

TE Lvwg Erkenntnis 2017/1/23 LVwG 45.16-3476/2016, LVwG 44.16- 3475/2016

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.01.2017

Entscheidungsdatum

23.01.2017

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72006 Beschaffung Vergabe Steiermark

Norm

BVergG 2006 §125 Abs4

LVergRG Stmk 2012 §24 Abs2

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Richterin

Mag. Schnabl im Nachprüfungsverfahren gemäß § 5 ff Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz – StVergRG, betreffend das Vergabeverfahren „Baumeisterarbeiten inklusive Außenanlagen Gemeindezentrum NEU“, durch die Marktgemeinde Neumarkt in der Steiermark, Hauptplatz 1, 8820 Neumarkt in der Steiermark, vertreten durch M & W Partnerschaft von Rechtsanwälten, Ngasse, G, über den Antrag der X Baugesellschaft mbH, ZNL K, J-Straße, K, vertreten durch die Ke Rechtsanwalts-GmbH, N Straße, W, Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Richterin, Mag. Schnabl im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 5, ff Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz – StVergRG, betreffend das Vergabeverfahren „Baumeisterarbeiten inklusive Außenanlagen Gemeindezentrum NEU“, durch die Marktgemeinde Neumarkt in der Steiermark, Hauptplatz 1, 8820 Neumarkt in der Steiermark, vertreten durch M & W Partnerschaft von Rechtsanwälten, Ngasse, G, über den Antrag der römisch zehn Baugesellschaft mbH, ZNL K, J-Straße, K, vertreten durch die Ke Rechtsanwalts-GmbH, N Straße, W,

zu R e c h t e r k a n n t:

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebots der Antragstellerin wird römisch eins. Dem Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebots der Antragstellerin wird

Folge gegeben.

Die Ausscheidensentscheidung vom 19.12.2016 wird für nichtig erklärt.

II. Dem Antrag, die Auftraggeberin dazu zu verpflichten, der Antragstellerin die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.500,- binnen 14 Tagen zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen, wird stattgegeben. römisch zwei. Dem Antrag, die Auftraggeberin dazu zu verpflichten, der Antragstellerin die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.500,- binnen 14 Tagen zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen, wird stattgegeben.

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

Gemäss § 16 Abs 3 StVergRG tritt die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark vom 29.12.2016, GZ: LVwG 45.16-3476/2016-7, mit dieser Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark ausser Kraft. Gemäss Paragraph 16, Absatz 3, StVergRG tritt die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark vom 29.12.2016, GZ: LVwG 45.16-3476/2016-7, mit dieser Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark ausser Kraft.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit Eingabe vom 23.12.2016, eingelangt beim Landesverwaltungsgericht Steiermark per E-Mail am 22.12.2016 um 14.17 Uhr, brachte die X Baugesellschaft mbH, ZNL K, K, J-Straße, vertreten durch die Ke Rechtsanwalts-GmbH, W, N Straße (im Folgenden Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. 1. Mit Eingabe vom 23.12.2016, eingelangt beim Landesverwaltungsgericht Steiermark per E-Mail am 22.12.2016 um 14.17 Uhr, brachte die römisch zehn Baugesellschaft mbH, ZNL K, K, J-Straße, vertreten durch die Ke Rechtsanwalts-GmbH, W, N Straße (im Folgenden Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Zugleich wurde ein Nachprüfungsantrag betreffend das Vergabeverfahren „Baumeisterarbeiten inklusive Außenanlagen Gemeindezentrum NEU“ gestellt, mit dem die Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 19.12.2016 begehrt wird. Der Nachprüfungsantrag wird im Wesentlichen damit begründet, dass entgegen § 78 Abs 7 BVergG an mehreren Stellen die rechtsgültige Unterfertigung des Angebots vorgesehen gewesen sei. In Zusammenschau der Angebotsunterlagen der Antragstellerin könne kein Zweifel an der Fertigung des gesamten Angebots der Antragstellerin bestehen; es liege ein zivilrechtlich verbindliches Angebot vor. Die fehlende Unterfertigung auf Seite 6 des Dokuments „Ausschreibung für das Vergabeverfahren zur Vergabe Baumeisterarbeiten mit Außenanlagen“ sei als behebbarer Mangel anzusehen, es handle sich um eine bloße Formalie. Ebenso sei die Eintragung des Preises auf Seite 5 des Dokuments in Zusammenschau der Angebotsunterlagen der Antragstellerin eine bloße Formalie und damit ein behebbarer Mangel. Angesichts der Preisangaben in allen dafür vorgesehenen Unterlagen der Ausschreibung bzw. des Angebots bestehe für die Antragstellerin nicht die geringste Möglichkeit, die Preise bzw. den Angebotspreis nachträglich zu verändern. Das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin gemäß Schreiben vom 19.12.2016 sei rechtswidrig und werde daher für nichtig zu erklären sein. Hilfsweise werde vorgebracht, dass das Angebot der GB GmbH mangels deren Befugnis hinsichtlich der nach dem Leistungsverzeichnis geforderten auf Sammeln/Behandeln von Abfällen bezogenen Leistungen auszuschneiden gewesen wäre. Es wurden daher die Anträge gestellt, das Landesverwaltungsgericht Steiermark möge das Nachprüfungsverfahren einleiten und eine mündliche Verhandlung anberaumen; nach Durchführung des Nachprüfungsverfahrens das rechtswidrige Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin laut Schreiben vom 19.12.2016 für nichtig erklären und der Antragstellerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zuzusprechen und der Auftraggeberin die Zahlen binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß § 19a RAO zu Händen der Antragstellervertreterin auftragen. Zugleich wurde ein Nachprüfungsantrag betreffend das Vergabeverfahren „Baumeisterarbeiten inklusive Außenanlagen Gemeindezentrum NEU“ gestellt, mit dem die Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 19.12.2016 begehrt wird. Der Nachprüfungsantrag wird im Wesentlichen damit begründet, dass entgegen Paragraph 78, Absatz 7, BVergG an mehreren Stellen die rechtsgültige Unterfertigung des Angebots vorgesehen gewesen sei. In

Zusammenschau der Angebotsunterlagen der Antragstellerin könne kein Zweifel an der Fertigung des gesamten Angebots der Antragstellerin bestehen; es liege ein zivilrechtlich verbindliches Angebot vor. Die fehlende Unterfertigung auf Seite 6 des Dokuments „Ausschreibung für das Vergabeverfahren zur Vergabe Baumeisterarbeiten mit Außenanlagen“ sei als behebbarer Mangel anzusehen, es handle sich um eine bloße Formalie. Ebenso sei die Eintragung des Preises auf Seite 5 des Dokuments in Zusammenschau der Angebotsunterlagen der Antragstellerin eine bloße Formalie und damit ein behebbarer Mangel. Angesichts der Preisangaben in allen dafür vorgesehenen Unterlagen der Ausschreibung bzw. des Angebots bestehe für die Antragstellerin nicht die geringste Möglichkeit, die Preise bzw. den Angebotspreis nachträglich zu verändern. Das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin gemäß Schreiben vom 19.12.2016 sei rechtswidrig und werde daher für nichtig zu erklären sein. Hilfsweise werde vorgebracht, dass das Angebot der GB GmbH mangels deren Befugnis hinsichtlich der nach dem Leistungsverzeichnis geforderten auf Sammeln/Behandeln von Abfällen bezogenen Leistungen auszuscheiden gewesen wäre. Es wurden daher die Anträge gestellt, das Landesverwaltungsgericht Steiermark möge das Nachprüfungsverfahren einleiten und eine mündliche Verhandlung anberaumen; nach Durchführung des Nachprüfungsverfahrens das rechtswidrige Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin laut Schreiben vom 19.12.2016 für nichtig erklären und der Antragstellerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zuzusprechen und der Auftraggeberin die Zahlen binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß Paragraph 19 a, RAO zu Handen der Antragstellervertreterin auftragen.

