

TE Lvwg Erkenntnis 2022/6/3 LVwG-VG-2/001-2022

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.06.2022

Entscheidungsdatum

03.06.2022

Norm

BVergG 2018 §25 Abs1

BVergG 2018 §134

1. BVergG 2018 § 25 heute
2. BVergG 2018 § 25 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 134 heute
2. BVergG 2018 § 134 gültig ab 21.08.2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch seinen Vergabesenat 8 unter dem Senatsvorsitz des Richters Dr. Goldstein, mit den weiteren Richtern Mag. Warum (Berichterstatter) und Mag. Größ (Beisitzer) sowie den Laienrichtern DI Fröch und DI Fischer über den Antrag des A, in ***, ***, vom 08.04.2022 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 05.04.2022 der Stadtgemeinde *** im Vergabeverfahren „Pest- und Dreifaltigkeitssäule ***“, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht:

1.

Die Entscheidung der Stadtgemeinde *** vom 05.04.2022, mit der B, ***, ***, der Zuschlag im Vergabeverfahren „Pest- und Dreifaltigkeitssäule ***“ erteilt wurde, wird für nichtig erklärt.

2.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§ 28 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) Paragraph 28, Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG)

§ 1, § 4 Abs. 2 Z 2, § 6 Abs. 1, § 8, § 16 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz (NÖ VNG) Paragraph eins,, Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 2,, Paragraph 6, Absatz eins,, Paragraph 8,, Paragraph 16, Absatz eins, NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz (NÖ VNG)

§ 13 Abs. 1 und 3, § 25 Abs. 1, § 68, § 76 Abs. 2, § 134, § 137 Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) Paragraph 13, Absatz eins und 3, Paragraph 25, Absatz eins,, Paragraph 68,, Paragraph 76, Absatz 2,, Paragraph 134,, Paragraph 137, Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018)

Entscheidungsgründe:

1.

Zum verwaltungsbehördlichen Verfahren:

1.1. Mit Schriftsatz vom 8.4.2022, eingelangt beim erkennenden Gericht am selben Tag, erhob A (im Folgenden: Antragsteller – ASt) im Vergabeverfahren „Pest- und Dreifaltigkeitssäule“ der Stadtgemeinde *** (im Folgenden: Öffentliche Auftraggeberin – AG) „Einspruch“ „bezüglich der Beabsichtigung zur Beauftragung der Firma B [...] mit einer Vergabesumme von € *** zuzügl. 20 % MwSt.“

Der Antragsteller bringt dazu im Wesentlichen vor, dass B (im Folgenden: präsumtiver Zuschlagsempfänger – präsZE) nachweislich Vorarbeiten geleistet habe, dafür von der AG bezahlt worden sei und die Ausschreibung im gegenständlichen Vergabeverfahren verfasst hätte. Er sei deshalb als Bieter auszuschneiden gewesen. Der ASt hätte bereits bei der Offerteröffnung am 9.3.2022 mündlich und zwei Tage später schriftlich bei der AG Einspruch erhoben. Die AG beabsichtige trotz des Einspruchs, den präsZE zu beauftragen, obwohl dieser auszuschneiden wäre.

Als rechtliche Begründung verweist der ASt auf die Bestimmungen des § 25 sowie § 141 BVergG 2018 und bringt dazu vor, dass die Ausschreibung vom präsZE verfasst worden sei und dieser Vorarbeiten geleistet hätte, weshalb er als Bieter nach der Bestimmung des § 25 BVergG 2018 auszuschließen gewesen wäre. Als rechtliche Begründung verweist der ASt auf die Bestimmungen des Paragraph 25, sowie Paragraph 141, BVergG 2018 und bringt dazu vor, dass die Ausschreibung vom präsZE verfasst worden sei und dieser Vorarbeiten geleistet hätte, weshalb er als Bieter nach der Bestimmung des Paragraph 25, BVergG 2018 auszuschließen gewesen wäre.

Weiters würde sich der Gesamtpreis des Angebots des präsZE auf nicht plausible Art und Weise zusammensetzen. Viele der angegebenen Punkte in der Ausschreibung (i.e. Vierungen) seien wissentlich in einer viel zu großen Menge ausgeschrieben worden. Auf Grund der Vorkenntnis der Vorarbeiten hätte der präsZE gewusst, dass die Anzahl nicht hätte realistisch sein können. Alle anderen Mitbieter hätten alleine auf Grund der Anzahl der Vierungen nur auf einen viel zu hohen Preis kommen können. Die Vierungspreise seien daher als rein spekulativ und nicht realistisch anzusehen. Der präsZE sei deshalb auf Grund der „Vorarbeitenproblematik“ auszuschneiden.

1.2. Der präsZE erhob mit Schriftsatz vom 20.4.2022 gegen den gegenständlichen Nachprüfungsantrag „begründete Einwendungen“ und bringt darin zusammengefasst vor, dass nie verheimlicht worden sei, dass der präsZE an der Ausschreibung, insbesondere der analytischen Bestandsaufnahme mitgewirkt hätte. Sämtliche Arbeitsergebnisse seien allen Bietern mit der Ausschreibung zugänglich gemacht worden. Der präsZE hätte deshalb gegenüber den anderen Bietern keinen inhaltlichen Informationsvorsprung und angesichts der die Mindestdauer deutlich überschreitenden Angebotsfrist auch keinen zeitlichen Vorteil gehabt.

Bei der Restaurierung eines solchen historischen Bauwerks wie im gegenständlichen Verfahren sei ein enger Bieterkreis gegeben. Zur Sicherung eines ausreichenden Wettbewerbs hätte deshalb auf die Teilnahme des präsZE am Vergabeverfahren nicht verzichtet werden können.

Die Ausschreibung sei weiters unangefochten geblieben und bestandsfest geworden. Die Behauptungen des ASt zu angeblich unrichtigen Mengenangaben im Leistungsverzeichnis hätten deshalb unbeachtlich zu bleiben. Bedenken dazu hätte der ASt gemäß Pkt. 1.11 des Angebots vor Angebotslegung der Antragsgegnerin mitteilen müssen. Diese würden jedoch auch nicht zutreffen, zumal nach Punkt 0.2.4. des Angebots alle Maße und Mengen ca. Maße und ca. Mengen sind und die angesprochenen Vierungen ohnehin nach der tatsächlich ausgeführten Anzahl abgegolten würden.

