

TE Lvwg Erkenntnis 2015/5/22 LVwG 443.15-742/2015, LVwG 443.15- 759/2015

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.05.2015

Entscheidungsdatum

22.05.2015

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §70 Abs2

BVergG 2006 §70 Abs5

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Senatsvorsitzende
Mag. Schnabl, die Richter Dr. Merl und Dr. Auprich im Nachprüfungsverfahren gemäß den § 5ff Steiermärkisches
Vergaberechtschutzgesetz (StVergRG) idF

LGBL Nr. 49/2014, betreffend das Vergabeverfahren „Wiederbewaldung der

Sturmschadensflächen in der LFS H“ durch das Land Steiermark über die Anträge der T F GmbH, J, A-L, vertreten durch
R P, Rechtsanwälte OG, Bgasse, G, Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Senatsvorsitzende , Mag.
Schnabl, die Richter Dr. Merl und Dr. Auprich im Nachprüfungsverfahren gemäß den Paragraph 5 f, f, Steiermärkisches

Vergaberechtschutzgesetz (StVergRG) in der Fassung , Landesgesetzblatt Nr. 49 aus 2014,, betreffend das Vergabeverfahren „Wiederbewaldung der, Sturmschadensflächen in der LFS H“ durch das Land Steiermark über die Anträge der T F GmbH, J, A-L, vertreten durch R P, Rechtsanwälte OG, Bgasse, G,

z u R e c h t e r k a n n t:

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin vom 28.02.2015 wird römisch eins. Dem Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin vom 28.02.2015 wird

Folge gegeben

und diese Entscheidung für nichtig erklärt.

II. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 02.03.2015 wird römisch zwei. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 02.03.2015 wird

Folge gegeben

und diese Entscheidung für nichtig erklärt.

III. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin die Pauschalgebühren im Betrag von € 3.000,00 sowie die Dolmetschgebühren im Betrag von € 125,00 zu ersetzen. römisch drei. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin die Pauschalgebühren im Betrag von € 3.000,00 sowie die Dolmetschgebühren im Betrag von € 125,00 zu ersetzen.

Mit dieser Entscheidung tritt die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungs-gerichtes vom 18.03.2015, GZ.: LVwG 45.15-743/2015, außer Kraft.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz BGBl. Nr. 10/1985 idF BGBl. I Nr. 122/2013 (im Folgenden VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs 4 B-VG unzulässig. römisch vier. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, Verwaltungsgerichtshofgesetz Bundesgesetzblatt Nr. 10 aus 1985, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 122 aus 2013, (im Folgenden VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. römisch eins.

Vorbringen, Sachverhalt:

Am 12.03.2015, 11.28 Uhr, brachte die T F GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte R P, Bgasse, G, einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung ein und beantragte 1.) das mit 28.02.2015 datierte Ausscheiden des Angebotes und 2.) die Zuschlagsentscheidung vom 02.03.2015 zugunsten der M P eGen, A, L, für nichtig zu erklären, in eventuelle, die Ausschreibung wegen fehlender Kennzeichnung der wesentlichen Positionen für nichtig zu erklären und die Auftraggeberin zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren zu verhalten. Gleichzeitig wurde beantragt, mittels einstweiliger Verfügung der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages zu untersagen. Begründend wurde vorgebracht, der Antragstellerin sei seitens der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsprüfung aufgetragen worden, eine Reihe von Unterlagen, unter anderem Nachweise betreffend die berufliche Zuverlässigkeit, Firmenbuchauszüge, aktuelle Kontoauszüge der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse, Strafregistrauszüge und Referenzen vorzulegen, letztere unter anderem auch hinsichtlich der von der Antragstellerin mit „0“ bewerteten Positionen ihres Angebotes. Die Antragstellerin sei diesen Verbesserungsaufträgen fristgerecht nachgekommen und habe somit letztlich ein mängelfreies Angebot gelegt. Dessen ungeachtet sei sie mit Schreiben vom 28.02.2015 von der Auftraggeberin dahingehend informiert worden, dass sie als Bieterin im Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei. Mit Schreiben vom 02.03.2015 sei die Antragstellerin weiters dahingehend informiert worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an den M zu erteilen. Da die T F GmbH erst im Jahr 2014 gegründet worden sei, sei es ihr nicht möglich gewesen, Unterlagen über die Umsätze der vergangenen drei Jahre vorzulegen. Die Geschäftsführerin der

T F GmbH betreibe jedoch auch ein Unternehmen in der Slowakei – die

T F S s.r.o. – und habe die dieses Unternehmen betreffenden Unterlagen vorgelegt, um veranschaulichen zu können, dass die wirtschaftlichen Fähigkeiten der Antragstellerin gegeben seien. Überdies habe die Antragstellerin sehr wohl die die

T F GmbH betreffenden Referenzen vorgelegt. Die Position „Rüsselkäferschutz“ sei deshalb in den Jahren 2017 und

2018 mit „0“ angeboten worden, weil dieser Käfer nur drei, maximal vier Jahre auf den neuen Kahlschlägen lebe und somit gerechnet ab dem Windwurf im Jahr 2013 bis maximal 2016 ein Rüsselkäferschutz erforderlich sei. Die Position „Wildverbisschutz“ sei ab dem sechsten Jahr ebenfalls mit „0“ angeboten worden, weil danach die Pflanzen bereits eine Größe erreicht hätten, welche einen Verbisschutz nicht mehr erforderlich mache. Hinsichtlich der Position „Fegeschutz“ werde ausgeführt, dass das Wildverbisschutzmittel Cervacol verwendet werde, welches eine Schutzdauer von zwei Jahren aufweist. Daher sei der Einsatz dieses Mittels lediglich im ersten und dritten Jahr der Aufforstung notwendig, nicht jedoch im zweiten und vierten Jahr. Sollten hinsichtlich dieser teilweise mit „0“ ausgepreisten Positionen entgegen den Erwartungen der Antragstellerin dennoch Arbeiten anfallen, würden diese von der Antragstellerin ohnedies kostenlos erbracht werden, zumal laut Ausschreibungstext Irrtümer zu Lasten des Bieters gehen. Die Argumentation der Auftraggeberin, wonach diese Preisangaben aus betriebswirtschaftlicher Sicht unplausibel seien, gingen somit ins Leere. Die Antragstellerin sei daher zusammenfassend zu Unrecht ausgeschieden worden und hätte ihr daher, da sie mit € 404.604,00 brutto das preislich günstigste Angebot gelegt habe, als Billigstbieterin auch der Zuschlag erteilt werden müssen. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der zweitbilligsten Bieterin M P eGen sei daher zu Unrecht erfolgt.

Am 12.03.2015, 11.28 Uhr, brachte die T F GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte R P, Bgasse, G, einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung ein und beantragte 1.) das mit 28.02.2015 datierte Ausscheiden des Angebotes und 2.) die Zuschlagsentscheidung vom 02.03.2015 zugunsten der M P eGen, A, L, für nichtig zu erklären, in eventu, die Ausschreibung wegen fehlender Kennzeichnung der wesentlichen Positionen für nichtig zu erklären und die Auftraggeberin zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren zu verhalten. Gleichzeitig wurde beantragt, mittels einstweiliger Verfügung der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages zu untersagen. Begründend wurde vorgebracht, der Antragstellerin sei seitens der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsprüfung aufgetragen worden, eine Reihe von Unterlagen, unter anderem Nachweise betreffend die berufliche Zuverlässigkeit, Firmenbuchauszüge, aktuelle Kontoauszüge der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse, Strafregisterauszüge und Referenzen vorzulegen, letztere unter anderem auch hinsichtlich der von der Antragstellerin mit „0“ bewerteten Positionen ihres Angebotes. Die Antragstellerin sei diesen Verbesserungsaufträgen fristgerecht nachgekommen und habe somit letztlich ein mängelfreies Angebot gelegt. Dessen ungeachtet sei sie mit Schreiben vom 28.02.2015 von der Auftraggeberin dahingehend informiert worden, dass sie als Bieterin im Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei. Mit Schreiben vom 02.03.2015 sei die Antragstellerin weiters dahingehend informiert worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an den M zu erteilen. Da die T F GmbH erst im , Jahr 2014 gegründet worden sei, sei es ihr nicht möglich gewesen, Unterlagen über die Umsätze der vergangenen drei Jahre vorzulegen. Die Geschäftsführerin der , T F GmbH betreibe jedoch auch ein Unternehmen in der Slowakei – die , T F S s.r.o. – und habe die dieses Unternehmen betreffenden Unterlagen vorgelegt, um veranschaulichen zu können, dass die wirtschaftlichen Fähigkeiten der Antragstellerin gegeben seien. Überdies habe die Antragstellerin sehr wohl die die , T F GmbH betreffenden Referenzen vorgelegt. Die Position „Rüsselkäferschutz“ sei deshalb in den Jahren 2017 und 2018 mit „0“ angeboten worden, weil dieser Käfer nur drei, maximal vier Jahre auf den neuen Kahlschlägen lebe und somit gerechnet ab dem Windwurf im Jahr 2013 bis maximal 2016 ein Rüsselkäferschutz erforderlich sei. Die Position „Wildverbisschutz“ sei ab dem sechsten Jahr ebenfalls mit „0“ angeboten worden, weil danach die Pflanzen bereits eine Größe erreicht hätten, welche einen Verbisschutz nicht mehr erforderlich mache. Hinsichtlich der Position „Fegeschutz“ werde ausgeführt, dass das Wildverbisschutzmittel Cervacol verwendet werde, welches eine Schutzdauer von zwei Jahren aufweist. Daher sei der Einsatz dieses Mittels lediglich im ersten und dritten Jahr der Aufforstung notwendig, nicht jedoch im zweiten und vierten Jahr. Sollten hinsichtlich dieser teilweise mit „0“ ausgepreisten Positionen entgegen den Erwartungen der Antragstellerin dennoch Arbeiten anfallen, würden diese von der Antragstellerin ohnedies kostenlos erbracht werden, zumal laut Ausschreibungstext Irrtümer zu Lasten des Bieters gehen. Die Argumentation der Auftraggeberin, wonach diese Preisangaben aus betriebswirtschaftlicher Sicht unplausibel seien, gingen somit ins Leere. Die Antragstellerin sei daher zusammenfassend zu Unrecht ausgeschieden worden und hätte ihr daher, da sie mit € 404.604,00 brutto das preislich günstigste Angebot gelegt habe, als Billigstbieterin auch der Zuschlag erteilt werden müssen. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der zweitbilligsten Bieterin M P eGen sei daher zu Unrecht erfolgt.

Mit Schriftsatz vom 03.04.2015 wandte die Auftraggeberin zunächst ein, der Antrag betreffend die Anfechtung des Ausscheidens des Angebotes sei gerechnet ab der Absendung dieser Entscheidung am 28.02.2015 verfristet. Dass die Antragstellerin ihrem Vorbringen zufolge wegen eines Aufenthalts in der Ukraine in der Zeit von 28.02. bis 01.03.2015 keine Mails abrufen konnte, sei irrelevant, weil für den Beginn des Fristenlaufes ausschließlich der Zeitpunkt der

Absendung der Entscheidung maßgeblich sei. Das Angebot der Antragstellerin sei hinsichtlich der Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht plausibel und sei es der Antragstellerin weder beim Aufklärungsgespräch am 10.02.2015, noch bei den in Entsprechung des Mails der Auftraggeberin vom 24.02.2015 vorgelegten Referenzen gelungen, die „0 Positionen“ ihres Angebotes plausibel zu erklären. Im Übrigen erscheine es seltsam, dass die vorgelegten Referenzen teilweise Arbeiten aus dem Jahr 2012 bescheinigen, obwohl das Unternehmen der Antragstellerin erst im Februar 2014 gegründet wurde. Im Übrigen sei die Antragstellerin bereits mangels Eignung gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG zu Recht ausgeschieden worden, weil sie sich hinsichtlich der laut Ausschreibung geforderten Mindestumsätze von € 300.000,00 pro Jahr auf die Umsätze der Firma T F S. s r.o. in der Slowakei berufen habe, obwohl es sich bei diesem Unternehmen laut eigenem Vorbringen der Antragstellerin bloß um eine „Schwesterfirma“ handle, welche von derselben Person als Geschäftsführerin geleitet werde. Auch das vorgelegte KSV-Rating der Antragstellerin entspreche nicht den gesetzlichen Voraussetzungen, da es sich auf den 11.02.2015, somit auf einen Zeitpunkt nach der Angebotseröffnung beziehe. Mit Schriftsatz vom 03.04.2015 wandte die Auftraggeberin zunächst ein, der Antrag betreffend die Anfechtung des Ausscheidens des Angebotes sei gerechnet ab der Absendung dieser Entscheidung am 28.02.2015 verfristet. Dass die Antragstellerin ihrem Vorbringen zufolge wegen eines Aufenthalts in der Ukraine in der Zeit von 28.02. bis 01.03.2015 keine Mails abrufen konnte, sei irrelevant, weil für den Beginn des Fristenlaufes ausschließlich der Zeitpunkt der Absendung der Entscheidung maßgeblich sei. Das Angebot der Antragstellerin sei hinsichtlich der Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht plausibel und sei es der Antragstellerin weder beim Aufklärungsgespräch am 10.02.2015, noch bei den in Entsprechung des Mails der Auftraggeberin vom 24.02.2015 vorgelegten Referenzen gelungen, die , „0 Positionen“ ihres Angebotes plausibel zu erklären. Im Übrigen erscheine es seltsam, dass die vorgelegten Referenzen teilweise Arbeiten aus dem Jahr 2012 bescheinigen, obwohl das Unternehmen der Antragstellerin erst im Februar 2014 gegründet wurde. Im Übrigen sei die Antragstellerin bereits mangels Eignung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zu Recht ausgeschieden worden, weil sie sich hinsichtlich der laut Ausschreibung geforderten Mindestumsätze von € 300.000,00 pro Jahr auf die Umsätze der Firma T F S. s r.o. in der Slowakei berufen habe, obwohl es sich bei diesem Unternehmen laut eigenem Vorbringen der Antragstellerin bloß um eine „Schwesterfirma“ handle, welche von derselben Person als Geschäftsführerin geleitet werde. Auch das vorgelegte KSV-Rating der Antragstellerin entspreche nicht den gesetzlichen Voraussetzungen, da es sich auf den 11.02.2015, somit auf einen Zeitpunkt nach der Angebotseröffnung beziehe.

