

TE Lvwg Erkenntnis 2014/5/13 VGW-123/074/22557/2014

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.05.2014

Entscheidungsdatum

13.05.2014

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §165

BVergG 2006 §187

BVergG 2006 §267

BVergG 2006 §268

BVergG 2006 §269

BVergG 2006 §272

WVRG 2014 §20

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 267 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 268 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVerfG 2006 § 272 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVerfG 2006 § 272 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVerfG 2006 § 272 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVerfG 2006 § 272 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, sowie die Richterinnen Maga Mandl und die Richterin Dr. in Lettner über den Antrag der O. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "Vollwartung von Aufzügen für die Dauer von 10 Jahren" (Los 1-3), GZ: ..., der W., vertreten durch Rechtsanwalts-Partnerschaft, nach mündlicher Verhandlung durch Verkündung

A)

zu Recht erkannt:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 19.02.2014 wird abgewiesen römisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19.02.2014 wird abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen römisch zwei. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig römisch drei. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

B)

den Beschluss gefasst:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19.2.2014 wird zurückgewiesen römisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 19.2.2014 wird zurückgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen römisch zwei. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

III. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig römisch drei. Gegen diesen Beschluss ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 1 und Abs. 4, 7 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2, 11, 13, 15, 16, 20, 22 Abs. 1 und Abs. 2, 23, 24 Abs. 1, 25, 26, 41 WVRG 2014 iVm §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 6, 163ff, 187, 267, 269, 271ff BVerfG 2006
Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, 2, Absatz eins und Absatz 4, 7, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer 2, 11, 13, 15, 16, 20, 22, Absatz eins und Absatz 2, 23, 24, Absatz eins, 25, 26, 41, WVRG 2014 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 6, 163 f, f, 187, 267, 269, 271 f, f, BVerfG 2006

Entscheidungsgründe

Die W. (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich „Vollwartung von Aufzügen für die Dauer von 10 Jahren, GZ: ...“ nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber. Die Vergabe ist in vier Lose geteilt. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Gesamtpreis erteilt werden. Die Angebotsfrist endete am 24.9.2013, die Angebotsöffnung fand anschließend statt.

Mit Schreiben je vom 19.2.2014, der Antragstellerin am 20.2.2014 per Fax zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, sowie zu beabsichtigen, den Zuschlag in den Losen 1 bis 4 den an erster Stelle liegenden Bietern erteilen zu wollen.

Gegen diese Ausscheidens- sowie Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose 1 bis 3 richtet sich der am 3.3.2014 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2014) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens,

Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht sowie auf Kostenersatz. Gegen diese Ausscheidens- sowie Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose 1 bis 3 richtet sich der am 3.3.2014 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2014) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht sowie auf Kostenersatz.

Begründend bringt die Antragstellerin zur Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung vor, dass sie ausgeschieden worden sei, weil sie irrtümlich nur die Überstundenzuschläge eingesetzt habe, was von der Auftraggeberin unter Zitierung von Rechtsprechung als unbehebbarer Mangel unter Verneinung eines Rechenfehlers angesehen worden sei. Bei Verneinung des Rechenfehlers irre die Auftraggeberin jedoch, wenn sie annehme, dass Einheitspreise bei den fraglichen Positionen vorlägen, handle es sich doch um Regiepreise iSd § 24 Abs. 5 BVergG 2006. Zu berücksichtigen sei in diesem Zusammenhang, dass die Auftraggeberin die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Wiener Stadtwerke für Lieferungen und materielle Dienstleistungen (WSTW 9313) der Ausschreibung zugrunde gelegt habe, in welchen in Punkt 8.2.4 unmissverständlich von Regiepreisen die Rede sei. Die zu verrechnenden Stundensätze für Monteure sowie die 50%- bzw. 100%-Überstundenzuschläge bei Regieleistungen seien unzweifelhaft Regiepreise. Begründend bringt die Antragstellerin zur Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung vor, dass sie ausgeschieden worden sei, weil sie irrtümlich nur die Überstundenzuschläge eingesetzt habe, was von der Auftraggeberin unter Zitierung von Rechtsprechung als unbehebbarer Mangel unter Verneinung eines Rechenfehlers angesehen worden sei. Bei Verneinung des Rechenfehlers irre die Auftraggeberin jedoch, wenn sie annehme, dass Einheitspreise bei den fraglichen Positionen vorlägen, handle es sich doch um Regiepreise iSd Paragraph 24, Absatz 5, BVergG 2006. Zu berücksichtigen sei in diesem Zusammenhang, dass die Auftraggeberin die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Wiener Stadtwerke für Lieferungen und materielle Dienstleistungen (WSTW 9313) der Ausschreibung zugrunde gelegt habe, in welchen in Punkt 8.2.4 unmissverständlich von Regiepreisen die Rede sei. Die zu verrechnenden Stundensätze für Monteure sowie die 50%- bzw. 100%-Überstundenzuschläge bei Regieleistungen seien unzweifelhaft Regiepreise.

Mit dem Hinweis auf Rechtsprechung, wonach ein Rechenfehler nicht vorliege, weil Einheitspreise nach der Judikatur unumstößlich seien, ziehe diese unrichtige Schlüsse, da nicht sein könne, dass im Falle von Einheitspreisen Rechenfehler gar nicht berücksichtigt werden könnten. Im Angebot der Antragstellerin sei der – vermeintliche – Einheitspreis nicht falsch oder zu berichtigen, sondern sei bindend angeboten worden. Die Antragstellerin habe lediglich die auf diesem Ansatz fußenden Überstunden falsch angesetzt, indem sie 33% anstelle von 133% bzw. 66% anstelle von 166% gerechnet hat. Ein Rechenfehler sei gemäß den Gesetzesmaterialien eine „mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters“. Aufgrund der allgemeinen zivilrechtlichen Auslegungsregeln von Willenserklärungen gemäß §§ 914f ABGB, die auch im Vergabeverfahren gelten, ist nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die Absicht des Erklärenden abzustellen. Die Absicht der Antragstellerin läge ganz klar darin, 133% bzw. 166% Überstundenzuschlag zu verlangen. Der Auftraggeberin sei dies auch aufgefallen, weshalb die Formulierung im Aufklärungsersuchen hieß „(...) statt 50% und 100% Überstunde wurde nur der Überstundenzuschlag eingesetzt“. Mit dem Hinweis auf Rechtsprechung, wonach ein Rechenfehler nicht vorliege, weil Einheitspreise nach der Judikatur unumstößlich seien, ziehe diese unrichtige Schlüsse, da nicht sein könne, dass im Falle von Einheitspreisen Rechenfehler gar nicht berücksichtigt werden könnten. Im Angebot der Antragstellerin sei der – vermeintliche – Einheitspreis nicht falsch oder zu berichtigen, sondern sei bindend angeboten worden. Die Antragstellerin habe lediglich die auf diesem Ansatz fußenden Überstunden falsch angesetzt, indem sie 33% anstelle von 133% bzw. 66% anstelle von 166% gerechnet hat. Ein Rechenfehler sei gemäß den Gesetzesmaterialien eine „mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters“. Aufgrund der allgemeinen zivilrechtlichen Auslegungsregeln von Willenserklärungen gemäß Paragraphen 914 f, ABGB, die auch im Vergabeverfahren gelten, ist nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die Absicht des Erklärenden abzustellen. Die Absicht der Antragstellerin läge ganz klar darin, 133% bzw. 166% Überstundenzuschlag zu verlangen. Der Auftraggeberin sei dies auch aufgefallen, weshalb die Formulierung im Aufklärungsersuchen hieß „(...) statt 50% und 100% Überstunde wurde nur der Überstundenzuschlag eingesetzt“.

Sollte hingegen von einem Eingabefehler bzw. einer falschen Preisangabe ausgegangen werden, so sei eine Richtigstellung zulässig. Die Auftraggeberin habe nicht nur zweifelsfrei erkennen können, dass die Antragstellerin einen anderen Einheitspreis für den Überstundenzuschlag gemeint habe, sondern habe dies zweifelsfrei in ihrem

Aufklärungsersuchen auch zum Ausdruck gebracht. Der Erklärungsirrtum sei gegenständlich evident. Schon aus der Formulierung des Aufklärungsersuchens sei offensichtlich, dass ihn die Auftraggeberin auch ohne Aufklärung durch die Antragstellerin hätte richtig stellen können.

Gleichgültig ob Rechen- oder Eingabefehler, der Mangel sei behebbar. Die Antragstellerin habe ihre Preise nach oben korrigieren müssen, weshalb keinesfalls von einer Besserstellung im Wettbewerb die Rede sein könne.

Prinzipiell sei ein Auftraggeber zur Einholung von Auskünften eines Bieters verpflichtet, wenn sich bei Angebotsprüfung Unklarheiten ergeben oder Mängel festgestellt werden. Nach der Rechtsprechung erlaubten nur behebbare Mängel die Vornahme einer Aufklärung, weshalb die Auftraggeberin offenbar davon ausgegangen sei, dass es sich bei dem Mangel um einen behebbaren gehandelt habe, sonst hätte sie nicht um schriftliche und mündliche Aufklärung ersucht.

Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führte die Antragstellerin aus, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis – besonders im Los 1 - aufweise. Die angebotenen Preise entsprächen nicht den vergaberechtlichen Anforderungen, sie seien betriebswirtschaftlich weder erklärbar noch nachvollziehbar. Die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wären daher in den Losen 1 bis 3 auszuschneiden gewesen. So schlage das Angebot der Teilnahmeberechtigten in Los 1 völlig aus der Reihe. In Los 2, welches die Anlagen der Antragstellerin umfasse, sei das Angebot ebenfalls weder erklär- noch nachvollziehbar und hätte ausgeschieden werden müssen. Generell sei zu beachten, dass angesichts der Vielgestaltigkeit der Aufzugsanlagen ein Marktpreis fehle. Die Anlagen wiesen verschiedene Baujahre, Ausführungen, Steuerungen, Antriebe, Haltestellen, Traglast etc. auf. Naheliegend sei, dass die Teilnahmeberechtigte „nach dem Gießkannenprinzip“ vorgegangen sei und unterschiedslos Preise eingefüllt habe. Dies sei aber keine ordnungsgemäße und betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Kalkulation.

Eine Gegenüberstellung der verlesenen mit den zugeschlagenen Preise ergebe zudem, dass die Teilnahmeberechtigte ihr Angebot offensichtlich nachträglich geändert hätte. Verhandlungen und Nachbesserungen seien nach der Rechtsprechung im offenen Verfahren jedoch nicht zulässig.

