

TE Lvwg Erkenntnis 2023/11/10 LVwG-VG-11/002-2023

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.11.2023

Entscheidungsdatum

10.11.2023

Norm

BVergG 2018 §141

1. BVergG 2018 § 141 heute
2. BVergG 2018 § 141 gültig ab 21.08.2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch den Vergabesenat 4 unter dem Senatsvorsitz des Richters Mag. Warum, mit den weiteren Richtern Mag. Strasser, LL.M. (Berichterin) und HR Mag. Hubmayr (Beisitzer) sowie mit den Laienrichtern DI Fröch und DI Fischer, über den Antrag der A AG, ***, ***, vertreten durch B Rechtsanwälte GmbH, ***, *** (im Folgenden: „Antragstellerin“) vom 4. September 2023 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 24. August 2023 des Gemeindeverbandes für Abgabeneinhebung und Umweltschutz im Bezirk ***, ***, ***, als öffentlichem Auftraggeber (im Folgenden: „Auftraggeber“) betreffend das Vergabeverfahren „Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über den Transport von Abrollcontainern, Absetzmulden und anderen Sammelbehältnissen (** Container- und Muldendienst“)“, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24. Oktober 2023, zu Recht:

1.

Der Antrag der A AG, ***, ***, vom 4. September 2023 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 24. August 2023 wird abgewiesen.

2.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Hinweis: Die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag ergeht auf Grund der Einzelrichterzuständigkeit mit gesondertem Beschluss.

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 1 und 3 Z 1, § 4 Abs. 1, Abs. 2 Z 2, Abs. 8, Abs. 9, und Abs. 15, § 6, § 8 Abs. 1 und 2, § 13 Abs. 2, § 16 Abs. 1 und § 19 Abs. 3 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. Nr. 7200-3, zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 54/2019 (NÖ VNG), Paragraph eins, Absatz eins und 3 Ziffer eins., Paragraph 4, Absatz eins., Absatz 2,

Ziffer 2,, Absatz 8,, Absatz 9,, und Absatz 15,, Paragraph 6,, Paragraph 8, Absatz eins und 2, Paragraph 13, Absatz 2,, Paragraph 16, Absatz eins und Paragraph 19, Absatz 3, NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. Nr. 7200-3, zuletzt geändert durch Landesgesetzblatt Nr. 54 aus 2019, (NÖ VNG),

§ 141 Abs. 1 Z 3, Z 7 und Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, (BVerG 2018), Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3,, Ziffer 7 und Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2018, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 65 aus 2018,, (BVerG 2018),

§ 25a Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) iVm Paragraph 25 a, Absatz eins, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) iVm

Artikel 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) Artikel 133 Absatz 4, Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

Entscheidungsgründe:

1.

Zum maßgeblichen Verfahrensgang:

1.1. Der Gemeindeverband für Abgabeneinhebung und Umweltschutz im Bezirk *** hat als öffentlicher Auftraggeber (in der Folge: „Auftraggeber“) das Vergabeverfahren „Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über den Transport von Abrollcontainern, Absetzmulden und anderen Sammelbehältnissen („*** Container- und Muldendienst“)“ über die Beschaffung von Dienstleistungen über die Abholung, den Transport und die Ablieferung von Abfällen bzw. Wertstoffen, die an den Wertstoffzentren des Auftraggebers in Sammelbehältnissen erfasst werden, als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich durchgeführt.

Die Ausschreibung dieses Vergabeverfahrens wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom *** zur Zahl *** unionsweit bekanntgemacht (in der Folge: „Auftragsbekanntmachung“).

1.2. Die Angebotsfrist endete am 11. August 2023. Hierzu hat die Antragstellerin ihr Angebot am 4. August 2023 abgegeben.

1.3. Mit Schreiben vom 17. August 2023 (in der Folge: „Aufklärungsersuchen“) ersuchte der Auftraggeber die Antragstellerin um Aufklärung zur Kalkulation ihrer Einheits- und Positionspreise der Leistungsgruppe 03 (Problemstoffe, Elektro-Altgeräte, Alt-Speiseöle), da diese dem Auftraggeber ungewöhnlich niedrig erscheinen würden. Im Hinblick darauf sei im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung zu prüfen, ob die Einheitspreise der Leistungsgruppe 03 betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar seien. Dabei sei insbesondere zu beachten, dass gemäß Punkt I.C.6.a der Ausschreibungsunterlagen ein pauschaler Einheitspreis je Transport im Rahmen der stationären Problemstoffsammlung an den Wertstoffzentren von Problemstoffen, Elektro-Altgeräten und Alt-Speiseölen zu kalkulieren gewesen sei. Darin enthalten sei die gesamte Dienstleistung, also die Abholung und Aufladung, Behältertausch, Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag, gegebenenfalls Zwischenlagerung von (Austausch-)Behältern beim Auftragnehmer, Reinigung der Behälter und alles andere, was zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung gehöre. Es sei daher gemäß § 137 Abs. 3 Z 1 BVerG 2018 nachzuweisen, dass im Preis von Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungen-, und Kapitalkosten enthalten seien und dass die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar seien. Hierfür wurde eine Frist bis 25. August 2023, 12 Uhr, eingeräumt.

1.3. Mit Schreiben vom 17. August 2023 (in der Folge: „Aufklärungsersuchen“) ersuchte der Auftraggeber die Antragstellerin um Aufklärung zur Kalkulation ihrer Einheits- und Positionspreise der Leistungsgruppe 03 (Problemstoffe, Elektro-Altgeräte, Alt-Speiseöle), da diese dem Auftraggeber ungewöhnlich niedrig erscheinen würden. Im Hinblick darauf sei im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung zu prüfen, ob die Einheitspreise der Leistungsgruppe 03 betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar seien. Dabei sei insbesondere zu beachten, dass gemäß Punkt römisch eins.C.6.a der Ausschreibungsunterlagen ein pauschaler Einheitspreis je Transport im Rahmen der stationären Problemstoffsammlung an den Wertstoffzentren von Problemstoffen, Elektro-Altgeräten und Alt-Speiseölen zu kalkulieren gewesen sei. Darin enthalten sei die gesamte Dienstleistung, also die Abholung und Aufladung, Behältertausch, Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag, gegebenenfalls Zwischenlagerung von (Austausch-)Behältern beim Auftragnehmer, Reinigung der Behälter und alles andere, was zur

ordnungsgemäßen Leistungserbringung gehöre. Es sei daher gemäß Paragraph 137, Absatz 3, Ziffer eins, BVerG 2018 nachzuweisen, dass im Preis von Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungen-, und Kapitalkosten enthalten seien und dass die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar seien. Hierfür wurde eine Frist bis 25. August 2023, 12 Uhr, eingeräumt.

1.4. Mit Schreiben vom 23. August 2023 (in der Folge: „Aufklärungsschreiben“) teilte die Antragstellerin dem Auftraggeber mit, dass sie dem Auftraggeber garantiere, „dass sich die dargelegten Preise und unsere damit verbundenen internen Kostensätze, jedenfalls an alle relevanten gesetzlichen und kollektivvertraglichen Vorgaben orientieren und diese einhalten“.

Die Höhe der dargelegten Abholpauschalen werde neben diesen zugrundeliegenden internen Kostensätzen jedoch auch vom Zeitaufwand beeinflusst.

Im Unterschied zu den Leistungsgruppen 01 und 02, bei denen es sich kalkulatorisch in der Art der Leistungserbringung ausschließlich um Einzelaufträge handle, gebe die Leistungsgruppe 03 die Möglichkeit her, Aufträge mit anderen (Gewerbe-)Kunden zu kombinieren, sodass insbesondere bei An- und Abfahrt die Logistikkosten im Rahmen von Entleertouren (im Gegensatz zu Einzelaufträgen) optimiert werden hätte können. Konkret gehe die Antragstellerin bei der Kalkulation der „Abholpauschalen“ in der Leistungsgruppe 03 gemäß den Angaben in der Ausschreibung davon aus, dass aufgrund des errechneten Durchschnittsgewichts je Abholung ein Ladebordwand-LKW ohne Anhänger benötigt werde. Letztendlich sei die Antragstellerin im Kerngebiet zudem mit einem ADR-tauglichen Anhänger unterwegs, um einerseits im Rahmen von Entleertouren gleichzeitig bestehende Kunden bedienen zu können und um andererseits durch eine zukünftig stärkere Präsenz in der Region weitere Neukunden im Bereich Gewerbe hinzuzugewinnen. Es komme dabei zu keiner Vermischung der Abfälle und von Aufträgen. Vielmehr würden die Fraktionen bei der Übernahme getrennt erfasst und dem jeweiligen Kunden zugeordnet werden.

Die Antragstellerin schlüsselte in einer tabellarischen Darstellung Auskünfte zu den Positionen „LKW Ladebordwand“, „Fahrer LKW Ladebordwand“, „Gemeinkosten (Lager + Konzessionierung)“, „Logistik Gesamtkosten“ und „Wagnis und Gewinn“. Daraus ergibt sich die Summe „VK Gesamt“. Dieser Stundensatz werde reduziert durch die Position „Dauer Anfahrt ASZ“ mit einer Annahme von 0,25 h. Hierbei erläuterte die Antragstellerin, dass „herangezogen wird die Anfahrt vom vorherigen Kunden zum ASZ, die Abfahrt wird als Anfahrt zum nächsten Kunden bewertet“.

Nach Berechnung der Ladezeit ergebe sich in der tabellarischen Übersicht ein „Angebotspreis ASZ Abholung lt. LV“.