Die Kalkulation des präsZE würde keinen Anhaltspunkt für eine spekulative Preisgestaltung oder sonstige Unregelmäßigkeiten bieten. Das Angebot sei ordnungsgemäß und ausschreibungskonform kalkuliert worden, ebenso sei es ordnungsgemäß geprüft worden. Eine Stattgabe des Antrages würde den präsZE in seinen Rechten verletzen, weshalb beantragt werde, dem Begehren des ASt nicht Folge zu geben.

1.3. Mit Schriftsatz vom 2.5.2022 legte die AG den Vergabeakt dem erkennenden Gericht vor und nahm unter einem zunächst dahingehend Stellung, dass die Ausschreibung des gegenständlichen Vergabeverfahrens in Abstimmung mit dem Bundesdenkmalamt (BDA) nach Durchführung einer Bestandsaufnahme, Bestandsvermessung und

Leistungsbeschreibung im nicht offenen Verfahren erfolgt sei. Die Ergebnisse dieser Bestandsaufnahme seien allen Bietern im Zuge der Einladung zur Erstellung eines Angebots in gleicher Weise als wesentlicher Teil der Ausschreibung am 4.2.2022 übermittelt worden. Die Angebotsöffnung sei am 9.3.2022 erfolgt. Nach Erstellung eines Preisspiegels und Nachforderung von Unterlagen über die Leistungsfähigkeit des Bieters mit dem niedrigsten Preis sei die Stillhaltefrist per E-Mail am 5.4.2022 ausgelöst worden und die beabsichtigte Beauftragung bekannt gegeben worden.

Zum Antrag des ASt sei auszuführen, dass alle Unterlagen in gleicher Weise allen Bietern vollständig und uneingeschränkt zur Verfügung gestellt worden seien und ein ausreichendes Zeitfenster zur Angebotserstellung eingeräumt worden sei. Zum Thema „Vierungen“ gehe die AG davon aus, dass Anzahl und Ausmaß vom Befundersteller nach dessen fachlicher Expertise festgelegt und beschrieben worden sei. Die AG als ausschreibende Stelle habe deshalb nicht von einer „wissentlich viel zu großen Menge“ ausgehen können.

2.

Feststellungen:

2.1. Die Stadtgemeinde ***, ***, führte unter der Bezeichnung „Pest- und Dreifaltigkeitssäule“ ein nicht offenes Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich ohne vorherige Bekanntmachung durch. Dazu beschloss der Stadtrat der AG in seiner Sitzung vom 16.9.2021 zunächst, vor der Durchführung des Vergabeverfahrens eine Befundung als Grundlage für die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses erstellen zu lassen. Der spätere präsumtive Zuschlagsempfänger, B, wurde in der Sitzung vom 16.9.2021 mit der Befundung beauftragt, wobei in der Stadtratssitzung vom 21.10.2021 beschlossen wurde, auch eine Vermessung der Pestsäule in *** durchführen zu lassen. Der präszE erhielt für die Durchführung der Befundung € *** (inkl. 20 % USt). Mit Schriftsatz vom 8.12.2021 übermittelte der präszE der AG die Dokumentation über die durchgeführte Bestandsaufnahme zum Zustand der Pestsäule ***.

2.2. Jeweils mit E-Mail vom 4.2.2022 lud die AG einen grundsätzlich geeigneten Bieterkreis von insgesamt acht Firmen zur „Erstellung eines Angebots und Teilnahme an der Ausschreibung zur Restaurierung der Pest- und Dreifaltigkeitssäule“ ein und wies darauf hin, dass die Ausschreibung im nicht offenen Verfahren erfolge. Als Abgabetermin für die Angebote wurde der 9.3.2022, 11:00 Uhr, mitgeteilt und darauf hingewiesen, dass die Angebotsöffnung am 9.3.2022, 11:15 Uhr, erfolgen würde.

Teil der Ausschreibung war zum einen die vom präszE erstellte Befundaufnahme sowie in einem weiteren Schriftstück formulierte „Auftragsbedingungen“. Festgestellt wird an dieser Stelle, dass die Unterlagen über die vom präszE durchgeführte Bestandsaufnahme sämtlichen Bietern des gegenständlichen Vergabeverfahrens übermittelt wurden. Ergänzende Unterlagen, die sich etwa der präszE vorbehalten hätte, oder die von der AG lediglich einem ausgewählten Kreis der Bieter zur Verfügung gestellt worden wären, liegen nicht vor.

2.3. Den „Auftragsbedingungen“ ist unter anderem zu entnehmen wie folgt:

„[...]“

0.2.3 Preise

In die Preise einzurechnen ist, wenn im Leistungsverzeichnis nicht anders angegeben, das Beistellen sämtlicher für die fertige Arbeit erforderlichen Baumaterialien, Haupt-, Hilfs- und Nebenbaustoffe, und das Beistellen und Vorhalten aller für die fertigen Leistungen notwendigen Transportmittel, Maschinen, Geräte, Werkzeuge, Gerüstungen, Pölzungen und Unterstellungen, alle für die Arbeiten zu treffenden Sicherheitsvorkehrungen nach Dienstnehmerschutzvorschriften und alle sonstigen Nebenleistungen. [...] so dass die im Angebot eingesetzten Preise die Vergütung für die fix und fertige Leistung loco Verwendungsstelle sind.

0.2.4 Leistungsumfang

Die angegebenen Leistungsumfänge sind durch die der Angebotslegung zu Grund liegende Befundaufnahme beschrieben und stellen die Gesamtkonzeption der restauratorischen Maßnahmen dar. Alle Maße und Mengen sind ca. Maße und ca. Mengen. Änderungen bei der Ausführung verursachen keine Änderung der angebotenen Preise.

[...]

1.11 Prüfung der Angebotsunterlagen

Der Anbotsteller ist verpflichtet, die ihm übergebenen Anbotsunterlagen genauestens auf ihre Richtigkeit und

Vollständigkeit zu studieren. Sind nach seiner Ansicht die Angaben oder Unterlagen zu allgemein oder zu den einzelnen Punkten des Leistungsverzeichnisses ungenügend, unklar oder unrichtig, oder hat der Anbotssteller andere, z.B. technische Bedenken, so ist er verpflichtet, diese vor Offertlegung unverzüglich der Bauherrschaft schriftlich bekannt zu geben.