Die Zuschlagsentscheidung sei auch nicht ordnungsgemäß begründet, weil sie nicht den Kriterien des § 131 BVerfG 2006 (richtig: § 272 BVerfG 2006) entspreche. Der Gesamtpreis des erfolgreichen Angebots werde nicht genannt. Ebenso erfolge keine Erläuterung, warum die genannten Vergabesummen von den verlesenen Preisen der Teilnahmeberechtigten abweichen. Auch widerspreche die Zuschlagsentscheidung dem unionsrechtlichen Gebot eines effektiven Rechtsschutzes. Die Zuschlagsentscheidung sei auch nicht ordnungsgemäß begründet, weil sie nicht den Kriterien des Paragraph 131, BVerfG 2006 (richtig: Paragraph 272, BVerfG 2006) entspreche. Der Gesamtpreis des erfolgreichen Angebots werde nicht genannt. Ebenso erfolge keine Erläuterung, warum die genannten Vergabesummen von den verlesenen Preisen der Teilnahmeberechtigten abweichen. Auch widerspreche die Zuschlagsentscheidung dem unionsrechtlichen Gebot eines effektiven Rechtsschutzes.

Die Antragsgegnerin brachte mit ihrer Stellungnahme vom 12.3.2014 vor, dass der Antragstellerin hinsichtlich der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidungen für die Lose 1 bis 3 keine Antragslegitimation zukomme und diese Nachprüfungsanträge daher jedenfalls zurückzuweisen seien, weil das von der Antragstellerin gelegte Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei. Dem Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin komme inhaltlich keine Berechtigung zu, sodass dieser abzuweisen sei. Zur vermeintlichen Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung führte die Antragsgegnerin aus, dass die Auftraggeberin die Ausscheidensentscheidung hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin mit § 269 Abs. 1 Z 3 und Z 5 BVerfG 2006 begründet hätte, weil es sich bei der von der Antragstellerin behaupteten irrümlichen Ansetzung lediglich der Überstundenzuschläge in mehreren Positionspreisen um unbehebbar Mängel handle, da Einheitspreise nicht geändert werden dürften. Entgegen der Rechtsansicht der Antragstellerin liege auch kein Rechenfehler, der im Sinne des BVerfG 2006 zu berücksichtigen sei, vor. Zum einen enthielte der dritte Teil des BVerfG 2006, in welchem die Bestimmungen für Sektorenauftraggeber geregelt sind, keine Rechenfehlerregelung. Das diesbezügliche Änderungsrecht, welches die Antragstellerin aus § 126 Abs. 4 BVerfG 2006 ableite, sei bei Vergabeverfahren von Sektorenauftraggebern nicht anwendbar. Es liege aber ohnehin beim Angebot der Antragstellerin kein Rechenfehler im Sinne dieser Bestimmung vor. Als Rechenfehler im Sinne des § 126 Abs. 4 BVerfG 2006 könnten nur solche Fehler angesehen werden, welche sich aus dem Angebot des Bieters selbst ergeben. Legt der Bieter hingegen seinem

Angebot falsche Annahmen zu Grunde, so handle es sich dabei nicht um einen Rechenfehler, sondern schlicht um eine nachträgliche Preisänderung. Die Materialien zum BVergG 2006 kategorisierten den Rechenfehler zivilrechtlich und handle es sich nach diesen bei einem Rechenfehler um „eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters (Fehler im Erklärungsakt)“. Aus dem Angebot der Antragstellerin sei aber ein evidenter Fehler im Erklärungsakt nicht ersichtlich, sondern seien nur die von ihr angebotenen Preise für die Überstunden nicht auskömmlich und nachvollziehbar. Die Antragstellerin habe auch mit ihrem Angebot keine diesbezüglichen Kalkulationsunterlagen abgegeben, so dass ein evidenter Erklärungsirrtum der Antragstellerin jedenfalls nicht angenommen werden könne. Ein Rechenfehler im Sinne des § 126 Abs. 4 BVergG 2006 könne nur dann angenommen werden, wenn dieser aus dem Angebot selbst ersichtlich sei, sohin ohne Zutun des Bieters korrigiert werden könne. Den Materialien zum BVergG 2006 sei zu entnehmen, dass die Berichtigung eines Rechenfehlers durch den Auftraggeber vorgenommen werden müsste, was belege, dass ein Rechenfehler nur dann angenommen werden dürfe, wenn sich dieser aus dem Angebot selbst ergebe. Dass der von der Antragstellerin behauptete, aber tatsächlich nicht vorliegende Rechenfehler einer Behebung nicht zugänglich sei, ergebe sich schon daraus, dass die Antragsgegnerin ohne Rücksprache mit der Antragstellerin diesen Fehler nicht hätte beheben können. Eine „Mängelbehebung“ würde letztendlich bloß dazu führen, der Antragstellerin zu gestatten, ihre Angebotspreise zu ändern. Dass dies im offenen Verfahren nach Vorlage der Angebote nicht zulässig sei, sei evident. Die Antragsgegnerin brachte mit ihrer Stellungnahme vom 12.3.2014 vor, dass der Antragstellerin hinsichtlich der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidungen für die Lose 1 bis 3 keine Antragslegitimation zukomme und diese Nachprüfungsanträge daher jedenfalls zurückzuweisen seien, weil das von der Antragstellerin gelegte Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei. Dem Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin komme inhaltlich keine Berechtigung zu, sodass dieser abzuweisen sei. Zur vermeintlichen Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung führte die Antragsgegnerin aus, dass die Auftraggeberin die Ausscheidensentscheidung hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin mit Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 5, BVergG 2006 begründet hätte, weil es sich bei der von der Antragstellerin behaupteten irrümlichen Ansetzung lediglich der Überstundenzuschläge in mehreren Positionspreisen um unbehebbarer Mängel handle, da Einheitspreise nicht geändert werden dürften. Entgegen der Rechtsansicht der Antragstellerin liege auch kein Rechenfehler, der im Sinne des BVergG 2006 zu berücksichtigen sei, vor. Zum einen enthielte der dritte Teil des BVergG 2006, in welchem die Bestimmungen für Sektorenauftraggeber geregelt sind, keine Rechenfehlerregelung. Das diesbezügliche Änderungsrecht, welches die Antragstellerin aus Paragraph 126, Absatz 4, BVergG 2006 ableite, sei bei Vergabeverfahren von Sektorenauftraggebern nicht anwendbar. Es liege aber ohnehin beim Angebot der Antragstellerin kein Rechenfehler im Sinne dieser Bestimmung vor. Als Rechenfehler im Sinne des Paragraph 126, Absatz 4, BVergG 2006 könnten nur solche Fehler angesehen werden, welche sich aus dem Angebot des Bieters selbst ergeben. Legt der Bieter hingegen seinem Angebot falsche Annahmen zu Grunde, so handle es sich dabei nicht um einen Rechenfehler, sondern schlicht um eine nachträgliche Preisänderung. Die Materialien zum BVergG 2006 kategorisierten den Rechenfehler zivilrechtlich und handle es sich nach diesen bei einem Rechenfehler um „eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters (Fehler im Erklärungsakt)“. Aus dem Angebot der Antragstellerin sei aber ein evidenter Fehler im Erklärungsakt nicht ersichtlich, sondern seien nur die von ihr angebotenen Preise für die Überstunden nicht auskömmlich und nachvollziehbar. Die Antragstellerin habe auch mit ihrem Angebot keine diesbezüglichen Kalkulationsunterlagen abgegeben, so dass ein evidenter Erklärungsirrtum der Antragstellerin jedenfalls nicht angenommen werden könne. Ein Rechenfehler im Sinne des Paragraph 126, Absatz 4, BVergG 2006 könne nur dann angenommen werden, wenn dieser aus dem Angebot selbst ersichtlich sei, sohin ohne Zutun des Bieters korrigiert werden könne. Den Materialien zum BVergG 2006 sei zu entnehmen, dass die Berichtigung eines Rechenfehlers durch den Auftraggeber vorgenommen werden müsste, was belege, dass ein Rechenfehler nur dann angenommen werden dürfe, wenn sich dieser aus dem Angebot selbst ergebe. Dass der von der Antragstellerin behauptete, aber tatsächlich nicht vorliegende Rechenfehler einer Behebung nicht zugänglich sei, ergebe sich schon daraus, dass die Antragsgegnerin ohne Rücksprache mit der Antragstellerin diesen Fehler nicht hätte beheben können. Eine „Mängelbehebung“ würde letztendlich bloß dazu führen, der Antragstellerin zu gestatten, ihre Angebotspreise zu ändern. Dass dies im offenen Verfahren nach Vorlage der Angebote nicht zulässig sei, sei evident.

Zur vermeintlichen Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose 1 bis 3 bringt die Antragsgegnerin vor, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei, daher mangle es dieser an der Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidungen. Unabhängig davon lägen die von der

Antragstellerin behaupteten vermeintlichen Rechtswidrigkeiten hinsichtlich der Zuschlagsentscheidungen in den Losen 1 bis 3 nicht vor. Hinsichtlich Los 1 begründe die Antragstellerin ihre diesbezügliche Sichtweise dahin, dass die evaluierte Zuschlagsempfängerin zu günstig angeboten habe, übersehe dabei jedoch, dass der Preisabstand zu ihrem eigenen angebotenen Preis nur rund 10 % betrage. Beim Los 2 habe die evaluierte Zuschlagsempfängerin sogar etwas teurer angeboten als die Antragstellerin, sodass das Vorbringen der Antragstellerin jeder Logik entbehre. Dass auch hinsichtlich des Loses 3 eine nicht plausible Zusammensetzung des von der evaluierten Zuschlagsempfängerin angebotenen Preises vorliegen solle, wird von der Antragstellerin nicht einmal behauptet und schon gar nicht begründet. Die Antragsgegnerin sei zu einer vertieften Angebotsprüfung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht verpflichtet gewesen, da gemäß § 268 Abs. 1 BVergG 2006 ein Auftraggeber die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen habe. Nach Absatz 2 dieser Bestimmung müsse der Sektorenauftraggeber Aufklärung über die Positionen eines Angebotes verlangen und vertieft prüfen, wenn die Angebote im Verhältnis zur Leistung einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen oder begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preise bestehen. Beide Voraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung seien im gegenständlichen Fall jedenfalls hinsichtlich der Lose 2 und 3 nicht gegeben gewesen. Unabhängig davon habe die Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt, wobei diese Prüfung auch die Plausibilität der einzelnen Positionspreise des Angebotes der evaluierten Zuschlagsempfängerin bestätigt habe. Festzuhalten sei in diesem Zusammenhang, dass der Auftraggeber die Preisgestaltung nur auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen habe, d.h. eine bloße Plausibilitätsprüfung vorzunehmen habe. Diese Prüfung habe die Antragsgegnerin vorgenommen und habe diese ergeben, dass die von der Antragstellerin angebotenen Preise plausibel und betriebswirtschaftlich erklärbar sind, sodass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch nicht auszuschneiden gewesen sei. Zur vermeintlichen Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose 1 bis 3 bringt die Antragsgegnerin vor, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei, daher mangle es dieser an der Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidungen. Unabhängig davon lägen die von der Antragstellerin behaupteten vermeintlichen Rechtswidrigkeiten hinsichtlich der Zuschlagsentscheidungen in den Losen 1 bis 3 nicht vor. Hinsichtlich Los 1 begründe die Antragstellerin ihre diesbezügliche Sichtweise dahin, dass die evaluierte Zuschlagsempfängerin zu günstig angeboten habe, übersehe dabei jedoch, dass der Preisabstand zu ihrem eigenen angebotenen Preis nur rund 10 % betrage. Beim Los 2 habe die evaluierte Zuschlagsempfängerin sogar etwas teurer angeboten als die Antragstellerin, sodass das Vorbringen der Antragstellerin jeder Logik entbehre. Dass auch hinsichtlich des Loses 3 eine nicht plausible Zusammensetzung des von der evaluierten Zuschlagsempfängerin angebotenen Preises vorliegen solle, wird von der Antragstellerin nicht einmal behauptet und schon gar nicht begründet. Die Antragsgegnerin sei zu einer vertieften Angebotsprüfung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht verpflichtet gewesen, da gemäß Paragraph 268, Absatz eins, BVergG 2006 ein Auftraggeber die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen habe. Nach Absatz 2 dieser Bestimmung müsse der Sektorenauftraggeber Aufklärung über die Positionen eines Angebotes verlangen und vertieft prüfen, wenn die Angebote im Verhältnis zur Leistung einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen oder begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preise bestehen. Beide Voraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung seien im gegenständlichen Fall jedenfalls hinsichtlich der Lose 2 und 3 nicht gegeben gewesen. Unabhängig davon habe die Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt, wobei diese Prüfung auch die Plausibilität der einzelnen Positionspreise des Angebotes der evaluierten Zuschlagsempfängerin bestätigt habe. Festzuhalten sei in diesem Zusammenhang, dass der Auftraggeber die Preisgestaltung nur auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen habe, d.h. eine bloße Plausibilitätsprüfung vorzunehmen habe. Diese Prüfung habe die Antragsgegnerin vorgenommen und habe diese ergeben, dass die von der Antragstellerin angebotenen Preise plausibel und betriebswirtschaftlich erklärbar sind, sodass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch nicht auszuschneiden gewesen sei.