1.5. Mit Schreiben vom 24. August 2023 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes mit. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Ausschreibung ausdrücklich die Kalkulation der gesamten Dienstleistung erfordert hätte. Die Annahme einer möglichen Kombination mit anderen Kunden finde in den Ausschreibungsbestimmungen keine Deckung. Nach Punkt I.C.6.a. der Ausschreibung sei der Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag einzukalkulieren, wohingegen die Antragstellerin ausdrücklich diesen nicht als Teil der Dienstleistung an den Auftraggeber, sondern als Anfahrt zum nächsten Kunden bewerte. Es lägen dem Auftraggeber keine Unterlagen vor, mit denen belegt werde, dass es dauerhaft Auftragsverhältnisse mit anderen Kunden gebe, die die Kalkulation rechtfertigen könnten. Selbst unter der Annahme, dass dies so wäre, stehe nicht fest, dass jeder Auftrag unabhängig vom jeweiligen Wertstoffzentrum bei Einhalten der nach dem Leistungsvertrag gesetzten Termine mit anderen Kundenaufträgen kombiniert werden könne. Wäre das nicht der Fall, wäre die Leistung dennoch zu erbringen, aber nicht auskömmlich kalkuliert; insoweit sei die Kalkulation in diesem Punkt als spekulativ zu bewerten.

1.5. Mit Schreiben vom 24. August 2023 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes mit. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Ausschreibung ausdrücklich die Kalkulation der gesamten Dienstleistung erfordert hätte. Die Annahme einer möglichen Kombination mit anderen Kunden finde in den Ausschreibungsbestimmungen keine Deckung. Nach Punkt römisch eins.C.6.a. der Ausschreibung sei der Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag

einzukalkulieren, wohingegen die Antragstellerin ausdrücklich diesen nicht als Teil der Dienstleistung an den Auftraggeber, sondern als Anfahrt zum nächsten Kunden bewerte. Es lägen dem Auftraggeber keine Unterlagen vor, mit denen belegt werde, dass es dauerhaft Auftragsverhältnisse mit anderen Kunden gebe, die die Kalkulation rechtfertigen könnten. Selbst unter der Annahme, dass dies so wäre, stehe nicht fest, dass jeder Auftrag unabhängig vom jeweiligen Wertstoffzentrum bei Einhalten der nach dem Leistungsvertrag gesetzten Termine mit anderen Kundenaufträgen kombiniert werden könne. Wäre das nicht der Fall, wäre die Leistung dennoch zu erbringen, aber nicht auskömmlich kalkuliert; insoweit sei die Kalkulation in diesem Punkt als spekulativ zu bewerten.

Durch die getroffenen Kalkulationsannahmen werde – zumal im offenen Vergabeverfahren – die Vergleichbarkeit des Angebots mit den übrigen Angeboten sowie die Bietergleichbehandlung vereitelt.

1.6. Mit Schriftsatz vom 4. September 2023 beantragte die Antragstellerin unter anderem die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 24. August 2023 in der Vergabesache „Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über den Transport von Abrollcontainern, Absetzmulden und anderen Sammelbehältnissen („*** Container- und Muldendienst“)“ sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt werde (hg. protokolliert zu LVwG-VG-11/002-2023).

1.6.1. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass der Gegenstand der Ausschreibung – nach Durchführung eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG 2018 (Dienstleistungsauftrag) – die Beschaffung von Dienstleistungen über die Abholung, den Transport und die Ablieferung von Abfällen bzw. Wertstoffen, die an den Wertstoffzentren des Auftraggebers in Sammelbehältnissen erfasst werden würden, gewesen sei. Dies umfasse unter anderem die Abholung und den Austausch der Mulden bei bestimmten Friedhöfen sowie den Transport von Problemstoffen bzw. gefährlichen Gütern, Elektro-Altgeräten und Alt-Speiseölen in den vom Auftraggeber bereitgestellten Sammelbehältnissen.

Angefochten werde die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers, die der Antragstellerin am 24. August 2023 per E-Mail übermittelt worden sei und in der ihr mitgeteilt worden wäre, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werde. Bei dieser Entscheidung handle es sich nach § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018 um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Angefochten werde die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers, die der Antragstellerin am 24. August 2023 per E-Mail übermittelt worden sei und in der ihr mitgeteilt worden wäre, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werde. Bei dieser Entscheidung handle es sich nach Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2018 um eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Die Antragstellerin habe durch Legung eines Angebots ihr maßgebliches Interesse am Vertragsabschluss dargelegt. Insbesondere auch durch die Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung und der damit zusammenhängenden Verfahrenskosten manifestiere sich das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss.

1.6.2. Nach Darstellung des Sachverhalts und der angefochtenen Entscheidung führte die Antragstellerin inhaltlich im Wesentlichen aus, dass die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig sei, weil die Antragstellerin keinen spekulativen bzw. ausschreibungswidrigen Preis angegeben habe.

In Punkt I.A.1.2. der Ausschreibungsunterlagen fänden sich Angaben zum Gegenstand der Ausschreibung. In Punkt I.C.6. fänden sich Bestimmungen betreffend den Preis. Demnach seien die im Leistungsverzeichnis geforderten Einheits- und Positionspreise anzugeben. Dabei sei ein pauschaler Einheitspreis je Container- bzw. Muldentausch bzw. je Transport im Rahmen der stationären Problemstoffsammlung an den Werkstoffzentren von Problemstoffen, Elektro-Altgeräten und Alt-Speiseölen zu kalkulieren. Darin enthalten sei die gesamte Dienstleistung, also die Abholung und Aufladung, Behältertausch, Transport zur Abgabestelle, Zwischenlagerung, Reinigung, etc. umfasse. In Punkt römisch eins.A.1.2. der Ausschreibungsunterlagen fänden sich Angaben zum Gegenstand der Ausschreibung. In Punkt römisch eins.C.6. fänden sich Bestimmungen betreffend den Preis. Demnach seien die im Leistungsverzeichnis geforderten Einheits- und Positionspreise anzugeben. Dabei sei ein pauschaler Einheitspreis je Container-

bzw. Muldentauch bzw. je Transport im Rahmen der stationären Problemstoffsammlung an den Werkstoffzentren von Problemstoffen, Elektro-Altgeräten und Alt-Speiseölen zu kalkulieren. Darin enthalten sei die gesamte Dienstleistung, also die Abholung und Aufladung, Behältertausch, Transport zur Abgabestelle, Zwischenlagerung, Reinigung, etc. umfasse.

Der Vorwurf des den Angebotsbestimmungen widersprechenden Angebots setze voraus, dass diese Festlegungen des Auftraggebers selbst widerspruchsfrei seien und für einen redlichen Erklärungsempfänger auch als solche zwingende Angabe zu verstehen gewesen seien. So finde sich in den Festlegungen zur Preisgestaltung kein Hinweis darauf, dass eine „Kombination mit anderen Kunden“ unzulässig sei. Ebenfalls irrig sei die Annahme des Auftraggebers, dass die Antragstellerin den Transport zur Abgabestelle nicht als Teil der zu erbringenden Leistung erachte. So erbringe die Antragstellerin die vorgeschriebenen Leistungen und damit auch den Transport zur Abgabestelle. Lediglich kalkulatorisch habe die Antragstellerin den Preis so berechnet, dass insbesondere bei An- und Abfahrt die Logistikkosten im Rahmen von Entleertouren optimiert werden könnten. Dies habe die Antragstellerin nachvollziehbar ausgeführt. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit diese Kalkulation gegen die Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen verstoßen könne, als dem Auftraggeber die gesamte ausgeschriebene Dienstleistung angeboten werde, die auch Inhalt der Preiskalkulation sei.

Zudem liege auch keine spekulative Preisgestaltung vor, da die Antragstellerin in der relevanten Region über ein dichtes Netz an Kunden verfüge und An- und Abfahrten daher in der Regel kombinieren und die wertvollen Ressourcen somit effizient einsetzen und den Preis entsprechend optimieren könne. Diese Kalkulation sei nicht spekulativ, da regelmäßig mehrere Kunden angefahren werden könnten. Hierzu legte die Antragstellerin eine Übersicht der bestehenden Kunden anhand eines „google maps“ Auszugs als Beilage ./6 (in der Folge: „Kundenübersichtsauszug“) dem Nachprüfungsantrag bei. Sollte jedoch in einem Fall kein zusätzlicher Kunde angefahren werden können, so verändere sich der kalkulierte und dem Auftraggeber verrechnete Preis nicht. Selbst unter der Annahme, dass der Preis der Antragstellerin diesfalls nicht auskömmlich kalkuliert wäre, habe dies nichts mit einer spekulativen Preisgestaltung zu tun, da die Preisgestaltung dem Unternehmen obliege und es diesem freistehe, in einzelnen Positionen nicht kostendeckend anzubieten, zumal auch ein Preis von Null in einer konkreten Position ein Angebot nicht automatisch spekulativ oder unplausibel mache (ua VwGH 22.11.2011, 2007/04/0201; VwGH 07/09/2009, 2007/04/0118; EuGH 10.09.2020, C-367/19, Tax-Fin-Lex, Rz 30).

Darüber hinaus würden – wie bereits im Aufklärungsschreiben ausgeführt – alle kollektivvertraglichen und gesetzlichen Vorgaben eingehalten und diese im Rahmen rechtlicher externer Überprüfungen verifiziert werden.

Zum Zweiten sei das Aufklärungsschreiben der Antragstellerin jedenfalls geeignet gewesen, die Unklarheiten des Auftraggebers hinsichtlich der Preiskalkulation zu erläutern. Aus dem Wortlaut des § 141 Abs. 2 BVergG 2018 ergebe sich, dass der Gesetzgeber mit diesem Ausscheidungsgrund Fälle vor Augen gehabt habe, in denen der jeweilige Bieter seiner Pflicht zur Aufklärung evident nicht nachgekommen sei. Insofern werde auch auf die Fälle Bezug genommen, dass eine Aufklärung begründungslos bzw. zu spät ergangen sei. Beides liege hier jedoch nicht vor. Vielmehr habe die Antragstellerin das Aufklärungsersuchen des Auftraggebers vollständig und ausführlich beantwortet, weshalb auch dieser Ausscheidungsgrund nicht zulässig sei. Zum Zweiten sei das Aufklärungsschreiben der Antragstellerin jedenfalls geeignet gewesen, die Unklarheiten des Auftraggebers hinsichtlich der Preiskalkulation zu erläutern. Aus dem Wortlaut des Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018 ergebe sich, dass der Gesetzgeber mit diesem Ausscheidungsgrund Fälle vor Augen gehabt habe, in denen der jeweilige Bieter seiner Pflicht zur Aufklärung evident nicht nachgekommen sei. Insofern werde auch auf die Fälle Bezug genommen, dass eine Aufklärung begründungslos bzw. zu spät ergangen sei. Beides liege hier jedoch nicht vor. Vielmehr habe die Antragstellerin das Aufklärungsersuchen des Auftraggebers vollständig und ausführlich beantwortet, weshalb auch dieser Ausscheidungsgrund nicht zulässig sei.