[...]

1.13 Alternativangebote

Alternativangebote sind nicht zulässig

1.14 Abänderungsangebote

Abänderungsangebote sind nicht zulässig

1.15 Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis, dass der Bieter nach den Vorschriften seines Herkunftslandes befugt ist, die konkreten Leistungen zu erbringen.

1.15A Nachweis Befugnis/Berechtigung

Nachweis mittels Urkunde über die Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister des Herkunftslandes befugt ist, die konkrete Leistung zu erbringen.

1.16 Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit werden verlangt:

1.16A Ausbildungsnachweise

Ausbildungsnachweise und/oder Bescheinigung über die berufliche Befähigung des Unternehmers oder der Führungskräfte des Unternehmers insbesondere Referenzen über die Qualifikation der ausführenden Mitarbeiter*innen.

1.16B Vorlage einer Referenzliste mit vergleichbaren aktuellen Projekten im Bereich denkmalgeschützter Objekte

1.17 Zuschlagskriterium

Der Zuschlag erfolgt ausschließlich nach dem Angebotspreis.

[...]“

2.4. Insgesamt beteiligten sich sechs Bieter am Vergabeverfahren und gaben fristgerecht bei der AG Angebote ab. Die Angebote weisen folgende Angebotspreise auf:

Bieter

Preis (ohne USt.)

Preis (inkl. USt.)

ASt

€ ***

€ ***

C GmbH

€ ***

€ ***

D GmbH

€ ***

€ ***

E GmbH

€ ***

€ ***

präsZE

€ ***

€ ***

F GmbH

€ ***

€ ***

Das Angebot des präsZE liegt um 36,46 % unter dem Durchschnitt der sonstigen Angebote und 29,55 % unter dem zweitgünstigsten Angebot.

2.5. Die AG stellte die Angebotspreise von den Bietern des Verfahrens in einer Tabelle unter Anführung der jeweils von den Bietern zu den Unterpunkten angegebenen Preise nebeneinander. Da das Angebot des präsZE den niedrigsten Gesamtpreis ergab, wurde dieser ausgewählt. Eine weitere Preisprüfung oder auch eine weitere Prüfung der Plausibilität der angebotenen Preise erfolgte durch die AG nicht. Ebenso fand keine vertiefte Angebotsprüfung statt.

Im Vorfeld der Beauftragung zur Befundung führte die AG Vorbesprechungen mit dem präsZE und auch mit dem ASt durch. Vom ASt wurde in den Besprechungen ein Auftragswert von ca. € ***,- avisiert, wobei an dieser Stelle festgestellt wird, dass es sich dabei um keinen Kostenvoranschlag seitens des ASt gehandelt hat. Wesentlich bei diesen Vorbesprechungen war die Frage, ob der in Frage kommende Auftrag die Schwelle von € *** überschreiten würde. Der ASt führte auch keine Befundung für diese Preisschätzung durch, ging er denn davon aus, nicht am Vergabeverfahren teilnehmen zu können, wenn er Vorarbeiten leiste.

Die AG holte vom präsZE im Rahmen seiner Befunderstellung keinen Kostenvoranschlag ein, im Vergabeverfahren wurde kein geschätzter Auftragswert dokumentiert. Von der AG wurde außerdem keine fachkundige, dritte Person mit der Prüfung der Preise beauftragt. Auf Seiten der AG war niemand beteiligt, der über eine besondere Sachkunde bei Restaurierungen oder bildhauerischen Arbeiten verfügt.

2.6. Der ASt legte seinem Angebot ein Begleitschreiben bei, dem auszugsweise wie folgt zu entnehmen ist:

„[...]“

Da ich überzeugt bin, dass einige Positionen nicht notwendig sind, und daher nicht zur Ausführung kommen, werden diese von mir im Auftragsfalle auch nicht verrechnet.

Zum Beispiel sind im LV insgesamt 139 Vierungen in verschiedenen Größen enthalten, das entspricht einer Kubatur von 0,73 m³ oder umgerechnet ca. 1,8 Tonnen Neumaterial. Wo sollen diese eingebaut werden?

Wenn durch relativ einfache konstruktive Maßnahmen das fallweise anfallende Regenwasser abgeleitet werden kann, ist damit ein kompletter Abbau der Balustrade und des Stufenunterbaues sowie die Horizontalisierung der gesamten Säule nicht erforderlich.

Meine Einsparungen betreffen folgende Positionen:

1. alle Vierungen über 1000 cm³

€ ***

2. Herstellung des Untergrundes

€ ***

3. Horizontalisierung

€ ***

Gesamteinsparung

€ ***

Mein Angebotspreis von netto € *** könnte sich damit um netto € *** verringern und würde dann € *** betragen.

„[...]“

2.7. Festgestellt wird, dass die Ausschreibung nicht angefochten wurde.

2.8. Mit E-Mail vom 5.4.2022 teilte die AG den Bietern des Verfahrens mit, dass die AG „nach Abschluss der Angebotsprüfung“ beabsichtige, „gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien die Fa. B, ***, ***, mit einer Vergabesumme von € *** zuzügl. 20 % Mwst. zu beauftragen.“

3.

Beweiswürdigung:

Das erkennende Gericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den von der AG vorgelegten Vergabeakt, darin inliegend insbesondere die Befundaufnahme zum Zustand der Pestsäule vom 8.12.2021, die Ausschreibungsunterlagen, die eingelangten Angebote und die Zuschlagsentscheidung vom 5.4.2022. Weiters wurde am 23.5.2022 eine mündliche Verhandlung durchgeführt, bei der Vertreter der AG, der präsZE sowie der ASt anwesend waren.