2. Mit Stellungnahme vom 28.12.2016 replizierte die Auftraggeberin, dass richtig sei, dass die Auftraggeberin, die Marktgemeinde Neumarkt in Steiermark öffentliche Auftraggeberin sei und ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 37 Z 1 BVergG durch die damit beauftragte vergebende Stelle, die B GmbH, diese vertreten durch Baumeister Ing. E L, eingeleitet habe. Richtig sei auch, dass die Ausschreibungsunterlage zweimal berichtigt worden sei. Die Angebotsfrist habe am 22.11.2016 geendet. Die Antragstellerin habe eine Urkunde abgegeben, die sie selbst als Angebot bezeichnet habe. Unrichtig sei jedoch, dass die Antragstellerin fristgerecht ein rechtsgültig unterfertigtes Angebot oder ein Angebot mit bindendem zivilrechtlichem Charakter abgegeben habe. Richtig sei, dass eine Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin nicht zugestellt worden sei. Es werde ausdrücklich bestritten, dass die Antragstellerin durch die gegenständliche Ausscheidensentscheidung in den von ihr behaupteten Rechten in irgendeiner Form verletzt worden sei. Vor diesem Hintergrund entfalle auch die behauptete Beschwerde. Zum Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG, der mangelnden rechtsgültigen Unterfertigung, wurde ausgeführt, dass eine vergaberechtliche Bindungserklärung tatsächlich von der Antragstellerin nicht abgegeben worden sei. Die Antragstellerin habe durch die mangelnde Unterfertigung des Angebotsschreibens, die in den Punkten 1.4. bis 1.8. abzugebenden Erklärungen zur zivilrechtlichen Bindung des Angebots nicht rechtswirksam bestätigt. Dies bilde aber eine Grundvoraussetzung für ein rechtswirksames bindendes Angebot. Mit der Unterfertigung des Deckblattes sowie des Leistungsverzeichnisses habe die Antragstellerin lediglich die Bindungserklärung hinsichtlich des technischen Teils der Ausschreibung abgegeben. Die zentralen vergaberechtlichen zivilrechtlichen Erklärungen der Punkte 1.4. bis 1.9. habe sie gerade nicht für bindend erklärt. Jede andere Bewertung würde im Sinne der oberstgerichtlichen Judikatur zum zivilrechtlichen Bindungswillen von Angeboten, die auch im gegenständlich Fall dazu führen, dass die Antragstellerin durch Verstreichen der Verbesserungsfrist ein sie reuendes Angebot durch Verstreichenlassen der Verbesserungsfrist ungeschehen machen könnte. Durch die Einräumung einer Verbesserung würde daher eine derart schwerwiegende Wettbewerbsverzerrung eintreten, dass die übrigen Bieter in ihren Rechten insbesondere auf Gleichbehandlung sowie auf die Wahrung des Wettbewerbsprinzips massiv verletzt würden. Diese beschrittene Judikaturlinie des OGH könne somit als herrschend im Zusammenhang mit verbesserungsfähigen Mängeln von Angeboten gewertet werden. Das Angebot sei daher zwingend mangels Verbesserungsfähigkeit auszuscheiden gewesen. Zum Ausscheidensgrund der mangelnden Auspreisung unter Punkt 1.9. und Angabe der Bieterdaten und Punkt 1.1. führte die Auftraggeberin aus, dass es die Antragstellerin unterlassen habe, den Namen und ihre Adresse anzufügen und unter Punkt 1.9. des Angebotsschreibens den Angebotspreis inklusive USt. im Sinne des Leistungsverzeichnisses unter Berücksichtigung des Nachlasses im Sinne des Nachlassblattes einzutragen. Vor diesem Hintergrund bleibe völlig unklar, welchen Preis die Antragstellerin nunmehr tatsächlich anbiete, nachdem sie in ihrem Leistungsverzeichnis keinen Nachlass ausgewiesen habe und auch kein Nachlassblatt vorgelegt habe. Die gegenständliche Lücke sei auch nicht nachträglich ergänzbar, da dadurch ein Wettbewerbsvorteil der Antragstellerin im Verhältnis zu den übrigen Bietern eintreten würde, die ein ordnungsgemäßes Angebot gelegt hätten und Punkt 1.9. ausgefüllt hätten. Letztlich bleibe auch unter Punkt 1.1. eine Lücke, die einen nicht behebbaren Mangel darstellen würde, da es die Antragstellerin offensichtlich rechtswidrig unterlassen habe, ihre eigenen Daten in das

Angebotsschreiben aufzunehmen. Vor diesem Hintergrund sei die Ausscheidung gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG zwingend gewesen. Die öffentliche Auftraggeberin habe die Preisangemessenheit unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Umfeldes für vergleichbare Aufträge, insbesondere auch im Gemeindegebiet der Auftraggeberin sowie unter Vergleich mit den übrigen Angeboten des gegenständlichen Vergabeverfahrens einer Überprüfung zugeführt. Neben dem Preisspiegel habe vor allem auch ein Vergleich mit marktkonformen Preisen als Grundlage für die Überprüfung der Angemessenheit des Preises gedient. Ebenso sei die Kostenermittlung der Auftraggeberin unter Zugrundelegung der Gesamtpreise und Positionspreise aller Angebote der Angemessenheitsprüfung zugrunde gelegt worden. Vor diesem Hintergrund habe sich die Prüfung nicht bloß auf die Angemessenheit des Gesamtpreises zu beschränken. Es sei davon auszugehen, dass die im Leistungsverzeichnis der Antragstellerin ausgewiesenen Positionspreise und somit auch der Gesamtpreis tatsächlich weder plausibel noch betriebswirtschaftlich erklär- oder nachvollziehbar im Sinne des § 125 Abs 4 BVergG seien. In der Folge führte die Auftraggeberin mehrere Positionen an, in denen der Preis der Antragstellerin unverhältnismäßig und daher betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar sei. Die eklatanten Abweichungen von angemessenen Preisen sowie das Anbieten von Negativpreisen hätten keine weitere Abklärung und allenfalls Aufklärung hinsichtlich einer Unschlüssigkeit der Preisgestaltung verlangt. Die Antragstellerin weiche so weit vom angemessenen Preis ab und biete derart unschlüssige und ungewöhnliche Positionspreise an, dies sowohl hinsichtlich von Überpreisen wie auch von Unterpreisen, dass eine betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit faktisch ausscheide. Zum Beweis dafür wurden Angebote von drei weiteren Bietern im Original sowie ein Preisspiegel der eingelangten Angebote vorgelegt. Die Auftraggeberin stellte den Antrag, das Landesverwaltungsgericht Steiermark wolle die Anträge der Antragstellerin abweisen. 2. Mit Stellungnahme vom 28.12.2016 replizierte die Auftraggeberin, dass richtig sei, dass die Auftraggeberin, die Marktgemeinde Neumarkt in Steiermark öffentliche Auftraggeberin sei und ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 37, Ziffer eins, BVergG durch die damit beauftragte vergebende Stelle, die B GmbH, diese vertreten durch Baumeister Ing. E L, eingeleitet habe. Richtig sei auch, dass die Ausschreibungsunterlage zweimal berichtigt worden sei. Die Angebotsfrist habe am 22.11.2016 geendet. Die Antragstellerin habe eine Urkunde abgegeben, die sie selbst als Angebot bezeichnet habe. Unrichtig sei jedoch, dass die Antragstellerin fristgerecht ein rechtsgültig unterfertigtes Angebot oder ein Angebot mit bindendem zivilrechtlichem Charakter abgegeben habe. Richtig sei, dass eine Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin nicht zugestellt worden sei. Es werde ausdrücklich bestritten, dass die Antragstellerin durch die gegenständliche Ausscheidensentscheidung in den von ihr behaupteten Rechten in irgendeiner Form verletzt worden sei. Vor diesem Hintergrund entfalle auch die behauptete Beschwer. Zum Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG, der mangelnden rechtsgültigen Unterfertigung, wurde ausgeführt, dass eine vergaberechtliche Bindungserklärung tatsächlich von der Antragstellerin nicht abgegeben worden sei. Die Antragstellerin habe durch die mangelnde Unterfertigung des Angebotsschreibens, die in den Punkten 1.4. bis 1.8. abzugebenden Erklärungen zur zivilrechtlichen Bindung des Angebots nicht rechtswirksam bestätigt. Dies bilde aber eine Grundvoraussetzung für ein rechtswirksames bindendes Angebot. Mit der Unterfertigung des Deckblattes sowie des Leistungsverzeichnisses habe die Antragstellerin lediglich die Bindungserklärung hinsichtlich des technischen Teils der Ausschreibung abgegeben. Die zentralen vergaberechtlichen zivilrechtlichen Erklärungen der Punkte 1.4. bis 1.9. habe sie gerade nicht für bindend erklärt. Jede andere Bewertung würde im Sinne der oberstgerichtlichen Judikatur zum zivilrechtlichen Bindungswillen von Angeboten, die auch im gegenständlich Fall dazu führen, dass die Antragstellerin durch Verstreichen der Verbesserungsfrist ein sie reuendes Angebot durch Verstreichenlassen der Verbesserungsfrist ungeschehen machen könnte. Durch die Einräumung einer Verbesserung würde daher eine derart schwerwiegende Wettbewerbsverzerrung eintreten, dass die übrigen Bieter in ihren Rechten insbesondere auf Gleichbehandlung sowie auf die Wahrung des Wettbewerbsprinzips massiv verletzt würden. Diese beschrittene Judikaturlinie des OGH könne somit als herrschend im Zusammenhang mit verbesserungsfähigen Mängeln von Angeboten gewertet werden. Das Angebot sei daher zwingend mangels Verbesserungsfähigkeit auszuschneiden gewesen. Zum Ausscheidensgrund der mangelnden Auspreisung unter Punkt 1.9. und Angabe der Bieterdaten und Punkt 1.1. führte die Auftraggeberin aus, dass es die Antragstellerin unterlassen habe, den Namen und ihre Adresse anzufügen und unter Punkt 1.9. des Angebotsschreibens den Angebotspreis inklusive USt. im Sinne des Leistungsverzeichnisses unter Berücksichtigung des Nachlasses im Sinne des Nachlassblattes einzutragen. Vor diesem Hintergrund bleibe völlig unklar, welchen Preis die Antragstellerin nunmehr tatsächlich anbiete, nachdem sie in ihrem Leistungsverzeichnis keinen Nachlass ausgewiesen habe und auch kein Nachlassblatt vorgelegt habe. Die gegenständliche Lücke sei auch nicht nachträglich ergänzbar, da dadurch ein Wettbewerbsvorteil der Antragstellerin im Verhältnis zu den übrigen Bietern eintreten

würde, die ein ordnungsgemäßes Angebot gelegt hätten und Punkt 1.9. ausgefüllt hätten. Letztlich bliebe auch unter Punkt 1.1. eine Lücke, die einen nicht behebbaren Mangel darstellen würde, da es die Antragstellerin offensichtlich rechtswidrig unterlassen habe, ihre eigenen Daten in das Angebotsschreiben aufzunehmen. Vor diesem Hintergrund sei die Ausscheidung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zwingend gewesen. Die öffentliche Auftraggeberin habe die Preisangemessenheit unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Umfeldes für vergleichbare Aufträge, insbesondere auch im Gemeindegebiet der Auftraggeberin sowie unter Vergleich mit den übrigen Angeboten des gegenständlichen Vergabeverfahrens einer Überprüfung zugeführt. Neben dem Preisspiegel habe vor allem auch ein Vergleich mit marktkonformen Preisen als Grundlage für die Überprüfung der Angemessenheit des Preises gedient. Ebenso sei die Kostenermittlung der Auftraggeberin unter Zugrundelegung der Gesamtpreise und Positionspreise aller Angebote der Angemessenheitsprüfung zugrunde gelegt worden. Vor diesem Hintergrund habe sich die Prüfung nicht bloß auf die Angemessenheit des Gesamtpreises zu beschränken. Es sei davon auszugehen, dass die im Leistungsverzeichnis der Antragstellerin ausgewiesenen Positionspreise und somit auch der Gesamtpreis tatsächlich weder plausibel noch betriebswirtschaftlich erklär- oder nachvollziehbar im Sinne des Paragraph 125, Absatz 4, BVergG seien. In der Folge führte die Auftraggeberin mehrere Positionen an, in denen der Preis der Antragstellerin unverhältnismäßig und daher betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar sei. Die eklatanten Abweichungen von angemessenen Preisen sowie das Anbieten von Negativpreisen hätten keine weitere Abklärung und allenfalls Aufklärung hinsichtlich einer Unschlüssigkeit der Preisgestaltung verlangt. Die Antragstellerin weiche so weit vom angemessenen Preis ab und biete derart unschlüssige und ungewöhnliche Positionspreise an, dies sowohl hinsichtlich von Überpreisen wie auch von Unterpreisen, dass eine betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit faktisch ausscheide. Zum Beweis dafür wurden Angebote von drei weiteren Bietern im Original sowie ein Preisspiegel der eingelangten Angebote vorgelegt. Die Auftraggeberin stellte den Antrag, das Landesverwaltungsgericht Steiermark wolle die Anträge der Antragstellerin abweisen.