Da sohin weder eine Ausschreibungswidrigkeit noch eine spekulative Preisgestaltung vorliege, sei das Angebot der Antragstellerin rechtswidrig ausgeschieden worden, weshalb die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären sei.

1.7. Mit Beschluss vom 19. September 2023, LVwG-VG-11/001-2023, hat das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung infolge der Zurückziehung dieses Antrages eingestellt.

1.8. Mit Schriftsatz vom 14. September 2023 beantragte die Antragstellerin unter anderem die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers in der Vergabesache „Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über den Transport von Abrollcontainern, Absetzmulden und anderen Sammelbehältnissen (,*** Container- und Muldendienst‘)“ sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt werde (hg. protokolliert zu LVwG-VG-13/002-2023).

Mit Beschluss vom 20. September 2023, Zl. LVwG-VG-13/001-2023, wurde diesem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird Folge gegeben und dem Auftraggeber im Vergabeverfahren „Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über den Transport von Abrollcontainern, Absetzmulden und anderen Sammelbehältnissen (,*** Container- und Muldendienst‘)“ für die Dauer des beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich anhängigen Nachprüfungsverfahrens (zu LVwG-VG-13/002-2023) untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

1.9. Mit Schreiben vom 18. September 2023 führte der Auftraggeber zu den Verfahren LVwG-VG-11/002-2023 sowie LVwG-VG-13/001-2023 und LVwG-VG-13/002-2023, soweit für das gegenständliche Verfahren relevant, im Wesentlichen aus, dass beim Angebot der Antragstellerin die Einheits- bzw. Positionspreise der Leistungsgruppe 03 (Problemstoffe, Elektro-Altgeräte, Alt-Speiseöle) ungewöhnlich niedrig seien. So würden bei dem Bieter mit den zweitbilligsten Einheits- bzw. Positionspreisen der Leistungsgruppe 03 diese 300 % der Einheits- bzw. Positionspapiere dieser Leistungsgruppe der Antragstellerin ausmachen. Bei einem solchen Fall sei eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen gewesen.

Dem daraufhin erfolgten Aufklärungsersuchen sei die Antragstellerin zwar fristgerecht nachgekommen, allerdings weder inhaltlich hinreichend noch vollständig, noch habe sie nachgewiesen, ausschreibungskonform kalkuliert zu haben.

So habe die Antragstellerin die Kalkulation nicht nach dem geforderten Inhalt offengelegt. Die geforderten Informationen zur Überprüfung, ob im Preis von Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten seien und dass die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten nachvollziehbar seien, habe die Antragstellerin bestenfalls rudimentär und stark pauschalierend offengelegt.

Zudem würden Bekräftigungen oder sonstige Erklärungen, entsprechend den gesetzlichen Vorgaben kalkuliert zu haben, nicht den Nachweis ersetzen, dass die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien.

Die Antragstellerin habe offengelegt, dass sie den „Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag“ entgegen der klaren Kalkulationsvorschrift des Punkt I.C.6.a. nicht den Einheitspreis je Transport kalkuliert habe, sondern „die Abfahrt [...] als Anfahrt zum nächsten Kunden bewertet“ habe. Das sei ein klarer Verstoß gegen die Kalkulationsvorschrift der bestandfesten Ausschreibung, der zum Ausscheiden des Angebots führen müsse. Die Antragstellerin habe offengelegt, dass sie den „Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag“ entgegen der klaren Kalkulationsvorschrift des Punkt römisch eins.C.6.a. nicht den Einheitspreis je Transport kalkuliert habe, sondern „die Abfahrt [...] als Anfahrt zum nächsten Kunden bewertet“ habe. Das sei ein klarer Verstoß gegen die Kalkulationsvorschrift der bestandfesten Ausschreibung, der zum Ausscheiden des Angebots führen müsse.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, die Ausschreibungsbestimmungen seien unklar, führte der Auftraggeber aus, dass die Antragstellerin keine Bieterfragen gestellt oder gar die Ausschreibung angefochten habe. Was aber an der ausdrücklichen Anordnung in der Formulierung „Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag“ unklar sein solle, bleibe die Antragstellerin ohne Begründung schuldig. Dazu habe die Antragstellerin aber auch keine Bieterfrage gestellt, demgegenüber habe sie sich mit ihrer Kalkulationsidee, dass sie „die Abfahrt [...] als Anfahrt zum nächsten Kunden bewertet“, einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Bietern verschaffen wollen und untergrabe damit auch die Vergleichbarkeit der Angebote.

Zum dichten Kundennetz der Antragstellerin führt der Auftraggeber zudem aus, dass die Antragstellerin im Zuge der vertieften Angebotsprüfung dazu keinerlei Beleg oder Nachweis vorgelegt habe. Die erst bei den Nachprüfungsanträgen beige-schlossene Beilage ./6, die eine angebliche Kundenübersicht Region *** enthalten soll, zeige lediglich nicht näher identifizierbare „Fähnchen“ in einer Google Maps-Übersichtskarte. Diese Beilage gebe also keine Auskunft über Kunden. Selbst wenn man dies genügen lassen würde, sei die Beilage ./6 unbeachtlich im Nachprüfungsverfahren. Grundlage für die Prüfung durch das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich seien jene Unterlagen, die der Auftraggeber zur Verfügung gestanden seine. Eine erstmals im Nachprüfungsverfahren vorgebrachte Erklärung sei dabei unbeachtlich (VwGH 28.9.2011, 2007/04/0102).

Im Ergebnis sei daher das Angebot wegen § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen, weil der Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag nicht in die Einheitspreise kalkuliert worden und spekulativ gewesen sei. Zudem seien die geforderten Aufklärungen im Zuge der vertieften Angebotsprüfung nicht erteilt worden. Die Aufklärung sei unvollständig gewesen, weshalb das Ausscheiden auch zurecht auf § 141 Abs. 2 BVergG 2018 gestützt worden. Im Ergebnis sei daher das Angebot wegen Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018 auszuscheiden gewesen, weil der Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag nicht in die Einheitspreise kalkuliert worden und spekulativ gewesen sei. Zudem seien die geforderten Aufklärungen im Zuge der vertieften Angebotsprüfung nicht erteilt worden. Die Aufklärung sei unvollständig gewesen, weshalb das Ausscheiden auch zurecht auf Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018 gestützt worden.

Ebenso sei das Angebot nach § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen, weil es nicht mit den anderen Angeboten vergleichbar gewesen sei. Ebenso sei das Angebot nach Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2018 auszuscheiden gewesen, weil es nicht mit den anderen Angeboten vergleichbar gewesen sei.

1.10. Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat am 24. Oktober 2023 eine gemeinsame Nachprüfungsverhandlung zu den Verfahren LVwG-VG-11/002-2023 und LVwG-VG-13/002-2023 durchgeführt, in der Beweis erhoben wurde durch Befragen der Vertreter der Parteien und durch Einsichtnahme in den gesamten Akt betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren „Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über den Transport von Abrollcontainern, Absetzmulden und anderen Sammelbehältnissen („*** Container- und Muldendienst“)“ sowie in die gegenständlichen Akten des Landesverwaltungsgerichtes.

2. Feststellungen:

2.1. Die nach außen in Erscheinung getretene Ausscheidensentscheidung erging in einem offenen Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages und ist der Antragstellerin am 24. August 2023 per E-Mail zugegangen; der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gemeinsam mit dem Hauptantrag auf Nachprüfung der gesondert anfechtbaren Entscheidung am 4. September 2023 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich per ERV eingebracht und ist dort am gleichen Tag eingelangt.

2.2. Im Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin das betreffende Vergabeverfahren, die gesondert anfechtbare Entscheidung, den öffentlichen Auftraggeber, einschließlich seiner elektronischer Adresse, den maßgeblichen Sachverhalt einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, die behauptete Rechtswidrigkeit bezeichnet und dieser enthält Angaben zur Rechtzeitigkeit des Antrags. Die Antragstellerin hat im Nachprüfungsantrag ihr Interesse am Vertragsabschluss dargelegt und einen Schaden behauptet.

2.3. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr für den gegenständlichen Antrag gemäß § 21 NÖ VNG iVm § 1 Abs. 1 NÖ Vergabe-PauschGebV iHv EUR 2.400,-- (EUR 1.600,-- für den Nachprüfungsantrag und EUR 800,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) ordnungsgemäß entrichtet (Beilage ./7 [Einzahlungsbeleg]). 2.3. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr für den gegenständlichen Antrag gemäß Paragraph 21, NÖ VNG in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins, NÖ Vergabe-PauschGebV iHv EUR 2.400,-- (EUR 1.600,-- für den Nachprüfungsantrag und EUR 800,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) ordnungsgemäß entrichtet (Beilage ./7 [Einzahlungsbeleg]).

2.4. Der Auftraggeber führte das Vergabeverfahren „Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über den Transport von Abrollcontainern, Absetzmulden und anderen Sammelbehältnissen („*** Container- und

Muldendienst')“ über die Beschaffung von Dienstleistungen über die Abholung, den Transport und die Ablieferung von Abfällen bzw. Wertstoffen, die an den Wertstoffzentren des Auftraggebers in Sammelbehältnissen erfasst werden, als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich durch. Die Ausschreibung dieses Vergabeverfahrens ist im Amtsblatt der Europäischen Union, ABl/S S130, *** vom *** EU-weit bekanntgemacht worden (in der Folge: „Auftragsbekanntmachung“).