Die präsumtive Bestbieterin schloss sich vertreten durch W & P Rechtsanwälte OG am 20.03.2015 durch die Erhebung begründeter Einwenden dem gegenständlichen Verfahren an und brachte zunächst in formaler Hinsicht vor, die gestellten Anträge seien unzulässig, da die Antragstellerin die Nichtigklärung des gegenständlichen Verfahrens sowie insbesondere der Zuschlagserteilung beantrage und es sich dabei nicht um gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne von § 4 StVergRG handle. Die Zuschlagsentscheidung sei somit überhaupt nicht angefochten worden und handle es sich um ein nicht verbesserungsfähiges verfehltes Begehren. Überdies sei der Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung verfristet. Dem Angebot der Antragstellerin mangle es darüber hinaus auch an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Laut Auskunft des KSV vom 04.02.2015 verfüge die Antragstellerin nämlich lediglich über ein

KSV-Rating von 362. Hinsichtlich der angebotenen „0“ Positionen handle es sich um ein ausschreibungswidriges Angebot, da die Antragstellerin die ausgeschriebene Leistung bei diesen Positionen in Wirklichkeit gar nicht angeboten habe, weshalb das Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden sei. Die betreffenden Positionen des Leistungsverzeichnisses seien, auch wenn der Abruf dieser Positionen lediglich optional nach Vorgabe des Auftraggebers erfolge, selbstverständlich ebenfalls zwingend anzubieten gewesen. Überdies bestehe der Verdacht, dass hier eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliege und das Angebot darüber hinaus auch gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden sei. Die präsumtive Bestbieterin schloss sich vertreten durch W & P Rechtsanwälte OG am 20.03.2015 durch die Erhebung begründeter Einwenden dem gegenständlichen Verfahren an und brachte zunächst in formaler Hinsicht vor, die gestellten Anträge seien unzulässig, da die Antragstellerin die Nichtigklärung des gegenständlichen Verfahrens sowie insbesondere der Zuschlagserteilung beantrage und es sich dabei nicht um gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne von Paragraph 4, StVergRG handle. Die Zuschlagsentscheidung sei somit überhaupt nicht angefochten worden und handle es sich um ein nicht verbesserungsfähiges verfehltes Begehren. Überdies sei der Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung verfristet. Dem Angebot der Antragstellerin mangle es darüber hinaus auch an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Laut Auskunft des KSV vom 04.02.2015 verfüge die Antragstellerin nämlich lediglich

über ein , KSV-Rating von 362. Hinsichtlich der angebotenen „0“ Positionen handle es sich um ein ausschreibungswidriges Angebot, da die Antragstellerin die ausgeschriebene Leistung bei diesen Positionen in Wirklichkeit gar nicht angeboten habe, weshalb das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden sei. Die betreffenden Positionen des Leistungsverzeichnisses seien, auch wenn der Abruf dieser Positionen lediglich optional nach Vorgabe des Auftraggebers erfolge, selbstverständlich ebenfalls zwingend anzubieten gewesen. Überdies bestehe der Verdacht, dass hier eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliege und das Angebot darüber hinaus auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden sei.

Nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22.05.2015 wird unter Verwertung der in der Verhandlung vorgekommenen Urkunden, insbesondere diversen von den Verfahrensparteien vorgelegten Urkunden, dem vorgelegten und auszugsweise kopierten Vergabeakt der Auftraggeberin, den Originalangeboten der Antragstellerin und der anderen beiden Bieterinnen und den vom LVwG durchgeführten Erhebungen nachstehender entscheidungsrelevanter Sachverhalt als erwiesen angenommen:

Die T F GmbH wurde am 01.03.2014 gegründet. Handelsrechtliche Geschäftsführerin ist Frau Mag. T S. Unternehmensgegenstand sind Waldpflege, Aufforstung und die Tätigkeit eines Handelsagenten für Forstpflanzung. Die Beschwerdeführerin betreibt überdies ebenfalls als handelsrechtliche Geschäftsführerin schon seit mehreren Jahren die T F S. s.r.o. in Z (Slowakei) mit dem gleichen Unternehmensgegenstand. Das zuletzt genannte Unternehmen hat auch bereits mehrfach Aufträge für Auftraggeber in Österreich durchgeführt, unter anderem auch für das Land Steiermark.

Die verfahrensgegenständliche Leistung „Wiederbewaldung der Sturmschadens-flächen in der LFS H“ wurde nach einem Sturmschaden im Jahr 2013 bereits im Jahr 2014 schon einmal ausgeschrieben und auch vergeben, wobei sich bei dieser Ausschreibung ebenfalls die nunmehrige präsumtive Bestbieterin und der F M, G & G GmbH beteiligten sowie Frau Mag. T S, damals allerdings noch mit der von ihr betriebenen Firma T F S. s.r.o.. Nachdem die Billigstbieterin aus dem Vorjahr kurz nach Beginn der Aufforstungsarbeiten bereits in Konkurs gegangen war und daher ein Großteil der vergebenen Leistungen nicht zur Ausführung gelangten, wurden die verbleibenden Leistungen zu Jahresende 2014 neuerlich ausgeschrieben, wobei als Ausschreibungsgrundlage im Wesentlichen der Text der vorangegangenen Ausschreibung wiederverwendet wurde.

Die verfahrensgegenständliche Ausschreibung wurde als Dienstleistungsauftrag im Oberschwellerbereich im offenen Verfahren bekannt gemacht. Als Auftraggeberin fungiert das Land Steiermark, vergebende Stelle ist die A* des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung/Land- und Forstwirtschaftliche Schule H, wobei ebenso wie bei der vorangegangenen Ausschreibung der Direktor der LFS H, Dipl.-Ing. F D, federführend mit der Abwicklung der Ausschreibung und der Angebotsprüfung befasst war. Ausschreibungsgegenstand ist die Aufforstung von ca. 30 ha Waldfläche sowie Pflanzenschutz- und Kulturpflégemaßnahmen nach der Aufforstung und weiters Pflanzenschutz- und Kulturpflégemaßnahmen auf zusätzlich rund 30 ha weiterer Fläche, welche bereits im Frühjahr 2014 aufgeforstet wurde, somit insgesamt ca. 60 ha Waldflächen der Land- und Forstwirtschaftlichen Fachschule H, Tgraben, K, verteilt über einen Zeitraum von bis zu sieben Jahren nach der Aufforstung, wobei ein Teil der ausgeschriebenen Arbeiten optional nach Vorgabe des Auftraggebers zu erbringen ist. Die Angebotsfrist endete am 03.02.2015.

Die entscheidungsrelevanten Bestimmungen des Ausschreibungstextes lauten wie folgt:

„II. Bestimmungen über das Angebot

...

Unausgefüllte Preispositionen gelten als nicht angeboten. Kostenlose Preispositionen sind ausdrücklich mit Preis „0“ auszufüllen.“

6. Preisbestimmungen

Die Preise sind in EURO inklusive aller Gebühren und Abgaben sowie aller Kosten der gegenständlichen Auftragsabwicklung zu erstellen. Die gesetzliche Umsatzsteuer ist getrennt auszuweisen. Die Preise sind im Preisangebotsverfahren zu bestimmen.

II.römisch zwei.

Anforderungen an die Bieter

1.

Eignung und Nachweise

1.1 Allgemein

Der Bieter muss spätestens zum Ende der Angebotsfrist zur Erbringung der angebotenen Leistung geeignet sein. Die Befugnis, die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit müssen spätestens zu diesem Zeitpunkt vorliegen. Es darf kein Ausschlussgrund gemäß § 68 BVergG vorliegen. Der Bieter muss spätestens zum Ende der Angebotsfrist zur Erbringung der angebotenen Leistung geeignet sein. Die Befugnis, die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit müssen spätestens zu diesem Zeitpunkt vorliegen. Es darf kein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, BVergG vorliegen.

Bieter können gemäß § 70 BVergG auch durch Vorlage einer Erklärung

(sog. Eigenerklärung, Muster siehe Beilage) belegen, dass sie die vom AG verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können. Die festgelegten Nachweise sind auf Anforderung durch den AG binnen 3 Arbeitstagen beizubringen. Die Befugnisse, über die der Unternehmer konkret verfügt, sind im Einzelnen anzugeben. Bieter können gemäß Paragraph 70, BVergG auch durch Vorlage einer Erklärung , (sog. Eigenerklärung, Muster siehe Beilage) belegen, dass sie die vom AG verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können. Die festgelegten Nachweise sind auf Anforderung durch den AG binnen 3 Arbeitstagen beizubringen. Die Befugnisse, über die der Unternehmer konkret verfügt, sind im Einzelnen anzugeben.

1.2 Form der Nachweise

Sämtliche geforderte Nachweise sind in aktueller Fassung, nicht älter als drei Monate (mit Ausnahme der Ausbildungsnachweise) vorzulegen. Alle Nachweise sind in Kopie vorzulegen.

Der Bieter kann die Eignung auch durch die Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten nachweisen, sofern diesem die geforderten Unterlagen vorliegen und vom Auftraggeber unmittelbar abrufbar sind (z.B. ANKÖ). Der Bieter hat in diesem Fall die Mitgliedsnummer (z.B. ANKÖ) bekannt zu geben.

1.3.3 Wirtschaftliche/finanzielle und technische Leistungsfähigkeit:

Der Bieter hat als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vorzulegen:

1. KSV Rating max. 350

...

3. eine Erklärung über die solidarische Haftung von Subunternehmern gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stützt,

4. eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre. Der Mindestumsatz muss € 300.000 pro Jahr betragen.

Der Bieter hat als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit vorzulegen:

...

2.

–Vorlage von mindestens drei Referenzaufträgen aus den letzten 3 Jahren:

Mindestauftragssumme pro Referenzauftrag € 30.000. Mindestens

1 Referenzauftrag in dieser Höhe darf nicht länger als 1 Jahr zurückliegen Mindestauftragssumme pro Referenzauftrag € 30.000. Mindestens , 1 Referenzauftrag in dieser Höhe darf nicht länger als 1 Jahr zurückliegen.

1.4 Substitution der Eignung

Der Bieter kann sich zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für diesen Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen.

In diesem Fall ist der Nachweis zu erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen

Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Der Bieter kann sich zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für diesen Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen. In diesem Fall ist der Nachweis zu erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Im Falle des vorläufigen Nachweises der Eignung durch Eigenerklärung ist diese auch für Unternehmen zu erbringen, auf deren Kapazitäten sich der Bieter stützt.

Laut Leistungsverzeichnis können die Preise bei den einzelnen Positionen vom Bieter entweder wahlweise aufgeschlüsselt nach Lohn- und Materialkosten (L und M) oder als Mischpreis pro Stück Pflanze angeboten werden. Bei Position 2 (Rüsselkäferschutz) ist das Besprühen der Pflanze im Frühjahr 2017 und Frühjahr 2018 nur optional nach Vorgabe des Auftraggebers durchzuführen, bei Position 3 (Wildverbiss-Schutz) ab 2017 bis 2020 ebenfalls nur optional, bei Position 4 („Fegeschutz bei Bergahorn“) ist das Streichen des Stammes mit einem zugelassenen Fegeschutzmittel im Jahr 2018 ebenfalls nur nach Vorgabe des Auftraggebers durchzuführen. Die Position 5 (Kulturpflege) – dies ist das Freistellen der aufgeforsteten Pflanzen von Unkraut durch Mähen oder Niedertreten der Begleitvegetation – sind diese Maßnahmen laut Leistungsverzeichnis ab 2016 ebenfalls wieder nur nach Vorgabe des Auftraggebers durchzuführen.