Zur vermeintlichen Änderung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führt die Antragsgegnerin aus, dass die verlesenen Preise und jene, die in der Zuschlagsentscheidung genannt seien, geringfügig differierten. Diese Differenzen ergeben sich jeweils aus einer Korrektur von Rundungsdifferenzen, die seitens der mit der

Angebotsprüfung befassten Mitarbeiter vorgenommen worden sei. Die diesbezüglichen Korrekturen seien vernachlässigbar und zwischen € 16,00 und € 31,00 anzusetzen. Eine solche Korrektur sei nicht rechtswidrig und sei zulässig, sie sei jedenfalls für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss.

Zur vermeintlichen Unbegründetheit der Zuschlagsentscheidung bringt die Antragsgegnerin vor, dass die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen nach dem Billigstbieterprinzip zur erfolgen hatte. Eine Zuschlagsentscheidung, in welcher daher der Preis des evaluierten Zuschlagsempfängers angegeben und gleichzeitig mitgeteilt werde, dass der Mitteilungsempfänger nicht den niedrigsten Preis angeboten habe, sei für jeden Bieter verständlich und nachvollziehbar. Einer weiteren Begründung bedürfe eine Zuschlagsentscheidung, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach dem Billigstbieterprinzip ergehe, nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht, enthalte doch eine solche Zuschlagsentscheidung all jene Informationen, die ein Bieter benötige, um zu entscheiden, ob ein Nachprüfungsantrag eingebracht werden solle.

Mit Stellungnahme vom 12.3.2014 ist die Teilnahmeberechtigte dem Verfahren beigetreten und hat zunächst zum Ausscheiden vorgebracht, dass sich aus den Ausführungen der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag kein Anhaltspunkt ergebe, der gegen eine Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung spreche. Eine nachträgliche Änderung angebotener Einheitspreise sei eindeutig unzulässig und stelle entsprechend der ständigen Judikatur der Vergabekontrollbehörden auch einen Ausscheidensgrund dar. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin stelle die falsche Angabe der Überstundenpreise auch keinen verbesserbaren Rechenfehler dar. Als Rechenfehler werde nur ein solcher Fehler angesehen, welcher im Rechengang, ausgehend vom angebotenen Einheitspreis und der ausgeschriebenen Menge zu einer Änderung des angebotenen Gesamtpreises führe. Voraussetzung für das Vorliegen eines Rechenfehlers sei somit jedenfalls eine erkennbare Rechenoperation, also das irrtümliche Addieren oder Nichtaddieren verschiedener Positionen im Leistungsverzeichnis. Bei einer falschen Auspreisung ohne erkennbar dahinterstehender Rechenoperation handle es sich hingegen um keinen Rechenfehler (BVwG 4.2.2014, W138 2000 177-1/27E). Die falsche Angabe eines Einheitspreises stelle also keinen der Korrektur zugänglichen Rechenfehler dar. Vielmehr könnten bei Angeboten mit Einheitspreisen Rechenfehler nur auf Basis der angebotenen und unumstößlichen Einheitspreise berücksichtigt werden.

Zur behaupteten Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung brachte die Teilnahmeberechtigte vor, dass das gesamte Vorbringen der Antragstellerin zu diesem Punkt unsubstantiiert sei. Nach der Rechtsprechung habe die Vergabekontrollbehörde nur ein hinreichend substantiiertes Vorbringen des Antragstellers zu überprüfen. Es sei auch nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde, die durch den Auftraggeber vorgenommene Angebotsprüfung zu wiederholen. Das Verwaltungsgericht habe im Nachprüfungsverfahren lediglich die im Rahmen der erkennbaren Beschwerdepunkte objektiven Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens aufzugreifen, die zu einer Verletzung des vom Antragssteller gelten gemachten Rechts führen. Das Verwaltungsgericht könne jedoch nicht durch einen unsubstantiierten Vorwurf zur Nachprüfung des gesamten Angebotes berufen werden.

Zum angeblichen Unterbleiben einer ordnungsgemäßen vertieften Angebotsprüfung bringt die Teilnahmeberechtigte vor, dass sich das Vorbringen der Antragstellerin auf eine bloße Vermutung stütze. Diese Vermutung der Antragstellerin sei jedoch unrichtig. Die Auftraggeberin habe sehr wohl eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt. Gegenstand dieser umfangreichen vertieften Angebotsprüfung seien insbesondere auch die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise gewesen.

Zur angeblichen Änderung des Angebotes durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin merkt die Teilnahmeberechtigte an, dass die von der Antragstellerin behauptete Änderung des Angebotes durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine minimale Preisdifferenz betreffe. Dieser Differenzbetrag dürfe daraus resultieren, dass die Auftraggeberin während der vertieften Angebotsprüfung Nachkalkulationen, vermutlich mit Excel-Tabellen, durchgeführt habe und es dabei zu einer Rundungsdifferenz gekommen sei. Unabhängig von der Ursache der Differenz zwischen dem bei Angebotsöffnung verlesenen und dem in der Zuschlagsentscheidung genannten Preis sei diese Preisdifferenz nicht geeignet, auf das Ergebnis der Bestbieterermittlung einen Einfluss zu haben. Selbst unter Berücksichtigung der „Preisänderung“ wäre die Antragstellerin nicht Bestbieterin geworden, sondern wäre ihr Angebot nach wie vor nur an zweiter Stelle gereiht.

Zur vermeintlich nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises bringt die Teilnahmeberechtigte vor, dass die

Auftraggeberin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen habe. Darüber hinaus habe die Auftraggeberin am 25.11.2013 und 4.12.2013 kommissionelle Aufklärungsgespräche mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu ihrem Angebot bzw. zu ihren Angebotspreisen geführt. Im Zuge dieser Gespräche sei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erläutert worden, dass sie die Leistungen zu den angeführten Preisen erbringen könne und wie sie diese Preise kalkuliert habe. Die angebotenen Preise seien im Zuge der vertieften Angebotsprüfung für plausibel und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar befunden worden. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher zu Recht nicht ausgeschieden worden. Die Antragstellerin begründe ihre Vorwürfe gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin damit, dass es der Hersteller einer Anlage nach „bestehenden Erfahrungswerten“ leichter habe, diese Anlage zu warten. Offenbar vertrete hier die Antragstellerin die Ansicht, dass aus betriebswirtschaftlicher Sicht immer das Angebot des jeweiligen Herstellers einer zu wartenden Anlage das billigste Angebot sein müsse und dass daher alle Angebote, die preislich unter jenem des Herstellers liegen, automatisch eine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufwiesen. Diese Ansicht der Antragstellerin würde jedoch die Ausschreibungspflicht von Wartungsleistungen durch öffentliche Auftraggeber ad absurdum führen. Dass die jeweiligen Hersteller der zu wartenden Anlagen nicht zwingend immer die billigsten Wartungspreise anbieten müssten, zeige sich im Übrigen auch daran, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren im Los 1 sogar die Antragstellerin selbst ein billigeres Angebot gelegt habe, als die Herstellerin der in diesem Los angeführten Aufzüge. Auch im Hinblick auf die angebotenen Ersatzteile sei die Teilnahmerechtigte im Zuge der vertieften Angebotsprüfung von der Auftraggeberin geprüft worden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ihre Angebote für die einzelnen Lose besonders kompetitiv gestaltet, um ihren bisherigen Anteil am gegenständlichen Markt für die Wartung von Aufzügen zu erweitern. Unter Hinweis auf Rechtsprechung bringt die Teilnahmerechtigte vor, dass die Erweiterung der bisherigen Marktanteile ein in der vergaberechtlichen Judikatur anerkannter Grund für eine besonders kompetitive Preisgestaltung sei.

Zur angeblich nicht ordnungsgemäßen Begründung der Zuschlagsentscheidung führt die Teilnahmerechtigte aus, dass entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung den gesetzlichen Kriterien entspreche. Da die Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren nach dem Billigstbieterprinzip getroffen worden sei, sei der Gesamtpreis des erfolgreichen Angebotes die einzige für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages relevante Information. Diese Information sei in der Zuschlagsentscheidung enthalten, weshalb diese auch ausreichend begründet sei. Im Übrigen zeige der gegenständliche Nachprüfungsantrag selbst, dass auf Grundlage der in der Zuschlagsentscheidung enthaltenen Informationen die Einbringung eines Nachprüfungsantrages sehr wohl möglich war.