Die Feststellungen zu den Punkten 2.1., 2.2., 2.3., 2.4. und 2.6. erwiesen sich als unbedenklich, gehen diese denn eindeutig aus den im Vergabeakt aufliegenden Schriftstücken hervor. Die unter Punkt 2.5. getroffenen Feststellungen gründen vor allem in den Angaben der Vertreter der AG in der mündlichen Verhandlung, wo insbesondere ausgesagt wurde, dass eine Preisprüfung durch die AG – abgesehen vom Erstellen der Tabelle – nicht stattgefunden habe. Die Feststellung, dass von der AG kein Kostenvoranschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren eingeholt wurde, ergibt sich zum einen aus der Aussage der AG, wonach im Zuge der Vorbesprechungen mit dem ASt die Frage wesentlich war, ob der Auftrag die Schwelle von € 100.000,- überschreiten würde. Der ASt nannte zwar als voraussichtlichen Auftragswert die Summe € ***, führte jedoch keine Befundung durch, weil er der Ansicht war, er könnte dann nicht mehr am Vergabeverfahren teilnehmen. Somit war davon auszugehen, dass es sich bei dieser Zahl lediglich um einen groben Näherungswert handelt, dem keine fundierte Befundung zugrunde gelegen ist. Zum zweiten enthält die vom präsZE erstellte Dokumentation keine Angaben zu einem geschätzten Auftragswert. Dem Vergabeakt – der insoweit mit den Aussagen der jeweiligen Vertreter in der mündlichen Verhandlung korrespondiert – sind keine Angaben zu entnehmen, dass von der AG vom präsZE eine Kostenschätzung bzw. ein Kostenvoranschlag eingefordert worden wäre. Auch sonst finden sich im Vergabeakt keine Hinweise darauf, dass die AG auf andere Weise, etwa im Wege einer Anfrage an das BDA, den geschätzten Auftragswert nach Einholung der Befundung ermittelt hätte.

Dem Vergabeakt ist weiters keinerlei Dokumentation über eine von der AG durchgeführte Angebotsprüfung zu entnehmen. So findet sich zwar die Tabelle, welche die einzelnen Preise der Angebote nebeneinanderstellt; Eine Begründung, oder ein Vergabevermerk, dass und auf welche Art und Weise die Preise geprüft worden seien, fehlt.

4.

Rechtslage:

4.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes (NÖ VNG) lauten auszugsweise:

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

[...]

§ 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.

[...]

§ 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.

[...]“

- 4.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVergG 2018) lauten auszugsweise:

„Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes

§ 13. Paragraph 13,

1. (1) Absatz eins, Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines Auftrages ist der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen, die in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen werden sollen, zu berücksichtigen.
2. (2) Absatz 2, [...]
3. (3) Absatz 3, Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ist vom öffentlichen Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den öffentlichen Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung.

[...]

Vorarbeiten

§ 25. Paragraph 25,

1. (1) Absatz eins, Hat ein Bewerber oder Bieter oder ein mit diesen in Verbindung stehendes Unternehmen den öffentlichen Auftraggeber beraten oder war er auf andere Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt, so hat der öffentliche Auftraggeber alle erforderlichen Maßnahmen zu setzen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Bewerbers oder Bieters nicht verzerrt wird. Als Maßnahmen kommen insbesondere die Übermittlung oder Bereitstellung aller Informationen, die im Zusammenhang mit den Vorarbeiten ausgetauscht wurden oder die aus den Vorarbeiten resultieren, an alle Teilnehmer des Vergabeverfahrens oder die Festlegung angemessener Angebotsfristen in Betracht. Die vom öffentlichen

Auftraggeber gesetzten Maßnahmen sind im Vergabevermerk festzuhalten.

[...]

Grundsätze für die Bemessung von Fristen

§ 68.Paragraph 68,

Der öffentliche Auftraggeber hat Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmen ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibt. Insbesondere Teilnahmeantrags- und Angebotsfristen und Fristen für die Ausarbeitung von Lösungen im wettbewerblichen Dialog sind so zu bemessen, dass unter Berücksichtigung etwa der Komplexität des Leistungsgegenstandes dem Unternehmer hinreichend Zeit zur Erstellung des Teilnahmeantrages, des Angebotes bzw. der Lösung verbleibt.

[...]

Angebotsfrist

§ 76.Paragraph 76,

1. (1)Absatz eins,[...]
2. (2)Absatz 2,Beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung beträgt die vom öffentlichen Auftraggeber festzusetzende Angebotsfrist mindestens zehn Tage. Sie beginnt mit dem Tag der Absendung der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten.

[...]

Allgemeine Bestimmungen

§ 134.Paragraph 134,

Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.

Vorgehen bei der Prüfung

§ 135.Paragraph 135,

1. (1)Absatz eins,Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.
2. (2)Absatz 2,Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen:
 1. 1.Ziffer eins
ob den in § 20 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;ob den in Paragraph 20, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
 2. 2.Ziffer 2
nach Maßgabe der §§ 80 bis 87 die Eignung des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer hinsichtlich des diese betreffenden Auftragsteiles;nach Maßgabe der Paragraphen 80 bis 87 die Eignung des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer hinsichtlich des diese betreffenden Auftragsteiles;
 3. 3.Ziffer 3
ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
 4. 4.Ziffer 4
die Angemessenheit der Preise;
 5. 5.Ziffer 5
ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

[...]

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. [...]

[...]"

5.

Erwägungen:

5.1. Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts NÖ:

5.1.1. Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 im gegenständlichen Vergabeverfahren ist die Stadtgemeinde ***. Es handelt sich um eine Auftraggeberin, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. a B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fällt, in einem Vergabe-Nachprüfungsverfahren somit das NÖ VNG zur Anwendung gelangt (vgl. § 1 Abs. 1 NÖ VNG). 5.1.1. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 5, BVergG 2018 im gegenständlichen Vergabeverfahren ist die Stadtgemeinde ***. Es handelt sich um eine Auftraggeberin, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera a, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fällt, in einem Vergabe-Nachprüfungsverfahren somit das NÖ VNG zur Anwendung gelangt vergleiche Paragraph eins, Absatz eins, NÖ VNG).

5.1.2. Die Stadtgemeinde *** als öffentliche Auftraggeberin führte gegenständlich ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich in der Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch. Die Schwelle des § 43 Z 1 BVergG 2018 (für 2022: € 1.000.000,-) wurde im Ergebnis jedenfalls nicht erreicht, sodass sich die Wahl des Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich fallbezogen nicht als rechtswidrig erweist. 5.1.2. Die Stadtgemeinde *** als öffentliche Auftraggeberin führte gegenständlich ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich in der Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch. Die Schwelle des Paragraph 43, Ziffer eins, BVergG 2018 (für 2022: € 1.000.000,-) wurde im Ergebnis jedenfalls nicht erreicht, sodass sich die Wahl des Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich fallbezogen nicht als rechtswidrig erweist.