Im Ausschreibungstext findet sich bei den Positionen 4 und 5 in den Erläuterungen, nicht jedoch im Leistungsverzeichnis selbst, zweimal ein Schreibfehler dahingehend, wonach die optional anzubietenden Positionen nach Vorgabe des Auftragnehmers statt richtig des Auftraggebers zu erbringen sind.

Während offener Angebotsfrist gab es weder Bieteranfragen noch Ausschreibungs-änderungen bzw. Korrekturen durch die Auftraggeberin.

Bei Angebotsöffnung am 03.02.2015 lagen drei Angebote vor, nämlich jenes der Antragstellerin mit einer Bruttoangebotssumme von € 404.604,00, jenes der präsumentiven Bestbieterin mit einem Bruttopreis von € 520.149,60 und jenes des F M, G & G GmbH mit einem Angebotspreis von € 656.425,80.

Bei Angebotsöffnung waren dem Angebot der Antragstellerin keinerlei Nachweise angeschlossen. Die Antragstellerin hat stattdessen eine Eigenerklärung abgegeben. Eine ANKÖ-Nummer wurde nicht bekannt gegeben und ist die Antragstellerin auch nicht im ANKÖ registriert. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot bei allen Positionen des Leistungsverzeichnisses jene Teilleistungen, welche nur optional nach Vorgabe des Auftraggebers zu erbringen sind, mit „0“ angeboten. Subunternehmer wurden nicht namhaft gemacht, es wurde auch nicht mitgeteilt, dass die Antragstellerin gedenke, sich zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens, insbesondere der Schwesterfirma T F S. s.r.o. zu stützen. Per Mail vom 03.02.2015 wurde die Antragstellerin zunächst von Dipl.-Ing. F D aufgefordert, die in der Ausschreibung unter Punkt 1.3.2 „Berufliche Zuverlässigkeit“ geforderten Nachweise bis spätestens 03.02.2015 nachzureichen, welcher Aufforderung die Antragstellerin auch nachkam. Mit weiterem Mail vom gleichen Tage wurde die Antragstellerin aufgefordert, die „0“ Positionen ihres Angebotes in einem persönlichen Gespräch zu erläutern, da es sich nach Auffassung des Auftraggebers um ein nicht ausschreibungskonformes Angebot handle. Per 03.02.2015 gab die Antragstellerin zunächst per E-Mail nachstehende Erklärung ab: „Sämtliche Positionen, welche mit 0,00 ausgefüllt wurden, sind von uns so bewertet. Hierbei verweise ich auf Seite 7 der Ausschreibungsunterlagen, wo im letzten Absatz vermerkt ist: Kostenlose Preispositionen sind ausdrücklich mit Preis „0“ auszufüllen. Exakt das haben wir getan, da wir auf Grund unserer Erfahrung in dieser Gegend der Meinung sind, dass bei sachgemäßer Pflanzung und Pflege unsererseits diese Arbeiten nicht erforderlich sein werden. Sollte sich herausstellen, dass entgegen unserer Erfahrung dies dennoch erforderlich ist, werden diese Arbeiten von uns wie angeboten – also in diesem Fall kostenlos – durchgeführt.“ In weiterer Folge fand am 10.02.2015 ein Aufklärungsgespräch statt, an welchem seitens der Antragsteller die Geschäftsführerin, Frau Mag. T S, und deren Gatte,

Ing. M S, teilnahmen sowie seitens der Auftraggeberin

Dipl.-Ing. F D und Dipl.-Ing. W L. Hinsichtlich der

„0“ Positionen wiederholte die Antragstellerin lediglich ihren bereits im Mail vom 03.02.2015 vorgetragenen forstwirtschaftlichen Standpunkt und bekräftigte neuerlich diese Positionen falls erforderlich auch kostenlos durchzuführen. Die laut Ausschreibung geforderten Unterlagen zur Bescheinigung der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit wurden mit Ausnahme des

KSV-Ratings beim Bietergespräch vorgelegt, insbesondere mehrere Referenzen sowie eine Liste mit insgesamt 13

Referenzprojekten, sowie die Umsätze der

T F GmbH für das Jahr 2014 und weiters eine von einer slowakischen Buchhaltungsfirma ausgestellte Bestätigung über die Gesamtumsätze der T F Slowakei im Zeitraum 2013/2014 im Betrag von € 293.889,28. Am 11.02.2015 reichte die Antragstellerin noch ein mit diesem Tag datiertes KSV-Rating nach, welches eine Gesamtbewertung von 345 enthielt. Dieses Rating wurde von Dipl.-Ing. F D ohne weitere Nachfragen bzw. Beanstandungen entgegengenommen. Per Mail vom 24.02.2015 teilte Dipl.-Ing. F D der Antragstellerin mit, dass auf Grund der Kenntnis ortsüblich waldbaulicher Erfordernisse, dem Auftraggeber klar sei, dass ein erheblicher Aufwand für die „0“ Positionen entstehen werde. Die Argumentation seitens der Bieterin, dass diese Maßnahmen auf Grund der hohen Qualität der Pflanzung nicht anfallen werden, sei aus waldbaulicher Sicht nicht nachvollziehbar. Die niedrigste Angebotssumme resultiere nicht aus den niedrigsten Kosten pro geforderte Leistungseinheit, sondern aus einer konträren waldbaulichen Auffassung. Die Antragstellerin werde daher ersucht, bis spätestens Freitag, 27.02.2015, entsprechende Referenzen aus der Region auf vergleichbaren Standorten vorzulegen, wo die von ihr angeführten Erfahrungen – nämlich der Verzicht der Kulturpflege im dritten, vierten und fünften Jahr nach der Pflanzung – erfolgreich umgesetzt wurden. In Entsprechung dieses Auftrages legte die Antragstellerin fristgerecht unter anderem nochmals jene Referenzen vor, welche sie bereits anlässlich des Aufklärungsgesprächs vom 10.02.2015 übergeben hatte, diesmal jedoch mit leicht geänderten Text, aus welchem sinngemäß hervorgeht, dass die jeweilige Auskunftsperson des Leistungsempfängers bescheinigt, dass wegen des erfolgreichen Aufwuchses der Pflanzen trotz intensiver Begleitvegetation lediglich ein ein- oder zweimaliges Kultursicheln und keine weiteren Kulturpflegemaßnahmen erforderlich waren. Bei Angebotsöffnung waren dem Angebot der Antragstellerin keinerlei Nachweise angeschlossen. Die Antragstellerin hat stattdessen eine Eigenerklärung abgegeben. Eine ANKÖ-Nummer wurde nicht bekannt gegeben und ist die Antragstellerin auch nicht im ANKÖ registriert. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot bei allen Positionen des Leistungsverzeichnisses jene Teilleistungen, welche nur optional nach Vorgabe des Auftraggebers zu erbringen sind, mit „0“ angeboten. Subunternehmer wurden nicht namhaft gemacht, es wurde auch nicht mitgeteilt, dass die Antragstellerin gedenke, sich zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens, insbesondere der Schwesterfirma T F S. s.r.o. zu stützen. Per Mail vom 03.02.2015 wurde die Antragstellerin zunächst von Dipl.-Ing. F D aufgefordert, die in der Ausschreibung unter Punkt 1.3.2 „Berufliche Zuverlässigkeit“ geforderten Nachweise bis spätestens 03.02.2015 nachzureichen, welcher Aufforderung die Antragstellerin auch nachkam. Mit weiterem Mail vom gleichen Tage wurde die Antragstellerin aufgefordert, die „0“ Positionen ihres Angebotes in einem persönlichen Gespräch zu erläutern, da es sich nach Auffassung des Auftraggebers um ein nicht ausschreibungskonformes Angebot handle. Per 03.02.2015 gab die Antragstellerin zunächst per E-Mail nachstehende Erklärung ab: „Sämtliche Positionen, welche mit 0,00 ausgefüllt wurden, sind von uns so bewertet. Hiebei verweise ich auf Seite 7 der Ausschreibungsunterlagen, wo im letzten Absatz vermerkt ist: Kostenlose Preispositionen sind ausdrücklich mit Preis „0“ auszufüllen. Exakt das haben wir getan, da wir auf Grund unserer Erfahrung in dieser Gegend der Meinung sind, dass bei sachgemäßer Pflanzung und Pflege unsererseits diese Arbeiten nicht erforderlich sein werden. Sollte sich herausstellen, dass entgegen unserer Erfahrung dies dennoch erforderlich ist, werden diese Arbeiten von uns wie angeboten – also in diesem Fall kostenlos – durchgeführt.“ In weiterer Folge fand am 10.02.2015 ein Aufklärungsgespräch statt, an welchem seitens der Antragstellerin die Geschäftsführerin, Frau Mag. T S, und deren Gatte, Ing. M S, teilnahmen sowie seitens der Auftraggeberin, Dipl.-Ing. F D und Dipl.-Ing. W L. Hinsichtlich der „0“ Positionen wiederholte die Antragstellerin lediglich ihren bereits im Mail vom 03.02.2015 vorgetragenen forstwirtschaftlichen Standpunkt und bekräftigte neuerlich diese Positionen falls erforderlich auch kostenlos durchzuführen. Die laut Ausschreibung geforderten Unterlagen zur Bescheinigung der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit wurden mit Ausnahme des , KSV-Ratings beim Bietergespräch vorgelegt, insbesondere mehrere Referenzen sowie eine Liste mit insgesamt 13 Referenzprojekten, sowie die Umsätze der , T F GmbH für das Jahr 2014 und weiters eine von einer slowakischen Buchhaltungsfirma ausgestellte Bestätigung über die Gesamtumsätze der T F Slowakei im Zeitraum 2013 bis 2014, im Betrag von € 293.889,28. Am 11.02.2015 reichte die Antragstellerin noch ein mit diesem Tag datiertes KSV-Rating nach, welches eine Gesamtbewertung von 345 enthielt. Dieses Rating wurde von Dipl.-Ing. F D ohne weitere Nachfragen bzw. Beanstandungen entgegengenommen. Per Mail vom 24.02.2015 teilte Dipl.-Ing. F D der Antragstellerin mit, dass auf Grund der Kenntnis ortsüblich waldbaulicher Erfordernisse, dem Auftraggeber klar sei, dass ein erheblicher Aufwand für die „0“ Positionen entstehen werde. Die Argumentation seitens der Bieterin, dass diese Maßnahmen auf Grund der hohen Qualität der Pflanzung nicht anfallen werden, sei aus waldbaulicher Sicht nicht nachvollziehbar. Die niedrigste

Angebotssumme resultiere nicht aus den niedrigsten Kosten pro geforderte Leistungseinheit, sondern aus einer konträren waldbaulichen Auffassung. Die Antragstellerin werde daher ersucht, bis spätestens Freitag, 27.02.2015, entsprechende Referenzen aus der Region auf vergleichbaren Standorten vorzulegen, wo die von ihr angeführten Erfahrungen – nämlich der Verzicht der Kulturpflege im dritten, vierten und fünften Jahr nach der Pflanzung – erfolgreich umgesetzt wurden. In Entsprechung dieses Auftrages legte die Antragstellerin fristgerecht unter anderem nochmals jene Referenzen vor, welche sie bereits anlässlich des Aufklärungsgespräches vom 10.02.2015 übergeben hatte, diesmal jedoch mit leicht geändertem Text, aus welchem sinngemäß hervorgeht, dass die jeweilige Auskunftsperson des Leistungsempfängers bescheinigt, dass wegen des erfolgreichen Aufwuchses der Pflanzen trotz intensiver Begleitvegetation lediglich ein ein- oder zweimaliges Kultursicheln und keine weiteren Kulturpflegemaßnahmen erforderlich waren.

In weiterer Folge schied die Auftraggeberin zunächst das Angebot der Antragstellerin per 28.02.2015 aus und begründete das Ausscheiden wie folgt:

„Ausscheidensentscheidung

Sehr geehrte Frau Mag. T S!

Wir bedanken uns für Ihre Teilnahme am oben angeführten Vergabeverfahren und bedauern Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot aus folgenden Gründen ausgeschieden werden musste:

Für den geforderten Jahresumsatz legen sie als Beleg eine Bestätigung für die Firma T F S aus der Slowakei vor, wo für die Geschäftsperiode 2013/2014 ein Umsatz von € 293.889,28 bestätigt wird. Für die T F, Af, weisen Sie für 2014 einen Umsatz in der Höhe von € 69.000. nach. Für den geforderten Jahresumsatz legen sie als Beleg eine Bestätigung für die Firma T F S aus der Slowakei vor, wo für die Geschäftsperiode 2013 aus 2014, ein Umsatz von € 293.889,28 bestätigt wird. Für die T F, Af, weisen Sie für 2014 einen Umsatz in der Höhe von € 69.000. nach.

