchem Unternehmen bzw. mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll.

6.3 Soweit die mitbeteiligte Partei ihren Antrag auf Zurückweisung des Nachprüfungsantrages damit begründet, dass die Antragstellerin durch diese Entscheidung des Auftraggebers nicht beschwert sei und ihr dadurch kein Schaden erwachsen könne, da auch mit der Antragstellerin eine Rahmenvereinbarung geschlossen werden solle und sie deshalb mit ihrem Angebot erfolgreich gewesen sei, ist diesem Vorbringen nicht zu folgen.

Wie das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich bereits in seinem Beschluss vom 20.12.2023 zur GZ. LVwG-VG-16/001-2023 betreffend den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung festgehalten hat und sich auch aus dem hier festgestellten Sachverhalt ergibt, ist seitens der Auftraggeberin beabsichtigt, mit der C AG als Erstgereichte und mit der Antragstellerin als Zweitgereichte die Rahmenvereinbarung abzuschließen, woraus sich ergibt, dass die C AG vorrangig Abrufe aus dieser Rahmenvereinbarung erhalten würde. Bei Abrufwerten von unter *** Euro ist nach dem „Kaskadenprinzip“ der Auftraggeber nicht zu einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb verpflichtet, sodass die Antragstellerin nur dann zum Zug käme, wenn die mitbeteiligte Partei nicht bereit wäre, diesen Auftrag anzunehmen. Ein drohender Schaden der Antragstellerin durch die vorliegende Entscheidung ist daher offenkundig, dies auch umso mehr, wenn – wie vom Auftraggeber bzw. der vergebenden Stelle im Rahmen der Nachprüfungsverhandlung ausgeführt – ohnehin von diesen selbst jedenfalls zum Großteil mit Abrufen mit einem Auftragswert von unter *** Euro gerechnet wird.

6.4 Gemäß § 10 Abs. 1 Z 5 und 6 NÖ VNG hat der Antragsteller in seinem Nachprüfungsantrag die Bezeichnung der Rechte, in denen der Antragsteller verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkte), und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, zu bezeichnen. Sind Beschwerdepunkte nicht konkret bezeichnet, können sie doch aus dem Gesamtzusammenhang des Nachprüfungsantrages erkannt oder konkretisiert werden (BVwG 06.12.2016, W187 2137295-2). Bei Vorliegen eines allfälligen Ausscheidenssachverhaltes hat der Antragsteller konkret die Gründe zu benennen, worin er die behauptete Rechtswidrigkeit erachtet (BVwG 25.04.2016, W131 2122826-1), wobei es hier wiederum bereits ausreicht, wenn sich aus dem Inhalt des Nachprüfungsantrages insgesamt klar erkennen lässt, in welchem Recht sich der Antragsteller als verletzt erachtet (BVwG 13.05.2016, W187 2125758-1). 6.4 Gemäß Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 5 und 6 NÖ VNG hat der Antragsteller in seinem Nachprüfungsantrag die Bezeichnung der Rechte, in denen der Antragsteller verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkte), und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, zu bezeichnen. Sind Beschwerdepunkte nicht konkret bezeichnet, können sie doch aus dem Gesamtzusammenhang des Nachprüfungsantrages erkannt oder konkretisiert werden (BVwG 06.12.2016, W187 2137295-2). Bei Vorliegen eines allfälligen Ausscheidenssachverhaltes hat der Antragsteller konkret die Gründe zu benennen, worin er die behauptete Rechtswidrigkeit erachtet (BVwG 25.04.2016, W131 2122826-1), wobei es hier wiederum bereits ausreicht, wenn sich aus dem Inhalt des Nachprüfungsantrages insgesamt klar erkennen lässt, in welchem Recht sich der Antragsteller als verletzt erachtet (BVwG 13.05.2016, W187 2125758-1).