5.1.3. Das Vergabeverfahren wurde außerdem nicht widerrufen, noch wurde bis dato der Zuschlag erteilt. Die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts NÖ zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und Durchführung des Nachprüfungsverfahrens im Sinne des § 1 Abs. 3 Z 1 NÖ VNG ist sohin gegeben. 5.1.3. Das Vergabeverfahren wurde außerdem nicht widerrufen, noch wurde bis dato der Zuschlag erteilt. Die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts NÖ zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und Durchführung des Nachprüfungsverfahrens im Sinne des Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer eins, NÖ VNG ist sohin gegeben.

5.2. Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

5.2.1. Mit E-Mail vom 5.4.2022 informierte die AG die Bieter des Verfahrens, dass in Aussicht genommen werde, der präsZE den Zuschlag zu erteilen. Diese Mitteilung ist rechtlich als Zuschlagsentscheidung zu werten, welche im Sinne des § 2 Z 15 lit. a sublit. cc BVergG 2018 eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt. 5.2.1. Mit E-Mail vom 5.4.2022 informierte die AG die Bieter des Verfahrens, dass in Aussicht genommen werde, der präsZE den Zuschlag zu erteilen. Diese Mitteilung ist rechtlich als Zuschlagsentscheidung zu werten, welche im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, c, c, BVergG 2018 eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt.

5.2.2. Der Ast brachte am 8.4.2022, somit innerhalb der Stillhaltefrist, beim erkennenden Gericht einen Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung ein, welchen er in der mündlichen Verhandlung konkretisierte. Dem Ast fehlen die Antragsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 NÖ VNG nicht offensichtlich. Weiters enthält er die in § 10 Abs. 1 NÖ

VNG geforderten Angaben. Die Pauschalgebühr wurde nach Aufforderung vollständig entrichtet. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der Antrag zulässig ist. 5.2.2. Der ASt brachte am 8.4.2022, somit innerhalb der Stillhaltefrist, beim erkennenden Gericht einen Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung ein, welchen er in der mündlichen Verhandlung konkretisierte. Dem ASt fehlen die Antragsvoraussetzungen des Paragraph 6, Absatz eins, NÖ VNG nicht offensichtlich. Weiters enthält er die in Paragraph 10, Absatz eins, NÖ VNG geforderten Angaben. Die Pauschalgebühr wurde nach Aufforderung vollständig entrichtet. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der Antrag zulässig ist.

5.3. In der Sache:

5.3.1. In seinem Nachprüfungsantrag bringt der ASt zunächst zusammengefasst vor, dass das Angebot des präszE von der AG deshalb hätte ausgeschieden werden müssen, weil er im Verfahren Vorarbeiten geleistet hätte. Eine Teilnahme an einem Vergabeverfahren, wenn Vorarbeiten geleistet und Ausschreibungsunterlagen verfasst würden, stelle einen Verstoß gegen § 25 BVergG 2018 dar. 5.3.1. In seinem Nachprüfungsantrag bringt der ASt zunächst zusammengefasst vor, dass das Angebot des präszE von der AG deshalb hätte ausgeschieden werden müssen, weil er im Verfahren Vorarbeiten geleistet hätte. Eine Teilnahme an einem Vergabeverfahren, wenn Vorarbeiten geleistet und Ausschreibungsunterlagen verfasst würden, stelle einen Verstoß gegen Paragraph 25, BVergG 2018 dar.

5.3.1.1. Der ASt bezieht sich mit seinem Vorbringen auf die sog. „Vorarbeitenproblematik“. Die entsprechende gesetzliche Bestimmung dazu findet sich in § 25 BVergG 2018. Gemäß § 25 Abs. 1 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber alle erforderlichen Maßnahmen zu setzen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Bewerbers oder Bieters nicht verzerrt wird, wenn ein Bewerber oder Bieter oder ein mit diesen in Verbindung stehendes Unternehmen den öffentlichen Auftraggeber beraten oder war er auf andere Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt ist. „Als Maßnahmen kommen insbesondere die Übermittlung oder Bereitstellung aller Informationen, die im Zusammenhang mit den Vorarbeiten ausgetauscht wurden oder die aus den Vorarbeiten resultieren, an alle Teilnehmer des Vergabeverfahrens oder die Festlegung angemessener Angebotsfristen in Betracht. Die vom öffentlichen Auftraggeber gesetzten Maßnahmen sind im Vergabevermerk festzuhalten.“ 5.3.1.1. Der ASt bezieht sich mit seinem Vorbringen auf die sog. „Vorarbeitenproblematik“. Die entsprechende gesetzliche Bestimmung dazu findet sich in Paragraph 25, BVergG 2018. Gemäß Paragraph 25, Absatz eins, BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber alle erforderlichen Maßnahmen zu setzen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Bewerbers oder Bieters nicht verzerrt wird, wenn ein Bewerber oder Bieter oder ein mit diesen in Verbindung stehendes Unternehmen den öffentlichen Auftraggeber beraten oder war er auf andere Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt ist. „Als Maßnahmen kommen insbesondere die Übermittlung oder Bereitstellung aller Informationen, die im Zusammenhang mit den Vorarbeiten ausgetauscht wurden oder die aus den Vorarbeiten resultieren, an alle Teilnehmer des Vergabeverfahrens oder die Festlegung angemessener Angebotsfristen in Betracht. Die vom öffentlichen Auftraggeber gesetzten Maßnahmen sind im Vergabevermerk festzuhalten.“

Nun steht fest, dass der präszE im Vergabeverfahren dadurch Vorarbeiten für die AG geleistet hat, indem er von der AG für eine Befundung der Pestsäule beauftragt wurde und eine entsprechende Dokumentation der durchzuführenden Renovierungsarbeiten erstellt hat. Dieser Umstand wurde von der AG im Vergabeverfahren auch nicht verheimlicht. Entgegen der Ansicht des ASt ist ein Bieter eines Vergabeverfahrens nicht bereits deshalb von einem Vergabeverfahren auszuscheiden, weil er für einen öffentlichen Auftraggeber Vorarbeiten geleistet hat. Dafür bietet § 25 BVergG 2018 keinen Raum. Nun steht fest, dass der präszE im Vergabeverfahren dadurch Vorarbeiten für die AG geleistet hat, indem er von der AG für eine Befundung der Pestsäule beauftragt wurde und eine entsprechende Dokumentation der durchzuführenden Renovierungsarbeiten erstellt hat. Dieser Umstand wurde von der AG im Vergabeverfahren auch nicht verheimlicht. Entgegen der Ansicht des ASt ist ein Bieter eines Vergabeverfahrens nicht bereits deshalb von einem Vergabeverfahren auszuscheiden, weil er für einen öffentlichen Auftraggeber Vorarbeiten geleistet hat. Dafür bietet Paragraph 25, BVergG 2018 keinen Raum.