Die Fa. T F, Af, und die Firma T F S Slowakei sind 2 verschiedene Firmen. Die Umsätze der Fa. T F S Slowakei können daher für den Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Fa. T F, Af, nicht herangezogen werden.

Das gilt auch für die vorgelegten Referenzen.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z. 2 sind Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, sind Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist, auszuschneiden.

Mit E-Mail vom 24.2.2015 haben wir Sie im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung gemäß § 125 Bundesvergabegesetz 2006 – im Folgenden BVergG 2006 – aufgefordert, die „0“ Positionen ihres Angebotes betriebswirtschaftlich nachvollziehbar darzustellen. Dieser Aufforderung mit Frist 27.2.2015 sind Sie nicht nachgekommen/ Die von Ihnen vorgelegte Darstellung ist betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar.“ Mit E-Mail vom 24.2.2015 haben wir Sie im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, Bundesvergabegesetz 2006 – im Folgenden BVergG 2006 – aufgefordert, die „0“ Positionen ihres Angebotes betriebswirtschaftlich nachvollziehbar darzustellen. Dieser Aufforderung mit Frist 27.2.2015 sind Sie nicht nachgekommen/ Die von Ihnen vorgelegte Darstellung ist betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar.“

Per 02.03.2015 erging wiederum per E-Mail die Mitteilung der Zuschlags-entscheidung, welche auch der nunmehrigen Antragstellerin übermittelt wurde.

Seitens des LVwG wurde bei zweien der verfahrensgegenständlichen Referenzen, welche von Herrn Dipl.-Ing. Kl/Abteilung des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung ausgestellt worden waren, nachgefragt, ob die darin bescheinigten Leistungen tatsächlich zur Gänze von der T F GmbH oder allenfalls auch (teilweise) von der T F S. s.r.o. erbracht worden sind. Aus dem Antwortschreiben vom 22.04.2015 ergibt sich, dass bei beiden Referenzen (Af Bürgeralm und Landesforstgarten A-A) die Arbeiten größtenteils von der slowakischen T F GmbH durchgeführt wurden. Mit Schreiben des LVwG vom 21.05.2015 wurde die Antragstellerin noch aufgefordert, eine den Vorgaben der Ausschreibung entsprechende KSV-Auskunft vorzulegen und gab zu Beginn der Verhandlung bekannt, dass sie auf Grund der kurzen Frist dazu nicht in der Lage gewesen sei, es ihr jedoch möglich wäre, eine derartige KSV-Auskunft noch nachzureichen.

II.römisch zwei.

Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf die in allen entscheidungs-wesentlichen Punkten schlüssigen und widerspruchsfreien Aussagen der in der Verhandlung befragten Personen, welche auch im Einklang mit den vorliegenden schriftlichen Unterlagen stehen. Zu den vorliegenden schriftlichen Unterlagen sei allgemein ausgeführt, dass die Auftraggeberin nach mehrfacher Aufforderung bloß einen sehr fragmentarischen Vergabeakt vorlegen konnte, welcher in der mündlichen Verhandlung noch durch weitere schriftliche Unterlagen ergänzt werden musste. Das äußerst knapp gefasste Protokoll des Aufklärungsgespräches vom 10.02.2015 war auch der Grund, weshalb zwei Vertreter der Auftraggeberin zeugenschaftlich befragt wurden, da seitens des LVwG vermutet wurde, dass bei diesem Aufklärungsgespräch möglicherweise entscheidungswesentliche Punkte besprochen, aber nicht protokolliert worden sind und sich daraus allenfalls widersprüchliche Aussagen ergeben könnten. Letztlich ergaben sich jedoch aus der Aussage von Herrn Dipl.-Ing. Do hinsichtlich des Aufklärungsgespräches keine relevanten neuen Erkenntnisse.

Die Frage, ob die Antragstellerin tatsächlich noch in der Lage ist, ein den Vorgaben der Ausschreibung sowie den gesetzlichen Bestimmungen entsprechendes

KSV-Rating nachzureichen, konnte in der Verhandlung nicht abschließend geklärt werden, dies ist jedoch insofern nicht entscheidungsrelevant, als die Auftraggeberin ohnehin die Angebotsprüfung noch selbst fortzuführen haben wird (vgl. dazu im Folgenden die rechtliche Beurteilung). Die Frage, ob die Antragstellerin tatsächlich noch in der Lage ist, ein den Vorgaben der Ausschreibung sowie den gesetzlichen Bestimmungen entsprechendes , KSV-Rating nachzureichen, konnte in der Verhandlung nicht abschließend geklärt werden, dies ist jedoch insofern nicht entscheidungsrelevant, als die Auftraggeberin ohnehin die Angebotsprüfung noch selbst fortzuführen haben wird vergleiche dazu im Folgenden die rechtliche Beurteilung).

III.römisch drei.

Rechtliche Beurteilung:

1.

Allgemeines:

Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt den materiellen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (B-VergG), BGBl. I Nr. 10/2006 idF BGBl. I Nr. 128/2013 sowie in verfahrensrechtlicher Hinsicht dem Steiermärkischen Vergaberechtschutzgesetz (StVergRG), idF LGBl. Nr. 87/2013. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt den materiellen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (B-VergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, sowie in verfahrensrechtlicher Hinsicht dem Steiermärkischen Vergaberechtschutzgesetz (StVergRG), in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 87 aus 2013,.

Da es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt, ist gemäß

§ 3 Abs 2 StVergRG 2012 der im Spruch des Erkenntnisses genannte Senat des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark zur Entscheidung berufen. Da es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt, ist gemäß , Paragraph 3, Absatz 2, StVergRG 2012 der im Spruch des Erkenntnisses genannte Senat des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark zur Entscheidung berufen.

Bekämpft werden das Ausscheiden des Angebotes, die Zuschlagsentscheidung sowie in eventu die Ausschreibung, wobei es sich gemäß § 2 Z 16 lit. a

sublit aa B-VergG 2006 sämtlich um gesondert anfechtbare Entscheidungen im offenen Verfahren handelt. Bislang wurde weder der Zuschlag erteilt, noch das Verfahren widerrufen. Bekämpft werden das Ausscheiden des Angebotes, die Zuschlagsentscheidung sowie in eventu die Ausschreibung, wobei es sich gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, , Sub-Litera, a, a, B-VergG 2006 sämtlich um gesondert anfechtbare Entscheidungen im offenen Verfahren handelt. Bislang wurde weder der Zuschlag erteilt, noch das Verfahren widerrufen.

2.

Zur Rechtzeitigkeit des Antrages:

Hier ist der Auftraggeberin und der präsumtiven Bestbieterin zunächst dahingehend Recht zu geben, dass das von der Antragstellerin primär bekämpfte Ausscheiden ihres Angebotes – würde man den 28.02.2015 als maßgeblich für den

Beginn des Fristenlaufes ansehen – tatsächlich verfristet wäre, weshalb auch seitens des LVwG zunächst Zweifel an der Rechtzeitigkeit des Antrages gehegt wurden (vgl. die bezug habenden Ausführungen in der einstweiligen Verfügung). Tatsächlich ist jedoch von nachstehender Rechtslage auszugehen: Hier ist der Auftraggeberin und der präsumtiven Bestbieterin zunächst dahingehend Recht zu geben, dass das von der Antragstellerin primär bekämpfte Ausscheiden ihres Angebotes – würde man den 28.02.2015 als maßgeblich für den Beginn des Fristenlaufes ansehen – tatsächlich verfristet wäre, weshalb auch seitens des LVwG zunächst Zweifel an der Rechtzeitigkeit des Antrages gehegt wurden (vergleiche die bezug habenden Ausführungen in der einstweiligen Verfügung). Tatsächlich ist jedoch von nachstehender Rechtslage auszugehen:

§ 5 Abs 2 StVergRG: Paragraph 5, Absatz 2, StVergRG:

„(2) Ist die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in § 6 vorgesehene Frist, ist eine Bieterin/ein Bieter berechtigt, unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung binnen der dafür vorgesehenen Fristen zu beantragen.“ „(2) Ist die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in Paragraph 6, vorgesehene Frist, ist eine Bieterin/ein Bieter berechtigt, unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung binnen der dafür vorgesehenen Fristen zu beantragen.“

§ 6 Abs 1 StVergRG: Paragraph 6, Absatz eins, StVergRG:

„(1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.“

§ 320 Abs 2 BVergG: Paragraph 320, Absatz 2, BVergG:

„(2) Ist die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in § 321 vorgesehene Frist, ist ein Bieter berechtigt, das Ausscheiden gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung in einem Antrag innerhalb der für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung eingeräumten Frist anzufechten.“ „(2) Ist die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in Paragraph 321, vorgesehene Frist, ist ein Bieter berechtigt, das Ausscheiden gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung in einem Antrag innerhalb der für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung eingeräumten Frist anzufechten.“

Da im vorliegenden Fall die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer war, wie die in § 6 StVergRG vorgesehene Frist, kommt im vorliegenden Fall die Sonderregelung des § 5 Abs 2 StVergRG zur Anwendung. Diese Bestimmung ist wörtlich gleichlautend mit der Stammfassung des § 320 Abs 2 BVergG 2006, welche seit der BVergG-Novelle 2007 den oben wieder gegebenen Wortlaut hat. Diese Novellierung wurde zwar in weiterer Folge auf Landesebene nicht umgesetzt. In den Erläuternden Bemerkungen der nachfolgenden landesgesetzlichen Novellen finden sich jedoch keinerlei Hinweise dahingehend, dass der Landesgesetzgeber den geänderten Wortlaut der bundesgesetzlichen Regelung bewusst nicht übernommen hat. Es ist vielmehr dabei davon auszugehen, dass es sich bei der unterbliebenen Anpassung um ein legislatives Versehen des Landesgesetzgebers handelt. Hinzu kommt, dass aus den Erläuternden Bemerkungen zur BVergG Novelle 2007 hervorgeht, dass der nunmehr auf Bundesebene geltende Text nur der Klarstellung diene, dass in einem solchen Fall ein nur einmal zur vergebührender Antrag vorliegt und der Fristenlauf auch für die „in einem“ bekämpfte Ausscheidensentscheidung erst mit der Absendung der Zuschlagsentscheidung zu laufen beginnt (so auch Heid/Preslmayr Handbuch Vergaberecht, dritte Auflage, Seite 714). Da es sich somit bei der bundesgesetzlichen Neuregelung bloß um eine Klarstellung handelte, kann auch der unverändert weiter geltende § 6 Abs 1 StVergRG problemlos in diesem Sinn interpretiert werden, zumal, wie bereits ausgeführt, kein Grund ersichtlich ist, dass der Steiermärkische Landesgesetzgeber Rechtsschutz suchende Bieter schlechter stellen wollte, wie der Bundesgesetzgeber. Zusammenfassend folgt daraus, dass die Antragstellerin sowohl das Ausscheiden ihres

Angebotes, als auch die Zuschlagsentscheidung fristgerecht bekämpft hat. Da im vorliegenden Fall die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer war, wie die in Paragraph 6, StVergRG vorgesehene Frist, kommt im vorliegenden Fall die Sonderregelung des Paragraph 5, Absatz 2, StVergRG zur Anwendung. Diese Bestimmung ist wörtlich gleichlautend mit der Stammfassung des Paragraph 320, Absatz 2, BVergG 2006, welche seit der BVergG-Novelle 2007 den oben wieder gegebenen Wortlaut hat. Diese Novellierung wurde zwar in weiterer Folge auf Landesebene nicht umgesetzt. In den Erläuternden Bemerkungen der nachfolgenden landesgesetzlichen Novellen finden sich jedoch keinerlei Hinweise dahingehend, dass der Landesgesetzgeber den geänderten Wortlaut der bundesgesetzlichen Regelung bewusst nicht übernommen hat. Es ist vielmehr dabei davon auszugehen, dass es sich bei der unterbliebenen Anpassung um ein legislatives Versehen des Landesgesetzgebers handelt. Hinzu kommt, dass aus den Erläuternden Bemerkungen zur BVergG Novelle 2007 hervorgeht, dass der nunmehr auf Bundesebene geltende Text nur der Klarstellung diene, dass in einem solchen Fall ein nur einmal zur vergebührender Antrag vorliegt und der Fristenlauf auch für die „in einem“ bekämpfte Ausscheidensentscheidung erst mit der Absendung der Zuschlagsentscheidung zu laufen beginnt (so auch Heid/Preslmayr Handbuch Vergaberecht, dritte Auflage, Seite 714). Da es sich somit bei der bundesgesetzlichen Neuregelung bloß um eine Klarstellung handelte, kann auch der unverändert weiter geltende Paragraph 6, Absatz eins, StVergRG problemlos in diesem Sinn interpretiert werden, zumal, wie bereits ausgeführt, kein Grund ersichtlich ist, dass der Steiermärkische Landesgesetzgeber Rechtsschutz suchende Bieter schlechter stellen wollte, wie der Bundesgesetzgeber. Zusammenfassend folgt daraus, dass die Antragstellerin sowohl das Ausscheiden ihres Angebotes, als auch die Zuschlagsentscheidung fristgerecht bekämpft hat.