Durch die unterlassene oder unkorrekt vorgenommene Prüfung der Angemessenheit der Preise ist ein Antragsteller jedenfalls in einem subjektiven Recht verletzt und ist eine derartige Rechtswidrigkeit auch für den Ausgang eines Vergabeverfahrens von Relevanz, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Auftraggeber bei ordnungsgemäßer Prüfung zu einem anderen Ergebnis, wie etwa zu einem Ausscheiden des Angebotes des Bestbieters gelangen hätte können (vgl. BVwG 28.09.2015, W123 2112845-2). Wenn sohin vom Antragsteller in diesem Fall vorgebracht wird, dass eine Prüfung der Angemessenheit der Preise nicht oder nicht korrekt vorgenommen wurde, liegt eine ausreichende

Bezeichnung der Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, vor. Ein derartiges Vorbringen wurde von der Antragstellerin konkret auch erstattet. Durch die unterlassene oder unkorrekt vorgenommene Prüfung der Angemessenheit der Preise ist ein Antragsteller jedenfalls in einem subjektiven Recht verletzt und ist eine derartige Rechtswidrigkeit auch für den Ausgang eines Vergabeverfahrens von Relevanz, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Auftraggeber bei ordnungsgemäßer Prüfung zu einem anderen Ergebnis, wie etwa zu einem Ausscheiden des Angebotes des Bestbieters gelangen hätte können (vergleiche BVwG 28.09.2015, W123 2112845-2). Wenn sohin vom Antragsteller in diesem Fall vorgebracht wird, dass eine Prüfung der Angemessenheit der Preise nicht oder nicht korrekt vorgenommen wurde, liegt eine ausreichende Bezeichnung der Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, vor. Ein derartiges Vorbringen wurde von der Antragstellerin konkret auch erstattet.

Es ist diesbezüglich insbesondere zu beachten, dass der Antragstellerin das konkrete Angebot der mitbeteiligten Partei naturgemäß nicht bekannt ist. Mit dem Schreiben der vergebenden Stelle vom 07.12.2023 wurde die Antragstellerin lediglich über den Gesamtpreis der mitbeteiligten Partei in Kenntnis gesetzt, nicht jedoch über die Preise der einzelnen Leistungspositionen. Es war demnach der Antragstellerin auch schlicht nur auf Basis des Gesamtpreises möglich, ihre Schlussfolgerungen zu ziehen. Eine konkrete Behauptung, dass die mitbeteiligte Partei mit einem konkret genannten Einheitspreis unangemessen, betriebswirtschaftlich nicht erklärbar und spekulativ vorgegangen wäre und/oder die mitbeteiligte Partei bei konkret genannten Positionen Lohnkosten unrichtig berücksichtigt habe, ist der Antragstellerin mangels Kenntnis der exakten Einzelbeträge nicht möglich. Würde man daraus jedoch den Schluss ziehen, dass der Nachprüfungsantrag deshalb nicht gesetzmäßig ausgeführt sei und zurückzuweisen wäre, würde man der Antragstellerin de facto jegliche Anfechtungsmöglichkeit der Entscheidung nehmen.

Auch unter diesbezüglicher Zugrundelegung des Vorbringens der Antragstellerin ist daher der Nachprüfungsantrag gesetzmäßig ausgeführt und war entgegen der Anträge des Auftraggebers und der mitbeteiligten Partei nicht mit einer Zurückweisung des Nachprüfungsantrages vorzugehen.

6.5 Was nun eben diese von der Antragstellerin aufgezeigten Gründe für das Vorliegen einer Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers betrifft, ist inhaltlich wie folgt auszuführen:

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass der Gesamtangebotspreis der mitbeteiligten Partei *** Euro, jener der Antragstellerin *** Euro und jener der drittgerihten K GmbH *** Euro beträgt. Ausgehend davon errechnet sich ein Durchschnittspreis von *** Euro. Damit ergibt sich, dass das Angebot der mitbeteiligten Partei um 9,96 % unter dem Durchschnittsangebot der 3 gereihten Bieter liegt. Selbst wenn auch zusätzlich das Angebot der vom Auftraggeber nicht berücksichtigten L Gesellschaft m.b.H in der Höhe von *** Euro in diese Berechnung einfließen lässt, würde das Angebot der mitbeteiligten Partei nur um 12,01 % unter dem diesbezüglichen Durchschnittsangebot aller Bieter liegen.