In der Ausschreibungsunterlage lautet es auszugsweise wie folgt:

„I. VERGABEBESTIMMUNGEN

[...]

B. Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise

3. Spezielles zur Eignung der Bieter

[...]

h) Der Bieter hat im Formblatt 4 (LKW-Stützpunkt) anzugeben und nachzuweisen, von welcher Adresse aus – nämlich dem „LKW-Stützpunkt“ – er als Auftragnehmer seine Route beginnen wird. Der LKW-Stützpunkt muss zur Unterbringung der geforderten Mindestzahl an LKW größtmäßig sowie in technischer Hinsicht geeignet und aus rechtlicher Sicht zulässig sein. Unzulässig ist die Angabe von Orten im Freiland, öffentlichen Parkplätzen oder Parkplätzen von Supermärkten oder Einkaufszentren und dergleichen. Bei Anmietung, Pacht oder sonstiger Gebrauchsüberlassung von Dritten ist ein entsprechender Verfügbarkeitsnachweis zu führen, z.B. durch Vorlage eines bloß durch die Auftragserteilung bedingten Miet- oder Pachtvertrages mit einer Vertragsdauer, die nicht vor dem 31.12.2028 enden darf.

[...]

C. Verfahrensbestimmungen

1. Angebotsfrist

Die Frist für die Abgabe der Angebote endet am 11.8.2023, 12:00 Uhr. Jeder Bieter trägt das Risiko für das fristgerechte und vollständige Einlangen seines Angebots

[...]

4. Teilangebote / Varianten / Abänderungs- und Alternativangebote

a) Teilangebote sind nicht zulässig, d.h. insbesondere, dass eine Unterteilung in Gemeinden oder Wertstoffzentren nicht zulässig ist.

b) Varianten sind nicht vorgesehen.

c) Alternativ- und Abänderungsangebote sind nicht zugelassen.

[...]

6. Bestimmungen betreffend den Preis:

a) Die Preise sind im Preisangebotsverfahren zu ermitteln. Anzugeben sind die im Leistungsverzeichnis (Kapitel II.) geforderten Einheits- und Positionspreise. Dabei ist ein pauschaler Einheitspreis je Container- bzw. Muldentauch bzw. je Transport im Rahmen der stationären Problemstoffsammlung an den Wertstoffzentren von Problemstoffen, Elektro-Altgeräten und Alt-Speiseölen zu kalkulieren. Darin enthalten ist die gesamte Dienstleistung, also die Abholung und Aufladung, Behältertausch, Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag, gegebenenfalls Zwischenlagerung von (Austausch-)Behältern beim Auftragnehmer, Reinigung der Behälter und alles andere, was zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung gehört, mag es auch im Einzelnen in dieser Ausschreibungsunterlage und/oder im Leistungsvertrag nicht gesondert und ausdrücklich beschrieben sein. a) Die Preise sind im Preisangebotsverfahren zu ermitteln. Anzugeben sind die im Leistungsverzeichnis (Kapitel römisch zwei.) geforderten Einheits- und Positionspreise. Dabei ist ein pauschaler Einheitspreis je Container- bzw. Muldentauch bzw. je Transport im Rahmen der stationären Problemstoffsammlung an den Wertstoffzentren von Problemstoffen, Elektro-Altgeräten und Alt-Speiseölen zu kalkulieren. Darin enthalten ist die gesamte Dienstleistung, also die Abholung und Aufladung, Behältertausch,

Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag, gegebenenfalls Zwischenlagerung von (Austausch-)Behältern beim Auftragnehmer, Reinigung der Behälter und alles andere, was zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung gehört, mag es auch im Einzelnen in dieser Ausschreibungsunterlage und/oder im Leistungsvertrag nicht gesondert und ausdrücklich beschrieben sein.

b) Es sind unterschiedliche Einheitspreise zulässig für Wertstoffzentren mit einer Entfernung vom LKW-Stützpunkt des Bieters (i) ≤ 15 km; (ii) > 15 km ≤ 20 km, (iii) > 20 km. Die Entfernung ist zu ermitteln anhand der Adressen mithilfe von Google Maps (**), jeweils Route 1.

c) Die Abholung von Grasschnitt von den Wertstoffzentren und weiteren Grasschnittsammelplätzen ist wie ein Containerdienst zu behandeln. Der Muldentauch bei den Friedhöfen ist wie ein Muldendienst zu behandeln. Die Sperrgut-Hausabholungen und die mobile Problemstoffsammlung sind hingegen als Regien anzubieten.

d) Preise sind in EUR (Euro) anzugeben, Nachlässe in % (Prozent).

[...]

II. LEISTUNGSVERZEICHNISrömisch zwei. LEISTUNGSVERZEICHNIS

[...]

Leistungsgruppe 03: Problemstoffe, Elektro-Altgeräte, Alt-Speiseöle

Pos.

PS Transporte

EP

Transporte/Jahr***

Pos. P.

03.01.

≤ 15 km

EUR

—'—

EUR_ _ _', _

03.02

> 15 Km ≤ 20 km

EUR

—'—

EUR_ _ _', _

03.03.

> 20 km

EUR

—'—

EUR_ _ _', _

***Zur Bildung des Bewertungspreises der LG 03 ist von 10 Transporten je WSZ, also 160 Transporten, auszugehen, die der Bieter auf die drei Positionen der LG 03 aufgrund der Entfernungen seines LKW-Stützpunkts (Formblatt 4) zu den Wertstoffzentren (Formblatt 5) aufzuteilen hat. Es sind zwingend alle 160 Transporte auf die drei Positionen aufzuteilen, für jedes WSZ sind 10 Transporte anzunehmen. Die vom Bieter anzugebende Zahl der Transporte dient sodann als Mengensatz zur Bildung des Positionspreises durch Multiplikation mit dem Einheitspreis.“

2.5. Die Angebotsfrist endete am 11. August 2023, 12:00 Uhr. Die Ausschreibung wurde nicht angefochten.

2.6. Die Antragstellerin hat ihr Angebot fristgerecht an den Auftraggeber übermittelt.

2.6.1. Der kalkulierte Preis in der Leistungsgruppe 03 (Problemstoffe, Elektro-Altgeräte, Alt-Speiseöle) der Antragstellerin ergab 7.200 Euro und der Einheitspreis 45,-- Euro. Der kalkulierte Einheitspreis des Zweitbieters war um 300 Prozent höher als der kalkulierte Einheitspreis der Antragstellerin.

Bei der Preiskalkulation berechnete die Antragstellerin die Summe der Positionen „LKW Ladebordwand“, „Fahrer LKW Ladebordwand“, „Gemeinkosten (Lager + Konzessionierung)“, „Logistik Gesamtkosten“ und „Wagnis und Gewinn“ für den Angebotspreis pro Stunde.

Betreffend die Dauer berechnete die Antragstellerin die Position „Dauer Anfahrt ASZ“, wobei sie hier die Anfahrt vom vorherigen Kunden zum ASZ heranzieht und die Abfahrt als Anfahrt zum nächsten Kunden bewertet, und die Position „Ladezeit ASZ“.

Die Antragstellerin legte ihrer Kalkulation eine Dauer von unter einer Stunde zugrunde, wodurch sich der Angebotspreis reduzierte. Diesen Angebotspreis bezeichnet die Antragstellerin als „Angebotspreis ASZ Abholung lt. LV“.

Eine Berechnung für die Dauer des Abtransportes bzw. der Abfahrt wird der Kalkulation nicht zugrunde gelegt, weil die Abfahrt als Anfahrt zum nächsten Kunden bewertet wird.

Die Antragstellerin legt ihrer Preiskalkulation die Überlegung zugrunde, dass sie in ihrem Kerngebiet mit einem ADR-tauglichen Anhänger unterwegs ist, um im Rahmen von Entleertouren gleichzeitig bestehende Kunden bedienen zu können und durch eine zukünftig stärkere Präsenz in der Region weitere Neukunden im Bereich Gewerbe hinzuzugewinnen.

2.6.2 Die konkreten Kollektivverträge ihrer Dienstnehmer benannte die Antragstellerin in ihrem Aufklärungsschreiben nicht.

2.6.3. Die Antragstellerin hat die Beilage ./6 zum Nachprüfungsantrag, eine „Google-Maps“-Übersicht mit „roten Fähnchen“, die den Standort des jeweiligen Kunden der Antragstellerin aufzeigen soll, erst mit den Nachprüfungsanträgen übermittelt. Diese wurde dem Auftraggeber weder mit dem Angebot noch mit dem Aufklärungsschreiben übermittelt.

3. Beweismwürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich zusammengefasst auf den im Akt einliegenden Vergabeakt, insbesondere auf die Ausschreibungsunterlage, das Angebot und das Aufklärungsschreiben der Antragstellerin, das Aufforderungsschreiben der Auftraggeberin und auf die oben genannten Schriftsätze. Soweit sich Feststellungen auf den Inhalt unstrittiger und unbedenklicher Urkunden beziehen, sind diese bei den jeweiligen Feststellungen in Klammerausdrücken angeführt.

Abschließend ist beweismwürdigend festzuhalten, dass im gegenständlichen Fall nicht der objektive Geschehensablauf strittig war, sondern vielmehr die Rechtsfrage, ob das Angebot rechtmäßig aufgrund der vom Auftraggeber angegebenen Gründe, nämlich einer spekulativen Preisgestaltung betreffend den Einheitspreis in der Leistungskategorie 03 (Problemstoffe, Elektro-Altgeräte, Alt-Speiseöle) sowie einer ausschreibungswidrigen Annahme, dass Fahrten mit anderen Kunden kombiniert werden können, unter

Hinweis auf § 141 Abs. 1 Z 3 und Z 7 sowie Abs. 2 BVergG 2018 ausgeschieden wurde. Abschließend ist beweiswürdigend festzuhalten, dass im gegenständlichen Fall nicht der objektive Geschehensablauf strittig war, sondern vielmehr die Rechtsfrage, ob das Angebot rechtmäßig aufgrund der vom Auftraggeber angegebenen Gründe, nämlich einer spekulativen Preisgestaltung betreffend den Einheitspreis in der Leistungskategorie 03 (Problemstoffe, Elektro-Altgeräte, Alt-Speiseöle) sowie einer ausschreibungswidrigen Annahme, dass Fahrten mit anderen Kunden kombiniert werden können, unter Hinweis auf Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, sowie Absatz 2, BVergG 2018 ausgeschieden wurde.