3.

Zum Einwand des verfehlten Begehrens:

Hier ist der präsumtiven Bestbieterin zunächst prinzipiell dahingehend Recht zu geben, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Vergabekontrollbehörden ein vorweg völlig verfehltes Begehren im Nachprüfungsverfahren weder einer Verbesserung gemäß § 13 Abs 3 AVG, noch einer Umdeutung zugänglich ist. Erweist sich ein Begehren als von vornherein verfehlt, ist der Antrag als unzulässig zurückzuweisen (VwGH 17.11.2004, Zl.: 2002/04/0176; 01.03.2004, Zl.: 2004/04/0012; BVA 27.04.2007, N/0030-BVA/07/2007-43, 15.12.2006,

N/0095-BVA/05/2006-46 u.v.a.). Die diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalte betrafen allerdings wesentlich gravierendere Fallvarianten eines verfehlten Begehrens, welche mit dem hier vorliegendem Sachverhalt nicht vergleichbar sind. Umgekehrt hat der Verwaltungsgerichtshof jedoch auch, insbesondere mit seiner Grundsatzentscheidung vom 30.06.2004, Zl.: 2004/04/0028, klargestellt, dass bei der Interpretation des Begehrens durch die Nachprüfungsbehörde kein übertriebener Formalismus angewendet werden darf. Wenn aus dem gesamten Inhalt des Antrages ersichtlich ist, welche Entscheidung der Auftraggeberin bekämpft wird, handelt es sich bloß um ein Vergreifen im Ausdruck, welches die sofortige Zurückweisung des Antrages nicht rechtfertigt. Auch das BVA ist dieser Rechtsprechung gefolgt und hat unter anderem in der Entscheidung vom 16.03.2011, N/0011-BVA/10/2011-40, den Standpunkt vertreten, dass im Sinne des Rechtsschutzes eine fehlerhafte Bezeichnung nicht schadet, solange aus dem Gesamtzusammenhang erkennbar ist, welche gesondert anfechtbare Entscheidung angefochten werden soll. Hier ist der präsumtiven Bestbieterin zunächst prinzipiell dahingehend Recht zu geben, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Vergabekontrollbehörden ein vorweg völlig verfehltes Begehren im Nachprüfungsverfahren weder einer Verbesserung gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG, noch einer Umdeutung zugänglich ist. Erweist sich ein Begehren als von vornherein verfehlt, ist der Antrag als unzulässig zurückzuweisen (VwGH 17.11.2004, Zl.: 2002/04/0176; 01.03.2004, Zl.: 2004/04/0012; BVA 27.04.2007, N/0030-BVA/07/2007-43, 15.12.2006, , N/0095-BVA/05/2006-46 u.v.a.). Die diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalte betrafen allerdings wesentlich gravierendere Fallvarianten eines verfehlten Begehrens, welche mit dem hier vorliegendem Sachverhalt nicht vergleichbar sind. Umgekehrt hat der Verwaltungsgerichtshof jedoch auch, insbesondere mit seiner Grundsatzentscheidung vom 30.06.2004, Zl.: 2004/04/0028, klargestellt, dass bei der Interpretation des Begehrens durch die Nachprüfungsbehörde kein übertriebener Formalismus angewendet werden darf. Wenn aus dem gesamten Inhalt des Antrages ersichtlich ist, welche Entscheidung der Auftraggeberin bekämpft wird, handelt es sich bloß um ein Vergreifen im Ausdruck, welches die sofortige Zurückweisung des Antrages nicht rechtfertigt. Auch das BVA ist dieser

Rechtsprechung gefolgt und hat unter anderem in der Entscheidung vom 16.03.2011, N/0011-BVA/10/2011-40, den Standpunkt vertreten, dass im Sinne des Rechtsschutzes eine fehlerhafte Bezeichnung nicht schadet, solange aus dem Gesamtzusammenhang erkennbar ist, welche gesondert anfechtbare Entscheidung angefochten werden soll.

Die Antragstellerin hat ihren unter Punkt 7. des Nachprüfungsantrages enthaltenen Antrag mit den Worten „Der Antragsteller beantragt daher die Nichtigerklärung des gegenständlichen Verfahrens, insbesondere möge die Zuschlagserteilung sowie die Ausscheidung des Antragstellers für nichtig erklärt werden...“ tatsächlich etwas unglücklich formuliert. In Verbindung mit der gesamten Begründung des Antrages sowie dem weiteren Umstand, dass die nunmehrige Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag der Auftraggeberin vorab schon mit Schriftsatz vom 11.03.2015 angekündigt hat und sich in diesem Schriftsatz unter anderem nachstehender Satz findet „Die Entscheidung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erweist sich als rechtswidrig“ (Hervorhebung durch LVwG), ergibt sich im Sinne der bieterfreundlichen Judikatur des VwGH mit hinreichender Deutlichkeit, dass die Antragstellerin zum einen sehr wohl das Ausscheiden ihres Angebotes und die Zuschlagsentscheidung bekämpft und es sich andererseits bei der Verwendung des Wortes Zuschlagserteilung statt richtig Zuschlagsentscheidung bloß um ein Vergreifen im Ausdruck handelt.

Ein völlig verfehltes Begehren, welches das LVwG zur a limine Zurückweisung des gegenständlichen Antrages verpflichten würde, liegt demnach nicht vor.

4.

Zu den nachgereichten Nachweisen:

a.)

Allgemeines:

Gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 muss die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Da die Antragstellerin eine Eigenerklärung abgegeben hat und keine ANKÖ-Nummer gemäß § 70 Abs 5 BVergG 2006 bekanntgegeben hat, war sie verpflichtet, die laut Ausschreibung geforderten Nachweise auf Aufforderung der Auftraggeberin in der geforderten Aktualität nachzureichen. Im vorliegenden Fall folgt aus den Ausschreibungsbedingungen in Verbindung mit § 69 Z 1 BVergG 2006, dass diese Nachweise einerseits nicht älter als drei Monate sein dürfen und andererseits inhaltlich so gestaltet sein müssen, dass der jeweils zu bescheinigende Sachverhalt spätestens für den Tag der Angebotseröffnung nachgewiesen wird. Im Fall des Nachreichens von Unterlagen ist daher zu prüfen, ob der Aussagewert dieser Unterlagen darin besteht, dass der betreffende Bieter schon zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung die erforderliche Eignung besessen hat und sie nunmehr lediglich bescheinigt (VwGH 17.09.2014, Zl.: 2013/04/0056). Mit der Eigenerklärung

(im Zeitpunkt der Angebotseröffnung) wird Unternehmen die Abgabe einer Erklärung ermöglicht, wonach sie über die geforderte Eignung verfügen, sodass sie von der Verpflichtung zur Vorlage von Nachweisen zumindest in diesem Stadium des Vergabeverfahrens entbunden werden. Dies ändert aber nichts daran, dass die Eignung selbst zum erforderlichen Zeitpunkt gegeben sein muss (VwGH 17.06.2014, Zl.: 2013/04/0033). Im Falle der Abgabe einer Eigenerklärung stellt somit die Aufforderung, gemäß § 70 Abs 3 und 4 BVergG 2006 Eignungsnachweise nachzureichen grundsätzlich keine Aufforderung zur Mängelbehebung dar, sondern ist dies das erstmalige Ersuchen und Vervollständigung von Eignungsnachweisen. Hierbei handelt es sich um einen regulären Schritt im Zuge der Angebotsprüfung. Kommt ein Bieter in der Folge diesem Vorlageersuchen nicht entsprechend nach, so ist der Auftraggeber gegebenenfalls verpflichtet, Gelegenheit zur Mängelbehebung zu geben (u.a. Bundesverwaltungsgericht W139 200154 vom 16.05.2014; BVA vom 27.02.2013, N/0123-BVA/14/2012-35, Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 1432; Schramm, Einzelfragen zu Eignungsnachweisen und zur Eignungsprüfung nach der BVergG Novelle 2009, ZVB 2010, 446ff). Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 muss die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Da die Antragstellerin eine Eigenerklärung abgegeben hat und keine ANKÖ-Nummer gemäß Paragraph 70, Absatz 5, BVergG 2006 bekanntgegeben hat, war sie verpflichtet, die laut Ausschreibung geforderten Nachweise auf Aufforderung der Auftraggeberin in der geforderten Aktualität nachzureichen. Im vorliegenden Fall folgt aus den Ausschreibungsbedingungen in Verbindung mit Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006, dass diese Nachweise einerseits nicht älter als drei Monate sein dürfen und andererseits inhaltlich so gestaltet sein müssen, dass der jeweils zu bescheinigende Sachverhalt spätestens für den Tag der Angebotseröffnung nachgewiesen wird. Im Fall des

Nachreichens von Unterlagen ist daher zu prüfen, ob der Aussagewert dieser Unterlagen darin besteht, dass der betreffende Bieter schon zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung die erforderliche Eignung besessen hat und sie nunmehr lediglich bescheinigt (VwGH 17.09.2014, Zl.: 2013/04/0056). Mit der Eigenerklärung, (im Zeitpunkt der Angebotseröffnung) wird Unternehmern die Abgabe einer Erklärung ermöglicht, wonach sie über die geforderte Eignung verfügen, sodass sie von der Verpflichtung zur Vorlage von Nachweisen zumindest in diesem Stadium des Vergabeverfahrens entbunden werden. Dies ändert aber nichts daran, dass die Eignung selbst zum erforderlichen Zeitpunkt gegeben sein muss (VwGH 17.06.2014, Zl.: 2013/04/0033). Im Falle der Abgabe einer Eigenerklärung stellt somit die Aufforderung, gemäß Paragraph 70, Absatz 3 und 4 BVergG 2006 Eignungsnachweise nachzureichen grundsätzlich keine Aufforderung zur Mängelbehebung dar, sondern ist dies das erstmalige Ersuchen und Vervollständigung von Eignungsnachweisen. Hierbei handelt es sich um einen regulären Schritt im Zuge der Angebotsprüfung. Kommt ein Bieter in der Folge diesem Vorlageersuchen nicht entsprechend nach, so ist der Auftraggeber gegebenenfalls verpflichtet, Gelegenheit zur Mängelbehebung zu geben (u.a. Bundesverwaltungsgericht W139 200154 vom 16.05.2014; BVA vom 27.02.2013, N/0123-BVA/14/2012-35, Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 1432; Schramm, Einzelfragen zu Eignungsnachweisen und zur Eignungsprüfung nach der BVergG Novelle 2009, ZVB 2010, 446ff).

b)

Zum KSV-Rating:

Da die Antragstellerin eine Eigenerklärung abgegeben hat, stellte die erstmalige Aufforderung der Auftraggeberin unter anderem ein KSV-Rating vorzulegen, keinen Mängelbehebungsauftrag dar. Die Auftraggeberin hat das mit 11.02.2015 datierte KSV-Rating ohne weitere Beanstandung zur Kenntnis genommen und dabei offensichtlich übersehen, dass dieses nach Angebotseröffnung datiert war. Da die präsumtive Bestbieterin ein mit 04.02.2015 datiertes KSV-Rating vorgelegt hat, welches einen Ratingwert von 362 aufweist, liegt zwar die Vermutung nahe, dass sich das Rating der Antragstellerin nach Angebotseröffnung verbessert hat und somit vor Angebotseröffnung nicht den Erfordernissen der Ausschreibung entsprochen hat. Ob dies tatsächlich der Fall ist oder nicht, hat die Auftraggeberin bislang jedoch nicht abschließend geprüft, da kein Verbesserungsauftrag erteilt wurde und wird dies im Zuge der nunmehr von der Auftraggeberin fortzuführenden Angebotsprüfung abschließend zu klären sein.

c.)

Zu den Referenzen:

Die obigen Ausführungen gelten sinngemäß auch für die vorgelegten Referenzen. Der Satz in der Ausscheidensentscheidung „Das gilt auch für die vorgelegten Referenzen“ legte zwar die Vermutung nahe, dass die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin – unter anderem – auch wegen fehlender bzw. nicht den Vorgaben der Ausschreiberin entsprechender Referenzen ausgeschieden hat.