Mit Stellungnahme vom 21.3.2014 entgegnet die Antragstellerin dahingehend, dass dahingestellt bleiben könne, ob es sich um einen Rechenfehler handle, da der Erklärungsirrtum jedenfalls evident sei. Die Behebbarkeit ergebe sich unabhängig von § 126 Abs. 4 BVergG 2006 aus der Evidenz des Erklärungsirrtums. Zutreffend sei zwar, wie die Antragsgegnerin ausführt, dass das BVergG 2006 für Sektorenauftraggeber keine Rechenfehlerregelung wie § 126 Abs. 4 BVergG 2006 enthalte, daraus folge jedoch nicht, dass es keine behebbaren Rechenfehler bei Sektorenauftraggebern geben könne. So habe nach § 267 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 ein Angebot auch im Sektorenbereich rechnerisch richtig zu sein. Rechenfehler könnten dabei ebenfalls „Unklarheiten“ im Sinn des § 268 Abs. 3 BVergG 2006 darstellen und bedürften gegebenenfalls einer verbindlichen Aufklärung. Demnach gebe es freilich auch im Sektorenbereich Rechenfehler und seien diese grundsätzlich einer Berichtigung zugänglich. Wenn die Antragsgegnerin vorbringe, dass sich der Fehler aus dem Angebot selbst zu ergeben habe und/oder eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters vorliegen müsse, sei anzumerken, dass genau diese Voraussetzung vorliegend erfüllt sei. Der der Antragstellerin unterlaufene Fehler hätte auch „ohne Zutun des Bieters korrigiert werden“ können. Schließlich sei der Antragsgegnerin der Fehler nicht nur aufgefallen, sondern habe sie auch konkret erkannt, worin der Fehler liege. So wäre es für die Antragsgegnerin daher ein Leichtes gewesen, an Hand der Normalstundenpreise die richtigen Überstundenpreise in der Höhe von 133 % bzw. 166 % der Normalstunde auszurechnen. Weitere Unterlagen wie Preisaufgliederungen oder Ähnliches seien dafür nicht erforderlich. Ebenso sei aus den einschlägigen Bestimmungen im Sektorenbereich zu entnehmen, dass die an die vom Auftraggeber verlangte Aufklärung anschließende Prüfung des Angebotes unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen zu erfolgen habe. Das bedeute, dass ein zu verbesserndes Angebot erst dann wegen Unklarheiten ausgeschieden werden dürfe, wenn eine entsprechende Aufklärung nicht oder nicht innerhalb der vom Sektorenauftraggeber gesetzten Frist erfolge. Im

vorliegenden Fall habe die Antragstellerin jedoch rechtzeitig und entsprechend dem Aufklärungsersuchen aufgeklärt, weshalb ihr Angebot im Hinblick auf §§ 267 iVm 268 Abs. 3 BVergG 2006 unzulässigerweise ausgeschieden worden sei. Mit Stellungnahme vom 21.3.2014 entgegnet die Antragstellerin dahingehend, dass dahingestellt bleiben könne, ob es sich um einen Rechenfehler handle, da der Erklärungsirrtum jedenfalls evident sei. Die Behebbarkeit ergebe sich unabhängig von Paragraph 126, Absatz 4, BVergG 2006 aus der Evidenz des Erklärungsirrtums. Zutreffend sei zwar, wie die Antragsgegnerin ausführt, dass das BVergG 2006 für Sektorenauftraggeber keine Rechenfehlerregelung wie Paragraph 126, Absatz 4, BVergG 2006 enthalte, daraus folge jedoch nicht, dass es keine behebbaren Rechenfehler bei Sektorenauftraggebern geben könne. So habe nach Paragraph 267, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 ein Angebot auch im Sektorenbereich rechnerisch richtig zu sein. Rechenfehler könnten dabei ebenfalls „Unklarheiten“ im Sinn des Paragraph 268, Absatz 3, BVergG 2006 darstellen und bedürften gegebenenfalls einer verbindlichen Aufklärung. Demnach gebe es freilich auch im Sektorenbereich Rechenfehler und seien diese grundsätzlich einer Berichtigung zugänglich. Wenn die Antragsgegnerin vorbringe, dass sich der Fehler aus dem Angebot selbst zu ergeben habe und/oder eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters vorliegen müsse, sei anzumerken, dass genau diese Voraussetzung vorliegend erfüllt sei. Der der Antragstellerin unterlaufene Fehler hätte auch „ohne Zutun des Bieters korrigiert werden“ können. Schließlich sei der Antragsgegnerin der Fehler nicht nur aufgefallen, sondern habe sie auch konkret erkannt, worin der Fehler liege. So wäre es für die Antragsgegnerin daher ein Leichtes gewesen, an Hand der Normalstundenpreise die richtigen Überstundenpreise in der Höhe von 133 % bzw. 166 % der Normalstunde auszurechnen. Weitere Unterlagen wie Preisaufgliederungen oder Ähnliches seien dafür nicht erforderlich. Ebenso sei aus den einschlägigen Bestimmungen im Sektorenbereich zu entnehmen, dass die an die vom Auftraggeber verlangte Aufklärung anschließende Prüfung des Angebotes unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen zu erfolgen habe. Das bedeute, dass ein zu verbesserndes Angebot erst dann wegen Unklarheiten ausgeschieden werden dürfe, wenn eine entsprechende Aufklärung nicht oder nicht innerhalb der vom Sektorenauftraggeber gesetzten Frist erfolge. Im vorliegenden Fall habe die Antragstellerin jedoch rechtzeitig und entsprechend dem Aufklärungsersuchen aufgeklärt, weshalb ihr Angebot im Hinblick auf Paragraphen 267, in Verbindung mit 268 Absatz 3, BVergG 2006 unzulässigerweise ausgeschieden worden sei.

Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung betreffend vertiefte Angebotsprüfung führt die Antragstellerin aus, dass bei der vorgenommenen vertieften Angebotsprüfung offensichtlich nicht ordnungsgemäß vorgegangen worden sei. Dass gerade die Preise nicht ordnungsgemäß überprüft worden seien, zeige sich schon daran, dass die Antragsgegnerin vortrage, der Preisabstand bei Los 1 betrage nur rund 2 % und bei Los 2 habe die Teilnahmeberechtigte sogar etwas teurer angeboten. Dies sei jedoch schlicht falsch. Auch bei ordnungsgemäßer Durchführung einer bloß groben Prüfung, wie die Antragsgegnerin als Maßstab postuliere, hätte festgestellt werden müssen, dass die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise nicht plausibel und betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar seien. Die Teilnahmeberechtigte habe ihr Angebot nach dem „Gießkannenprinzip“ kalkuliert. Aufzüge seien jedoch keine homogenen Güter. Hinzu komme, dass die Ausschreibung ganz unterschiedliche Anforderungen an Wartungshäufigkeit (Wartungsintervall) und Wartungsintensität im Rahmen der sogenannten „Hauptwartung“ stelle. Wenn die Antragsgegnerin darauf hinweise, dass „Pauschalpreise“ anzubieten gewesen wären, die Kosten für Material und Ersatzteile daher in diese einkalkuliert worden wären, so sei dies keine Rechtfertigung für ein unterschiedsloses Auspreisen. Zu betonen sei zudem, dass die Ausschreibung die Verwendung von Originalersatzteilen verlange. Die Beschaffung von Originalersatzteilen anderer Hersteller sei mit einem wesentlichen Aufwand verbunden. Dies müsse in der Kalkulation ihren Niederschlag finden und es wäre nicht nachvollziehbar, wenn in den Kalkulationsunterlagen der Teilnahmeberechtigten Material und Ersatzteile bei eigenen Anlagen gleich angesetzt seien wie bei Fremdanlagen. Auch der Arbeitsaufwand sei bei Fremdanlagen höher. D.h., auch der Verweis auf den Pauschalpreis (Lohn- und Material/Ersatzteile) führe nicht zu einer Plausibilität oder gar betriebswirtschaftlichen Nachvollziehbarkeit. Wie die Teilnahmeberechtigte im Hinblick auf den Lohn vorgegangen sei, mag ihr Ansatz bei den Regiestundensätzen deutlich machen. In diesem Zusammenhang werde auf eine gutachterliche Stellungnahme, welche einen integrierenden Bestandteil dieses Schriftsatzes bilde, verwiesen. In dieser gutachterlichen Stellungnahme sei auf Grund der knappen Zeitvorgabe nur der Spezialmonteur behandelt. Das Argument der Teilnahmeberechtigten, die Erweiterung der bisherigen Marktanteile rechtfertige eine besonders kompetitive Preisgestaltung, gelte in dieser Generalität nicht und setze nach der Rechtsprechung des VwGH nicht den entscheidenden Maßstab der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit außer Kraft.

Zur nachträglichen Änderung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten gibt die Antragstellerin zu bedenken, dass

nicht angegeben worden sei, auf welcher Grundlage die Preisänderung vorgenommen worden sei bzw. weshalb diese nötig gewesen wäre und auf welche Positionen sich diese beziehe.

Die Antragstellerin verweist weiters darauf, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin offenbar die Ressourcen zur Abwicklung des gegenständlichen Auftrages fehlten. Die Antragstellerin habe am Markt vernommen, dass die Teilnahmeberechtigte über 40 Leiharbeiter von einer polnischen Leiharbeitsfirma anzustellen beabsichtige.

In einer als Replik bezeichneten Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 8.5.2014 führt diese aus, dass dem Preis, bei welchem der Regiestundenpreis für eine 50%ige bzw. 100%ige Überstunden-Regieleistung anzubieten war, kein Rechenfehler zu Grunde liege, sondern die Antragstellerin schlicht nur einen Teil der ihr entstehenden Kosten berücksichtigt habe, nämlich den Überstundenzuschlag. In diesem Zusammenhang sei anzumerken, dass auch dieser Überstundenzuschlag nicht den gesetzlichen Vorgaben entspreche. Der Verweis der Antragstellerin auf einen Aktenvermerk der MA 34 vom 18.8.2011 sowie auf die Bestandfestigkeit der Ausschreibung, welcher die WSTW 9313, Ausgabe 2.4.2013, zu Grunde läge, sei hinsichtlich des Aktenvermerks nicht durchschlagskräftig, da sich daraus nicht ergebe, ob die von der Antragstellerin vorgenommene Berechnung der Überstundenzuschläge rechtskonform erfolgt sei. Betreffend der Bestimmung in der WSTW 9313, Ausgabe 2.4.2013, sei auszuführen, dass diese nicht einschlägig sei, da in der vorliegenden Ausschreibung „eigene Positionen“ für Überstunden-Regieleistungen vorgesehen seien. Die Rechtsprechung (VwGH 25.3.2010, 2005/04/0144) belege zudem, dass ein „Hochrechnen“, selbst wenn dies ohne weiteres möglich wäre, nach den Ausführungen des VwGH nur bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Rechenfehlers vorzunehmen sei, welche der VwGH hier jedoch ausdrücklich verneinte. Auch hätte der von der Antragstellerin behauptete Rechenfehler nicht „ohne weiteres“ von der Antragsgegnerin korrigiert werden können. Es wäre hier bei den betreffenden Positionen der angebotene Preis für eine Normalstunde hinzuzuaddieren gewesen.