4. Zur maßgeblichen Rechtslage:

4.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes (NÖ VNG), LGBl. 7200-0 idF LGBl. Nr. 54/2019, lauten auszugsweise wie folgt: 4.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes (NÖ VNG), LGBl. 7200-0 in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 54 aus 2019,, lauten auszugsweise wie folgt:

„§ 1 Geltungsbereich

1. (1) Absatz eins, Dieses Gesetz regelt den Rechtsschutz in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen. Dieses Gesetz regelt den Rechtsschutz in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen.

[...]

2. (3) Absatz 3, Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich ist zuständig
 1. 1. Ziffer eins
zur Entscheidung über

[...]

- -Strichaufzählung
Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit (§ 16) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit (Paragraph 16,)

[...]

§ 4 Paragraph 4 Zuständigkeiten des Landesverwaltungsgerichtes, Bestellung und Ausschluss fachkundiger Laienrichter

1. (1) Absatz eins, Die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens obliegt dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich.
2. (2) Absatz 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 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. 1. Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (§ 14) sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (Paragraph 14,) sowie
 2. 2. Ziffer 2
zur Nichtigkeitserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte (§ 16). zur Nichtigkeitserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte (Paragraph 16,).

[...]

1. (8) Absatz 8, Das Landesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten der Abs. 2 bis 5, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Das Landesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten der Absatz 2 bis 5, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.
2. (9) Absatz 9, Der Senat besteht aus einem Mitglied als Vorsitzenden, zwei weiteren Mitgliedern und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören.
[...]
3. (15) Absatz 15, Soweit in diesem Gesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, BGBl. I Nr. 33/2013 in der Fassung BGBl. I Nr. 57/2018, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991, BGBl. I Nr. 51/1991 in der Fassung BGBl. I Nr. 58/2018, mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht nach diesem Gesetz sinngemäß anzuwenden. Soweit in diesem Gesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 57 aus 2018,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 58 aus 2018,, mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles in den Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht nach diesem Gesetz sinngemäß anzuwenden.
[...]

§ 6 Paragraph 6 Einleitung des Nachprüfungsverfahrens

1. (1) Absatz eins, 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. 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.
2. (2) Absatz 2, Ist die zwischen dem Zugang über die Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in § 12 vorgesehene Frist, ist ein Bieter berechtigt, unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen zu beantragen. Ist die zwischen dem Zugang über die Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in Paragraph 12, vorgesehene Frist, ist ein Bieter berechtigt, unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen zu beantragen.

[...]

§ 8 Paragraph 8 Parteien des Nachprüfungsverfahrens

1. (1) Absatz eins, Parteien des Nachprüfungsverfahrens sind der Antragsteller und der Auftraggeber. [...].
2. (2) Absatz 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. 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 Paragraph 10 Antrag auf Nachprüfung

1. (1) Absatz eins, Ein Antrag auf Nachprüfung (§ 6 Abs. 1) hat jedenfalls zu enthalten Ein Antrag auf Nachprüfung (Paragraph 6, Absatz eins,) hat jedenfalls zu enthalten:
 1. 1. Ziffer eins
die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der gesondert anfechtbaren Entscheidung,
 2. 2. Ziffer 2
die Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers und gegebenenfalls der vergebenden Stelle einschließlich deren elektronischer Adresse,
 3. 3. Ziffer 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. 4. Ziffer 4
Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller,
 5. 5. Ziffer 5
die Bezeichnung der Rechte, in denen der Antragsteller verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkte),
 6. 6. Ziffer 6
die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
 7. 7. Ziffer 7
einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie
 8. 8. Ziffer 8
die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.
 9. 9. Ziffer 9
(entfällt durch LGBI. Nr. 54/2019) (entfällt durch Landesgesetzblatt Nr. 54 aus 2019,)

[...]

§ 12 Paragraph 12 Fristen für Nachprüfungs- und Feststellungsanträge

1. (1) Absatz eins, 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 Paragraph 16 Nachprüfungsverfahren

1. (1) Absatz eins, Das Landesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn
 1. 1. Ziffer eins
sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und
 2. 2. Ziffer 2
die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.
- [...]

§ 21 Paragraph 21 Gebühren und Gebührenersatz

1. (1) Absatz eins, Der Antragsteller hat eine Pauschalgebühr zu entrichten für:
 - - Strichaufzählung
den Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Nichtigklärung (§ 6 Abs. 1) den Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Nichtigklärung (Paragraph 6, Absatz eins,),

[...]“

4.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVergG 2018), BGBl. I Nr. 65/2018 idF BGBl. I Nr. 100/2018, lauten wie folgt: 4.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVergG 2018), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 65 aus 2018, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 100 aus 2018,, lauten wie folgt:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. Paragraph 2,

Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

[...]

1. 15. Ziffer 15
Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.
 1. a) Litera a
Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

[...]

1. aa) Sub-Litera, a, a
im offenen Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;“

[...]

5. Abschnitt

Grundsätze des Vergabeverfahrens und allgemeine Bestimmungen Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 20. Paragraph 20,

1. (1) Absatz eins, Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.
[...]

Das Angebot Allgemeine Bestimmungen

§ 125. Paragraph 125,

1. (1) Absatz eins, Der Bieter hat sich bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu

halten.

2. (2) Absatz 2, Sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich anderes festgelegt wird, ist das Angebot mit sämtlichen dazugehörigen Unterlagen (zB Prüfzertifikate) in deutscher Sprache und in Euro zu erstellen.
3. (3) Absatz 3, Angebote müssen sich auf die ausgeschriebene Gesamtleistung beziehen, es sei denn, dass in der Ausschreibung die Möglichkeit von Losvergaben vorgesehen wurde. Ein gemäß der Ausschreibung unzulässiges Angebot in Losen ist mit einem unbehebbareren Mangel behaftet. Variantenangebote müssen sich auf die Ausschreibungsvariante beziehen.

[...]

Form der Angebote

§ 126. (1) Angebote müssen die in der Ausschreibung vorgeschriebene Form aufweisen Paragraph 126, (1) Angebote müssen die in der Ausschreibung vorgeschriebene Form aufweisen.

[...]

1. (4) Absatz 4, Angebote sind vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben.

[...]

Inhalt der Angebote

§ 127. Paragraph 127,

1. (1) Absatz eins, Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

[...]

1. 4. Ziffer 4

die Preise samt allen geforderten Aufgliederungen und den allenfalls notwendigen Erläuterungen; im Leistungsverzeichnis sind die Preise an den hierzu bestimmten Stellen einzutragen; wird für eine Position kein Preis angegeben, so ist dies im Angebot zu erläutern;

2. 5. Ziffer 5

gegebenenfalls bei veränderlichen Preisen die nach § 110 Abs. 1 Z 4 erforderlichen Angaben; gegebenenfalls bei veränderlichen Preisen die nach Paragraph 110, Absatz eins, Ziffer 4, erforderlichen Angaben;

3. 6. Ziffer 6

sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte Erläuterungen oder Erklärungen;

[...]

1. 8. Ziffer 8

allfällige Alternativ-, Abänderungs- oder Variantenangebote;

[...].

1. (2) Absatz 2, Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibung kennt, über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt und sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

[...]

Einreichen der Angebote

§ 129. Paragraph 129,

Angebote sind innerhalb der Angebotsfrist in der in der Ausschreibung vorgesehenen Art und Weise zu übermitteln.

[...]

Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung

§ 137. Paragraph 137,

1. (1) Absatz eins, 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. Dabei ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

2. (2) Absatz 2, Der öffentliche Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 3 vertieft prüfen, wenn Der öffentliche Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 3, vertieft prüfen, wenn
 1. 1. Ziffer eins
Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, oder
 2. 2. Ziffer 2
Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen, oder
 3. 3. Ziffer 3
nach der Prüfung gemäß Abs. 1 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. nach der Prüfung gemäß Absatz eins, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.
3. (3) Absatz 3, Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob
 1. 1. Ziffer eins
im Preis von Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind,
 2. 2. Ziffer 2
der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen, und
 3. 3. Ziffer 3
die gemäß § 105 Abs. 2 geforderte oder vom Bieter gemäß § 128 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist. die gemäß Paragraph 105, Absatz 2, geforderte oder vom Bieter gemäß Paragraph 128, Absatz 2, vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 138. Paragraph 138,

1. (1) Absatz eins, 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 vom Bieter übermittelten Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Dokumentation über die Prüfung der Angebote beizuschließen.
2. (2) Absatz 2, Die durch die erfolgte Aufklärung allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 20 Abs. 1, 112 Abs. 3, 113 Abs. 2 und 139 nicht verletzen. Die durch die erfolgte Aufklärung allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 20, Absatz eins, 112, Absatz 3, 113, Absatz 2 und 139 nicht verletzen.

[...]

3. (5) Absatz 5, Stellt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung fest, dass die angebotenen Preise nicht angemessen sind, so hat er vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Der öffentliche Auftraggeber darf das Angebot nur ausscheiden, wenn trotz des Vorbringens des Bieters die Preise für den öffentlichen Auftraggeber nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Er hat das Angebot jedenfalls auszuschneiden, wenn die Prüfung ergibt, dass der Bieter die in § 93 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. Stellt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung fest, dass die angebotenen Preise nicht angemessen sind, so hat er vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Der öffentliche Auftraggeber darf das

Angebot nur ausscheiden, wenn trotz des Vorbringens des Bieters die Preise für den öffentlichen Auftraggeber nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Er hat das Angebot jedenfalls auszuschneiden, wenn die Prüfung ergibt, dass der Bieter die in Paragraph 93, 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. (7) Absatz 7, Rechnerisch fehlerhafte Angebote sind, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde, dann nicht weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindern – 2% oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist, ausgenommen der öffentliche Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt, unzulässig.