In der Verhandlung konnte allerdings im Zuge der Zeugenbefragung von

Dipl.-Ing. F D geklärt werden, dass dies nicht so gemeint war und die Auftraggeberin an dem Umstand, dass mit den vorgelegten Referenzen – obwohl formal auf die T F GmbH lautend – laut den vom LVwG durchgeführten Erhebungen großteils Leistungen bescheinigt wurden, welche in Wahrheit von der slowakischen Schwesterfirma erbracht wurden, bislang kein Anstoß genommen wurde (der Auftrag der Auftraggeberin per Mail vom 24.02.2015 nochmals Referenzen mit bestimmtem Inhalt vorzulegen betraf einen anderen Punkt der Angebotsprüfung, nämlich die Plausibilisierung der "0" Positionen, vgl. dazu im Folgenden). Selbst wenn die Auftraggeberin ein Ausscheiden wegen der Referenzen in Erwägung ziehen sollte, wäre sie ebenfalls verpflichtet, der Antragstellerin zuvor Gelegenheit zur Mängelbehebung zu geben, was bislang nicht erfolgt ist. So hat auch das BVA in der Entscheidung vom 28.11.2008, N/0131-BVB/12/2008-29, ausgeführt, dass es nicht dem Ermessen des Auftraggebers anheimgestellt ist, ein einzelnes (fälschlich angegebenes) Referenzprojekt herauszugreifen und daran anschließend den Ausschlussstatbestand des § 68 Abs 1 Z 7 BVergG festzustellen, ohne auch nur ein einziges Mal mit dem Bieter über diesen Umstand Rücksprache gehalten zu haben. In der gleichen Entscheidung hat das BVA auch klargestellt, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, seine allfälligen Bedenken zu den Referenzeigenangaben der Bieterin konkret vorzuhalten, um ihr Gelegenheit zu geben, dazu auch im Detail Stellung zu nehmen. Keinesfalls ist es jedoch Aufgabe des Bundesvergabebeamten im Zuge des Nachprüfungsverfahrens Referenzprüfungen „anstelle des Auftraggebers“ vorzunehmen und deren Ergebnis zur Begründung der Ausscheidensentscheidung „nachzuschießen“ (so auch VKS Wien, 13.03.2008, VKS-3/08). Die obigen Ausführungen gelten sinngemäß auch für die vorgelegten Referenzen. Der Satz in der Ausscheidensentscheidung „Das

gilt auch für die vorgelegten Referenzen“ legte zwar die Vermutung nahe, dass die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin – unter anderem – auch wegen fehlender bzw. nicht den Vorgaben der Ausschreiberin entsprechender Referenzen ausgeschieden hat. , In der Verhandlung konnte allerdings im Zuge der Zeugenbefragung von , Dipl.-Ing. F D geklärt werden, dass dies nicht so gemeint war und die Auftraggeberin an dem Umstand, dass mit den vorgelegten Referenzen – obwohl formal auf die T F GmbH lautend – laut den vom LVwG durchgeführten Erhebungen größtenteils Leistungen bescheinigt wurden, welche in Wahrheit von der slowakischen Schwesterfirma erbracht wurden, bislang kein Anstoß genommen wurde (der Auftrag der Auftraggeberin per Mail vom 24.02.2015 nochmals Referenzen mit bestimmtem Inhalt vorzulegen betraf einen anderen Punkt der Angebotsprüfung, nämlich die Plausibilisierung der "0" Positionen, vergleiche dazu im Folgenden). Selbst wenn die Auftraggeberin ein Ausscheiden wegen der Referenzen in Erwägung ziehen sollte, wäre sie ebenfalls verpflichtet, der Antragstellerin zuvor Gelegenheit zur Mängelbehebung zu geben, was bislang nicht erfolgt ist. So hat auch das BVA in der Entscheidung vom 28.11.2008, N/0131-BVB/12/2008-29, ausgeführt, dass es nicht dem Ermessen des Auftraggebers anheimgestellt ist, ein einzelnes (fälschlich angegebenes) Referenzprojekt herauszugreifen und daran anschließend den Ausschlussstatbestand des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG festzustellen, ohne auch nur ein einziges Mal mit dem Bieter über diesen Umstand Rücksprache gehalten zu haben. In der gleichen Entscheidung hat das BVA auch klargestellt, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, seine allfälligen Bedenken zu den Referenzeigenangaben der Bieterin konkret vorzuhalten, um ihr Gelegenheit zu geben, dazu auch im Detail Stellung zu nehmen. Keinesfalls ist es jedoch Aufgabe des Bundesvergabebeamten im Zuge des Nachprüfungsverfahrens Referenzprüfungen „anstelle des Auftraggebers“ vorzunehmen und deren Ergebnis zur Begründung der Ausscheidensentscheidung „nachzuschießen“ (so auch VKS Wien, 13.03.2008, VKS-3/08).

d.)

Zu den Umsatznachweisen:

Die Antragstellerin hat, nachdem sie die seitens der Auftraggeberin für drei Jahre geforderten Umsatznachweise mit der erst im März 2014 gegründeten

T F GmbH nicht erbringen konnte, im Zuge der Angebotsprüfung auch Umsatznachweise ihrer slowakischen Schwesterfirma vorgelegt. Dies wurde von der Auftraggeberin zum Anlass genommen, die Antragstellerin ohne weitere Erhebungen auszuschneiden. Dazu sei auf die Bestimmung des § 76 BVergG 2006 verwiesen, welche wie folgt lautet: Die Antragstellerin hat, nachdem sie die seitens der Auftraggeberin für drei Jahre geforderten Umsatznachweise mit der erst im März 2014 gegründeten , T F GmbH nicht erbringen konnte, im Zuge der Angebotsprüfung auch Umsatznachweise ihrer slowakischen Schwesterfirma vorgelegt. Dies wurde von der Auftraggeberin zum Anlass genommen, die Antragstellerin ohne weitere Erhebungen auszuschneiden. Dazu sei auf die Bestimmung des Paragraph 76, BVergG 2006 verwiesen, welche wie folgt lautet:

„Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.“

Als Unternehmer, die „Leistungsfähigkeit bereitstellen“, kommen ARGE-Partner, Subunternehmer, verbundene Unternehmer bzw. Gesellschafter, oder auch sonstige Dritte in Frage (Gölles, Substituierbarkeit von Teilen der Eignung eines Bieters bzw. Bewerbers, RPA 2014/3). Zu § 76 BVergG empfiehlt es sich für den Auftraggeber bei der Substitution der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einen strengen Maßstab hinsichtlich der zu erbringenden Sicherstellungen anzulegen und eine ausreichende Risikoabdeckung sicherzustellen, etwa in Form einer unbedingten Bankgarantie zugunsten des Auftraggebers. Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin in ihren Ausschreibungsbedingungen im Wesentlichen bloß den Wortlaut des § 76 BVergG übernommen, derartige Nachweise jedoch nicht verlangt. Überdies ist sie im Zuge der Angebotsprüfung und offensichtlich auch noch im Nachprüfungsverfahren – verwiesen sei insbesondere auf das Vorbringen in Punkt 3. der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 03.04.2015 – rechtsirrig davon ausgegangen, dass eine Substitution der technischen, finanziellen oder wirtschaftlichen Ressourcen durch Dritte prinzipiell nicht möglich ist, ohne sich mit der T F S. s.r.o. näher auseinanderzusetzen. Da gemäß den Ausschreibungsbedingungen weder verlangt war, dass ein Bieter einen allfälligen Dritten, auf dessen Kapazitäten er sich zu stützen gedenkt, überhaupt namhaft machen muss, geschweige denn Bankgarantien, Patronatserklärungen oder dergleichen vorlegen muss, hätte die Auftraggeberin auch hier die Antragstellerin nicht sofort ausscheiden

dürfen, ohne sich mit der slowakischen Schwesterfirma auseinanderzusetzen. Auch in diesem Punkt ist daher die Angebotsprüfung noch nicht abgeschlossen. Als Unternehmer, die „Leistungsfähigkeit bereitstellen“, kommen ARGE-Partner, Subunternehmer, verbundene Unternehmer bzw. Gesellschafter, oder auch sonstige Dritte in Frage (Gölles, Substituierbarkeit von Teilen der Eignung eines Bieters bzw. Bewerbers, RPA 2014/3). Zu Paragraph 76, BVerG empfiehlt es sich für den Auftraggeber bei der Substitution der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einen strengen Maßstab hinsichtlich der zu erbringenden Sicherstellungen anzulegen und eine ausreichende Risikoabdeckung sicherzustellen, etwa in Form einer unbedingten Bankgarantie zugunsten des Auftraggebers. Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin in ihren Ausschreibungsbedingungen im Wesentlichen bloß den Wortlaut des Paragraph 76, BVerG übernommen, derartige Nachweise jedoch nicht verlangt. Überdies ist sie im Zuge der Angebotsprüfung und offensichtlich auch noch im Nachprüfungsverfahren – verwiesen sei insbesondere auf das Vorbringen in Punkt 3. der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 03.04.2015 – rechtsirrig davon ausgegangen, dass eine Substitution der technischen, finanziellen oder wirtschaftlichen Ressourcen durch Dritte prinzipiell nicht möglich ist, ohne sich mit der T F S. s.r.o. näher auseinanderzusetzen. Da gemäß den Ausschreibungsbedingungen weder verlangt war, dass ein Bieter einen allfälligen Dritten, auf dessen Kapazitäten er sich zu stützen gedenkt, überhaupt namhaft machen muss, geschweige denn Bankgarantien, Patronatserklärungen oder dergleichen vorlegen muss, hätte die Auftraggeberin auch hier die Antragstellerin nicht sofort ausscheiden dürfen, ohne sich mit der slowakischen Schwesterfirma auseinanderzusetzen. Auch in diesem Punkt ist daher die Angebotsprüfung noch nicht abgeschlossen.

5. Zur Kalkulation des Angebotes.

§ 125 BVerG 2006 lautet auszugsweise wie folgt: Paragraph 125, BVerG 2006 lautet auszugsweise wie folgt:

(3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn (3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 4 und 5 vertieft prüfen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,
2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs. 4 aufweisen, oder 2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß Paragraph 79, Absatz 4, aufweisen, oder

3. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. 3. nach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

(4) Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;

2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;...

(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...”

Gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVerG sind unter anderem Angebote auszuschneiden, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVerG sind unter anderem Angebote auszuschneiden, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen.

Die Formulierung „durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte“ ... wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung dahingehend verstanden, dass ein Ausscheiden des Angebotes wegen mangelnder Preisplausibilität ohne zuvor durchgeführte vertiefte Angebotsprüfung unzulässig ist.

Da der Nettoangebotspreis der Antragstellerin um 22 % unter jenem der präsumtiven Bestbieterin und um 38 % unter jenem der drittgereichten Bieterin liegt, ist die Auftraggeberin im vorliegenden Fall nicht bloß berechtigt, sondern im Hinblick auf die ständige Judikatur der Nachprüfungsinstanzen und auch des VwGH sogar verpflichtet (vgl. unter anderem Heid/Schiefer/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Seite 547, wonach die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nicht im Ermessen des Auftraggebers liegt), eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, da bereits Preisunterschiede von mehr als 15 % zwischen den beiden erstgereichten Angeboten von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung (vgl. insbesondere VwGH, Zl.: 2011/04/0011 vom 22.06.2011) als „grobe“ Abweichung qualifiziert werden, welche den Auftraggeber zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet. Nach ebenfalls herrschender Rechtsprechung (vgl. insbesondere VwGH Zl.: 2007/04/0201 und

Zl.: 2007/04/0218) ist die Preisplausibilität sowohl durch den Auftraggeber als auch durch die Nachprüfungsinstanz in der Regel unter Beiziehung eines Sachverständigen zu prüfen. Da der Nettoangebotspreis der Antragstellerin um 22 % unter jenem der präsumtiven Bestbieterin und um 38 % unter jenem der drittgereichten Bieterin liegt, ist die Auftraggeberin im vorliegenden Fall nicht bloß berechtigt, sondern im Hinblick auf die ständige Judikatur der Nachprüfungsinstanzen und auch des VwGH sogar verpflichtet (vgl. unter anderem Heid/Schiefer/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Seite 547, wonach die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nicht im Ermessen des Auftraggebers liegt), eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, da bereits Preisunterschiede von mehr als 15 % zwischen den beiden erstgereichten Angeboten von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung (vgl. insbesondere VwGH, Zl.: 2011/04/0011 vom 22.06.2011) als „grobe“ Abweichung qualifiziert werden, welche den Auftraggeber zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet. Nach ebenfalls herrschender Rechtsprechung (vgl. insbesondere VwGH Zl.: 2007/04/0201 und , Zl.: 2007/04/0218) ist die Preisplausibilität sowohl durch den Auftraggeber als auch durch die Nachprüfungsinstanz in der Regel unter Beiziehung eines Sachverständigen zu prüfen.

Im vorliegenden Fall hatte die Auftraggeberin offensichtlich Bedenken hinsichtlich der Preisplausibilität des gegenständlichen Angebotes auf Grund der vielen

„0“ Positionen, zumal sich aus einer von der Auftraggeberin selbst angefertigten Aufstellung ergibt, dass sich der Nettoangebotspreis der Antragstellerin, wenn diese alle „0“ Positionen mit den gleichen Preisen angeboten hätte wie in jenen Jahren, wo die jeweilige Leistung laut Leistungsverzeichnis auf jeden Fall zu erbringen ist, um den Betrag von € 106.962,00 auf insgesamt € 444.132,00 erhöht hätte, woraus sich ein Bietersturz ergeben würde und die Antragstellerin mit diesem Nettoangebotspreis nur mehr auf dem zweiten Platz liegen würde. Im vorliegenden Fall hatte die Auftraggeberin offensichtlich Bedenken hinsichtlich der Preisplausibilität des gegenständlichen Angebotes auf Grund der vielen , „0“ Positionen, zumal sich aus einer von der Auftraggeberin selbst angefertigten Aufstellung ergibt, dass sich der Nettoangebotspreis der Antragstellerin, wenn diese alle „0“ Positionen mit den gleichen Preisen angeboten hätte wie in jenen Jahren, wo die jeweilige Leistung laut Leistungsverzeichnis auf jeden Fall zu erbringen ist, um den Betrag von € 106.962,00 auf insgesamt € 444.132,00 erhöht hätte, woraus sich ein Bietersturz ergeben würde und die Antragstellerin mit diesem Nettoangebotspreis nur mehr auf dem zweiten Platz liegen würde.