3. Mit Schriftsatz vom 16.01.2017 gab die Antragstellerin eine erneute Stellungnahme ab, in der sie im Wesentlichen ausführte, dass kein Zweifel an einer zivilrechtlichen Verbindlichkeit ihres Angebots bestehen könne. Auch sei das Vorbringen der Auftraggeberin verfehlt, wonach eine schwerwiegende Wettbewerbsverzerrung darin zu sehen wäre, wenn die Antragstellerin durch Verstreichen der Verbesserungsfrist ihr Angebot ungeschehen machen könne. Völlig neu sei es, dass die Auftraggeberin der Antragstellerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorwerfe und das Ausscheiden auch auf § 129 Abs 1 Z 3 stützen wolle. Der Mitteilung über das Ausscheiden sei das nicht zu entnehmen gewesen und sei der Antragstellerin auch telefonisch mitgeteilt worden, dass ihr Angebot einer vertieften Angebotsprüfung gar nicht unterzogen worden sei. Aus den genannten Gründen bleibe die Antragstellerin bei der Ansicht, dass das Ausscheiden ihres Angebots rechtswidrig sei und für nichtig zu erklären sei. 3. Mit Schriftsatz vom 16.01.2017 gab die Antragstellerin eine erneute Stellungnahme ab, in der sie im Wesentlichen ausführte, dass kein Zweifel an einer zivilrechtlichen Verbindlichkeit ihres Angebots bestehen könne. Auch sei das Vorbringen der Auftraggeberin verfehlt, wonach eine schwerwiegende Wettbewerbsverzerrung darin zu sehen wäre, wenn die Antragstellerin durch Verstreichen der Verbesserungsfrist ihr Angebot ungeschehen machen könne. Völlig neu sei es, dass die Auftraggeberin der Antragstellerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorwerfe und das Ausscheiden auch auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, stützen wolle. Der Mitteilung über das Ausscheiden sei das nicht zu entnehmen gewesen und sei der Antragstellerin auch telefonisch mitgeteilt worden, dass ihr Angebot einer vertieften Angebotsprüfung gar nicht unterzogen worden sei. Aus den genannten Gründen bleibe die Antragstellerin bei der Ansicht, dass das Ausscheiden ihres Angebots rechtswidrig sei und für nichtig zu erklären sei.

4. Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat die Auftraggeberin mittels ZZA vom eingelangten Nachprüfungsantrag sowie dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 23.12.2016 verständigt.

Die Auftraggeberin wurde ersucht sich bis spätestens Donnerstag, den 05. Jänner 2017, 12.00 Uhr, zum Antrag auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zu äußern und alle für das gegenständliche Vergabeverfahren maßgeblichen Unterlagen im Original zu übermitteln. Dieses Schreiben enthielt den Hinweis auf § 24 Abs 2 StVergG, wonach das Landesverwaltungsgericht auf Grund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten entscheiden kann, wenn der Auftraggeber bzw. die vergebende Stelle oder ein Unternehmer Unterlagen nicht vorlegt, Auskünfte nicht erteilt oder eine Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorliegen. Die Auftraggeberin wurde ersucht sich bis spätestens Donnerstag, den 05. Jänner 2017, 12.00 Uhr, zum Antrag auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zu äußern und alle für das gegenständliche Vergabeverfahren maßgeblichen Unterlagen im

Original zu übermitteln. Dieses Schreiben enthielt den Hinweis auf Paragraph 24, Absatz 2, StVergG, wonach das Landesverwaltungsgericht auf Grund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten entscheiden kann, wenn der Auftraggeber bzw. die vergebende Stelle oder ein Unternehmer Unterlagen nicht vorlegt, Auskünfte nicht erteilt oder eine Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorliegen.

Bis zum Zeitpunkt des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark wurden von der Auftraggeberin folgende Unterlagen vorgelegt:

- 1.) Preisspiegel der abgegebenen Angebote (in Kopie)
- 2.) Schreiben vom 19.12.2016 Bekanntgabe Ausscheidensentscheidung (in Kopie)
- 3.) Angebot der Antragstellerin im Original
- 4.) Angebot der DI F H GmbH im Original
- 5.) Angebot der GB GmbH im Original
- 6.) Angebot der P GmbH im Original.

Ein Vergabeakt wurde dem Landesverwaltungsgericht Steiermark nicht vorgelegt.

II. Sachverhalt römisch zwei. Sachverhalt

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat somit - unter Verweis auf § 24 Abs 2 StVergRG - Beweis erhoben durch Einsicht in die vorgelegten Schriftsätze und Unterlagen. Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat somit - unter Verweis auf Paragraph 24, Absatz 2, StVergRG - Beweis erhoben durch Einsicht in die vorgelegten Schriftsätze und Unterlagen.

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark geht auf Grundlage dessen von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

Die Marktgemeinde Neumarkt in Steiermark führt das Vergabeverfahren „Baumeisterarbeiten inklusive Außenanlagen Gemeindezentrum NEU“ in Form eines nicht offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages durch.

Vergebende Stelle ist die B GmbH, vertreten durch Baumeister Ing. E L, V Straße, A- K. Vergebende Stelle ist die B GmbH, vertreten durch Baumeister Ing. E L, römisch fünf Straße, A- K.

Die Angebotsfrist endete am 22.11.2016.

Die Antragstellerin, die X Baugesellschaft mbH, ZNL K, K, J-Straße, gab fristgerecht ein Angebot ab. Die Antragstellerin, die römisch zehn Baugesellschaft mbH, ZNL K, K, J-Straße, gab fristgerecht ein Angebot ab.

Die „Ausschreibung für das Vergabeverfahren zur Abgabe von Baumeisterarbeiten mit Außenanlagen“ gliedert sich laut Inhaltsverzeichnis in fünf Teile.

Unter 1. „Rechtsgültige Unterfertigung des Angebotes“ war unter Punkt 1.1. „Bieter (Name und Adresse):“ im Angebot der Antragstellerin nichts ausgefüllt.

Die Ausschreibung sah weiters folgende entscheidungswesentliche Punkte vor:

„1.4. Ich (Wir) anerkenne(n), dass meinem (unserem) Angebot insbesondere die nachfolgenden Bestimmungen zugrundeliegen:

-

die Ausschreibungsbestimmungen (Punkt 2 bis 5 der Ausschreibungsunterlagen samt Beilagen)

-

die Angaben der Auftraggeberin

Für ein ausschreibungsgemäßes Angebot darf der vorgegebene Text der Ausschreibungsunterlagen weder geändert, noch ergänzt werden. Vom Bieter sind nur die grau unterlegten Felder mit Eintragungen zu versehen und die allenfalls erforderlichen Beilagen anzuschließen. Die von einem Bieter seinem Angebot gegebenenfalls beigeführten Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben keine Gültigkeit. Soweit dem Angebot Allgemeine Geschäftsbedingungen oder andere sinngemäß gleiche Bedingungen des Bieters beigelegt sind oder auf solche verwiesen wird, ist das

Angebot gem § 129 BVergG auszuschneiden. Für ein ausschreibungsgemäßes Angebot darf der vorgegebene Text der Ausschreibungsunterlagen weder geändert, noch ergänzt werden. Vom Bieter sind nur die grau unterlegten Felder mit Eintragungen zu versehen und die allenfalls erforderlichen Beilagen anzuschließen. Die von einem Bieter seinem Angebot gegebenenfalls beigegeführten Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben keine Gültigkeit. Soweit dem Angebot Allgemeine Geschäftsbedingungen oder andere sinngemäß gleiche Bedingungen des Bieters beigelegt sind oder auf solche verwiesen wird, ist das Angebot gem Paragraph 129, BVergG auszuschneiden.

1.6. Ich (Wir) erkläre(n), dass ich (wir) alle Voraussetzungen zur Übernahme der Vertragspflichten erfülle(n). Die Erstellung meines (unseres) Angebotes hat unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen. Ich (Wir) verpflichte(n) mich (uns), diese Vorschriften bei Auftragsabwicklung einzuhalten.

1.7. Ich (Wir) verpflichte(n) mich (uns), die Ausführung der mir (uns) übertragenen Leistungen zu dem (den) angegebenen Termin(en) und innerhalb der angegebenen Frist(en) durchzuführen. Mit der Ausführung der Leistungen darf erst nach schriftlicher Beauftragung begonnen werden (Zuschlag wird schriftlich erteilt).