5.3.1.2. Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass ein öffentlicher Auftraggeber alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen hat, um Wettbewerbsverzerrungen, die durch eine Teilnahme eines „vorarbeitenden“ Unternehmers am weiteren Verfahren entstehen könnten, zu vermeiden. Als derartige Maßnahmen kommen daher beispielsweise die Offenlegung aller Informationen (z.B. Studienergebnisse uam.) im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen und die Gewährung angemessener Angebotsfristen in Betracht. „Angemessen“ bedeutet im konkreten Kontext, dass mit den gesetzlich vorgesehenen Mindestangebotsfristen nicht das Auslangen gefunden kann (vgl. EB 69 BlgNR 26. GP, S. 59). 5.3.1.2. Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass ein öffentlicher Auftraggeber alle notwendigen Vorkehrungen

zu treffen hat, um Wettbewerbsverzerrungen, die durch eine Teilnahme eines „vorarbeitenden“ Unternehmers am weiteren Verfahren entstehen könnten, zu vermeiden. Als derartige Maßnahmen kommen daher beispielsweise die Offenlegung aller Informationen (z.B. Studienergebnisse uam.) im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen und die Gewährung angemessener Angebotsfristen in Betracht. „Angemessen“ bedeutet im konkreten Kontext, dass mit den gesetzlich vorgesehenen Mindestangebotsfristen nicht das Auslangen gefunden kann vergleiche EB 69 BlgNR 26. GP, S. 59).

Nach der Rechtsprechung darf nicht jede Beteiligung eines Bieters an Vorarbeiten einer Ausschreibung zu dessen „kategorischem“ – also bedingungslosem – Ausscheiden führen, sondern nur dann, wenn der Bieter durch seine vorarbeitende Tätigkeit insoweit spezifische Vorkenntnisse des Sachverhalts erwirbt, die ihm einen Wettbewerbsvorteil entstehen lassen. Einen Wettbewerbsvorteil wird man etwa anzunehmen haben, wenn dargetan ist, dass ein an Vorarbeiten beteiligter Bieter nicht alle erworbenen Informationen seinen Konkurrenten vollständig und unverfälscht zur Verfügung gestellt hat (vgl. VfGH 20.6.2001, B 1560/00; 11.6.2003, B 1203/01). Nach der Rechtsprechung darf nicht jede Beteiligung eines Bieters an Vorarbeiten einer Ausschreibung zu dessen „kategorischem“ – also bedingungslosem – Ausscheiden führen, sondern nur dann, wenn der Bieter durch seine vorarbeitende Tätigkeit insoweit spezifische Vorkenntnisse des Sachverhalts erwirbt, die ihm einen Wettbewerbsvorteil entstehen lassen. Einen Wettbewerbsvorteil wird man etwa anzunehmen haben, wenn dargetan ist, dass ein an Vorarbeiten beteiligter Bieter nicht alle erworbenen Informationen seinen Konkurrenten vollständig und unverfälscht zur Verfügung gestellt hat vergleiche VfGH 20.6.2001, B 1560/00; 11.6.2003, B 1203/01).

Hat sich ein Bieter durch die Erstellung einer Projektstudie mittelbar an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren beteiligt, sind geeignete Maßnahmen, um diesen Wettbewerbsvorteil auszugleichen – zumindest –, dass allen Bietern rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist die in Rede stehende Projektstudie zur Verfügung gestellt wurde, um die aus dieser Studie hervorgehenden Informationen in ihren Angeboten verwerten zu können. Dabei genügte es nicht, dass sich einer der Bieter, der an der Projektstudie nicht beteiligt war, Kenntnis vom Inhalt der Projektstudie verschaffen konnte (VwGH 3.9.2008, 2005/04/0082).

Der präsZE hat nun, wie festgestellt, sämtliche von ihm im Zuge der Vorarbeiten erstellen Unterlagen der AG übermittelt. Die AG machte diese Unterlagen – konkret die Befundung der Pestsäule über die durchzuführenden Arbeiten – zum Bestandteil der Ausschreibung. Somit wurden sämtlichen Bietern die vom präsZE erhobenen Informationen zur Verfügung gestellt.

5.3.1.3. Zusätzlich lud die AG mit E-Mail vom 4.2.2022 die Bieter zur Angebotsabgabe ein und legte den 9.3.2022 als Termin zur Angebotsabgabe fest. Den Bietern wurde somit ein etwa 4 ½-wöchiger Zeitraum zur Angebotsabgabe eingeräumt. Gemäß § 76 Abs. 2 BVergG 2018 beträgt die vom öffentlichen Auftraggeber festzusetzende Angebotsfrist beim nicht offenen Verfahren mindestens zehn Tage und beginnt mit dem Tag der Absendung der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten. Die AG hat also auch durch das Festlegen einer verlängerten – im Vergleich zur Mindestfrist mehr als verdoppelten – Angebotsfrist dafür gesorgt, den Informationsvorsprung des präsZE gegenüber den anderen Bietern auszugleichen (vgl. VwGH 3.9.2008, 2005/04/0082). 5.3.1.3. Zusätzlich lud die AG mit E-Mail vom 4.2.2022 die Bieter zur Angebotsabgabe ein und legte den 9.3.2022 als Termin zur Angebotsabgabe fest. Den Bietern wurde somit ein etwa 4 ½-wöchiger Zeitraum zur Angebotsabgabe eingeräumt. Gemäß Paragraph 76, Absatz 2, BVergG 2018 beträgt die vom öffentlichen Auftraggeber festzusetzende Angebotsfrist beim nicht offenen Verfahren mindestens zehn Tage und beginnt mit dem Tag der Absendung der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten. Die AG hat also auch durch das Festlegen einer verlängerten – im Vergleich zur Mindestfrist mehr als verdoppelten – Angebotsfrist dafür gesorgt, den Informationsvorsprung des präsZE gegenüber den anderen Bietern auszugleichen vergleiche VwGH 3.9.2008, 2005/04/0082).