Die bezughabende Korrespondenz zwischen der Auftraggeberin und der Antragstellerin, welche um die Frage kreiste, ob Kulturpflegemaßnahmen in jenen Jahren, in welchen die Antragstellerin die jeweilige Position mit „0“ angeboten hat, tatsächlich entbehrlich sind, betrafen jedoch in Wahrheit nicht kalkulatorische Fragen, sondern forstwirtschaftliche Überlegungen. Im Ergebnis wurden – wie auch die Auftraggeberin selbst in ihrem Mail vom 24.02.2015 ausführt – „konträre waldbauliche Auffassungen“ diskutiert. Im Ergebnis hat die Auftraggeberin die Antragstellerin offensichtlich deshalb ausgeschieden, weil es dieser trotz der in Entsprechung des Mails vom 24.02.2015 noch vorgelegten weiteren Referenzen nicht gelungen ist, die Auftraggeberin von ihrem forstwirtschaftlichen Standpunkt zu überzeugen. Hierbei hat die Auftraggeberin jedoch übersehen, dass die Frage, ob die Auftraggeberin auf die Erbringung der mit „0“ ausgepreisten Leistungen der Antragstellerin zu verzichten bereit ist oder nicht im Stadium der Angebotsprüfung nicht relevant sein kann. Der Auftraggeber darf nämlich im Stadium der Angebotsprüfung schon im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz von seinen Vorgaben in der Ausschreibung nicht abweichen und zugunsten eines Bieters – aus welchem Grund auch immer – auf die Ausführung einzelner Positionen verzichten. Somit müssen auch die bei den optionalen Positionen angebotenen Preise jedes Bieters betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein, unabhängig davon, ob der Auftraggeber nach erfolgter Zuschlagserteilung in der Ausführungsphase diese Leistungen tatsächlich abrufen oder nicht. Prüfschritte der Auftraggeberin in diese Richtung wurden bislang nicht gesetzt. So hat die

Auftraggeberin weder Kalkulationsblätter angefordert, noch Aufklärungen zur Preisplausibilität von der Antragstellerin überhaupt verlangt, Sachverständige beigezogen oder dergleichen und musste Dip.-Ing. D in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage auch zugeben, dass eine vertiefte Angebotsprüfung bis dato nicht durchgeführt worden ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (u.a.

Zl.: 2006/04/0245; Zl.: 2007/04/0102 und Zl.: 2011/04/0011) ist die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung jedoch Aufgabe des Auftraggebers und nicht der Vergabekontrollinstanzen. Seitens der Nachprüfungsbehörden wird aus dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgeleitet, dass in Fällen, in welchen der Auftraggeber wesentliche Angebotsprüfungsschritte im Sinne von § 125 BVergG unterlassen hat, diese nicht auf die Ebene der Nachprüfungsbehörde verlagert werden dürfen, da es nicht Aufgabe der Nachprüfungsbehörde ist, gleichsam „anstelle des Auftraggebers“ die Angebotsprüfung abzuschließen oder durchzuführen. Eine in wesentlichen Teilen unvollständige Angebotsprüfung durch den Auftraggeber rechtfertigt somit die Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung (VKS Wien, 27.09.2012, VKS-8526/12; BVA 28.11.2008,

N/131-BVA/12/2008-29; BVA 23.03.2007, N/0015-BVA/05/2007-32; BVA 16.08.2008, N/0028-BVA/08/2008-81 sowie Etlinger, Unvollständige Angebotsprüfung: Keine Substitution durch das BVA, RBA 2007, 119 u.v.a.). Die bisherigen Erklärungen der Antragstellerin für die „0“ Positionen legen zwar den Verdacht nahe, dass die Antragstellerin die verfahrensgegenständlichen Positionen nicht etwa deshalb mit „0“ angeboten hat, weil sie tatsächlich in der Lage ist – mit einer entsprechend plausiblen Begründung – diese Leistungen zu einem Preis von € 0,00 zu erbringen, sondern dass sie den Aufwand für diese Leistungen in Wirklichkeit nicht einkalkuliert hat, in der Hoffnung, dass es ihr während der Ausführungsphase noch gelingen werde, die Auftraggeberin von ihren forsttechnischen Argumenten zu überzeugen, dass die Erbringung dieser Leistungen gar nicht notwendig ist. Verwiesen

sei insbesondere auf die Entscheidung des BVA vom 21.04.2011,

GZ.: N/0020-BVA/09/2011-28, wo mit „0“ ausgepreiste Regieleistungen als spekulatives Angebot gewertet wurden, sowie VwGH 2004/04/0040 und

BVA 27.04.2007, N/0021-BVA/07/2007-31. Diese Aspekte werden daher von der Auftraggeberin im Zuge der nunmehr fortzusetzenden vertieften Angebotsprüfung noch zu hinterfragen sein, wobei, wie oben bereits ausgeführt, jedenfalls zu prüfen ist, ob der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis – unter der Annahme, dass die Auftraggeberin tatsächlich alle ausgeschriebenen Leistungen abrufen – plausibel ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (u.a. , Zl.: 2006/04/0245; Zl.: 2007/04/0102 und Zl.: 2011/04/0011) ist die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung jedoch Aufgabe des Auftraggebers und nicht der Vergabekontrollinstanzen. Seitens der Nachprüfungsbehörden wird aus dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgeleitet, dass in Fällen, in welchen der Auftraggeber wesentliche Angebotsprüfungsschritte im Sinne von Paragraph 125, BVergG unterlassen hat, diese nicht auf die Ebene der Nachprüfungsbehörde verlagert werden dürfen, da es nicht Aufgabe der Nachprüfungsbehörde ist, gleichsam „anstelle des Auftraggebers“ die Angebotsprüfung abzuschließen oder durchzuführen. Eine in wesentlichen Teilen unvollständige Angebotsprüfung durch den Auftraggeber rechtfertigt somit die Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung (VKS Wien, 27.09.2012, VKS-8526/12; BVA 28.11.2008, , N/131-BVA/12/2008-29; BVA 23.03.2007, N/0015-BVA/05/2007-32; BVA 16.08.2008, N/0028-BVA/08/2008-81 sowie Etlinger, Unvollständige Angebotsprüfung: Keine Substitution durch das BVA, RBA 2007, 119 u.v.a.). Die bisherigen Erklärungen der Antragstellerin für die „0“ Positionen legen zwar den Verdacht nahe, dass die Antragstellerin die verfahrensgegenständlichen Positionen nicht etwa deshalb mit „0“ angeboten hat, weil sie tatsächlich in der Lage ist – mit einer entsprechend plausiblen Begründung – diese Leistungen zu einem Preis von € 0,00 zu erbringen, sondern dass sie den Aufwand für diese Leistungen in Wirklichkeit nicht einkalkuliert hat, in der Hoffnung, dass es ihr während der Ausführungsphase noch gelingen werde, die Auftraggeberin von ihren forsttechnischen Argumenten zu überzeugen, dass die Erbringung dieser Leistungen gar nicht notwendig ist. Verwiesen , sei insbesondere auf die Entscheidung des BVA vom 21.04.2011, , GZ.: N/0020-BVA/09/2011-28, wo mit „0“ ausgepreiste Regieleistungen als spekulatives Angebot gewertet wurden, sowie VwGH 2004/04/0040 und , BVA 27.04.2007, N/0021-BVA/07/2007-31. Diese Aspekte werden daher von der Auftraggeberin im Zuge der nunmehr fortzusetzenden vertieften Angebotsprüfung noch zu hinterfragen sein, wobei, wie oben bereits ausgeführt, jedenfalls zu prüfen ist, ob der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis – unter der Annahme, dass die Auftraggeberin tatsächlich alle ausgeschriebenen Leistungen abrufen – plausibel ist.

Zusammenfassend folgt daraus, dass das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin für nichtig zu erklären war,

weil die bisher durchgeführte Angebotsprüfung der Auftraggeberin in wesentlichen Teilen unvollständig geblieben ist und somit beim derzeitigen Stand der Angebotsprüfung nicht abschließend beurteilt werden kann, ob ein oder mehrere Ausscheidensgründe verwirklicht wurden.

Zu Spruchpunkt II.:Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Da somit das Ausscheiden der Antragstellerin beim derzeitigen Stand der Angebotsprüfung zu Unrecht erfolgt ist, war auch die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, da es noch möglich ist, dass das Angebot der Antragstellerin im Ergebnis nicht ausgeschieden wird und diese daher als Billigstbieterin den Zuschlag erhält. Dieser der Antragstellerin unterlaufene Fehler ist auch relevant für den Ausgang des Verfahrens im Sinne von § 10 Abs 1 Z 2 StVergRG, da durchaus noch ein anderes Ergebnis der Angebotsprüfung und somit auch ein Obsiegen der Antragstellerin möglich ist. Da somit das Ausscheiden der Antragstellerin beim derzeitigen Stand der Angebotsprüfung zu Unrecht erfolgt ist, war auch die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, da es noch möglich ist, dass das Angebot der Antragstellerin im Ergebnis nicht ausgeschieden wird und diese daher als Billigstbieterin den Zuschlag erhält. Dieser der Antragstellerin unterlaufene Fehler ist auch relevant für den Ausgang des Verfahrens im Sinne von Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 2, StVergRG, da durchaus noch ein anderes Ergebnis der Angebotsprüfung und somit auch ein Obsiegen der Antragstellerin möglich ist.

Da die Antragstellerin somit mit beiden Hauptanträgen obsiegt hat, erübrigte sich ein Abspruch über den Eventualantrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung.

Zu Spruchpunkt III.:Zu Spruchpunkt römisch drei.:

1.)

Zu den Pauschalgebühren:

Da die Antragstellerin mit allen Anträgen obsiegt hat, ist die Auftraggeberin gemäß

§ 29 Abs 1 StVergRG zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren verpflichtet. Seitens des LVwG wurde allerdings mit Schreiben vom 12.03.2015 zunächst davon ausgegangen, dass es sich gegenständlich um zwei gesondert zu vergebührende Anträge handelt, weshalb der Antragstellerin eine Pauschalgebühr in Höhe von € 4.600,00 auferlegt wurde (€ 2.000,00 für den ersten Antrag, € 1.600,00 für den zweiten Antrag und 50 %, somit € 1.000,00, für die einstweilige Verfügung). Aus den unter III/2 getätigten Ausführungen folgt allerdings, dass es sich im Anwendungsbereich des § 5 Abs 2 StVergRG um einen lediglich einmal zu vergebührenden Antrag handelt, weshalb im Spruch klargestellt wurde, dass die Auftraggeberin der Antragstellerin bloß € 3.000,00 an Pauschalgebühren zu ersetzen hat. Die zu viel eingehobene Pauschalgebühr von € 1.600,00 für den zweiten Antrag wird der Antragstellerin durch die Kostenstelle des LVwG rückerstattet werden. Da die Antragstellerin mit allen Anträgen obsiegt hat, ist die Auftraggeberin gemäß , Paragraph 29, Absatz eins, StVergRG zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren verpflichtet. Seitens des LVwG wurde allerdings mit Schreiben vom 12.03.2015 zunächst davon ausgegangen, dass es sich gegenständlich um zwei gesondert zu vergebührende Anträge handelt, weshalb der Antragstellerin eine Pauschalgebühr in Höhe von , € 4.600,00 auferlegt wurde (€ 2.000,00 für den ersten Antrag, € 1.600,00 für den zweiten Antrag und 50 %, somit € 1.000,00, für die einstweilige Verfügung). Aus den unter III/2 getätigten Ausführungen folgt allerdings, dass es sich im Anwendungsbereich des Paragraph 5, Absatz 2, StVergRG um einen lediglich einmal zu vergebührenden Antrag handelt, weshalb im Spruch klargestellt wurde, dass die Auftraggeberin der Antragstellerin bloß € 3.000,00 an Pauschalgebühren zu ersetzen hat. Die zu viel eingehobene Pauschalgebühr von € 1.600,00 für den zweiten Antrag wird der Antragstellerin durch die Kostenstelle des LVwG rückerstattet werden.

2.)