1.8. Ich (Wir) biete(n) die Ausführung der in der Leistungsbeschreibung angeführten Leistungen unter Berücksichtigung der gesamten Ausschreibungsunterlagen an.

1.9. Mein (Unser) Angebot schließt mit folgendem Angebotspreis (inkl. USt) im Sinne des Leistungsverzeichnisses unter Berücksichtigung des Nachlasses im Sinne des Nachlassblattes: €,--- (inkl. USt.)

Ich (Wir) erkläre(n), dass meinem (unserem) Angebot nur meine (unsere) eigenen Preisermittlungen zugrundeliegen und dass für die Auftraggeberin keine nachteiligen, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs verstoßenden Abreden mit anderen Unternehmungen, insbesondere über die Preisbildung oder über Ausfallentschädigungen, noch Preisbindungen und sonstige Abreden, soweit es sich nicht um Vereinbarungen im Rahmen eines eingetragenen Kartells handelt, vorliegen. Es ist mir (uns) bekannt, dass bei Vorliegen einer der obgenannten Umstände von der Auftraggeberin der Rücktritt vom Vertrag erklärt werden kann und der Bieter für den Schaden aufzukommen hat, welcher aus der Verletzung dieser Erklärung entsteht. Ich (Wir) erkläre(n), mit anderen Bietern keine gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßenden Abreden über Preisbildung getroffen zu haben.

Ebenso erkläre(n) ich (wir), dass keine Preisbindungen oder Kartellabreden vorliegen.

Ich (Wir) verzichte(n) ab dem Beginn der Zuschlagsfrist ausdrücklich auf die Anfechtung des Angebotes (Vertrages) wegen Irrtums und hafte(n) bei Nichtannahme des Auftrages für alle Mehrkosten, die der Auftraggeberin hierdurch entstehen.

Datum und rechtsgültige Unterschrift(en):“

Die Antragstellerin füllte unter Punkt 1.9. den Angebotspreis nicht aus. Die unter 1.9. verlangte rechtsgültige Unterschrift sowie das Datum wurden von der Antragstellerin nicht ausgefüllt.

Punkt 2. „Allgemeiner Teil“ sieht unter Punkt 2.11. „Angebotsabgabe und Einreichform“ folgende Bestimmung vor (Hervorhebung durch Landesverwaltungsgericht):

„Das Angebot ist vom Bieter an der dafür vorgesehenen Stelle einmal rechtsgültig zu unterfertigen.“

„Mit der rechtsgültigen Unterfertigung anerkennt der Bieter ohne Einschränkungen alle Bestimmungen dieser Ausschreibung (insbesondere die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die Angaben zu den Leistungsbereichen und die vertragsrechtlichen Vorgaben).“

Unter Punkt 5. waren der Ausschreibungsunterlage „Zivilrechtliche Bestimmungen“ angeführt, die unter Punkt 5.4. „Arbeits- und Sozialrechtliche Bestimmungen“ Folgendes vorsehen:

„Der Bieter ist verpflichtet, die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen einzuhalten.“

Die Antragstellerin hat die Ausschreibung auf Seite 25 firmenmäßig unter Beisetzung von Ort, Datum und Firmenstempel unterfertigt.

Weiters wurde von der Antragstellerin das Preisblatt mit einer LV-Summe von € 926.795,13 ausgefüllt, der „Nachlass laut Schlussblatt“ wurde von der Antragstellerin nicht ausgefüllt, sondern mit einem Strich versehen. Als Gesamtpreis

wurde somit ein Betrag von € 926.795,13 angegeben, unter Berücksichtigung der Umsatzsteuer (20%) in Höhe von € 185.359,03, ergab sich somit ein von der Antragstellerin ausgefüllter Angebotspreis in der Höhe von € 1.112.154,16.

Denselben Betrag gab die Antragstellerin handschriftlich auch im sogenannten „Ausschreibungs- und Leistungsverzeichnis“ unter firmenmäßiger Fertigung sowie Beisetzung von Ort, Datum und Firmenstempel an.

Weiters wurden dieselben Beträge bei „Summe LV“ sowie Angebotspreis und Gesamtpreis auch im „Schlussblatt des LV“ angegeben. Auch im Schlussblatt wurde bei „Summe Aufschläge/Nachlässe“ kein Betrag angegeben, sondern der Platz für die Eintragung mit einem Strich versehen.

Auch das Leistungsverzeichnis enthielt dieselbe Angebotssumme netto sowie denselben Angebotspreis und wurde unter firmenmäßiger Fertigung sowie Beisetzung von Ort, Datum und Firmenstempel unterfertigt.

Firmenmäßig unterfertigt wurde weiters ein Beiblatt unter Beisetzung von Ort, Namen und Firmenstempel sowie das zweite Berichtigungsschreiben und das Besichtigungsblatt.

Mit Schreiben vom 19.12.2016 erging an die Antragstellerin die Verständigung vom Ausscheiden und wurde als Ausscheidensgrund Folgendes angegeben:

„Insbesondere vor dem Hintergrund der Nichteintragung des Angebotspreises und der nicht rechtsgültigen Unterfertigung der Ausschreibungsunterlagen liegt kein formgültiges Angebot vor. Ein derart fehlerhaftes bzw. nicht vollständiges Angebot stellt einen nicht behebbaren Mangel dar. Ihr Angebot war daher insbesondere gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden.“ „Insbesondere vor dem Hintergrund der Nichteintragung des Angebotspreises und der nicht rechtsgültigen Unterfertigung der Ausschreibungsunterlagen liegt kein formgültiges Angebot vor. Ein derart fehlerhaftes bzw. nicht vollständiges Angebot stellt einen nicht behebbaren Mangel dar. Ihr Angebot war daher insbesondere gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden.“

Am 23.12.2016 brachte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag vor dem Landesverwaltungsgericht Steiermark verbunden mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung ein.

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat die Auftraggeberin mittels ZZA vom eingelangten Nachprüfungsantrag sowie dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 23.12.2016 verständigt.

Die Auftraggeberin wurde ersucht sich bis spätestens Donnerstag den 05. Jänner 2017, 12.00 Uhr, zum Antrag auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zu äußern und alle für das gegenständliche Vergabeverfahren maßgeblichen Unterlagen im Original zu übermitteln. Dieses Schreiben enthielt den Hinweis auf § 24 Abs 2 StVergG, wonach das Landesverwaltungsgericht auf Grund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten entscheiden kann, wenn der Auftraggeber bzw. die vergebende Stelle oder ein Unternehmer Unterlagen nicht vorlegt, Auskünfte nicht erteilt oder eine Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorliegen. Die Auftraggeberin wurde ersucht sich bis spätestens Donnerstag den 05. Jänner 2017, 12.00 Uhr, zum Antrag auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zu äußern und alle für das gegenständliche Vergabeverfahren maßgeblichen Unterlagen im Original zu übermitteln. Dieses Schreiben enthielt den Hinweis auf Paragraph 24, Absatz 2, StVergG, wonach das Landesverwaltungsgericht auf Grund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten entscheiden kann, wenn der Auftraggeber bzw. die vergebende Stelle oder ein Unternehmer Unterlagen nicht vorlegt, Auskünfte nicht erteilt oder eine Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorliegen.

Bis zum Zeitpunkt des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark wurden von der Auftraggeberin folgende Unterlagen vorgelegt:

- 1.) Preisspiegel der abgegebenen Angebote (in Kopie)
- 2.) Schreiben vom 19.12.2016 Bekanntgabe Ausscheidensentscheidung (in Kopie)
- 3.) Angebot der Antragstellerin im Original
- 4.) Angebot der DI F H GmbH im Original
- 5.) Angebot der GB GmbH im Original
- 6.) Angebot der P GmbH im Original.

Ein Vergabeakt wurde dem Landesverwaltungsgericht Steiermark nicht vorgelegt.

Mit einstweiliger Verfügung vom 29.12.2016, GZ: 45.16-3476/2016-7 wurde dem Antrag stattgegeben und der Auftraggeberin bei sonstiger Nichtigkeit, untersagt bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Steiermark im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren den Zuschlag zu erteilen.

III. Beweiswürdigung:römisch drei. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt gründet sich gemäß § 24 Abs 2 StVergRG auf dem Vorbringen der (nicht säumigen) Antragstellerin sowie den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens. Der Sachverhalt gründet sich gemäß Paragraph 24, Absatz 2, StVergRG auf dem Vorbringen der (nicht säumigen) Antragstellerin sowie den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens.

Mangels vorliegender Vergabeakten kann vom Landesverwaltungsgericht Steiermark insbesondere nicht festgestellt werden, wann das Vergabeverfahren eingeleitet wurde, welche Bieter von der Auftraggeberin zum gegenständlichen Vergabeverfahren eingeladen wurden bzw. welche Bieter ein Angebot abgaben. Weiters lässt sich mangels Vergabeakten eine Reihung der Bieter nicht feststellen, zumal der Antragstellerin entgegen der eindeutigen Regelung des § 131 BVergG eine Zuschlagsentscheidung nicht zugestellt wurde. Für das Landesverwaltungsgericht Steiermark ist mangels vorliegendem Vergabeakt weiters nicht ersichtlich, ob die Auftraggeberin eine Angebotsprüfung im Sinne des Bundesvergabegesetzes durchgeführt hat bzw. welchen Inhalt die Zuschlagsentscheidung hat und auf welchen Bieter sie lautet. Mangels vorliegender Vergabeakten kann vom Landesverwaltungsgericht Steiermark insbesondere nicht festgestellt werden, wann das Vergabeverfahren eingeleitet wurde, welche Bieter von der Auftraggeberin zum gegenständlichen Vergabeverfahren eingeladen wurden bzw. welche Bieter ein Angebot abgaben. Weiters lässt sich mangels Vergabeakten eine Reihung der Bieter nicht feststellen, zumal der Antragstellerin entgegen der eindeutigen Regelung des Paragraph 131, BVergG eine Zuschlagsentscheidung nicht zugestellt wurde. Für das Landesverwaltungsgericht Steiermark ist mangels vorliegendem Vergabeakt weiters nicht ersichtlich, ob die Auftraggeberin eine Angebotsprüfung im Sinne des Bundesvergabegesetzes durchgeführt hat bzw. welchen Inhalt die Zuschlagsentscheidung hat und auf welchen Bieter sie lautet.