Zur vermeintlichen Rechtswidrigkeit zur Zuschlagsentscheidung führt die Antragsgegnerin weiter aus, dass selbst wenn man einen Irrtum der Antragstellerin annehmen wolle, das diesbezügliche Recht der Antragstellerin auf Preisänderung im Wege einer Irrtumsanfechtung, sohin gerichtlich, geltend zu machen wäre und daher bis zu einer gerichtlichen Entscheidung jedenfalls der von der Antragstellerin angebotene Preis verbindlich sei. In welcher Form die Teilnahmeberechtigte kalkuliert habe, sei für das gegenständliche Vergabekontrollverfahren jedenfalls nicht von Relevanz, da entscheidend sei, ob die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Dies habe die Antragsgegnerin mit dem Ergebnis geprüft, dass die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise allesamt plausibel seien. Unzutreffend sei auch die Behauptung der Antragstellerin, dass für unterschiedliche Aufzüge eine unterschiedliche Kalkulation vorzunehmen wäre, zumal sich auch die von der Antragstellerin diesbezüglichen Preisunterschiede im Cent-Bereich bzw. im kleinen Euro-Bereich bewegten. Ebenso sei dem Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht zu entnehmen, dass sie für Originalersatzteile nicht auskömmliche Preise angesetzt hätte. In diesem Zusammenhang sei hinzuweisen, dass Einzelpreise für Ersatzteile im Angebot nicht auszureisen waren. Unzutreffend sei weiters die Behauptung der Antragstellerin, dass Regiestundenpreise, welche unter den von der Antragstellerin selbst angebotenen Regiestundenpreisen lägen, betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar wären. Nachvollziehbar und betriebswirtschaftlich erklärbar seien jedenfalls Preise, welche unter Einhaltung der kollektivvertraglichen Bestimmungen kalkuliert worden seien. Der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Regiestundenpreis sei jedenfalls nicht unplausibel. Weiters seien im Angebot der Teilnahmeberechtigten lediglich Rundungsdifferenzen korrigiert worden. Dies habe letztendlich zu einer Korrektur des Angebotspreises der Teilnahmeberechtigten in einem Ausmaß zwischen € 16,00 und € 31,00 geführt. Zu den vermeintlich fehlenden Ressourcen der Teilnahmeberechtigten sei anzuführen, dass es dieser alleine überlassen sei, ob sie nun Mitarbeiter aufnehme oder nicht. Für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten, welche ausschließlich und alleine nach den diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung zu erfolgen habe, sei dies nicht von Relevanz.

Mit einer Stellungnahme vom 8.5.2014 trat die Teilnahmeberechtigte den in den Schriftsätzen der Antragstellerin aufgeworfenen und behaupteten Unstimmigkeiten in ihrem Angebot und den vermeintlichen Rechtswidrigkeiten im Vergabeverfahren nochmals entgegen.

Am 9.5.2014 erstattete die Antragstellerin eine als Kurz-Duplik bezeichnete Stellungnahme und replizierte dahingehend, dass die 33%ige bzw. 66%ige Erhöhung gang und gäbe sei. Es stimme demnach nicht, dass die Antragstellerin den zu tätigenden Aufwand bei den Überstunden-Regieleistungspositionen falsch eingeschätzt habe. Die Antragstellerin habe nichts falsch eingeschätzt, es sei vielmehr ein evidenter (Rechen-)Fehler unterlaufen. Dies

werde auch durch den die Antragstellerin betreffenden Prüfbericht, in den die Antragstellerin Akteneinsicht nehmen konnte, bestätigt. Der Auftraggeberin sei demnach nicht nur aufgefallen, dass ein Fehler unterlaufen sei, sondern sei auch konkret bezeichnet, worin der Fehler bestanden habe. Die Antragsgegnerin wolle dennoch keine Berichtigung zulassen, dies abwechselnd mit den Begründungen: Die Einheitspreise dürften nicht abgeändert werden, die Bestimmung des § 126 Abs. 4 BVergG 2006 betreffend Rechenfehler finde im Sektorenbereich keine Anwendung und es könne nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 126 Abs. 4 BVergG 2006 eine Berichtigung erfolgen bzw. sei etwas falsch eingeschätzt worden. Richtigerweise sei der evidente (Rechen-)Fehler vorliegend behebbar und sei von der Antragstellerin auf Aufforderung der Auftraggeberin auch entsprechend aufgeklärt worden. Im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung führt die Antragstellerin weiter aus, dass natürlich das Angebot eines Herstellers unterboten werden könne. Gegenständlich habe die Teilnahmeberechtigte jedoch ganz erheblich unterboten. Dies obwohl die Teilnahmeberechtigte die Anlagen von Los 1 bzw. Los 2 nicht kenne. Ebenso sei nicht zu ignorieren, dass natürlich die Beschaffung von Fremd-Originalersatzteilen wesentlich kostspieliger sei, als die Teile in-house zu haben etc.. Jeder Aufzug sei anders und müsse unterschiedlich kalkuliert werden, dies verkenne die Auftraggeberin. Am 9.5.2014 erstattete die Antragstellerin eine als Kurz-Duplik bezeichnete Stellungnahme und replizierte dahingehend, dass die 33%ige bzw. 66%ige Erhöhung gang und gäbe sei. Es stimme demnach nicht, dass die Antragstellerin den zu tätigen Aufwand bei den Überstunden-Regieleistungspositionen falsch eingeschätzt habe. Die Antragstellerin habe nichts falsch eingeschätzt, es sei vielmehr ein evidenter (Rechen-)Fehler unterlaufen. Dies werde auch durch den die Antragstellerin betreffenden Prüfbericht, in den die Antragstellerin Akteneinsicht nehmen konnte, bestätigt. Der Auftraggeberin sei demnach nicht nur aufgefallen, dass ein Fehler unterlaufen sei, sondern sei auch konkret bezeichnet, worin der Fehler bestanden habe. Die Antragsgegnerin wolle dennoch keine Berichtigung zulassen, dies abwechselnd mit den Begründungen: Die Einheitspreise dürften nicht abgeändert werden, die Bestimmung des Paragraph 126, Absatz 4, BVergG 2006 betreffend Rechenfehler finde im Sektorenbereich keine Anwendung und es könne nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 126, Absatz 4, BVergG 2006 eine Berichtigung erfolgen bzw. sei etwas falsch eingeschätzt worden. Richtigerweise sei der evidente (Rechen-)Fehler vorliegend behebbar und sei von der Antragstellerin auf Aufforderung der Auftraggeberin auch entsprechend aufgeklärt worden. Im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung führt die Antragstellerin weiter aus, dass natürlich das Angebot eines Herstellers unterboten werden könne. Gegenständlich habe die Teilnahmeberechtigte jedoch ganz erheblich unterboten. Dies obwohl die Teilnahmeberechtigte die Anlagen von Los 1 bzw. Los 2 nicht kenne. Ebenso sei nicht zu ignorieren, dass natürlich die Beschaffung von Fremd-Originalersatzteilen wesentlich kostspieliger sei, als die Teile in-house zu haben etc.. Jeder Aufzug sei anders und müsse unterschiedlich kalkuliert werden, dies verkenne die Auftraggeberin.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom Vorbringen der Parteien, wie oben wiedergegeben, sowie vom Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 13.5.2014 ausgegangen. Demnach steht folgender Sachverhalt fest:

Die Antragsgegnerin ist ein öffentliches Unternehmen, das im Sektorenbereich tätig ist, sie ist Sektorenauftraggeberin im Sinne des § 165 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich die Vollwartung von Aufzügen für die Dauer von 10 Jahren. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Vergabeverfahren ist in vier Lose unterteilt. Die Lose umfassen die zu wartenden Aufzüge je Hersteller. In der Ausschreibung waren auf dem Blatt „Regieleistungen 2014 – 2023“ je Los die „Monteur Normalstunde“, die „Monteur ÜStd 50%“, und die „Monteur ÜStd 100%“ anzugeben. Ebenso waren diese Überstunden-Werte für den „Spezialmonteur“ und die „Monteurpartie“ einzusetzen. Die Antragsgegnerin ist ein öffentliches Unternehmen, das im Sektorenbereich tätig ist, sie ist Sektorenauftraggeberin im Sinne des Paragraph 165, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich die Vollwartung von Aufzügen für die Dauer von 10 Jahren. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Vergabeverfahren ist in vier Lose unterteilt. Die Lose umfassen die zu wartenden Aufzüge je Hersteller. In der Ausschreibung waren auf dem Blatt „Regieleistungen 2014 – 2023“ je Los die „Monteur Normalstunde“, die „Monteur ÜStd 50%“, und die „Monteur ÜStd 100%“ anzugeben. Ebenso waren diese Überstunden-Werte für den „Spezialmonteur“ und die „Monteurpartie“ einzusetzen.

Die Antragstellerin ist ein Unternehmen, das als Bieterin im Vergabeverfahren der Auftraggeberin je ein Angebot für alle Lose abgegeben hat. Im Angebot wurden unter „Regieleistungen 2014 - 2023“ die Normalstunde und die Überstunde mit einem Zuschlag von 50% bzw. 100% angegeben. Die Antragstellerin setzte in ihrem Angebot in die Zeile „Monteur Normalstunde“ ihren Wert für eine Normalstunde, in die Zeile „Monteur 50% ÜStd“ 33% und in die Zeile „Monteur 100% ÜStd“ 66% des Wertes der von ihr angegebenen Normalstunde ein. Ebenso verfuhr sie bei den Positionen für den „Spezialmonteur“ und die „Monteurpartie“. In den Angeboten der anderen Bieter wurde in den Zeilen „Monteur 50% ÜStd“ und „Monteur 100% ÜStd“, „Spezialmonteur 50% ÜStd“ und „Spezialmonteur 100% ÜStd“, „Monteurpartie 50% ÜStd“ und „Monteurpartie 100% ÜStd“ die jeweilige Summe aus Normalstunde und Überstundenzuschlag eingesetzt.

Mit Aufklärungsschreiben vom 12.11.2013 wurden der Antragstellerin im Zuge der Angebotsprüfung sowohl zum Vergabeverfahren „Wartung Fahrtreppen“ als auch zum gegenständlichen Vergabeverfahren Fragen zur Kalkulation in einem Schreiben übermittelt; auch zum eingesetzten Überstundenzuschlag im „Preisteil Regieleistungen“ wurde von der Antragsgegnerin nachgefragt.

Mit Schreiben vom 20.11.2013 beantwortete die Antragstellerin die an sie gerichteten Fragen zu beiden Vergabeverfahren. Zum Punkt Regieleistungen legte die Antragstellerin die Blätter „Regieleistungen 2014-2023“ pro Los jeweils ergänzt um die Summe aus Normalstunde und Überstundenzuschlag sowie einer verbalen Erklärung dazu, dass „irrtümlich die Überstundenzuschläge als solche eingesetzt“ wurden, vor.