[...]

Ausscheiden von Angeboten

§ 141. Paragraph 141,

1. (1) Absatz eins, Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

[...]

1. 3. Ziffer 3

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

[...]

1. 7. Ziffer 7

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, oder

[...]

1. (2) Absatz 2, Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der öffentliche Auftraggeber Angebote von Bietern ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.
2. (3) Absatz 3, Der öffentliche Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes zu verständigen.

[...]“

5. Zur rechtlichen Beurteilung:

- 5.1. Zu den Formalvoraussetzungen (Zulässigkeit des Antrages):

5.1.1. Vorausschickend festzuhalten ist, dass die zwischen dem Zugang über die Verständigung über das Ausscheiden am 24. August 2023 und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 5. September 2023 liegende Zeitspanne nicht kürzer als die in § 12 Abs. 1 NÖ VNG vorgesehene Frist war, weshalb die Antragstellerin nicht unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der

Zuschlagsentscheidung innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen beantragen konnte. Richtigerweise waren daher zwei getrennte Anträge einzubringen und diese jeweils zu vergebühren. 5.1.1. Vorausschickend festzuhalten ist, dass die zwischen dem Zugang über die Verständigung über das Ausscheiden am 24. August 2023 und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 5. September 2023 liegende Zeitspanne nicht kürzer als die in Paragraph 12, Absatz eins, NÖ VNG vorgesehene Frist war, weshalb die Antragstellerin nicht unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen beantragen konnte. Richtigerweise waren daher zwei getrennte Anträge einzubringen und diese jeweils zu vergebühren.

5.1.2. Zur Antragslegitimation der Antragstellerin bezogen auf den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ist auszuführen, dass nach § 6 Abs. 1 NÖ VNG 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 kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. 5.1.2. Zur Antragslegitimation der Antragstellerin bezogen auf den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ist auszuführen, dass nach Paragraph 6, Absatz eins, NÖ VNG 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 kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Vor dem Hintergrund der getroffenen Feststellung hat die Antragstellerin sowohl das Interesse am Vertragsabschluss als auch den drohenden Schaden hinreichend dargestellt, den Antrag rechtzeitig eingebracht und die notwendigen Antragsbestandteile benannt und ordnungsgemäß vergebührt. Der Antrag erweist sich somit als zulässig.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ist jedoch aus folgenden Gründen nicht begründet:

5.2. Zu den konkreten Ausscheidungsgründen:

5.2.1. Zum Vorliegen des Ausscheidensgrunds nach § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018. 5.2.1. Zum Vorliegen des Ausscheidensgrunds nach Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2018

Vorliegend stützte der Auftraggeber seine Ausscheidensentscheidung auf § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018, weil ausdrücklich die „gesamte Dienstleistung“ in der Ausschreibung gefordert worden wäre, wohingegen die Antragstellerin den Transport als Anfahrt zum nächsten Kunden bewertet habe. Vorliegend stützte der Auftraggeber seine Ausscheidensentscheidung auf Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2018, weil ausdrücklich die „gesamte Dienstleistung“ in der Ausschreibung gefordert worden wäre, wohingegen die Antragstellerin den Transport als Anfahrt zum nächsten Kunden bewertet habe.

Die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen stellt eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens dar (EuGH 25.4.1996, Rs 87/94, Kommission/Belgien; VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181). Ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Widerspruch aufweist, ist am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; 29.3.2006, 2004/04/0144; 27.10.2014, 2012/04/0066; 8.9.2015, Ra 2015/04/0058; 23.11.2016, Ra 2015/04/0084; 23.11.2016, Ra 2016/04/0021; 18.9.2019, Ra 2018/04/0096).

Zur Beurteilung der Ausschreibungsbestimmungen:

5.2.1.1. Festzuhalten ist, dass die Ausschreibung in diesem Vergabeverfahren nicht angefochten wurde und daher bestandsfest ist (VwGH 17.6.2014, 2013/04/0029). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind somit daran gebunden (stRspr. zB VwGH 22.3.2019, Ra 2017/04/0038; VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065; VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; EuGH 22.6.1993, C-243/89, Kommission/Dänemark – Brücke über den „Storebælt“, Rn 39). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135; 27.6.2007, 2005/04/0234). Es ist von einer strengen Bindung an

die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (VwGH 20.5.2010, 2007/04/0072; BVwG 16.4.2014, W187 2003334-1/25E), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (vgl. erneut EuGH 22.6.1993, C-243/89, Rn. 37). 5.2.1.1. Festzuhalten ist, dass die Ausschreibung in diesem Vergabeverfahren nicht angefochten wurde und daher bestandsfest ist (VwGH 17.6.2014, 2013/04/0029). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind somit daran gebunden (stRspr. zB VwGH 22.3.2019, Ra 2017/04/0038; VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065; VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; EuGH 22.6.1993, C-243/89, Kommission/Dänemark – Brücke über den „Storebælt“, Rn 39). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135; 27.6.2007, 2005/04/0234). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (VwGH 20.5.2010, 2007/04/0072; BVwG 16.4.2014, W187 2003334-1/25E), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde vergleiche erneut EuGH 22.6.1993, C-243/89, Rn. 37).

5.2.1.2. Die Ausschreibungsunterlagen und alle anderen Festlegungen und Erklärungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (stRspr. zB VwGH 18.3.2015, Ra 2015/04/0017; 15.3.2017, Ra 2014/04/0052). Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsunterlagen kommt es nicht an (VwGH 1.2.2017, Ro 2016/04/0054). Im Zweifel sind Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (st. Rspr zB VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0036). Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (stRspr. zB VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; 27.10.2014, 2012/04/0066).

5.2.1.3. Damit ist zunächst auf den objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen und aller anderen Erklärungen einzugehen. Entscheidend ist daher, wie die oben dargestellten Festlegungen in der Ausschreibung zu verstehen sind.

5.2.1.4. Aus Punkt I C. 6 lit. a) der Ausschreibungsunterlage für die Bestimmungen betreffend den Preis geht hervor, dass die Preise im Preisangebotsverfahren zu ermitteln sind. Anzugeben sind dabei die im Leistungsverzeichnis geforderten Einheits- und Positionspreise. In Bezug auf die Ermittlung des Einheitspreises hält die Ausschreibungsunterlage unmissverständlich fest, dass ein „pauschaler Einheitspreis je Container- bzw. Muldentausch bzw. je Transport im Rahmen der stationären Problemstoffbehandlung an den Wertstoffzentren von Problemstoffen, Elektro-Altgeräten und Altspeiseölen zu kalkulieren“ ist. Darin soll die gesamte Dienstleistung enthalten sein, wobei die Ausschreibungsunterlagen dies konkretisieren als „die Abholung und Aufladung, Behältertausch, Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag“ und gegebenenfalls noch weitere Dienstleistungsschritte wie etwa Zwischenlagerung und Reinigung von den Behältern. 5.2.1.4. Aus Punkt römisch eins C. 6 Litera a,) der Ausschreibungsunterlage für die Bestimmungen betreffend den Preis geht hervor, dass die Preise im Preisangebotsverfahren zu ermitteln sind. Anzugeben sind dabei die im Leistungsverzeichnis geforderten Einheits- und Positionspreise. In Bezug auf die Ermittlung des Einheitspreises hält die Ausschreibungsunterlage unmissverständlich fest, dass ein „pauschaler Einheitspreis je Container- bzw. Muldentausch bzw. je Transport im Rahmen der stationären Problemstoffbehandlung an den Wertstoffzentren von Problemstoffen, Elektro-Altgeräten und Altspeiseölen zu kalkulieren“ ist. Darin soll die gesamte Dienstleistung enthalten sein, wobei die Ausschreibungsunterlagen dies konkretisieren als „die Abholung und Aufladung, Behältertausch, Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag“ und gegebenenfalls noch weitere Dienstleistungsschritte wie etwa Zwischenlagerung und Reinigung von den Behältern.

Bereits aus der Verwendung der Wortfolge „gesamte Dienstleistung“ geht hervor, dass dabei der umfassende Dienstleistungsprozess für die Kalkulation des Preises verstanden werden sollte. Jedoch lässt der Zusatz zu dieser Wortfolge, dass sowohl die Abholung UND Transport zur Abgabestelle laut Leistungsvertrag explizit umfasst sein sollen, nach dem objektiven Erklärungswert kein anderes Verständnis zu, als dass die gesamte Dienstleistung – von Abholung bis zur schlussendlichen Ablieferung der Behältnisse zu den Abgabestellen laut Leistungsvertrag mitsamt allfälliger Zwischenschritte wie deren Reinigung – im Einheitspreis miteinkalkuliert werden musste. Die Abgabestellen laut Leistungsvertrag sind im Anhang zur Ausschreibungsunterlagen aufgezählt.

5.2.1.5. Wenn die Antragstellerin Bedenken gegen die betriebswirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Festlegung

im Leistungsverzeichnis, wonach der Einheitspreis im Rahmen einer gesamten Dienstleistung, also von der Abholung bis zur Ablieferung bei den Abgabestellen laut Leistungsvertrag inklusive allfälliger Zwischenschritte (wie die Reinigung der Behälter) kalkulieren sind, gehabt hätte, so hätte sie diese in einem Nachprüfungsverfahren gegen die Ausschreibung geltend machen müssen. Dies ist nicht erfolgt, womit die Ausschreibung bestandsfest geworden ist und alle Beteiligten daran gebunden sind.