Zur Auferlegung der Dolmetschgebühren:

Da die Geschäftsführerin der T F GmbH, Frau Mag. T S, ukrainische Staatsbürgerin ist und ihre Deutschkenntnisse für die teilweise doch komplexe Erörterung in der Verhandlung nicht ausreichend waren, wurde eine Dolmetscherin für die ukrainische Sprache beigezogen, welche am 26.05.2015 eine Honorarnote gelegt hat. Diese Honorarnote wurde der Auftraggeberin im Rahmen des Parteiengehörs zur Kenntnis gebracht und hat diese dagegen keine Einwendungen erhoben. Die Honorarnote wurde vom LVwG auf Rechtzeitigkeit, Richtigkeit, Vollständigkeit und Angemessenheit geprüft und die Gebühren wie folgt bestimmt:

§ 53 Abs 1 iVm §§ 27 und 28 Reisekosten Paragraph 53, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraphen 27 und 28 Reisekosten

§ 27 iVm § 7 Straßenbahn 2 HGL à € 2,10 € 4,20 Paragraph 27, in Verbindung mit Paragraph 7, Straßenbahn 2 HGL à € 2,10 € 4,20

§ 53 Abs 1 iVm § 32 Absatz 1 Entschädigung für Zeitversäumnis Paragraph 53, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 32, Absatz eins, Entschädigung für Zeitversäumnis

1 Std à € 22,70 (1 Stunde) € 22,70

§ 54 Abs 1 Mühewaltung Paragraph 54, Absatz eins, Mühewaltung

Z 3 Zuziehung zur Verhandlung Ziffer 3, Zuziehung zur Verhandlung

1. halbe Stunde € 24,50 € 24,50

6 weitere halbe Stunde à € 12,40 € 74,40

Rundungsabzug - € 0,80

Summe € 125,00

Neue Selbständige, USt-befreit gemäß § 6 Abs 1 Z 27 UStG Neue Selbständige, USt-befreit gemäß Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 27, UStG

Das Honorar wurde der Dolmetscherin am 8.6.2015 überwiesen.

Gemäß § 39a AVG ist ein Dolmetscher beizuziehen, wenn eine Partei oder eine zu vernehmende Person der deutschen Sprache nicht hinreichend kundig ist. Da dem LVwG keine Amtsdolmetscher zur Verfügung stehen, war eine nicht amtliche Dolmetscherin zu beauftragen, welche gemäß § 53b AVG Anspruch auf Gebühren nach den Bestimmungen des Gebührenanspruchsgesetzes hat. Gemäß

§ 76 Abs 1 AVG hat für Barauslagen, die bei der Behörde bei einer Amtshandlung erwachsen, jene Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat. Als Barauslagen gelten dabei unter anderem auch die Dolmetschgebühren. Wurde jedoch die Amtshandlung durch das Verschulden eines anderen Beteiligten verursacht, so sieht Absatz 2 leg cit vor, dass die Auslagen von diesem zu tragen sind. Die vorgenannten Bestimmungen sind gemäß § 23a StVergRG auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht anzuwenden. Gemäß Paragraph 39 a, AVG ist ein Dolmetscher beizuziehen, wenn eine Partei oder eine zu vernehmende Person der deutschen Sprache nicht hinreichend kundig ist. Da dem LVwG keine Amtsdolmetscher zur Verfügung stehen, war eine nicht amtliche Dolmetscherin zu beauftragen, welche gemäß Paragraph 53 b, AVG Anspruch auf Gebühren nach den Bestimmungen des Gebührenanspruchsgesetzes hat. Gemäß , Paragraph 76, Absatz eins, AVG hat für Barauslagen, die bei der Behörde bei einer Amtshandlung erwachsen, jene Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat. Als Barauslagen gelten dabei unter anderem auch die Dolmetschgebühren. Wurde jedoch die Amtshandlung durch das Verschulden eines anderen Beteiligten verursacht, so sieht Absatz 2 leg cit vor, dass die Auslagen von diesem zu tragen sind. Die vorgenannten Bestimmungen sind gemäß Paragraph 23 a, StVergRG auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht anzuwenden.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann zum Ersatz der Barauslagen nach § 76 Abs 2 nur der am Verfahren Beteiligte herangezogen werden, der die Amtshandlung, für die solche aufgelaufen sind, in irgendeiner Form verschuldet hat (vgl. VwGH vom 04.10.1978, Zl. 2311/77). Bei der Prüfung der Frage, ob ein Verschulden im Sinne des § 76 Abs 2 AVG vorliegt, ist vom Verschuldensbegriff des § 1294 ABGB auszugehen (vgl. VwGH vom 25.10.1963, Slg. N.F Nr. 6129/A; VwGH vom 04.10.1978, Zl. 2311/77; VwGH vom 19.09.1989, Zl.:89/04/0009) – das heißt, dass ein „Verschulden“ jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn den Beteiligten der Vorwurf trifft, dass er es an der gehörigen Aufmerksamkeit oder dem gehörigen Fleiß habe fehlen lassen – und muss dieses für die Vornahme der Amtshandlung kausal gewesen und die von Amts wegen angeordnete, kostenverursachende Maßnahme zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes erforderlich gewesen sein (vgl. VwGH vom 02.06.1966, Slg. N.F Nr. 6939/A, VwGH vom 19.09.1989, Zl.:89/04/0009; VwGH E 1992, 07/29). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann zum Ersatz der Barauslagen nach Paragraph 76, Absatz 2, nur der am Verfahren Beteiligte herangezogen werden, der die Amtshandlung, für die solche aufgelaufen sind, in irgendeiner Form verschuldet hat vergleiche VwGH vom 04.10.1978, Zl. 2311/77). Bei der Prüfung der Frage, ob ein Verschulden im Sinne des Paragraph 76, Absatz 2, AVG

vorliegt, ist vom Verschuldensbegriff des Paragraph 1294, ABGB auszugehen vergleiche VwGH vom 25.10.1963, Slg. N.F Nr. 6129/A; VwGH vom 04.10.1978, Zl. 2311/77; VwGH vom 19.09.1989, Zl.:89/04/0009) – das heißt, dass ein „Verschulden“ jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn den Beteiligten der Vorwurf trifft, dass er es an der gehörigen Aufmerksamkeit oder dem gehörigen Fleiß habe fehlen lassen – und muss dieses für die Vornahme der Amtshandlung kausal gewesen und die von Amts wegen angeordnete, kostenverursachende Maßnahme zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes erforderlich gewesen sein vergleiche VwGH vom 02.06.1966, Slg. N.F Nr. 6939/A, VwGH vom 19.09.1989, Zl.: 89/04/0009; VwGH E 1992, 07/29).

Im vorliegenden Fall ist der Auftraggeberin auf Grund einer in mehrfacher Hinsicht unvollständigen Angebotsprüfung ein entscheidungswesentlicher Fehler unterlaufen, welcher von Relevanz für den Ausgang des gegenständlichen Verfahrens ist.

Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 17.01.1995,

Zl.: 94/07/0118 ausgesprochen, dass die Kostentragungspflicht nach

§ 76 Abs 1 AVG nur „im allgemeinen“ besteht. Vielmehr ergibt sich bereits aus der Existenz der Ausnahmeregel des § 76 Abs 2 AVG eine Durchbrechung des Grundsatzes der Kostentragung durch den Antragsteller. Die Wortfolge „im allgemeinen“ soll eine Kostentragungspflicht durch den Antragsteller dort verhindern, wo eine solche unbillig wäre. Eine solche Unbilligkeit liegt insbesondere dann vor, wenn demjenigen, der sich gegen eine von ihm nicht verschuldete rechtswidrige behördliche Entscheidung mit den dafür vorgesehenen Mitteln zur Wehr setzt und damit auch Erfolg hat, die Kosten des Sachverständigen auferlegt würden. Eine Verpflichtung zum Kostenersatz in solchen Fällen würde laut dem obzitierten Erkenntnis, dem „Wesen des Rechtsmittels, als einem dem Rechtsschutzbedürfnis dienenden Institut der rechtstaatlichen Verwaltung widerstreiten, dass zum Zweck der Überprüfung verwaltungsbehördlicher Bescheide jeder Partei nach Maßgabe der verwaltungsrechtlichen Vorschriften unter den gleichen Bedingungen zustehen muss“. Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 17.01.1995, Zl.:94/07/0118 ausgesprochen, dass die Kostentragungspflicht nach , Paragraph 76, Absatz eins, AVG nur „im allgemeinen“ besteht. Vielmehr ergibt sich bereits aus der Existenz der Ausnahmeregel des Paragraph 76, Absatz 2, AVG eine Durchbrechung des Grundsatzes der Kostentragung durch den Antragsteller. Die Wortfolge „im allgemeinen“ soll eine Kostentragungspflicht durch den Antragsteller dort verhindern, wo eine solche unbillig wäre. Eine solche Unbilligkeit liegt insbesondere dann vor, wenn demjenigen, der sich gegen eine von ihm nicht verschuldete rechtswidrige behördliche Entscheidung mit den dafür vorgesehenen Mitteln zur Wehr setzt und damit auch Erfolg hat, die Kosten des Sachverständigen auferlegt würden. Eine Verpflichtung zum Kostenersatz in solchen Fällen würde laut dem obzitierten Erkenntnis, dem „Wesen des Rechtsmittels, als einem dem Rechtsschutzbedürfnis dienenden Institut der rechtstaatlichen Verwaltung widerstreiten, dass zum Zweck der Überprüfung verwaltungsbehördlicher Bescheide jeder Partei nach Maßgabe der verwaltungsrechtlichen Vorschriften unter den gleichen Bedingungen zustehen muss“.

Dementsprechend kann es daher auch mit dem Wesen eines Nachprüfungsverfahrens nicht vereinbar sein, einen Rechtsuchenden dadurch von der Durchsetzung seiner Rechte abzuhalten, dass er unabhängig vom Ausgang des Verfahrens jedenfalls zum Kostenersatz verpflichtet wäre. Das Bundesvergabeamt verpflichtet demnach in ständiger Judikatur unter Bedachtnahme auf die vorgenannten, vom Verwaltungsgerichtshof entwickelten Rechtsgrundsätze, den Antragsteller zum Ersatz der Gebühren des nichtamtlichen Sachverständigen, wenn dessen Nachprüfungsanträge ab- bzw. zurückgewiesen werden (u.a. 17N-46/03-53 vom 05.02.2004). Hingegen werden die Gebühren des nichtamtlichen Sachverständigen regelmäßig den Auftraggebern zur Zahlung auferlegt, wenn – wie im gegenständlichen Fall – dem Nachprüfungsantrag Erfolg beschieden war

(so u.a. mit Bescheid vom 29.09.2005 16N-36/05-44 und 03F-11/01-19 vom 09.09.2003; UVS Steiermark, 44.15-9/2005, vom 06.03.2006). Dementsprechend kann es daher auch mit dem Wesen eines Nachprüfungsverfahrens nicht vereinbar sein, einen Rechtsuchenden dadurch von der Durchsetzung seiner Rechte abzuhalten, dass er unabhängig vom Ausgang des Verfahrens jedenfalls zum Kostenersatz verpflichtet wäre. Das Bundesvergabeamt verpflichtet demnach in ständiger Judikatur unter Bedachtnahme auf die vorgenannten, vom Verwaltungsgerichtshof entwickelten Rechtsgrundsätze, den Antragsteller zum Ersatz der Gebühren des nichtamtlichen Sachverständigen, wenn dessen Nachprüfungsanträge ab- bzw. zurückgewiesen werden (u.a. 17N-46/03-53 vom 05.02.2004). Hingegen werden die Gebühren des nichtamtlichen Sachverständigen regelmäßig den Auftraggebern zur Zahlung auferlegt, wenn – wie im gegenständlichen Fall – dem Nachprüfungsantrag Erfolg beschieden war , (so u.a. mit Bescheid vom 29.09.2005 16N-36/05-44 und 03F-11/01-19 vom 09.09.2003; UVS Steiermark, 44.15-9/2005, vom 06.03.2006).

Aus den dargestellten Erwägungen waren daher die Dolmetschgebühren der Auftraggeberin zur Zahlung aufzuerlegen.

Unzulässigkeit der ordentlichen 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 vorliegende Entscheidung steht im völligen Einklang mit der umfangreichen und einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sowie der Nachprüfungsinstanzen zu den Anforderungen für die von der Auftraggeberin durchzuführende Angebotsprüfung und den Konsequenzen einer unvollständig durchgeführten Angebotsprüfung. 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. Die vorliegende Entscheidung steht im völligen Einklang mit der umfangreichen und einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sowie der Nachprüfungsinstanzen zu den Anforderungen für die von der Auftraggeberin durchzuführende Angebotsprüfung und den Konsequenzen einer unvollständig durchgeführten Angebotsprüfung.

Schlagworte

Bieter, Eigenerklärung, Eignungsnachweis, Angebotsöffnung, regulär, Datierung, Mängelbehebung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGST:2015:LVwG.443.15.742.2015

Zuletzt aktualisiert am

11.05.2016

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