Am 28.11.2013 fand darauf hin ein Aufklärungsgespräch statt, in welchem zu den übermittelten Fragen in den beiden Vergabeverfahren sowie zu den von der Antragstellerin mit den dargestellten Ergänzungen vorgelegten Blättern „Regieleistungen 2014-2023“ mündlich erörtert wurde.

Ein weiteres Aufklärungsschreiben der Auftraggeberin vom 14.1.2014 betraf Fragen zu Formalitäten im Angebot der Antragstellerin, welche von dieser mit Antwortschreiben vom 27.1.2014 unter Vorlage eines Firmenbuchauszuges sowie Auszug einer Personalliste beantwortet wurden.

Die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vom 19.2.2014 ging der Antragstellerin am 20.2.2014 zu. Die Ausscheidensentscheidung stützt sich auf §§ 269 Abs. 1 Z 3 und 5 BVergG 2006. Die Zuschlagsentscheidung lautet für die Lose 1 bis 3 je auf das Angebot der Teilnehmberechtigten im Wesentlichen mit der Begründung, dass das Angebot der Teilnehmberechtigten den niedrigsten Gesamtpreis aufweise. Die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vom 19.2.2014 ging der Antragstellerin am 20.2.2014 zu. Die Ausscheidensentscheidung stützt sich auf Paragraphen 269, Absatz eins, Ziffer 3 und 5 BVergG 2006. Die Zuschlagsentscheidung lautet für die Lose 1 bis 3 je auf das Angebot der Teilnehmberechtigten im Wesentlichen mit der Begründung, dass das Angebot der Teilnehmberechtigten den niedrigsten Gesamtpreis aufweise.

Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin wurde damit begründet, dass das Angebot in den offenen Verfahren „Vollwartung von Aufzügen für die Dauer von 10 Jahren“ und „Vollwartung von Fahrtreppen für die Dauer von 10 Jahren“ gem § 269 Abs. 1 Z 3 und Z 5 BVergG 2006 idgF ausgeschieden werde. Im Preisteil Regieleistungen Los 1 – Los 4 (50% ÜStd., 100% ÜStd.) seien seitens des Bieters irrtümlich nur die Überstundenzuschläge eingesetzt worden und handle es sich hierbei um einen unbehebbarer Mangel, womit die Angebote entsprechend der Rechtsprechung auszuscheiden seien. Zu bemerken sei, dass – wie die Aufklärungen vom 28.11.2013 gezeigt hätten – falsche Einheitspreise eingesetzt worden seien. Aufgrund der Unumstößlichkeit der Einheitspreise, wie sie einhellig judiziert werde, läge ein Rechenfehler vor, zumal bei Angeboten mit Einheitspreisen die angebotenen Einheitspreise nicht geändert werden dürften (vgl ua BVA vom 15.7.2013, N/0061-BVA/09/2013-24, VKS 27.6.2012, VKS-6478/12). Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin wurde damit begründet, dass das Angebot in den offenen Verfahren „Vollwartung von Aufzügen für die Dauer von 10 Jahren“ und „Vollwartung von Fahrtreppen für die Dauer von 10 Jahren“ gem Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 5, BVergG 2006 idgF ausgeschieden werde. Im Preisteil Regieleistungen Los 1 – Los 4 (50% ÜStd., 100% ÜStd.) seien seitens des Bieters irrtümlich nur die Überstundenzuschläge eingesetzt worden und handle es sich hierbei um einen unbehebbarer Mangel, womit die Angebote entsprechend der Rechtsprechung auszuscheiden seien. Zu bemerken sei, dass – wie die Aufklärungen vom 28.11.2013 gezeigt hätten – falsche Einheitspreise eingesetzt worden seien. Aufgrund der Unumstößlichkeit der

Einheitspreise, wie sie einhellig judiziert werde, läge ein Rechenfehler vor, zumal bei Angeboten mit Einheitspreisen die angebotenen Einheitspreise nicht geändert werden dürften vergleiche ua BVA vom 15.7.2013, N/0061-BVA/09/2013-24, VKS 27.6.2012, VKS-6478/12).

Gegen diese Entscheidung richtet sich der rechtzeitig eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung. Die neben Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, mündlicher Verhandlung, Akteneinsicht und Pauschalgebührenersatz beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 7.3.2014 erlassen. Sowohl bei der Ausscheidens- als auch der Zuschlagsentscheidung handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit.aa BVergG 2006. Gegen diese Entscheidung richtet sich der rechtzeitig eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung. Die neben Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, mündlicher Verhandlung, Akteneinsicht und Pauschalgebührenersatz beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 7.3.2014 erlassen. Sowohl bei der Ausscheidens- als auch der Zuschlagsentscheidung handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006.

Das Nachprüfungsverfahren wurde zu Beginn der mündlichen Verhandlung am 13.5.2014 insofern geteilt, als zuerst über den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung zu entscheiden war.

Der Antragstellervertreter fasste sein Vorbringen zum Rechenfehler im Angebot der Antragstellerin zu Beginn der mündlichen Verhandlung insoweit zusammen, als anstelle der 133% nur 33% und anstelle der 166% nur 66% bezogen auf die Normalstunde gerechnet worden seien. Für die Behebbarkeit des Mangels sei seiner Ansicht nach ausreichend, dass ein evidenter Erklärungsirrtum vorliege, welcher in der irrtümlichen Berechnung der 33% anstelle der 133% sowie der 66% anstelle der 166% liege. Darüber hinaus läge der Rechenfehler im irrtümlichen Nichtinzurechnen der 100% (das ist der Stundenlohn ohne Überstundenzuschlag).

Der Antragstellervertreter trat der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht der Antragsgegnerin, wonach gemäß der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein Rechenfehler nur dann vorliege, wenn eine (offengelegte) rechnerische Operation unrichtig vorgenommen worden sei, dahin entgegen, dass es nicht auf die Offenlegung der rechnerischen Operation als Selbstzweck ankomme, sondern darauf, ob der Rechenfehler als solcher erkennbar gewesen sei. Die Änderung des Preises im Angebot der Antragstellerin sei eine Konsequenz der Behebung des Rechenfehlers.

Der Antragsgegnervertreter verwies zu Beginn der mündlichen Verhandlung auf die Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Wiener Stadtwerke, WSTW 9310 Teil 2, welche in der vorgelegten Fassung Ausschreibungsbestandteil geworden seien. Punkt 1.6.8 (1.6 Form und Inhalt der Angebote) lautet: „Der Bieter verzichtet ausdrücklich auf die Geltendmachung von Irrtum bezüglich der angebotenen Preise.“ Punkt 1.9.1 (1.9 Prüfung der Angebote) bestimmt: „Der Bieter hat die Angebote vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben. Sofern in der Ausschreibung nichts anderes angegeben ist, werden rechnerisch fehlerhafte Angebote nicht ausgeschieden. Sofern in der Ausschreibung nichts anderes angegeben ist, erfolgt eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers.“

Der Teilnahmeberechtigtenvertreter legte in der mündlichen Verhandlung ein Judikat des Bundesverwaltungsgerichtes vom 4.2.2014, W138 2000177-1/27E, vor und verneinte die Evidenz des Erklärungsirrtums, da die Auftraggeberin der Antragstellerin diesen Fehler vorgehalten und ein Aufklärungsgespräch statt gefunden habe, dessen es im Fall des Vorliegens von Evidenz nicht bedurft hätte.

Auf die Vernehmung des seitens der Antragstellerin beantragten Zeugen zum Thema der Kalkulation der Regieleistungen im Angebot der Antragstellerin konnte verzichtet werden, da sich der bei den Regieleistungen errechnete Wert des Überstundenzuschlages aus dem im Vergabeakt erliegenden Angebot der Antragstellerin durch das Verwaltungsgericht nachvollziehen lässt.

In rechtlicher Hinsicht ist festzuhalten:

Gemäß § 7 Abs. 2 Z 2 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder dem

Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß Paragraph 7, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVerG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder dem Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (Paragraph 24,) geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 2 Abs. 4 WVRG 2014 entscheidet das Verwaltungsgericht Wien in Nichtigerklärungsverfahren durch Senate. Gemäß Paragraph 2, Absatz 4, WVRG 2014 entscheidet das Verwaltungsgericht Wien in Nichtigerklärungsverfahren durch Senate.

Gemäß § 11 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Gemäß Paragraph 11, Absatz eins, WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache mit Erkenntnis zu erledigen. Gemäß Abs. 2 sind die Erkenntnisse im Namen der Republik zu verkünden und auszufertigen. Sie sind zu begründen. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache mit Erkenntnis zu erledigen. Gemäß Absatz 2, sind die Erkenntnisse im Namen der Republik zu verkünden und auszufertigen. Sie sind zu begründen.

Gemäß § 20 Abs. 1 erster Satz WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVerG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit a BVerG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, erster Satz WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVerG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVerG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 267 Abs. 2 Z 3 BVerG 2006 ist bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, im Einzelnen zu prüfen, ob das Angebot rechnerisch richtig ist. Gemäß Paragraph 267, Absatz 2, Ziffer 3, BVerG 2006 ist bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, im Einzelnen zu prüfen, ob das Angebot rechnerisch richtig ist.

§ 269 Abs. 1 Z 3 und Z 5 BVerG 2006 lautet: Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 5, BVerG 2006 lautet: Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden:

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

5. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- 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.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich in rechtlicher Hinsicht Folgendes:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.5.2008, 2007/04/0232 ua) kommt einem Bieter, dessen Angebot im Vergabeverfahren zwingend auszuschneiden war, keine Antragslegitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung zu. Daher war zunächst über die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu

entscheiden.

Die Antragstellerin erblickt eine Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung darin, dass die Auftraggeberin das Ausscheiden damit begründet, dass Einheitspreise nicht geändert werden dürften, nach Ansicht der Antragstellerin jedoch Regiepreise vorlägen.

Nach § 2 Z 26 lit. b BVergG 2006 ist Einheitspreis der Preis für die Einheit einer Leistung, die in Stück, Zeit-, Masse- oder anderen Maßeinheiten erfassbar ist. Nach Paragraph 2, Ziffer 26, Litera b, BVergG 2006 ist Einheitspreis der Preis für die Einheit einer Leistung, die in Stück, Zeit-, Masse- oder anderen Maßeinheiten erfassbar ist.

Nach § 2 Z 26 lit. f BVergG 2006 ist Regiepreis der Preis für eine Einheit (zB Leistungsstunde oder Materialeinheit), welche nach tatsächlichem Aufwand abgerechnet wird. Nach Paragraph 2, Ziffer 26, Litera f, BVergG 2006 ist Regiepreis der Preis für eine Einheit (zB Leistungsstunde oder Materialeinheit), welche nach tatsächlichem Aufwand abgerechnet wird.