5.2.1.6. Demgegenüber hat die Antragstellerin jedoch bloß die Anfahrt kalkuliert und auch bloß einen „Angebotspreis ASZ Abholung“ gelegt und somit bloß einen Teil der Dienstleistung – die aber nach dem objektiven Erklärungswert der Vergabebestimmungen gesamthaft zu berechnen gewesen wäre – berechnet und dem Angebot zugrunde gelegt. Auch die Annahme, dass die Abfahrt als Anfahrt zum nächsten Kunden bewertet werde, entspricht insofern nicht den Vertragsbestimmungen, als diese unmissverständlich angeben, dass der Transport zur „Abgabestelle laut Leistungsvertrag“ zu berechnen ist, nicht jedoch zum nächsten Kunden der Antragstellerin.

5.2.1.7. Das Angebot widersprach somit in diesem Punkt den Ausschreibungsbestimmungen. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, sind zwingend auszuschneiden. Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers von den Ausscheidungstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen (VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181; VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201). Im Ergebnis hat der Auftraggeber das Angebot auch nach § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 zulässigerweise ausgeschieden. 5.2.1.7. Das Angebot widersprach somit in diesem Punkt den Ausschreibungsbestimmungen. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, sind zwingend auszuschneiden. Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers von den Ausscheidungstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen (VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181; VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201). Im Ergebnis hat der Auftraggeber das Angebot auch nach Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2018 zulässigerweise ausgeschieden.

5.2.2. Zum Vorliegen des Ausscheidensgrunds nach § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018. 5.2.2. Zum Vorliegen des Ausscheidensgrunds nach Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018

5.2.2.1. Der Auftraggeber stützte seine Ausscheidensentscheidung unter anderem auf § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018. Der Ausscheidungsgrund des § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 setzt neben dem Umstand der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. von Teilpreisen (zB spekulative Preisgestaltung) weiters voraus, dass dieser Umstand durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellt wurde (Moick/Gföhler, BVergG 2018.01 § 141 [Stand 1.3.2021, rdb.at] E 28 mHa VwGH 28.9.2011, 2007/04/0102; 28.2.2012, 2007/04/0218; 22.4.2010, 2008/04/0077). 5.2.2.1. Der Auftraggeber stützte seine Ausscheidensentscheidung unter anderem auf Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018. Der Ausscheidungsgrund des Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018 setzt neben dem Umstand der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. von Teilpreisen (zB spekulative Preisgestaltung) weiters voraus, dass dieser Umstand durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellt wurde (Moick/Gföhler, BVergG 2018.01 Paragraph 141, [Stand 1.3.2021, rdb.at] E 28 mHa VwGH 28.9.2011, 2007/04/0102; 28.2.2012, 2007/04/0218; 22.4.2010, 2008/04/0077).

5.2.2.2. Vorliegend hatte der Auftraggeber aufgrund des angegebenen Einheitspreises in der Leistungsgruppe 03 (Problemstoffe, Elektor-Altgeräte, Alt-Speiseöle) im Angebot der Antragstellerin zunächst nach § 137 Abs. 2 BVergG 2018 vorzugehen und die Antragstellerin um konkrete Aufklärung über diese Positionen zu verlangen, da diese dem Auftraggeber im Vergleich zu den anderen Angeboten und zur eigenen Schätzung des Auftraggebers ungewöhnlich niedrig erschienen. Dem kam der Auftraggeber mit seinem Aufklärungsersuchen vom 17. August 2023 hinreichend nach. 5.2.2.2. Vorliegend hatte der Auftraggeber aufgrund des angegebenen Einheitspreises in der Leistungsgruppe 03 (Problemstoffe, Elektor-Altgeräte, Alt-Speiseöle) im Angebot der Antragstellerin zunächst nach Paragraph 137, Absatz 2, BVergG 2018 vorzugehen und die Antragstellerin um konkrete Aufklärung über diese Positionen zu verlangen, da diese dem Auftraggeber im Vergleich zu den anderen Angeboten und zur eigenen Schätzung des Auftraggebers ungewöhnlich niedrig erschienen. Dem kam der Auftraggeber mit seinem Aufklärungsersuchen vom 17. August 2023 hinreichend nach.

5.2.2.3. Mit ihrem Aufklärungsschreiben vom 23. August 2023 erläuterte die Antragstellerin ihre Preiskalkulation näher. In concreto basiert der kalkulierte Einheitspreis der Antragstellerin vor dem Hintergrund der getroffenen Feststellungen auf der Annahme, dass sie Kundenaufträge mit anderen Gewerbekunden kombinieren könne, weshalb sie die Abfahrt als Anfahrt zum nächsten Kunden bewertet und in der Preiskalkulation lediglich die Dauer der Anfahrt miteinberechnet hat. Die Antragstellerin legt ihrer Preiskalkulation nach eigenen Angaben ferner die Überlegung zugrunde, dass sie in ihrem Kerngebiet mit einem ADR-tauglichen Anhänger unterwegs sein kann, um im Rahmen von Entleertouren gleichzeitig bestehende Kunden bedienen zu können und durch eine zukünftig stärkere Präsenz in der Region weitere Neukunden im Bereich Gewerbe hinzuzugewinnen. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin weder bei Angebotslegung noch in ihrem Aufklärungsschreiben einen Nachweis von den Kunden vorgelegt hat, die allfällig in die Berechnung mitaufgenommen worden sind, erweist sich sowohl die auf der Annahme, Aufträge mit Bestandskunden, als auch der weiteren Annahme, weitere Neukunden hinzuzugewinnen, basierende Preiskalkulation als spekulativ, weil keinesfalls prognostiziert werden kann, wie sich die Kundenakquise im Zeitraum der Vertragsdauer entwickelt. Überdies erweist sich das Heranziehen von den aktuellen Kunden in Bezug auf die Berechnung der Dauer des Transports über den zukünftigen Vertragslaufzeitraum ebenso als spekulativ, zumal bei lebensnaher Betrachtungsweise nicht davon ausgegangen werden kann, dass das aktuelle Kundennetz unverändert bleibt. Aufgrund dieser Unsicherheiten und zu erwartenden Schwankungen war diese Annahme als spekulative Preisgestaltung iSd. § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 zu qualifizieren.

5.2.2.3. Mit ihrem Aufklärungsschreiben vom 23. August 2023 erläuterte die Antragstellerin ihre Preiskalkulation näher. In concreto basiert der kalkulierte Einheitspreis der Antragstellerin vor dem Hintergrund der getroffenen Feststellungen auf der Annahme, dass sie Kundenaufträge mit anderen Gewerbekunden kombinieren könne, weshalb sie die Abfahrt als Anfahrt zum nächsten Kunden bewertet und in der Preiskalkulation lediglich die Dauer der Anfahrt miteinberechnet hat. Die Antragstellerin legt ihrer Preiskalkulation nach eigenen Angaben ferner die Überlegung zugrunde, dass sie in ihrem Kerngebiet mit einem ADR-tauglichen Anhänger unterwegs sein kann, um im Rahmen von Entleertouren gleichzeitig bestehende Kunden bedienen zu können und durch eine zukünftig stärkere Präsenz in der Region weitere Neukunden im Bereich Gewerbe hinzuzugewinnen. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin weder bei Angebotslegung noch in ihrem Aufklärungsschreiben einen Nachweis von den Kunden vorgelegt hat, die allfällig in die Berechnung mitaufgenommen worden sind, erweist sich sowohl die auf der Annahme, Aufträge mit Bestandskunden, als auch der weiteren Annahme, weitere Neukunden hinzuzugewinnen, basierende Preiskalkulation als spekulativ, weil keinesfalls prognostiziert werden kann, wie sich die Kundenakquise im Zeitraum der Vertragsdauer entwickelt. Überdies erweist sich das Heranziehen von den aktuellen Kunden in Bezug auf die Berechnung der Dauer des Transports über den zukünftigen Vertragslaufzeitraum ebenso als spekulativ, zumal bei lebensnaher Betrachtungsweise nicht davon ausgegangen werden kann, dass das aktuelle Kundennetz unverändert bleibt. Aufgrund dieser Unsicherheiten und zu erwartenden Schwankungen war diese Annahme als spekulative Preisgestaltung iSd. Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018 zu qualifizieren.

5.2.2.4. Zusammenfassend hat die Antragstellerin in ihrem Angebot und bei ihrer Preisgestaltung somit darauf spekuliert, dass sie Fahrten von bereits bestehenden Kunden bzw. allenfalls zukünftigen Neukunden und dem Auftraggeber kombinieren wird können, weshalb sie den errechneten Preis angab (vgl. etwa Moick/Gföhler, BVergG 20181.01 § 141 [Stand 1.3.2021, rdb.at] E 35 mHa VwGH 13.6.2005, 2005/04/0001 betreffend spekulative Preisgestaltung bei Abfallentsorgung bei Spekulation auf die tatsächlich zu entsorgende Abfallmengen).

5.2.2.4. Zusammenfassend hat die Antragstellerin in ihrem Angebot und bei ihrer Preisgestaltung somit darauf spekuliert, dass sie Fahrten von bereits bestehenden Kunden bzw. allenfalls zukünftigen Neukunden und dem Auftraggeber kombinieren wird können, weshalb sie den errechneten Preis angab vergleiche etwa Moick/Gföhler, BVergG 20181.01 Paragraph 141, [Stand 1.3.2021, rdb.at] E 35 mHa VwGH 13.6.2005, 2005/04/0001 betreffend spekulative Preisgestaltung bei Abfallentsorgung bei Spekulation auf die tatsächlich zu entsorgende Abfallmengen).