Darauf zu verweisen ist in diesem Zusammenhang, dass gegenständlich des Weiteren auch ein zusätzliches Angebot der H GmbH abgegeben wurde. Festgestellt wurde dazu, dass laut den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen der Bieter mit seinem Angebot auch seine Befugnis, seine wirtschaftliche und seine technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen hat (Punkt B5 der Beilage ./1). Die Befugnis hat in der Gewerbeberechtigung Baumeistergewerbe und in der Gewerbeberechtigung Wasserinstallationsgewerbe zu bestehen und ist zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit 1 Referenzprojekt im Rohrleitungsbau über die Errichtung von Trinkwasserdruckrohren DN 80 – DN 300 innerhalb der letzten 5 Jahre vorzulegen; die Referenzen sind vom Auftraggeber zu bestätigen und beizulegen. In Summe ist die Verlegung von mindestens 3 km Trinkwasserdruckrohren in den oben angeführten Dimensionen nachzuweisen, wobei jeweils mindestens 300 m für jede Dimensionsgruppe kleiner gleich DN 150 und größer gleich DN 200 nachzuweisen sind.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Gemäß der für Sektorenauftraggeber für die Preisprüfung relevanten Bestimmungen des § 300 Abs. 1 und 2 BVergG 2018 ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Der Sektorenauftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, oder begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestehen. Die Frage des Vorliegens eines ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises ergibt sich eben aus dem Vergleich der Gesamtpreise der Angebote, In Rechtsprechung und Lehre werden dabei folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) (vgl. VwGH 22.06.2011,

2011/04/0011; BVwG 08.08.2017, W134 2163019-2). Gemäß der für Sektorenauftraggeber für die Preisprüfung relevanten Bestimmungen des Paragraph 300, Absatz eins und 2 BVerfG 2018 ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Der Sektorenauftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, oder begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestehen. Die Frage des Vorliegens eines ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises ergibt sich eben aus dem Vergleich der Gesamtpreise der Angebote. In Rechtsprechung und Lehre werden dabei folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) vergleiche VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011; BVwG 08.08.2017, W134 2163019-2).

Bereits unter Berücksichtigung dieser Umstände ergibt sich im konkreten Fall, dass zwischen dem Gesamtpreisangebot der mitbeteiligten Partei und jenen der übrigen Bieter keine grobe Abweichung besteht und der Auftraggeber daher nicht davon ausgehen musste, dass der Gesamtangebotspreis der mitbeteiligten Partei einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweist. Wenn auch der Gesamtangebotspreis aus der Summe der Einzelpositionspreise zusammengesetzt ist, war auch in Bezug auf die von der mitbeteiligten Partei zu den Einzelpositionen vorgenommene Auspreisung nach der rechtlichen Beurteilung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich unter Zugrundelegung des oben wiedergegebenen Sachverhaltes festzustellen, dass Anhaltspunkte für den Auftraggeber nicht bestanden und auch nicht bestehen hätten müssen, welche begründete Zweifel des Auftraggebers an der Angemessenheit sämtlicher Preise in den einzelnen Leistungspositionen der mitbeteiligten Partei hervorzurufen gehabt hätten.

Der Auftraggeber bzw. in seinem Auftrag die vergebende Stelle hat die verfahrensgegenständlichen Gesamtangebotspreise der Bieter auch auf Grund langjähriger Erfahrungen insbesondere zueinander und zu Angeboten gleicher Leistungen betreffend aus dem Jahr 2018 in Bezug gesetzt und geprüft und dabei festgestellt, dass sich in Bezug auf das Angebot der mitbeteiligten Partei (aber auch in Bezug auf das Angebot der Antragstellerin) keine Auffälligkeiten ergaben.

Aus all diesen Gründen, insbesondere eben aufgrund der tolerierbaren Abweichung des Gesamtpreises der mitbeteiligten Partei von jenen der anderen Bieter, aber auch aufgrund des Umstandes, dass ein hinsichtlich Plausibilität zu hinterfragender Gesamtangebotspreis im Angebot der mitbeteiligten Partei nicht gegeben war, hatte daher der Auftraggeber im Hinblick auf den jeweils angebotenen Gesamtpreis auch keine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

Bei einer vertieften Angebotsprüfung handelt es sich um eine Plausibilitätsprüfung, bei der 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. Dies erfordert eine inhaltlich begründete, auf betriebswirtschaftlichen Fakten aufbauende Erklärung (BVwG 05.12.2018, W139 2206369-2/24E).

Das Ausscheiden eines Angebotes hat dann zu erfolgen, wenn sich bei der Prüfung die Kalkulation des Angebotes als betriebswirtschaftlich nicht erklärbar („nicht plausibel“) erweist. Der Ausscheidenstatbestand ist als Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung anzusehen, d.h., dass dieser immer dann erfüllt ist, wenn mit den Preisen „etwas nicht in Ordnung ist“ (BVwG 05.12.2018, W139 2206369-2/24E).