5.3.1.4. Daraus folgt, dass ein Verstoß gegen § 25 BVergG 2018 gegenständlich nicht vorliegt. 5.3.1.4. Daraus folgt, dass ein Verstoß gegen Paragraph 25, BVergG 2018 gegenständlich nicht vorliegt.

5.3.2. In seinem zweiten Vorbringen releviert der ASt die mangelnde Preisangemessenheit des Angebots des präsZE.

5.3.2.1. Dazu ist zunächst auf die Bestimmung des § 134 BVergG 2018 und auch die Rechtsprechung zu verweisen, wonach die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes dabei nur solchen Personen zu übertragen ist, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Bei einer Prüfung durch nicht fachlich geeignete Personen ist keine BVergG-konforme Bestbieterermittlung möglich (vgl. VwGH 14. 9. 2005, 2003/04/0143). Nach § 134 zweiter Satz

BVergG 2018 sind „erforderlichenfalls [...] unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen“.5.3.2.1. Dazu ist zunächst auf die Bestimmung des Paragraph 134, BVergG 2018 und auch die Rechtsprechung zu verweisen, wonach die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes dabei nur solchen Personen zu übertragen ist, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Bei einer Prüfung durch nicht fachlich geeignete Personen ist keine BVergG-konforme Bestbieterermittlung möglich (vergleiche VwGH 14. 9. 2005, 2003/04/0143). Nach Paragraph 134, zweiter Satz BVergG 2018 sind „erforderlichenfalls [...] unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen“.

Wie festgestellt, war auf Seiten der AG fallbezogen niemand beteiligt, der über eine besondere Sachkunde bei Restaurierungen oder bildhauerischen Arbeiten verfügt. Außerdem wurde von der AG keine fachkundige, dritte Person mit der Prüfung der Angebote beauftragt.

5.3.2.2. Gleichzeitig ist es Aufgabe des Auftraggebers, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen (§ 137 BVergG 2018; vgl. auch VwGH 16.5.2018, Ra 2017/04/0152). Nach der Rechtsprechung liegen begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen jedenfalls dann vor, wenn zwischen dem billigsten und dem teuersten Angebot mehr als 100 % Preisdifferenz besteht (vgl. BVA 20.6.2006, N/0032-BVA/12/2006-19).5.3.2.2. Gleichzeitig ist es Aufgabe des Auftraggebers, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen (Paragraph 137, BVergG 2018; vergleiche auch VwGH 16.5.2018, Ra 2017/04/0152). Nach der Rechtsprechung liegen begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen jedenfalls dann vor, wenn zwischen dem billigsten und dem teuersten Angebot mehr als 100 % Preisdifferenz besteht (vergleiche BVA 20.6.2006, N/0032-BVA/12/2006-19).

Ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis gemäß § 125 Abs. 3 Z 1 BVergG 2006 (nunmehr § 137 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018) vorliegen kann, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. In der Literatur werden folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) (vgl. VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011, mHa Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006 (2009) Rz 28 zu § 125).Ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis gemäß Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 (nunmehr Paragraph 137, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2018) vorliegen kann, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. In der Literatur werden folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) (vergleiche VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011, mHa Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006 (2009) Rz 28 zu Paragraph 125.).

Die AG hat im Vorfeld keine konkreten Informationen über den geschätzten Auftragswert eingeholt, wobei gemäß § 13 Abs. 3 BVergG 2018 der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom öffentlichen Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln ist. Dies ist insofern relevant, als bei der gebotenen Überprüfung des Gesamtpreises auch die Kostenermittlung durch den Auftraggeber in Betracht zu ziehen ist (vgl. VwGH 22.5.2012, 2009/04/0187).Die AG hat im Vorfeld keine konkreten Informationen über den geschätzten Auftragswert eingeholt, wobei gemäß Paragraph 13, Absatz 3, BVergG 2018 der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom öffentlichen Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln ist. Dies ist insofern relevant, als bei der gebotenen Überprüfung des Gesamtpreises auch die Kostenermittlung durch den Auftraggeber in Betracht zu ziehen ist (vergleiche VwGH 22.5.2012, 2009/04/0187).

Wie festgestellt, lag das Angebot des präszE um 36,46 % unter dem Durchschnitt der sonstigen Angebote und 29,55 % unter dem zweitgünstigsten Angebot. Zusätzlich kommt das teuerste Angebot bei ca. 236 % des günstigsten Angebots zu liegen. Die AG sah sich nicht veranlasst, angesichts dieser Preisdifferenzen eine Preisprüfung durchzuführen. Bis auf die Tabelle, in der die Angebotspreise gegenübergestellt wurden, findet sich weder im Vergabeakt eine Dokumentation über eine durchgeführte Preisprüfung (samt der einzelnen Prüfschritte), noch konnten die Vertreter der AG dies im Zuge der mündlichen Verhandlung erläutern. Ebenso fand keine vertiefte Angebotsprüfung statt.

5.3.2.3. An dieser Stelle sei festgehalten, dass sich aus dem Vorgesagten nun nicht automatisch eine spekulative Zusammensetzung der Preise des Angebots des präszE ergibt. Eine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises kann nicht bereits bei Vorliegen einer Unstimmigkeit bejaht werden (vgl. VwGH 22.4.2010, 2008/04/0077). Diese Frage

stellt sich im gegenständlichen Verfahren aber auch nicht, wäre denn die AG verpflichtet gewesen, in einem ersten Schritt die Angebote und die Angemessenheit der Preise im Sinne der obenstehenden Verfahrensgrundsätze zu prüfen. 5.3.2.3. An dieser Stelle sei festgehalten, dass sich aus dem Vorgesagten nun nicht automatisch eine spekulative Zusammensetzung der Preise des Angebots des präszE ergibt. Eine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises kann nicht bereits bei Vorliegen einer Unstimmigkeit bejaht werden (vergleiche VwGH 22.4.2010, 2008/04/0077). Diese Frage stellt sich im gegenständlichen Verfahren aber auch nicht, wäre denn die AG verpflichtet gewesen, in einem ersten Schritt die Angebote und die Angemessenheit der Preise im Sinne der obenstehenden Verfahrensgrundsätze zu prüfen.