IV. Rechtliche Beurteilung:römisch vier. Rechtliche Beurteilung:

1. Allgemeines:

Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt den materiellen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG) sowie in verfahrensrechtlicher Hinsicht dem Steiermärkischen Vergaberechtsschutzgesetz (StVergRG).

Die Marktgemeinde Neumarkt in Steiermark ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 14 Abs 2 Z 2 lit a BVergG. Die Marktgemeinde Neumarkt in Steiermark ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 14, Absatz 2, Ziffer 2, Litera a, BVergG.

Da es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt, ist gemäß § 3 Abs 2 StVergRG die im Spruch des Erkenntnisses genannte Einzelrichterin des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark zur Entscheidung berufen. Da es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt, ist gemäß Paragraph 3, Absatz 2, StVergRG die im Spruch des Erkenntnisses genannte Einzelrichterin des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark zur Entscheidung berufen.

Bekämpft wird das Ausscheiden des Angebotes; bislang wurde weder der Zuschlag erteilt, noch das Verfahren widerrufen.

Bei der bekämpften Entscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit a sublit cc BVergG. Bei der bekämpften Entscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, c, c, BVergG.

Der Antrag wurde rechtzeitig beim zuständigen Landesverwaltungsgericht Steiermark eingebracht und ordnungsgemäß vergebührt. Er entspricht auch den formalen Kriterien des § 7 StVergRG. Der Antrag wurde rechtzeitig beim zuständigen Landesverwaltungsgericht Steiermark eingebracht und ordnungsgemäß vergebührt. Er entspricht auch den formalen Kriterien des Paragraph 7, StVergRG.

2. Zum Absehen von der mündlichen Verhandlung:

Gemäß § 25 Abs 2 Z 3 StVergRG kann das Landesverwaltungsgericht von einer mündlichen Verhandlung absehen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben ist oder dass er abzuweisen ist. Gemäß Paragraph 25, Absatz 2, Ziffer 3, StVergRG kann das Landesverwaltungsgericht von einer

mündlichen Verhandlung absehen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben ist oder dass er abzuweisen ist.

§ 24 Abs 2 StVergRG: Paragraph 24, Absatz 2, StVergRG:

(2) Hat eine Auftraggeberin/ein Auftraggeber, eine vergebende Stelle oder eine Unternehmerin/ein Unternehmer Unterlagen nicht vorgelegt, Auskünfte nicht erteilt oder eine Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorgelegt, so kann das Landesverwaltungsgericht, wenn die Auftraggeberin/der Auftraggeber oder die Unternehmerin/der Unternehmer auf diese Säumnisfolge vorher ausdrücklich hingewiesen wurde, auf Grund der Behauptungen der/des nicht säumigen Beteiligten entscheiden.

Gemäß § 24 Abs 2 StVergRG kann das Landesverwaltungsgericht, wenn ein Auftraggeber oder eine vergebende Stelle bzw. ein Unternehmer Unterlagen nicht vorlegt, Auskünfte nicht erteilt oder eine Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorliegt, auf Grund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten entscheiden, wenn das Landesverwaltungsgericht Steiermark die Auftraggeberin oder die Unternehmerin auf diese Säumnisfolge vorher ausdrücklich hingewiesen hat. Gemäß Paragraph 24, Absatz 2, StVergRG kann das Landesverwaltungsgericht, wenn ein Auftraggeber oder eine vergebende Stelle bzw. ein Unternehmer Unterlagen nicht vorlegt, Auskünfte nicht erteilt oder eine Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorliegt, auf Grund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten entscheiden, wenn das Landesverwaltungsgericht Steiermark die Auftraggeberin oder die Unternehmerin auf diese Säumnisfolge vorher ausdrücklich hingewiesen hat.

Wie den Feststellungen zu entnehmen ist, wurde die Auftraggeberin mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark vom 27.12.2016, von der Auftraggeberin übernommen am 27.12.2016, zur Vorlage der Vergabeunterlagen im Original aufgefordert und ausdrücklich auf die Säumnisfolge hingewiesen.

Art. 1 Abs 1 letzter Satz Rechtsmittelrichtlinie stellt klar, dass es unionsrechtliche Aufgabe der nationalen Nachprüfungsinstanzen ist, die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch auf Verstöße gegen unionsrechtliche Vorschriften über das Auftragswesen und auf Verstöße gegen das Unionsrecht umsetzende nationale Recht zu überprüfen. Artikel eins, Absatz eins, letzter Satz Rechtsmittelrichtlinie stellt klar, dass es unionsrechtliche Aufgabe der nationalen Nachprüfungsinstanzen ist, die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch auf Verstöße gegen unionsrechtliche Vorschriften über das Auftragswesen und auf Verstöße gegen das Unionsrecht umsetzende nationale Recht zu überprüfen.

Das Stmk. Vergaberechtsschutzgesetz sieht insoweit die Nichtigkeitsklärung von Auftraggeberentscheidungen vor, wenn gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht, gegen das BVergG 2006 oder aber gegen Verordnungen auf Basis des BVergG verstoßen wird.

Dementsprechend sieht § 11 StVergRG vor, dass über Anträge auf Nichtigkeitsklärung von Entscheidungen eines Auftraggeberin/eines Auftraggebers unverzüglich, spätestens aber zwei Monate nach Einlangen des Antrags zu entscheiden ist. Dementsprechend sieht Paragraph 11, StVergRG vor, dass über Anträge auf Nichtigkeitsklärung von Entscheidungen eines Auftraggeberin/eines Auftraggebers unverzüglich, spätestens aber zwei Monate nach Einlangen des Antrags zu entscheiden ist.

§ 24 Abs 2 StVergRG normiert korrespondierend dazu Mitwirkungspflichten der Auftraggeberin bzw. ihrer vergebenden Stelle. Paragraph 24, Absatz 2, StVergRG normiert korrespondierend dazu Mitwirkungspflichten der Auftraggeberin bzw. ihrer vergebenden Stelle.

Der gegenständlich anwendbare § 24 Abs 2 StVergRG sieht von seinem Wortlaut her die Möglichkeit einer Säumnisentscheidung durch das Landesverwaltungsgericht Steiermark entsprechend vorangehender Belehrung der Verfahrensbeteiligten insbesondere dann vor, wenn eine Auftraggeberin oder aber vergebende Stelle die Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht vorlegt. Der gegenständlich anwendbare Paragraph 24, Absatz 2, StVergRG sieht von seinem Wortlaut her die Möglichkeit einer Säumnisentscheidung durch das Landesverwaltungsgericht Steiermark entsprechend vorangehender Belehrung der Verfahrensbeteiligten insbesondere dann vor, wenn eine Auftraggeberin oder aber vergebende Stelle die Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht vorlegt.

Die entsprechende Belehrung gemäß § 24 Abs 2 StVergRG hat gemäß obiger Sachverhaltsschilderung stattgefunden. Der Vergabeakt wurde durch die Auftraggeberin nicht vorgelegt bzw. wurden lediglich die in den Feststellungen angeführten Angebote im Original vorgelegt. Die entsprechende Belehrung gemäß Paragraph 24, Absatz 2, StVergRG

hat gemäß obiger Sachverhaltsschilderung stattgefunden. Der Vergabeakt wurde durch die Auftraggeberin nicht vorgelegt bzw. wurden lediglich die in den Feststellungen angeführten Angebote im Original vorgelegt.

Darüber hinaus kann gemäß § 25 Abs 2 Z 3 StVergG das Landesverwaltungsgericht jedenfalls von der Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung absehen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dieser abzuweisen ist. Darüber hinaus kann gemäß Paragraph 25, Absatz 2, Ziffer 3, StVergG das Landesverwaltungsgericht jedenfalls von der Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung absehen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dieser abzuweisen ist.

3. Zu den Ausscheidensgründen im Einzelnen:

3.1 Zur rechtsgültigen Fertigung bzw. zum fehlenden Angebotspreis in Punkt 1.9. der Ausschreibungsunterlage:

§ 78 Abs 7 BVergG: Paragraph 78, Absatz 7, BVergG:

In den Ausschreibungsunterlagen ist grundsätzlich nur eine Stelle für die rechtsgültige Unterfertigung des Angebotes durch den Bieter vorzusehen.

§ 106 Abs 1 BVergG: Paragraph 106, Absatz eins, BVergG:

Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

§ 108 Abs 2 BVergG: Paragraph 108, Absatz 2, BVergG:

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

§ 129 Abs 1 Z 7 BVergG: Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG:

(1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuscheiden:

1. 7. Ziffer 7

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;

Die Auftraggeberin hat die Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass durch die Nichteintragung von Namen und Anschrift unter 1.1 sowie Nichteintragung des Angebotspreises und der rechtsgültigen Unterfertigung der Ausschreibungsunterlage unter Punkt 1.9. der Ausschreibung kein formgültiges Angebot vorliege, was es einen unbehebaren Mangel darstelle und es daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden sei. Die Auftraggeberin hat die Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass durch die Nichteintragung von Namen und Anschrift unter 1.1 sowie Nichteintragung des Angebotspreises und der rechtsgültigen Unterfertigung der Ausschreibungsunterlage unter Punkt 1.9. der Ausschreibung kein formgültiges Angebot vorliege, was es einen unbehebaren Mangel darstelle und es daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden sei.