5.2.2.5. Dem Einwand der Antragstellerin, dass selbst „Nullpositionen“ in einem Angebot zulässig wären, ist insoweit zuzustimmen, als ein Angebot nicht automatisch allein aus dem Grund abgelehnt werden kann, dass der vorgeschlagene Preis null Euro beträgt (EuGH 10.9.2020, C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o.). Vorliegend kam es

jedoch nicht zu einer „automatischen Ablehnung“ des Angebots aufgrund des niedrigen Einheitspreises, sondern es wurde zutreffend zunächst eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt (vgl. VwGH 27.6.2007, 2006/04/0106, wonach in einem solchen Fall zu klären ist, ob diese Positionen wirtschaftlich erklärbar sind). Darüber hinaus ist dem Einwand der Antragstellerin, „Nullpreise“ anbieten zu können, auch deshalb nicht folgen, da sie im konkreten Fall die Kategorie 03 gerade nicht dementsprechend vermerkt hat, sondern im Gegenteil den Preis auf die oben dargelegte spekulative Weise berechnet hat. 5.2.2.5. Dem Einwand der Antragstellerin, dass selbst „Nullpositionen“ in einem Angebot zulässig wären, ist insoweit zuzustimmen, als ein Angebot nicht automatisch allein aus dem Grund abgelehnt werden kann, dass der vorgeschlagene Preis null Euro beträgt (EuGH 10.9.2020, C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o.). Vorliegend kam es jedoch nicht zu einer „automatischen Ablehnung“ des Angebots aufgrund des niedrigen Einheitspreises, sondern es wurde zutreffend zunächst eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt (vergleiche VwGH 27.6.2007, 2006/04/0106, wonach in einem solchen Fall zu klären ist, ob diese Positionen wirtschaftlich erklärbar sind). Darüber hinaus ist dem Einwand der Antragstellerin, „Nullpreise“ anbieten zu können, auch deshalb nicht folgen, da sie im konkreten Fall die Kategorie 03 gerade nicht dementsprechend vermerkt hat, sondern im Gegenteil den Preis auf die oben dargelegte spekulative Weise berechnet hat.

Auch der Hinweis, dass sich der Preis für den Auftraggeber nicht verändere, sofern es zu keinem Neugewinn von Kunden bzw. zu einer Verringerung der Kundenstruktur des Antragstellers im Kerngebiet komme, ist schon deshalb nicht weiter von Relevanz, weil sich die Preiskalkulation im Angebot selbst als spekulativ erwiesen und zu einer mangelnden Vergleichbarkeit der Angebote geführt hat. Ob und inwiefern sich diese spekulative Preisgestaltung auf das unternehmerische Wagnis der Antragstellerin auswirkt, ist für die Beurteilung des Ausscheidenstatbestands nach § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 nicht von Relevanz. Auch der Hinweis, dass sich der Preis für den Auftraggeber nicht verändere, sofern es zu keinem Neugewinn von Kunden bzw. zu einer Verringerung der Kundenstruktur des Antragstellers im Kerngebiet komme, ist schon deshalb nicht weiter von Relevanz, weil sich die Preiskalkulation im Angebot selbst als spekulativ erwiesen und zu einer mangelnden Vergleichbarkeit der Angebote geführt hat. Ob und inwiefern sich diese spekulative Preisgestaltung auf das unternehmerische Wagnis der Antragstellerin auswirkt, ist für die Beurteilung des Ausscheidenstatbestands nach Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018 nicht von Relevanz.

5.2.2.6. Die Ausscheidensentscheidung erfolgte daher zu Recht, als das Angebot der Antragstellerin die oben dargestellte, der bestandsfesten Ausschreibung widersprechende, Kostenverlagerung aufweist und damit spekulativ ist. Es lag daher der Ausscheidensgrund des § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 vor. 5.2.2.6. Die Ausscheidensentscheidung erfolgte daher zu Recht, als das Angebot der Antragstellerin die oben dargestellte, der bestandsfesten Ausschreibung widersprechende, Kostenverlagerung aufweist und damit spekulativ ist. Es lag daher der Ausscheidensgrund des Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018 vor.

5.2.3. Zum Vorliegen des Ausscheidensgrunds nach § 141 Abs. 2 BVergG 2018: 5.2.3. Zum Vorliegen des Ausscheidensgrunds nach Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018:

5.2.3.1. Im Aufklärungsersuchen des Auftraggebers vom 17. August 2023 forderte der Auftraggeber die Antragstellerin konkret um Aufforderung bis zum 25. August 2023, 12:00 Uhr auf, wobei sie konkret um Aufklärung folgender Punkte ersucht hat:

1. Betriebswirtschaftliche Erklärbar- und Nachvollziehbarkeit der Einheitspreise der Leistungsgruppe 03. Hierbei wies der Auftraggeber darauf hin, dass nachzuweisen ist, dass „im Preis von Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und dass die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind“.

2. Aufklärung der Kalkulation des Preises, wobei der Auftraggeber auf Punkt I.C.6.a. der Ausschreibungsunterlage darauf hinwies, dass ein pauschaler Einheitspreis je Transport im Rahmen der stationären Problemstoffbehandlung zu kalkulieren war. 2. Aufklärung der Kalkulation des Preises, wobei der Auftraggeber auf Punkt römisch eins.C.6.a. der Ausschreibungsunterlage darauf hinwies, dass ein pauschaler Einheitspreis je Transport im Rahmen der stationären Problemstoffbehandlung zu kalkulieren war.

5.2.3.2. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist selbst dann, wenn eine Aufklärung vorliegt, die allerdings einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt, die Ausscheidung des Angebotes mit der Begründung, die Aufklärung hinsichtlich der gegenständlichen Positionen entbehre einer nachvollziehbaren Begründung, nicht rechtswidrig (VwGH 9.10.2002, 2000/04/0039). Festzuhalten ist im gegenständlichen Fall, dass das vorliegende Aufklärungsschreiben wesentliche Punkte des Aufklärungsersuchen nicht enthält: So werden weder die konkreten Kollektivverträge der Dienstnehmer genannt, sondern hierbei bloß pauschal auf die Einhaltung der Gesetze und Kollektivverträge verwiesen, noch ist dem Schreiben nachvollziehbar zu entnehmen, wie und bejahendenfalls in welchem Umfang die geforderten Posten (direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten) in die in der tabellarischen Übersicht enthaltenen Positionsbezeichnungen („LKW Ladebordwand“, „Fahrer LKW Ladebordwand“, „Gemeinkosten [Lager + Konzessionierung]“, „Logistik Gesamtkosten“ und „Wagnis und Gewinn“ für den Angebotspreis pro Stunde) enthalten sind.

5.2.3.3. Vor diesem Hintergrund stütze die Auftraggeberin zurecht ihre Ausscheidensentscheidung auch auf § 141 Abs. 2 BVergG 2018. 5.2.3.3. Vor diesem Hintergrund stütze die Auftraggeberin zurecht ihre Ausscheidensentscheidung auch auf Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018.

5.3. Ergebnis

5.3.1. Nach obigen Ausführungen lagen im gegenständlichen Fall die Ausscheidensgründe nach § 141 Abs. 1 Z 3 und Z 7 BVergG 2018 vor, wobei bereits ein einzelner Ausscheidensgrund für das Ausscheiden des Angebots gereicht hätte. 5.3.1. Nach obigen Ausführungen lagen im gegenständlichen Fall die Ausscheidensgründe nach Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG 2018 vor, wobei bereits ein einzelner Ausscheidensgrund für das Ausscheiden des Angebots gereicht hätte.

Abgesehen davon wurde das Aufklärungsersuchen nicht vollständig beantwortet bzw. keine zu einem zuschlagsfähigen Angebot führende Aufklärung vorgenommen, weshalb sich der Auftraggeber zur Ausscheidung des Angebots der Antragstellerin auch zu Recht auf § 141 Abs. 2 BVergG 2018 stützen konnte. Abgesehen davon wurde das Aufklärungsersuchen nicht vollständig beantwortet bzw. keine zu einem zuschlagsfähigen Angebot führende Aufklärung vorgenommen, weshalb sich der Auftraggeber zur Ausscheidung des Angebots der Antragstellerin auch zu Recht auf Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018 stützen konnte.

5.3.2. Die Ausscheidensentscheidung in Bezug auf das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren „Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über den Transport von Abrollcontainern, Absetzmulden und anderen Sammelbehältnissen („*** Container- und Muldendienst‘)“, ist daher zu Recht ergangen. Im Hinblick auf die oben dargelegte Sach- und Rechtslage war der Antrag der Antragstellerin spruchgemäß abzuweisen.

6. 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 (vgl. etwa auch VwGH 20.1.2016, Ra 2015/04/0091 zu einer vergleichbaren Konstellation, in der der Verwaltungsgerichtshof bei einem Erkenntnis, in dem das Ausscheiden eines Angebots wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises festgestellt wurde, weil die Teilleistung „Wartungsarbeiten“ mit einem Preis von EUR 0,- angeboten und dafür keine plausible Erklärung abgegeben wurde, keine Rechtsfrage, der iSd Art. 133 Abs 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme, erkannte). Zudem stützt sich die Entscheidung auf die klare und eindeutige Rechtslage und die jeweils zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Abschließend ist festzuhalten, dass die Beurteilung der Ausschreibungskonformität eines Angebotes wie im vorliegenden Verfahren eine Einzelfallbeurteilung darstellt (VwGH 18.9.2019, Ra 2018/04/0096). 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 vergleiche etwa auch VwGH 20.1.2016, Ra 2015/04/0091 zu einer vergleichbaren Konstellation, in der der Verwaltungsgerichtshof bei einem Erkenntnis, in dem das Ausscheiden eines Angebots wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises festgestellt wurde, weil die Teilleistung „Wartungsarbeiten“ mit einem Preis von EUR 0,- angeboten und dafür keine plausible Erklärung abgegeben wurde, keine Rechtsfrage, der iSd Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme, erkannte). Zudem stützt sich die Entscheidung auf die klare und eindeutige Rechtslage und die jeweils zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Abschließend ist festzuhalten, dass die Beurteilung der Ausschreibungskonformität eines Angebotes wie im vorliegenden Verfahren eine Einzelfallbeurteilung darstellt (VwGH 18.9.2019, Ra 2018/04/0096).

Schlagworte

Vergabe; Nachprüfung; Dienstleistungsauftrag; Nichtigerklärung; Ausscheidensentscheidung; Ausscheidungsgrund; Ausschreibungsbestimmungen;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGNl:2023:LVwG.VG.11.002.2023

Zuletzt aktualisiert am

15.01.2024

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at