Punkt 8.2.4 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Wiener Stadtwerke für Lieferungen und materielle Dienstleistungen (WSTW 9313) lautet: „Regieleistungen werden nach der anerkannten Art und dem anerkannten Ausmaß den vertraglich vereinbarten Regiepreisen monatlich abgerechnet. (...)“

Da gemäß der Ausschreibung in den Angeboten Normalstunden und Überstunden auszurechnen waren, ist im Fall der im Angebot ausgepreisten Überstunde, welche sich aus Normalstunde und Zuschlag zusammensetzen hatte, von einem Regiepreis auszugehen, da geleistete Überstunden nach dem tatsächlichem Aufwand abgerechnet werden. Aus der oben zitierten Bestimmung der WSTW 9313, welche bestandfester Teil der Ausschreibung wurde, ergibt sich, wie mit Regieleistungen, das sind im gegebenen Fall Überstunden, verfahren werden soll. Die in der Ausscheidensentscheidung angesprochene Argumentation, dass kein Rechenfehler vorliegen könne, weil „falsche Einheitspreise eingesetzt wurden“, erschien dem Senat in diesem Punkt nicht nachvollziehbar.

Nach Ansicht der Antragstellerin handelt es sich beim irrtümlichen Ansetzen der Überstundenzuschläge anstelle der Überstunden um einen Rechenfehler, welchen aber die Auftraggeberin in ihrer Ausscheidensentscheidung unter Zitierung von Judikatur mit dem Argument der Unumstößlichkeit der Einheitspreise verneinte. Ein Rechenfehler sei eine „mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters“ (EBRV 1171 BlgNR XXII.GP 69) und könne ein Rechenfehler auch vorliegen, wenn der Bildung des Gesamtpreises fehlerhafte Rechengänge zugrunde lägen. Auch sei nach den allgemeinen zivilrechtlichen Auslegungsregeln von Willenserklärungen gemäß §§ 914f ABGB, die nach ständiger Rechtsprechung auch im Vergabeverfahren gelten, nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die Absicht des Erklärenden abzustellen, welche ganz klar im Verlangen von 133%- bzw. 166%-Überstunden gelegen wäre. Somit hätte der Auftraggeberin schon nach dem äußeren Erscheinungsbild der Kalkulation auffallen müssen, dass es sich bei den eingetragenen Zahlen um einen evidenten Erklärungsirrtum und somit um einen Rechenfehler handeln müsse. Nach Ansicht der Antragstellerin handelt es sich beim irrtümlichen Ansetzen der Überstundenzuschläge anstelle der Überstunden um einen Rechenfehler, welchen aber die Auftraggeberin in ihrer Ausscheidensentscheidung unter Zitierung von Judikatur mit dem Argument der Unumstößlichkeit der Einheitspreise verneinte. Ein Rechenfehler sei eine „mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters“ (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 .Gesetzgebungsperiode 69) und könne ein Rechenfehler auch vorliegen, wenn der Bildung des Gesamtpreises fehlerhafte Rechengänge zugrunde lägen. Auch sei nach den allgemeinen zivilrechtlichen Auslegungsregeln von Willenserklärungen gemäß Paragraphen 914 f, ABGB, die nach ständiger Rechtsprechung auch im Vergabeverfahren gelten, nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die Absicht des Erklärenden abzustellen, welche ganz klar im Verlangen von 133%- bzw. 166%-Überstunden gelegen wäre. Somit hätte der Auftraggeberin schon nach dem äußeren Erscheinungsbild der Kalkulation auffallen müssen, dass es sich bei den eingetragenen Zahlen um einen evidenten Erklärungsirrtum und somit um einen Rechenfehler handeln müsse.

Zur Qualifikation als Rechenfehler betreffend das Einsetzen des Überstundenzuschlages anstelle der Überstunde im Angebot der Antragstellerin ist der Senat zunächst davon ausgegangen, dass § 126 BVergG 2006, der für den klassischen Bereich gemäß seiner Betitelung das „Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote“ regelt, für den Sektorenauftraggeber nicht anwendbar ist. Das Vorgehen bei der Mangelhaftigkeit von Angeboten, Aufklärungsgesprächen, Erörterungen sowie Niederschriften über die Angebotsprüfung ist im Sektor nach den aus § 187 BVergG 2006 ableitbaren Grundsätzen, wie Transparenz und Bietergleichbehandlung, zu gestalten. Zur Qualifikation als Rechenfehler betreffend das Einsetzen des Überstundenzuschlages anstelle der Überstunde im

Angebot der Antragstellerin ist der Senat zunächst davon ausgegangen, dass Paragraph 126, BVergG 2006, der für den klassischen Bereich gemäß seiner Betitelung das „Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote“ regelt, für den Sektorenauftraggeber nicht anwendbar ist. Das Vorgehen bei der Mangelhaftigkeit von Angeboten, Aufklärungsgesprächen, Erörterungen sowie Niederschriften über die Angebotsprüfung ist im Sektor nach den aus Paragraph 187, BVergG 2006 ableitbaren Grundsätzen, wie Transparenz und Bietergleichbehandlung, zu gestalten.

Gegenständlich fehlt der Kalkulation der „Regieleistungen 2014-2023“ im Angebot der Antragstellerin jedoch der einem Rechenfehler immanente Mangel, nämlich eine zugrunde liegende Rechenoperation. Die Antragstellerin hat ihre Normalstunde nämlich nicht mit dem Überstundenzuschlag falsch summiert, sondern diese mathematische Operation gar nicht angestellt. Sie hat lediglich den Zuschlag auf Basis ihrer Normalstunde errechnet und eingesetzt. Die der Kalkulation im Angebot zugrundeliegende Berechnung – 50%- bzw. 100%-Überstundenzuschlag bezogen auf die angebotene Normalstunde der Antragstellerin – war nicht fehlerhaft und daher auch nicht unter Berücksichtigung der Grundsätze des § 187 BVergG 2006 zu berichtigen. Die für den Überstundenzuschlag von der Antragstellerin angebotenen Werte entsprachen den in der Ausschreibung vorgegebenen Prozentsätzen. Ein Rechenfehler lag diesen Ausführungen zufolge nicht vor. Gegenständlich fehlt der Kalkulation der „Regieleistungen 2014-2023“ im Angebot der Antragstellerin jedoch der einem Rechenfehler immanente Mangel, nämlich eine zugrunde liegende Rechenoperation. Die Antragstellerin hat ihre Normalstunde nämlich nicht mit dem Überstundenzuschlag falsch summiert, sondern diese mathematische Operation gar nicht angestellt. Sie hat lediglich den Zuschlag auf Basis ihrer Normalstunde errechnet und eingesetzt. Die der Kalkulation im Angebot zugrundeliegende Berechnung – 50%- bzw. 100%-Überstundenzuschlag bezogen auf die angebotene Normalstunde der Antragstellerin – war nicht fehlerhaft und daher auch nicht unter Berücksichtigung der Grundsätze des Paragraph 187, BVergG 2006 zu berichtigen. Die für den Überstundenzuschlag von der Antragstellerin angebotenen Werte entsprachen den in der Ausschreibung vorgegebenen Prozentsätzen. Ein Rechenfehler lag diesen Ausführungen zufolge nicht vor.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111) handelt es sich bei einem Rechenfehler um eine „mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters“, im dg. Fall um das irrtümliche Mitaddieren oder Mitübertragen von (nach dem klaren, sonstigen Inhalt des Angebotes nicht mitzuaddierenden) Eventualpositionen. Der Antragstellerin war ihrer in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht, dass auch ein (irrtümliches) Nichtinzurechnen eines Zuschlages einen Rechenfehler im eben zitierten Sinne darstelle, jedoch nicht zu folgen. Aus Sicht des Senates war der Erklärungsirrtum nämlich nicht evident.

Ein korrigierbarer Rechenfehler ist dann evident, wenn dieser so offensichtlich ist, dass die Auftraggeberin den Rechenfehler richtig stellen kann, ohne hierfür die Aufklärung seitens des Bieters und damit auch die Möglichkeit sein Angebot zu seinen Gunsten ändern zu können, benötigt (S/A/F/T Bundesvergabegesetz 2006, Rz. 39 zu § 126). Ein korrigierbarer Rechenfehler ist dann evident, wenn dieser so offensichtlich ist, dass die Auftraggeberin den Rechenfehler richtig stellen kann, ohne hierfür die Aufklärung seitens des Bieters und damit auch die Möglichkeit sein Angebot zu seinen Gunsten ändern zu können, benötigt (S/A/F/T Bundesvergabegesetz 2006, Rz. 39 zu Paragraph 126,).

Eine solche Evidenz liegt jedoch im gegenständlichen Fall nicht vor, da nach Ansicht des Senates die Überstunde im Angebot der Antragstellerin nicht falsch berechnet war, sondern deren Erklärungswert bei Angebotsprüfung für die Auftraggeberin Fragen aufwarf, welche sie zur Aufklärung veranlasste. Nach der Rechtsprechung des VKS Wien (VKS 26.7.2012, VKS-6478/12) ist jedoch ab der Erforderlichkeit der Nachfrage der Auftraggeberin bei der Bieterin zum Inhalt ihres Angebotes ein evidenter Erklärungsirrtum nicht mehr gegeben. Ein schnelles und unbürokratisches Berücksichtigen von offensichtlichen Rechenfehlern ist ab dem Anstellen von Nachforschungen zum Inhalt des Angebotes der Bieterin durch die Auftraggeberin nicht mehr möglich. Damit kann für den gegenständlichen Fall die Aussage getroffen werden, dass auch ein Rechenfehler im Sinn eines evidenten Erklärungsirrtums ab Erkennen der unklaren Angabe bei der 50%- und 100%-Überstunde im Angebot der Bieterin durch die Auftraggeberin samt der daran anschließenden Aufklärungsschritte nicht mehr gegeben war. Dass die Auftraggeberin nachgefragt hat, indiziert aus Sicht des Senates die Erforderlichkeit dieser Aufklärungsschritte, verursacht durch eine unklare Angabe im Angebot der Antragstellerin. Ein Rechenfehler im Sinn eines „mit einem evidenten Erklärungsirrtum(s) behaftete Willenserklärung des Bieters“ liegt demnach gegenständlich nicht vor.

Dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, wonach es im Ermessen der Auftraggeberin läge, auch bei Vorliegen eines evidenten Rechenfehlers einen Vorhalt und ein Aufklärungsgespräch durchzuführen, konnte

aus Sicht des Senates aus folgenden Gründen nur eingeschränkt gefolgt werden. Nach § 267 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 ist bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, im Einzelnen zu prüfen, ob das Angebot rechnerisch richtig ist. Die der Ausschreibung zugrunde liegende WSTW 9310 Teil 2 bestimmt in Punkt 1.9.1 das Vorgehen der Auftraggeberin bei rechnerisch fehlerhaften Angeboten wie folgt: „Der Bieter hat die Angebote vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben. Sofern in der Ausschreibung nichts anderes angegeben ist, werden rechnerisch fehlerhafte Angebote nicht ausgeschieden. Sofern in der Ausschreibung nichts anderes angegeben ist, erfolgt eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers.“ Dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, wonach es im Ermessen der Auftraggeberin läge, auch bei Vorliegen eines evidenten Rechenfehlers einen Vorhalt und ein Aufklärungsgespräch durchzuführen, konnte aus Sicht des Senates aus folgenden Gründen nur eingeschränkt gefolgt werden. Nach Paragraph 267, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 ist bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, im Einzelnen zu prüfen, ob das Angebot rechnerisch richtig ist. Die der Ausschreibung zugrunde liegende WSTW 9310 Teil 2 bestimmt in Punkt 1.9.1 das Vorgehen der Auftraggeberin bei rechnerisch fehlerhaften Angeboten wie folgt: „Der Bieter hat die Angebote vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben. Sofern in der Ausschreibung nichts anderes angegeben ist, werden rechnerisch fehlerhafte Angebote nicht ausgeschieden. Sofern in der Ausschreibung nichts anderes angegeben ist, erfolgt eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers.“

Aus Sicht des Senates war daher bei der rechnerischen Prüfung der Angebote dem Auftraggeber ein Ermessen in genau diesem Rahmen eingeräumt. Der Maßstab bei der rechnerischen Prüfung des Angebotes durch den Auftraggeber kann die Richtigkeit der mathematischen Operation sein und nicht, ob vom Bieter „richtig kalkuliert“ wurde. Der Auftraggeberin muss zugestanden werden, zur Klärung dieser Unterscheidung, ob (nur) falsch gerechnet wurde oder ein Kalkulationsmangel vorliegt, Aufklärungsschritte unter Beachtung der Vergabegrundsätze zu setzen. Die Auftraggeberin hat, wie sich nachvollziehbar aus dem Vergabeakt ergibt, im konkreten Fall innerhalb dieses Rahmens gehandelt.

Die Antragstellerin vertritt in ihrem Antrag auf Nichtigerklärung die Ansicht, dass im vorliegenden Fall ein behebbarer Mangel vorliegen müsse, weil die Auftraggeberin schriftlich und mündlich um Aufklärung gebeten habe und nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes und der Literatur nur behebbare Mängel die Vornahme einer Aufklärung erlaubten. Der Antragstellerin ist zunächst zu folgen, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) im vorliegenden Fall ein behebbarer Mangel angezeigt sein könnte, weil mit der Berichtigung keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegenüber den Mitbewerbern einhergeht, da die Angebotspreise der Antragstellerin nach oben zu korrigieren wären. Im zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes wird als behebbar aufgezählt: das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebots, die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von der Ausschreibung geforderten einzigen Vertreters, das Fehlen des Nachweises einer vorhandenen Befugnis, die Nachreichung eines Datenträgers, das Fehlen eines Formblattes. Als unbehebbarer Mangel wurde im zitierten Erkenntnis hingegen das Anbot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist oder das Fehlen einer rechtzeitigen Antragstellung gemäß § 373c GewO 1994 genannt. Die Antragstellerin vertritt in ihrem Antrag auf Nichtigerklärung die Ansicht, dass im vorliegenden Fall ein behebbarer Mangel vorliegen müsse, weil die Auftraggeberin schriftlich und mündlich um Aufklärung gebeten habe und nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes und der Literatur nur behebbare Mängel die Vornahme einer Aufklärung erlaubten. Der Antragstellerin ist zunächst zu folgen, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) im vorliegenden Fall ein behebbarer Mangel angezeigt sein könnte, weil mit der Berichtigung keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegenüber den Mitbewerbern einhergeht, da die Angebotspreise der Antragstellerin nach oben zu korrigieren wären. Im zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes wird als behebbar aufgezählt: das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebots, die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von der Ausschreibung geforderten einzigen Vertreters, das Fehlen des Nachweises einer vorhandenen Befugnis, die Nachreichung eines Datenträgers, das Fehlen eines Formblattes. Als unbehebbarer Mangel wurde im zitierten Erkenntnis hingegen das Anbot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist oder das Fehlen einer rechtzeitigen Antragstellung gemäß Paragraph 373 c, GewO 1994 genannt.

Der Antragstellerin war in weiterer Konsequenz insoweit nicht zu folgen, als nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 25.3.2010, 2005/04/0144) im dg. Fall eine Berichtigung des Angebotes der Beschwerdeführerin durch „Hochrechnen“ der monatlichen Pauschale von einem (angebotenen) Monat auf die geforderten 17 Monate nur unter der Voraussetzung eines (derartigen) Rechenfehlers zulässig gewesen ist, welchen der Verwaltungsgerichtshof jedoch verneinte. Vielmehr wurde in diesem Erkenntnis festgehalten, dass die Behebung eines solchen Mangels eine inhaltliche Änderung des Angebotes hinsichtlich eines Bereiches, der für die Bewertung der Angebote relevant ist, bedeute, weshalb von einem unbehebbarsten Mangel auszugehen sei.

In Hinblick auf die Ausführungen in der zitierten höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur Behebbarkeit und Unbehebbarkeit von Mängeln wurde somit der Mangel im Angebot der Antragstellerin vom Senat als unbehebbar angesehen, weil mit einer Berichtigung des Überstunden-Ansatzes von 33% auf 133% bzw. von 66% auf 166% eine inhaltliche Änderung des Angebotes der Antragstellerin einherginge und die Behebung des Mangels im Angebot der Antragstellerin weit über jene im zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes aufgezeigten Fälle, wie zB Nachreichung von Dokumenten, Nennung von Vertretungen etc., hinausreichte.

Wenn die Antragstellerin meint, sämtliche preisbildenden Komponenten seien im Angebot der Antragstellerin ausgepreist gewesen, weshalb der Irrtum evident war und der Auftraggeberin aufzufallen hatte bzw. zu beheben war, so übersieht sie, dass die Auftraggeberin ein „Hochrechnen“ bzw. ein „Hinzurechnen“, wie im gegenständlichen Fall die Normalstunde zum angesetzten Überstundenzuschlag im Angebot der Antragstellerin hinzu zu addieren, unter Beachtung der erwähnten höchstgerichtlichen Rechtsprechung (VwGH 25.3.2010, 2005/04/0144) nur unter der Voraussetzung eines (derartigen) Rechenfehlers vorzunehmen hat, welcher –wie oben bereits ausgeführt – gegenständlich nicht vorliegt. Der Senat folgte im konkreten Fall dieser höchstgerichtlichen Rechtsprechung.

Dazu, dass die Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich eine Kalkulation der Regieleistungen im Angebot unter „Regieleistungen 2014-2023“, wo Normalstunden und Überstunden samt 50%- bzw. 100%-Zuschlag anzugeben waren, vorsahen, stellte der Senat nachfolgende Erwägungen an. Dass der objektive Erklärungswert der Ausschreibung nicht unklar war, ist auch daraus zu schließen, dass sämtliche andere mitbeteiligte Bieter die „Regieleistung 2014-2023“ wie durchschnittliche fachkundige Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt verstanden haben, und sie bei den Angaben zur 50%- bzw. 100%-Überstunde die Summe aus Normalstunde und Überstundenzuschlag im Angebot eingesetzt haben. Das Blatt „Regieleistungen 2014-2023“ der Ausschreibung verlangt die Angabe der „Monteur Normalstunde“ und eine Zeile darunter stehend die „Monteur 50% ÜStd“ usw., was nur als Auspreisung der Überstunde (Normalstunde inklusive Zuschlag) zu verstehen war. Der Vergabeakt, welcher ein sorgfältig geführtes Vergabeverfahren aufzeigt, präsentiert in den Angeboten der beteiligten anderen Bieter eine Kalkulation dieser Regieleistungen, welche den Vorgaben der Ausschreibung entspricht.

Letztlich ist auch zu berücksichtigen, dass bei tatsächlicher Berichtigung solcher Irrtümer in der Kalkulation durch den Auftraggeber einem Bieter die Möglichkeit eingeräumt wäre, in einem offenen Verfahren nach Ende der Angebotsfrist sein Angebot zu ändern oder spekulativ anzubieten.

Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin demnach zu Recht ausgeschieden, weil das Angebot im offenen Verfahren nach Ende der Angebotsfrist unveränderbar ist, die Berichtigung von Rechenfehlern als Ausnahme davon im Interesse der Transparenz und Gleichbehandlung aller Bieter eng auszulegen ist und im gegenständlichen Fall zu Recht ein unbehebbarer Mangel im Angebot der Antragstellerin angenommen wurde.

Der von der Antragstellerin beantragten Akteneinsicht in Teile des Angebotes der Teilnahmerechtigten sowie in die im Verfahren ergangenen Stellungnahmen und Beilagen, welche ihr unter Wahrung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse in teils anonymisierter Version übermittelt wurden, war im Verfahren nicht Folge zu geben, da aus Sicht des Verwaltungsgerichts ein überwiegendes Interesse an der Geheimhaltung der im Angebot der Teilnahmerechtigten enthaltenen Betriebs-, Geschäfts- und Kalkulationsgeheimnisse bestand.

Nachdem der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin abzuweisen war, fehlt ihr nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Antragslegitimation im Verfahren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war daher ohne Weiteres auf die gegen die Zuschlagsentscheidung vorgebrachten Argumente und Anfechtungsgründe der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag näher einzugehen, zurückzuweisen.

Die Entscheidungen über den Gebührenersatz gründen sich auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014; die in Abs. 1 genannten

Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Entscheidungen über den Gebührenersatz gründen sich auf Paragraph 16, Absatz eins, WVRG 2014; die in Absatz eins, genannten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Zu A)

Zulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren mit der Frage des Vorliegens eines korrigierbaren Rechenfehlers eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt (Erkenntnis vom 27.6.2007, 2005/04/0111, und Erkenntnis vom 25.3.2010, 2005/04/0144). Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren mit der Frage des Vorliegens eines korrigierbaren Rechenfehlers eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt (Erkenntnis vom 27.6.2007, 2005/04/0111, und Erkenntnis vom 25.3.2010, 2005/04/0144).

Zu B)

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, nicht zu lösen war. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage, der im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, nicht zu lösen war.

Schlagworte

Auspreisung von Normalstunden und Überstunden; Rechenfehler; Evidenter Erklärungsirrtum; Ermessen bei der rechnerischen Überprüfung des Angebotes; Behebbarkeit eines Mangels des Angebots

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2014:VGW.123.074.22557.2014

Zuletzt aktualisiert am

24.06.2014

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at