Maßstab der technischen und wirtschaftlichen Angebotsprüfung ist, ebenso wie im öffentlichen Bereich, auch im Sektorenbereich die Ausschreibung. Dabei hat die Auftraggeberin bei den Angeboten, die für die Zuschlagsentscheidung in Frage kommen, u.a. die Angemessenheit der Preise zu prüfen. Im Rahmen dieser Prüfung der Preisangemessenheit sind sämtliche individuellen Umstände und die Marktsituation zu berücksichtigen (BVA 20.06.2003, 17N-46/03-34). Es hat auch die Frage einzufließen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind, einzufließen (BVA 16.01.2004, 14N-97/03/58); es reicht nicht aus, dass das Missverhältnis von Leistung und Preis sofort ins Auge fällt, ohne eine genaue Prüfung im Einzelnen vorzunehmen, wobei die Frage, ab wann ein „ungewöhnliches Missverhältnis“ vorliegt, auch nicht mit einer generellen Bandbreite determiniert werden kann. Ein nicht unerheblich geringerer Angebotspreis kann etwa auch durch günstigere Bezugsquellen, Preisnachlässe der eigenen Lieferanten oder selbst die Ambitionen, einen neuen Markt zu erobern oder die Marktanteile zu erhöhen, begründet sein (vgl. BVA 03.09.2004, 10N-57/04-34). Ein Auftraggeber ist auch nicht verpflichtet, jeden Preis in jedem Angebot zu überprüfen; er muss aber allgemein die Verlässlichkeit und Seriosität der ihm zweifelhaft erscheinenden

Angebote prüfen und hier auch gegebenenfalls Aufklärung über zweifelhaft erscheinende Einzelpreise verlangen (BVA 30.01.2006, 13N-130/05-21). Im Falle einer plausiblen Preisgestaltung hat aber jedenfalls keine vertiefte Angebotsprüfung zwingend stattzufinden (vgl. BVA 12.09.2008, N/0105-BVA/02/2008-24), wobei die Überprüfung der Preisangemessenheit immer dem Auftraggeber obliegt und die Nachprüfungsbehörde nur eine völlig unangemessene Preisgestaltung aufgreifen darf (B-VKK 30.06.2000, S-63/00). Maßstab der technischen und wirtschaftlichen Angebotsprüfung ist, ebenso wie im öffentlichen Bereich, auch im Sektorenbereich die Ausschreibung. Dabei hat die Auftraggeberin bei den Angeboten, die für die Zuschlagsentscheidung in Frage kommen, u.a. die Angemessenheit der Preise zu prüfen. Im Rahmen dieser Prüfung der Preisangemessenheit sind sämtliche individuellen Umstände und die Marktsituation zu berücksichtigen (BVA 20.06.2003, 17N-46/03-34). Es hat auch die Frage einzufließen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind, einzufließen (BVA 16.01.2004, 14N-97/03/58); es reicht nicht aus, dass das Missverhältnis von Leistung und Preis sofort ins Auge fällt, ohne eine genaue Prüfung im Einzelnen vorzunehmen, wobei die Frage, ab wann ein „ungewöhnliches Missverhältnis“ vorliegt, auch nicht mit einer generellen Bandbreite determiniert werden kann. Ein nicht unerheblich geringerer Angebotspreis kann etwa auch durch günstigere Bezugsquellen, Preisnachlässe der eigenen Lieferanten oder selbst die Ambitionen, einen neuen Markt zu erobern oder die Marktanteile zu erhöhen, begründet sein (vergleiche BVA 03.09.2004, 10N-57/04-34). Ein Auftraggeber ist auch nicht verpflichtet, jeden Preis in jedem Angebot zu überprüfen; er muss aber allgemein die Verlässlichkeit und Seriosität der ihm zweifelhaft erscheinenden Angebote prüfen und hier auch gegebenenfalls Aufklärung über zweifelhaft erscheinende Einzelpreise verlangen (BVA 30.01.2006, 13N-130/05-21). Im Falle einer plausiblen Preisgestaltung hat aber jedenfalls keine vertiefte Angebotsprüfung zwingend stattzufinden (vergleiche BVA 12.09.2008, N/0105-BVA/02/2008-24), wobei die Überprüfung der Preisangemessenheit immer dem Auftraggeber obliegt und die Nachprüfungsbehörde nur eine völlig unangemessene Preisgestaltung aufgreifen darf (B-VKK 30.06.2000, S-63/00).