Gemäß § 108 Abs 1 Z 9 BVergG 2006 hat ein Angebot das Datum und die rechtsgültige Unterfertigung des Bieters zu enthalten. Gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG 2006 hat ein Angebot das Datum und die rechtsgültige Unterfertigung des Bieters zu enthalten.

Für die zivilrechtliche Verbindlichkeit des Angebots, das ist die Bindung des Bieters an sein Angebot während der Zuschlagsfrist, ist eine rechtsgültige Unterfertigung erforderlich (vgl. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann, § 108 Rz 62). Für die zivilrechtliche Verbindlichkeit des Angebots, das ist die Bindung des Bieters an sein Angebot während der

Zuschlagsfrist, ist eine rechtsgültige Unterfertigung erforderlich vergleiche Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann, Paragraph 108, Rz 62).

Unstrittig ist und durch das von der Auftraggeberin vorgelegte Originalangebot der Antragstellerin erwiesen, dass die Antragstellerin in Punkt 1.1. der Ausschreibungsunterlage den Namen und Anschrift nicht eintrug, in Punkt 1.9. auf Seite 5 der Ausschreibungsunterlagen den Angebotspreis nicht eintrug und auf Seite 6 desselben Dokuments an der Stelle für die rechtsgültige Unterfertigung diese nicht vornahm.

Die Antragstellerin hat jedoch sowohl auf Seite 25, somit der letzten Seite der Ausschreibungsunterlage, rechtsgültig und firmenmäßig gefertigt, sowie auf dem Formblatt der Auftraggeberin, in dem LV-Summe, Nachlass, Gesamtpreis, Umsatzsteuer und Angebot einzutragen waren, an der dafür vorgesehene Stelle rechtsgültig und firmenmäßig gefertigt. Weiters im Ausschreibungsleistungsverzeichnis auf Seite 2 des Deckblattes an der dafür vorgesehenen Stelle sowie im Leistungsverzeichnis auf Seite 1 an der dafür vorgesehenen Stelle; zusätzlich auf Seite 34 an der dafür vorgesehenen Stelle; weiters auf der ersten Berichtigung sowie auf der zweiten Berichtigung und am Besichtigungsblatt.

Das bedeutet somit, dass die Antragstellerin eine rechtsgültige Fertigung lediglich an einer von der Auftraggeberin gewünschten Stelle, nämlich auf Seite 5 der Ausschreibungsunterlage, nicht vorgenommen hat, aber an zahlreichen anderen Stellen, die laut Ausschreibung aber ebenfalls zu unterzeichnen waren, rechtsgültig unterfertigte. Darüber hinaus an weiteren Stellen, die nicht ausdrücklich zur Unterschrift vorgesehen waren.

Dass die Antragstellerin sowohl an ihr Angebot als auch an alle der Ausschreibung beiliegenden und zugrundeliegenden Unterlagen und somit auch an alle in diesen Unterlagen normierten Bedingungen gebunden sein wollte, hat sie mit der rechtsgültigen Unterfertigung am Ende der Ausschreibungsunterlage auf Seite 25 sowie durch die weiteren zahlreichen Unterschriften nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichts unmissverständlich und bedingungslos zum Ausdruck gebracht.

Eine rechtsgültige Fertigung im Sinne des § 108 Abs 1 Z 9 BVergG hat die Antragstellerin durch ihre Fertigung auf Seite 25 sowie durch die zahlreichen weiteren Fertigungen vorgenommen und damit nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichts Steiermark an ihrem Bindungswillen an das Angebot keinen Zweifel gelassen. Eine rechtsgültige Fertigung im Sinne des Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG hat die Antragstellerin durch ihre Fertigung auf Seite 25 sowie durch die zahlreichen weiteren Fertigungen vorgenommen und damit nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichts Steiermark an ihrem Bindungswillen an das Angebot keinen Zweifel gelassen.

Im Übrigen darf auf Punkt 2.1. der vorliegenden Ausschreibungsunterlage verwiesen werden, wo die Auftraggeberin in missverständlicher Weise vorsah, dass das Angebot vom Bieter an „der dafür vorgesehenen Stelle einmal rechtsgültig zu unterfertigen“ sei. Folgt man dem Wortlaut, ist sohin von der Auftraggeberin auf Grund der verwendeten Einzahl lediglich eine Stelle vorgesehen gewesen. Damit korrespondiert auch wenige Zeilen darunter die Vorgabe der Auftraggeberin, dass mit „der rechtsgültigen Unterfertigung“ – wiederum Einzahl - der Bieter ohne Einschränkungen alle Bestimmungen dieser Ausschreibung (insbesondere die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die Angaben zu den Leistungsbereichen und die vertragsrechtlichen Vorgaben) anerkenne.

Die Antragstellerin hat somit durch Abgabe ihrer rechtsgültigen Fertigung am Ende dieser Unterlage auch diesen Passus akzeptiert.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass gemäß § 108 Abs 2 BVergG die Antragstellerin mit der Unterfertigung des Angebotes die Erklärung abgegeben hat, die ausgeschriebene Leistung zu den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen zu erbringen. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass gemäß Paragraph 108, Absatz 2, BVergG die Antragstellerin mit der Unterfertigung des Angebotes die Erklärung abgegeben hat, die ausgeschriebene Leistung zu den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen zu erbringen.

Hierbei handelt es sich um eine Fiktion des Gesetzes, das jeder Bieter die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage kennt und die Angebote eine Leistung zu diesen Bestimmungen erbringt. Eine gesonderte vom Bieter unterfertigte Erklärung ist hierfür somit gar nicht erforderlich. Nach dieser Fiktion hat somit die Antragstellerin durch die Abgabe des ausgefüllten und unterfertigten Leistungsverzeichnisses und der übrigen Angebotsunterlagen – mit Ausnahme der Fertigung in Punkt 1.9. – auch die Erklärung abgegeben, die angebotene Leistung zu den Ausschreibungsbedingungen zu erbringen. Damit hat sie – entgegen der Ansicht der Auftraggeberin – ein verbindliches Angebot gemäß der

Definition des § 20 Z 2 BVergG gelegt (VwGH 29.06.2005, ZI: 2005/04/0024; VwGH 25.01.2011, ZI: 2006/04/0200). Hierbei handelt es sich um eine Fiktion des Gesetzes, das jeder Bieter die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage kennt und die Angebote eine Leistung zu diesen Bestimmungen erbringt. Eine gesonderte vom Bieter unterfertigte Erklärung ist hierfür somit gar nicht erforderlich. Nach dieser Fiktion hat somit die Antragstellerin durch die Abgabe des ausgefüllten und unterfertigten Leistungsverzeichnisses und der übrigen Angebotsunterlagen – mit Ausnahme der Fertigung in Punkt 1.9. – auch die Erklärung abgegeben, die angebotene Leistung zu den Ausschreibungsbedingungen zu erbringen. Damit hat sie – entgegen der Ansicht der Auftraggeberin – ein verbindliches Angebot gemäß der Definition des Paragraph 20, Ziffer 2, BVergG gelegt (VwGH 29.06.2005, ZI: 2005/04/0024; VwGH 25.01.2011, ZI: 2006/04/0200).

Zur mangelnden Angabe des Angebotspreises unter Punkt 1.9. ist festzuhalten, dass die Antragstellerin unstrittig unter anderem ein vollständig ausgefülltes und unterschriebenes Kurzleistungsverzeichnis betreffend die ausgeschriebene Leistung vorgelegt hat. Dieses Verzeichnis enthält nach der Aktenlage alle für die einzelnen Teilleistungen angebotenen Preise und hat die Antragstellerin weiters auch am Deckblatt den identen Preis ausgefüllt sowie auch Schlussblatt des Leistungsverzeichnisses. In allen Fällen hat sie unter der Rubrik „Nachlass“ keinen Betrag angegeben, sondern einen Strich gemacht, sodass sich keine Änderung beim angebotenen Preis ergab.

Daraus ergibt sich unzweifelhaft und unstrittig, dass von der Antragstellerin eben gerade kein Nachlass angeboten wurde und sind die Bedenken der Auftraggeberin nicht nachvollziehbar.

Mit der Abgabe dieses ausgefüllten und unterfertigten Kurzleistungsverzeichnisses samt den geforderten Unterlagen hat die Antragstellerin die verbindliche Erklärung abgegeben, die ausgeschriebene Leistung zu dem detailliert angebotenen Preis laut Kurzleistungsverzeichnis erbringen zu wollen.

Zweifellos handelt es sich auch beim Nichtausfüllen des Punktes 1.1 der Ausschreibungsunterlage (Name und Anschrift des Bieters) um einen behebbaren Mangel. Eine Zurechnung des Angebotes zur Antragstellerin war ohne jeden Zweifel schon auf Grund der zahlreichen Unterschriften unter Beifügung eines Firmenstempels im Angebot möglich und entbehrt das Vorbringen der Auftraggeberin jeder rechtlichen Grundlage.

Daraus folgt, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot zwar ein mit (behebaren) Mängeln behaftetes, aber rechtsverbindliches Angebot gelegt hat.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG hat die Auftraggeberin vor der Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung unter anderem fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurde oder nicht behebbare sind, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat die Auftraggeberin vor der Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung unter anderem fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurde oder nicht behebbare sind, auszuschneiden.

Zur Behebbarkeit von Mängeln in Angeboten hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 25.02.2004, ZI: 2003/04/0186, mit ausführlicher Begründung unter Bezugnahme auf Literatur und weitere Judikatur ausgeführt, dass solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde.

Im vorliegenden Fall hat es die Antragstellerin unterlassen, an einer von mehreren Stellen in der Ausschreibungsunterlage zu unterfertigen sowie an eben dieser Stelle den Angebotspreis und Namen und Anschrift auszufüllen.