5.3.2.4. Der ASt hat seinem Angebot weiters ein Begleitschreiben beigelegt, in dem er zusammengefasst ausführt, dass gewisse Arbeiten, wie sie in der Leistungsbeschreibung enthalten seien, nicht notwendig seien und entweder anders gestaltet, oder eingespart werden könnten. So hat er etwa ausgeführt, dass „ein kompletter Abbau der Balustrade und des Stufenunterbaues sowie die Horizontalisierung der gesamten Säule nicht erforderlich“ sei, wenn „durch relativ einfache konstruktive Maßnahmen das fallweise anfallende Regenwasser abgeleitet werden“ könne (s. die Feststellungen dazu unter Pkt. 2.6.). Der ASt könnte auf diese Art insgesamt € ***,- des angebotenen Preises einsparen.

Dazu ist auszuführen, dass nach der Rechtsprechung ein Alternativangebot ein Abweichen des Bieters von den Vorgaben in der Ausschreibung in technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht bedeutet. Die Abweichungen zur Ausschreibung können etwa alternative Leistungen, Zahlungsmodalitäten oder sonstige Konditionen betreffen (VwGH 13.6.2005, 2005/04/0001).

Der ASt weicht mit den Angaben im Begleitschreiben von den Vorgaben in der Ausschreibung in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht ab, weshalb im Sinne der Judikatur davon auszugehen war, dass der ASt mit dem Begleitschreiben ein Alternativangebot im Sinne des § 96 BVergG 2018 legen wollte. Der ASt weicht mit den Angaben im Begleitschreiben von den Vorgaben in der Ausschreibung in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht ab, weshalb im Sinne der Judikatur davon auszugehen war, dass der ASt mit dem Begleitschreiben ein Alternativangebot im Sinne des Paragraph 96, BVergG 2018 legen wollte.

Nun ist den Ausschreibungsbedingungen zu entnehmen, dass sowohl Alternativ- als auch Abänderungsangebote unzulässig sind. Die Ausschreibungsunterlagen wurden nicht angefochten, haben sohin Bestandskraft erlangt und sind folgedessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote, wenn deren Bestimmungen unzumutbar oder gar vergaberechtswidrig sein sollten. Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden (vgl. BVwG 31.1.2014, W139 2000171-1, mHa VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135). Nun ist den Ausschreibungsbedingungen zu entnehmen, dass sowohl Alternativ- als auch Abänderungsangebote unzulässig sind. Die Ausschreibungsunterlagen wurden nicht angefochten, haben sohin Bestandskraft erlangt und sind folgedessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote, wenn deren Bestimmungen unzumutbar oder gar vergaberechtswidrig sein sollten. Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden (vergleiche BVwG 31.1.2014, W139 2000171-1, mHa VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135).

Das im Begleitschreiben des ASt dargestellte Alternativangebot erweist sich deshalb als unzulässig, weshalb nicht weiter darauf eingegangen werden musste.

5.3.3. Das Landesverwaltungsgericht hat gemäß § 16 Abs. 1 NÖ VNG eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist (Z 1) und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist (Z 2). 5.3.3. Das Landesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 16, Absatz eins, NÖ VNG eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist (Ziffer eins,) und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist (Ziffer 2.).

Bei einer nicht vollständigen Angebotsprüfung ist eine (angefochtene) Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig

anzusehen. Die Vergabekontrolle ist grundsätzlich nicht dazu berufen, anstelle des Auftraggebers die Prüfung der Angebote zu vervollständigen oder gänzlich durchzuführen. Vielmehr obliegt ihr die Nichtigerklärung von rechtswidrigen Entscheidungen des Auftraggebers. Allenfalls kann im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hervorkommen, dass der mangelhaft durchgeführten Angebotsprüfung kein wesentlicher Einfluss auf den Ausgang des Verfahrenszukommt. Die diesbezüglichen Ermittlungen der jeweiligen Vergabekontrolleinrichtung dienen jedoch nicht der Funktion, umfangreich und kostspielige Prüfungsschritte, die der Auftraggeber wahrzunehmen hat, zu ersetzen, (vgl. LVwG NÖ 26.1.2016, LVwG-AV-1295/002-2015). Bei einer nicht vollständigen Angebotsprüfung ist eine (angefochtene) Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig anzusehen. Die Vergabekontrolle ist grundsätzlich nicht dazu berufen, anstelle des Auftraggebers die Prüfung der Angebote zu vervollständigen oder gänzlich durchzuführen. Vielmehr obliegt ihr die Nichtigerklärung von rechtswidrigen Entscheidungen des Auftraggebers. Allenfalls kann im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hervorkommen, dass der mangelhaft durchgeführten Angebotsprüfung kein wesentlicher Einfluss auf den Ausgang des Verfahrenszukommt. Die diesbezüglichen Ermittlungen der jeweiligen Vergabekontrolleinrichtung dienen jedoch nicht der Funktion, umfangreich und kostspielige Prüfungsschritte, die der Auftraggeber wahrzunehmen hat, zu ersetzen, vergleiche LVwG NÖ 26.1.2016, LVwG-AV-1295/002-2015).

Da die AG eine Prüfung der Angemessenheit der Angebotspreise gegenständlich unterlassen hat, erweist sich die angefochtene Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig. Diese Rechtswidrigkeit ist auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, kann denn nicht von vorneherein ausgeschlossen werden, dass bei einer ordnungsgemäß durchgeführten Preisprüfung die AG zu einem anderen Ergebnis gelangt.

5.4. Im Ergebnis war dem Nachprüfungsantrag aus diesen Gründen Folge zu geben und die Zuschlagsentscheidung vom 5.4.2022 für nichtig zu erklären.

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 oben zitierten 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 oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Schlagworte

Vergabe; Nachprüfung; Nichtigerklärung; Zuschlagsentscheidung; Vorarbeiten; Bestbieterermittlung;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGNI:2022:LVwG.VG.2.001.2022

Zuletzt aktualisiert am

26.07.2022

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