Auch wenn die Vorgaben für Sektorenauftraggeber gegenüber den Vorgaben für öffentliche Auftraggeber reduziert sind, kann die Rechtsprechung zur vertieften Angebotsprüfung für öffentliche Auftraggeber übertragen werden (sinngemäß aus VwGH 25.01.2011, 2008/04/0082). Sind die Angebotspreise und die Teilpreise der Bestbieterin plausibel, ist keine vertiefte Angebotsprüfung bei einer Rahmenvereinbarung durchzuführen (vgl. BVwG 02.12.2016, W187 2137295-2). Im Sektorenbereich ist allerdings keine vollständige betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise gefordert, sondern besteht auch für Bieter eine größere Kalkulationsfreiheit und für den Auftraggeber ein weiterer Spielraum im Hinblick auf die Beurteilung der Angemessenheit der Angebotspreise (vgl. auch VKS Wien 13.01.2010, VKS – 6991/09). Zu beachten ist auch, dass im Rahmen der Angebotsprüfung im Sektorenbereich die Bestimmungen der §§ 139 und 140 BVerG 2018 zu Aufklärungen und Erörterungen bzw. zur Dokumentation der Angebotsprüfung überhaupt fehlen. Auch wenn die Vorgaben für Sektorenauftraggeber gegenüber den Vorgaben für öffentliche Auftraggeber reduziert sind, kann die Rechtsprechung zur vertieften Angebotsprüfung für öffentliche Auftraggeber übertragen werden (sinngemäß aus VwGH 25.01.2011, 2008/04/0082). Sind die Angebotspreise und die Teilpreise der Bestbieterin plausibel, ist keine vertiefte Angebotsprüfung bei einer Rahmenvereinbarung durchzuführen (vergleiche BVwG 02.12.2016, W187 2137295-2). Im Sektorenbereich ist allerdings keine vollständige betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise gefordert, sondern besteht auch für Bieter eine größere Kalkulationsfreiheit und für den Auftraggeber ein weiterer Spielraum im Hinblick auf die Beurteilung der Angemessenheit der Angebotspreise (vergleiche auch VKS Wien 13.01.2010, VKS – 6991/09). Zu beachten ist auch, dass im Rahmen der Angebotsprüfung im Sektorenbereich die Bestimmungen der Paragraphen 139 und 140 BVerG 2018 zu Aufklärungen und Erörterungen bzw. zur Dokumentation der Angebotsprüfung überhaupt fehlen.

Die sohin vom Auftraggeber bzw. von der vergebenden Stelle durch mehrere Fachkundige durchgeführte Angebotsprüfung erfolgte entsprechend des festgestellten Sachverhaltes plausibel, nachvollziehbar und ordnungsgemäß, sodass verfahrensgegenständlich insbesondere auch keiner der in § 302 BVerG 2018 bezeichneten Ausscheidenstatbestände vorlag. Von der vergebenden Stelle bzw. konkret der die Angebote prüfenden Person wurden sämtliche Angebote nicht nur in Bezug auf die Einhaltung der von Gesetzes wegen und auf Basis der Ausschreibungsgrundlagen vorgegebenen Formalvorschriften geprüft, sondern auch auf deren rechnerische Richtigkeit und eben auch in Bezugnahme auf die Angemessenheit der Preise. Die Eckpunkte der Prüfung und vor allem das Ergebnis der Prüfung wurde in einem Prüfbericht samt Beilagen, insbesondere auch in einem Preisspiegel und einer Bestbieterermittlung festgehalten und gibt es unter Bedachtnahme auch dessen, dass eben keine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen war sowie im Sektorenbereich der Prüfungsmaßstab reduziert ist, keine Veranlassung, davon auszugehen, dass die Prüfung an sich nicht in diesem Sinne korrekt und nachvollziehbar