Da die Antragstellerin – wie dargestellt – die ausgeschriebene Leistung ohnehin verbindlich angeboten hat und an zahlreichen weiteren Stellen der Angebotspreis inklusive der Gesamtpreis ausdrücklich angeführt wurden und auch an diesen Stellen unzweifelhaft erklärt wurde, dass kein Nachlass gegeben wird, führt die Verbesserung zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin.

Das Fehlen der Unterschrift sowie des Preises unter Punkt 1.9. sowie von Namen und Anschrift unter Punkt 1.1 stellt daher – entgegen der Ansicht der Auftraggeberin – einen behebbaren Mangel dar.

Der Einwand der Auftraggeberin, der Mangel sei nicht behebbare, weil es die Antragstellerin sonst in der Hand hätte, ein sie reuendes Angebot durch Unterlassung der Mängelbehebung der Ausscheidung zuzuführen, hätte zur

Konsequenz, dass ein Mangel nie als behebbar gewertet werden könnte, hat es doch der Bieter immer in der Hand, die Mängelbehebung zu unterlassen. Eine derartige Sichtweise würde jedoch dem Gesetz, das ausdrücklich die Behebung von Mängeln vorsieht, widersprechen (vgl. dazu die zahlreiche Judikatur des VwGH u.a. 25.02.2004, ZI: 2003/04/0186, VwGH 29.06.2005, ZI: 2005/04/0024, VwGH 10.12.2009, ZI:2005/04/0201). Der Einwand der Auftraggeberin, der Mangel sei nicht behebbar, weil es die Antragstellerin sonst in der Hand hätte, ein sie reuendes Angebot durch Unterlassung der Mängelbehebung der Ausscheidung zuzuführen, hätte zur Konsequenz, dass ein Mangel nie als behebbar gewertet werden könnte, hat es doch der Bieter immer in der Hand, die Mängelbehebung zu unterlassen. Eine derartige Sichtweise würde jedoch dem Gesetz, das ausdrücklich die Behebung von Mängeln vorsieht, widersprechen vergleiche dazu die zahlreiche Judikatur des VwGH u.a. 25.02.2004, ZI: 2003/04/0186, VwGH 29.06.2005, ZI:2005/04/0024, VwGH 10.12.2009, ZI: 2005/04/0201).

Dass es sich beim vorliegenden Angebot der Antragstellerin um kein widersprechendes Angebot handelt und somit nicht von einem sofortigen Ausscheiden auszugehen war, hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 19.11.2008, ZI: 2004/04/0102, klargestellt. Demnach muss ein Bieter, der ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen möchte, dies klar zum Ausdruck bringen. Eine solche klare Mitteilung liegt gegenständlich nicht vor.

In diesem Sinne hat auch das Bundesvergabeamt mehrfach entschieden, dass die bloße fehlende Fertigung eines Angebotes an der von der Auftraggeberin hierfür vorgesehenen Stelle, die vom Bieter jedoch an anderer Stelle vorgenommen wurde, einen behebbaren Mangel darstellt (BVA 26.07.2007, N/0064-BVA/14/2007-26 u.a.).

Im Übrigen hat auch der Oberste Gerichtshof - entgegen dem unvollständigen Zitat der Auftraggeberin - in seiner Entscheidung vom 12.02.2003, ZI: 7 Ob 307/04 a, unmissverständlich ausgeführt, dass ein Angebot, dem eine (gesonderte, zweite) Fertigung fehlte, zweifellos mangelhaft gewesen sei. Der Mangel sei jedoch in angemessener Frist verbesserbar und sei auch dadurch behoben worden, als diese Fertigung nachgereicht wurde. Eine schwerwiegende Wettbewerbsverzerrung konnte darin auch nach Auffassung des erkennenden Senates - entgegen der Behauptung der Auftraggeberin - nicht gelegen sein. Bedenken in Richtung einer Vorschubleistung zu wettbewerbswidrigen (- verzerrenden) Verhalten durch Zulassung dieser nachträglichen Unterschrift im Zuge der eingeräumten Verbesserung oder sonstige mit dem Vergaberecht in Widerspruch stehende Motive bzw. Aspekte wurden auch vom Obersten Gerichtshof nicht erkannt und konnten, wie auch im gegenständlichen Fall, nicht stichhaltig ins Treffen geführt werden.

Die Auftraggeberin hätte daher die Antragstellerin zur Verbesserung ihres Mangels aufzufordern gehabt (VwGH 10.12.2009, ZI: 2005/04/0201).

Durch die Mängelbehebung - durch nachträgliche Unterfertigung bzw. Ausfüllen des Angebotspreises sowie Einsetzen der Angaben des Bieters - könnte keine, auch nur mittelbare Verbesserung der materiellen Wettbewerbssituation des Antragstellers eintreten.

Die Auftraggeberin hätte die Antragstellerin zunächst zur Verbesserung aufzufordern gehabt. Erst und nur im Falle, dass die Antragstellerin dem Verbesserungsauftrag nicht bzw. nicht erfolgreich nachgekommen wäre, wäre ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Die Auftraggeberin hätte die Antragstellerin zunächst zur Verbesserung aufzufordern gehabt. Erst und nur im Falle, dass die Antragstellerin dem Verbesserungsauftrag nicht bzw. nicht erfolgreich nachgekommen wäre, wäre ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen.

Gemäß § 10 Abs 1 StVergRG hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn 1.) diese Entscheidung für eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin in dem von ihr geltend gemachten Recht verletzt und 2.) die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von Wesentlichem Einfluss ist. Gemäß Paragraph 10, Absatz eins, StVergRG hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn 1.) diese Entscheidung für eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin in dem von ihr geltend gemachten Recht verletzt und 2.) die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von Wesentlichem Einfluss ist.

Die Rechtswidrigkeit ist nach ständiger Judikatur dann von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des

Vergabeverfahrens, wenn bei deren Unterbleiben und damit bei gesetzeskonformer Vorgangsweise ein anderer Verfahrensausgang denkbar wäre (vgl. u.a. BVA 26.07.2007, ZI: N/0064-BVA/14/2007-26 u.v.a.). Die Rechtswidrigkeit ist nach ständiger Judikatur dann von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens, wenn bei deren Unterbleiben und damit bei gesetzeskonformer Vorgangsweise ein anderer Verfahrensausgang denkbar wäre vergleiche u.a. BVA 26.07.2007, ZI: N/0064-BVA/14/2007-26 u.v.a.).

Im vorliegenden Fall ist die Rechtswidrigkeit (rechtswidriges Ausscheiden) von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin ordnungsgemäß zur Mängelbehebung aufgefordert, ist denkbar, dass die Antragstellerin diesem Auftrag ordnungsgemäß nachgekommen wäre, sodass das Angebot zu einem „zuschlagsfähigen“ Angebot geworden wäre, zu dessen Gunsten, wie ausgeführt, womöglich die Zuschlagsentscheidung zu treffen gewesen wäre.

Da auch die nach § 10 Abs 1 Z 1 StVergRG geforderte Rechtsverletzung gegeben ist, war die Ausscheidensentscheidung schon aus diesem Grund für nichtig zu erklären. Da auch die nach Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer eins, StVergRG geforderte Rechtsverletzung gegeben ist, war die Ausscheidensentscheidung schon aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

3.2. Zur nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises und der Positionspreise:

Die Auftraggeberin hat erstmals in ihrer Stellungnahme vom 28.12.2016 vorgebracht, dass das Angebot der Antragstellerin mit einem Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG behaftet wäre. Dazu wurde ausgeführt, dass die Auftraggeberin neben dem Preisspiegel einen Vergleich mit marktkonformen Preisen als Grundlage für die Überprüfung der Angemessenheit des Preises durchgeführt hätte. Weitere Ausführungen zu einer allenfalls durchgeführten Angebotsprüfung wurden nicht gemacht bzw. wurde unter Punkt 5.4. der Stellungnahme angegeben, dass die eklatanten Abweichungen von angemessenen Preisen sowie das Anbieten von Negativpreisen im Angebot der Antragstellerin „keine weitere Abklärung und allenfalls Aufklärung hinsichtlich der Unschlüssigkeit der Preisgestaltung erfordert hätten“. Die Auftraggeberin hat erstmals in ihrer Stellungnahme vom 28.12.2016 vorgebracht, dass das Angebot der Antragstellerin mit einem Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG behaftet wäre. Dazu wurde ausgeführt, dass die Auftraggeberin neben dem Preisspiegel einen Vergleich mit marktkonformen Preisen als Grundlage für die Überprüfung der Angemessenheit des Preises durchgeführt hätte. Weitere Ausführungen zu einer allenfalls durchgeführten Angebotsprüfung wurden nicht gemacht bzw. wurde unter Punkt 5.4. der Stellungnahme angegeben, dass die eklatanten Abweichungen von angemessenen Preisen sowie das Anbieten von Negativpreisen im Angebot der Antragstellerin „keine weitere Abklärung und allenfalls Aufklärung hinsichtlich der Unschlüssigkeit der Preisgestaltung erfordert hätten“.

Rechtliche Grundlagen:

§ 125 Abs 5 BVergG: Paragraph 125, Absatz 5, BVergG:

(5) Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche – bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische – Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Auftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

§ 126 Abs 1 BVergG: Paragraph 126, Absatz eins, BVergG:

(1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine

verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

Gemäß § 125 Abs 1 BVergG ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die Ausschreibung oder alternativ angebotene Leistungen unter Berücksichtigung aller Umstände unter denen sie zu erbringen sein wird, zu überprüfen. Bei der Überprüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Gemäß Paragraph 125, Absatz eins, BVergG ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die Ausschreibung oder alternativ angebotene Leistungen unter Berücksichtigung aller Umstände unter denen sie zu erbringen sein wird, zu überprüfen. Bei der Überprüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

§ 125 Abs 3 BVergG verlangt, dass die Auftraggeberin Aufklärung über die Positionen des Angebots verlangen und gemäß Abs 4 und 5 leg cit vertieft zu prüfen hat, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs 4 BVergG aufweisen oder nach Prüfung gemäß Abs 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. Paragraph 125, Absatz 3, BVergG verlangt, dass die Auftraggeberin Aufklärung über die Positionen des Angebots verlangen und gemäß Absatz 4 und 5 leg cit vertieft zu prüfen hat, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß Paragraph 79, Absatz 4, BVergG aufweisen oder nach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

Nach den Ausführungen der Auftraggeberin hatte sie begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen der Antragstellerin. Entgegen § 125 Abs 3 BVergG hat sie jedoch keine Aufklärung verlangt und auch keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt. Nach den Ausführungen der Auftraggeberin hatte sie begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen der Antragstellerin. Entgegen Paragraph 125, Absatz 3, BVergG hat sie jedoch keine Aufklärung verlangt und auch keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt.