durchgeführt wurde, sondern auch das Ergebnis dieser Prüfung unter Beachtung sämtlicher vergaberechtlichen Vorgaben und der Vorgaben der bestandsfesten Ausschreibung erfolgte. Die sohin vom Auftraggeber bzw. von der vergebenden Stelle durch mehrere Fachkundige durchgeführte Angebotsprüfung erfolgte entsprechend des festgestellten Sachverhaltes plausibel, nachvollziehbar und ordnungsgemäß, sodass verfahrensgegenständlich insbesondere auch keiner der in Paragraph 302, BVergG 2018 bezeichneten Ausscheidenstatbestände vorlag. Von der vergebenden Stelle bzw. konkret der die Angebote prüfenden Person wurden sämtliche Angebote nicht nur in Bezug auf die Einhaltung der von Gesetzes wegen und auf Basis der Ausschreibungsgrundlagen vorgegebenen Formalvorschriften geprüft, sondern auch auf deren rechnerische Richtigkeit und eben auch in Bezugnahme auf die Angemessenheit der Preise. Die Eckpunkte der Prüfung und vor allem das Ergebnis der Prüfung wurde in einem Prüfbericht samt Beilagen, insbesondere auch in einem Preisspiegel und einer Bestbieterermittlung festgehalten und gibt es unter Bedachtnahme auch dessen, dass eben keine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen war sowie im Sektorenbereich der Prüfungsmaßstab reduziert ist, keine Veranlassung, davon auszugehen, dass die Prüfung an sich nicht in diesem Sinne korrekt und nachvollziehbar durchgeführt wurde, sondern auch das Ergebnis dieser Prüfung unter Beachtung sämtlicher vergaberechtlichen Vorgaben und der Vorgaben der bestandsfesten Ausschreibung erfolgte.

Im Übrigen gilt auch zu beachten, dass eine spekulative Preisgestaltung gegenständlich auch schon alleine deshalb nicht zu erwarten ist, da es gegenständlich eben um den Abschluss einer Rahmenvereinbarung geht, die mitbeteiligte Partei daher ebenso wie alle anderen Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in keinsten Weise sicher sein kann, ob und bejahendenfalls in welchem Leistungsumfang und demnach auch betreffend welcher angebotener Leistungen ein Abruf erfolgen wird.

Im Ergebnis ist daher auch davon auszugehen, dass die Auswahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes unter Zugrundelegung der vom Auftraggeber in der Ausschreibung festgelegten Bestbieterprinzips gemäß § 304 Abs. 1 BVergG 2018 rechtskonform erfolgt ist. Im Ergebnis ist daher auch davon auszugehen, dass die Auswahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes unter Zugrundelegung der vom Auftraggeber in der Ausschreibung festgelegten Bestbieterprinzips gemäß Paragraph 304, Absatz eins, BVergG 2018 rechtskonform erfolgt ist.

Dem offen gebliebenen Beweisantrag der Antragstellerin auf Einvernahme des Herrn N war nicht nachzukommen und dieser vielmehr abzuweisen, zumal sich dieser Beweisantrag einerseits auf ohnehin unstrittige bzw. im Sinne des Vorbringens der Antragstellerin bezogenen Tatsachen bezogen hat und andererseits dieser Zeuge erwartungsgemäß keine Aussagen zu den Angeboten der anderen Bieter machen konnte und sich schließlich der Beweisantrag auf Rechtsfragen bezogen hat.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin war daher spruchgemäß abzuweisen.

6.6 Da der Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Auftraggeberentscheidung vom 07.12.2023 spruchgemäß abzuweisen war, die Antragstellerin somit nicht obsiegend war, war der in einem gestellte Antrag der Antragstellerin auf Verpflichtung des Auftraggebers zum Ersatz der von der Antragstellerin für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung entrichteten Pauschalgebühren spruchgemäß abzuweisen.

7.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Es wird diesbezüglich einerseits auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut und andererseits auf die umfangreich zitierte Judikatur verwiesen. Zudem stellen die hier im Einzelfall beurteilten Fragen, keine „Rechtsfragen von grundsätzlicher über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung dar“ (vgl. VwGH 23.09.2014, Ro 2014/01/0033). Es wird diesbezüglich einerseits auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut und andererseits auf die umfangreich zitierte Judikatur verwiesen. Zudem stellen die hier im Einzelfall beurteilten Fragen, keine „Rechtsfragen von grundsätzlicher über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung dar“ vergleiche VwGH 23.09.2014, Ro 2014/01/0033).

Schlagworte

Vergabe; Nachprüfung; Nichtigkeitserklärung; Zuschlagsentscheidung; Sektorenbereich; gesondert anfechtbare Entscheidung; vertiefte Angebotsprüfung;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGNl:2024:LVwG.VG.16.002.2023

Zuletzt aktualisiert am

25.03.2024

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwG Niederösterreich, <http://www.lvwg.noe.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at