Auch wenn gemäß § 125 Abs 5 BVergG bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich von einer Dokumentation im Sinne des § 125 Abs 5 BVergG abgesehen werden kann, bedeutet dies jedoch nach den Erläuternden Bemerkungen zur BVergG-Novelle 2012 nicht, dass der Auftraggeber von jeglicher Aufklärung befreit wird, sondern lediglich, dass eine formalisierte Vorgangsweise nicht erforderlich ist. Auch wenn gemäß Paragraph 125, Absatz 5, BVergG bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich von einer Dokumentation im Sinne des Paragraph 125, Absatz 5, BVergG abgesehen werden kann, bedeutet dies jedoch nach den Erläuternden Bemerkungen zur BVergG-Novelle 2012 nicht, dass der Auftraggeber von jeglicher Aufklärung befreit wird, sondern lediglich, dass eine formalisierte Vorgangsweise nicht erforderlich ist.

Es liegt somit im Ermessen der Auftraggeberin, in welcher Art und Weise sie Aufklärung durch den Bieter verlangt.

Die Möglichkeit von der Aufklärung im Sinne des BVergG abzusehen, weil nach Auffassung der Auftraggeberin ohnehin keine Rechtfertigung möglich wäre, ist gesetzlich nicht vorgesehen und daher unzulässig.

Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung ist die Auftraggeberin verpflichtet, die vom Bieter im Rahmen des Aufklärungsgespräches abgegebenen Erklärungen kritisch zu hinterfragen und zu überprüfen. Die Feststellung, dass es sich um angemessene und nicht spekulative Preise handelt, ist objektiv zu begründen. Aus dem Prüfbericht muss hervorgehen, dass die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind (Rindler in Gast, BVergG Leitsatzkommentar, E51 zu § 125). Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung ist die Auftraggeberin verpflichtet, die vom Bieter im Rahmen des Aufklärungsgespräches abgegebenen Erklärungen kritisch zu hinterfragen und zu überprüfen. Die Feststellung, dass es sich um angemessene und nicht spekulative Preise handelt, ist objektiv zu begründen. Aus dem Prüfbericht muss hervorgehen, dass die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind (Rindler in Gast, BVergG Leitsatzkommentar, E51 zu Paragraph 125.).

Die vertiefte Angebotsprüfung hat so detailliert und umfangreich zu sein, dass eine ausreichend begründete Schlussfolgerung, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann, möglich sein muss (Rindler in Gast, BVergG Leitsatzkommentar, E52 zu § 125). Die vertiefte Angebotsprüfung hat so detailliert und umfangreich zu sein, dass eine ausreichend begründete Schlussfolgerung, ob ein seriöser

Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann, möglich sein muss (Rindler in Gast, BVergG Leitsatzkommentar, E52 zu Paragraph 125,).

Gegenständlich wurde keine Vergabeunterlage vorgelegt, sodass von Seiten des Landesverwaltungsgerichtes nicht nachvollzogen werden kann, wie die Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin bzw. die vergebende Stelle erfolgte.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Vergabenachprüfungsinstanzen setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsinstanz nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (EuGH 18.10.2011, Zl.: Rs C-19/00; LVwG Stmk 15.01.2016, GZ: LVwG 443.16-2978/2015-36, LVwG Stmk 21.06.2016, GZ: LVwG 44.16-364/2016-47, u.a.). Die Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen der Auftraggeberin muss jedenfalls im Vergabeakt gewährleistet sein.

Die Auftraggeberin ist grundsätzlich verpflichtet, alle Schritte und Überlegungen, die zu einer Zuschlagsentscheidung führen, entsprechend zu dokumentieren, insbesondere ob und in welchem Umfang sie die Plausibilität von Preisen geprüft hat, insbesondere dann, wenn sich aus dem Vergleich von wesentlichen Positionen in Angeboten bedeutende Abweichungen ergeben.

Wenn eine vertiefte Angebotsprüfung erfolgt, ist vom Bieter Aufklärung über jene Preise des Angebots zu verlangen, die vertieft geprüft wurden. Die vom Bieter gegebene Aufklärung muss von der Auftraggeberin überprüft werden.

Die von der Auftraggeberin in der Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorgebrachten Bedenken hinsichtlich zahlreicher Positionen der Antragstellerin können vom Landesverwaltungsgericht Steiermark mangels vorgelegten Vergabeakt nicht nachvollzogen werden und kann eine Prüfung der Preisangemessenheit zudem nicht auf die Ebene des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark verlagert werden. Dies wäre ohne entsprechenden Vergabeakt zum einen nicht möglich und zum anderen ist klar gestellt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Vergabekontrollinstanz eben nicht die Bewertung und Prüfung der Angebote durchführt bzw. allenfalls eine abweichende Bewertung anstelle des Auftraggebers vornimmt, was vielfach ohne Sachverständigen nicht möglich wäre und dem Nachprüfungsverfahren als effizienten Rechtsschutzverfahren zuwiderlaufen würde (LVwG Stmk 21.06.2016, GZ: LVwG 44.16-364/2016-47).

Es ist nicht Aufgabe des Landesverwaltungsgerichtes, zu prüfen, wer als potenzieller Bestbieter für den Zuschlag in Betracht kommen würde bzw. die vertiefte Angebotsprüfung, die - wie von der Auftraggeberin zugestanden - von dieser nicht durchgeführt wurde, anstelle oder parallel zur Auftraggeberin durchzuführen.

Im Übrigen legte auch das Bundesverwaltungsgericht vom 24.04.2015, Zl: W187 2101270-2, klar, dass es dem Verwaltungsgericht nicht zukommt, anstelle an der Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, dies ist Aufgabe der Auftraggeberin. Hinsichtlich der vertieften Angebotsprüfung führte das Bundesverwaltungsgericht weiters aus, dass lediglich die Erstellung eines Preisspiegels und eine Prüfung der Veränderung des Gesamtpreises bei Massenänderungen keine vertiefte Angebotsprüfung darstellt.

Somit kann mangels vorgelegter Dokumentation dem Vorbringen der Auftraggeberin auch in diesem Punkt nicht gefolgt werden. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird hinsichtlich der Frage der Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeit auf das unter Punkt 1. Ausgeführte verwiesen.

Soweit die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag die Einvernahme von Zeugen beantragt, ist der Auftraggeberin zu entgegnen, dass es nicht auf die Absicht der Auftraggeberin, sondern auf den nach außen hin zum Ausdruck kommenden objektiven Erklärungswert ihrer Willensäußerungen ankommt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt bei der Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen bzw. Erklärungen im Zuge eines Vergabeverfahrens, sohin auch der Ausscheidensentscheidung, den objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt für maßgebend erachtet (vgl. u.a. VwGH 19.11.2008, Zl: 2007/04/0018 mit Verweis auf die Vorjudikatur). Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist, gilt auch für die Auslegung der Willenserklärungen des Bieters. Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt bei der Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen bzw. Erklärungen im Zuge eines Vergabeverfahrens, sohin auch der Ausscheidensentscheidung, den objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt für maßgebend erachtet vergleiche u.a. VwGH 19.11.2008, Zl: 2007/04/0018 mit Verweis auf die Vorjudikatur). Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist, gilt auch für die Auslegung der Willenserklärungen des Bieters.

Da jedenfalls der objektive Erklärungswert des Angebots der Antragstellerin eindeutig und zweifelsfrei ergab, dass die Antragstellerin ihre Leistungen im Sinne der Vorgaben der Ausschreibung anbietet, kommt es auf die Erforschung allfälliger Absichten der Auftraggeberin nicht an.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Punkt II GebührenersatzZu Punkt römisch zwei Gebührenersatz:

Gemäß § 29 StVergRG haben vor den Landesverwaltungsgerichten, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerinnen/Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 28 StVergRG entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin/den Auftraggeber. Die Antragstellerin/der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz der entrichtenden Gebühren, wenn sie/er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Abs 2 leg cit besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren seinen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 29, StVergRG haben vor den Landesverwaltungsgerichten, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerinnen/Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 28, StVergRG entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin/den Auftraggeber. Die Antragstellerin/der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz der entrichtenden Gebühren, wenn sie/er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Absatz 2, leg cit besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren seinen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag durchgedrungen ist, hat die Auftraggeberin ihr gemäß § 29 StVergRG die ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 1.500,00 zu ersetzen. Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag durchgedrungen ist, hat die Auftraggeberin ihr gemäß Paragraph 29, StVergRG die ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 1.500,00 zu ersetzen.

Zu Punkt III RevisionZu Punkt römisch drei Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Vertiefte Angebotsprüfung, Unterschwellenbereich, Vorgehensweise, Auskunftspflicht, Vorlagepflicht, Säumnisfolge, Säumnisentscheidung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGST:2017:LVwG.45.16.3476.2016

Zuletzt aktualisiert am

14.04.2017

Quelle: Landesverwaltungsgericht Steiermark LVwG Steiermark, <http://www.lvwg-stmk.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at