

TE Bvwg Erkenntnis 2019/4/9 W131 2216444-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.04.2019

Entscheidungsdatum

09.04.2019

Norm

AVG §39

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §129 Abs2

BVergG 2006 §141

BVergG 2018 §327

B-VG Art. 133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §31 Abs1

1. AVG § 39 heute
 2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
 4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
 5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
-
1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2018 § 327 heute
2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. VwGVG § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W131 2216444-2/20E

Schriftliche Ausfertigung des am 02.04.2019 verkündeten Erkenntnisses und des danach am gleichen tag verkündeten beschlusses

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, durch die fachkundige Laienrichterin MMag Dr Annemarie MILLE als Beisitzerin der Auftragnehmerseite und durch den fachkundigen Laienrichter Mag Franz PACHNER als Beisitzer der Auftraggeberseite betreffend das Vergabeverfahren der Republik Österreich (Bund), im Vergabeverfahren letztlich vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH (= BBG), zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung "Sicherheitsdienstleistungen Zutrittskontrollen Gerichte" über den das Los 1 dieses Vergabeverfahrens betreffenden Antrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin, der Bietergemeinschaft bestehend aus der XXXX und der XXXX (= Ast), auf Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidensentscheidung vom 15.03.2019 betreffend das Los 1 dieses Vergabeverfahrens als auch der Entscheidung, die Rahmenvereinbarung beim

Los 1 dieses Vergabeverfahrens mit der XXXX (= MB) abzuschließen, andererseits, nach Durchführung einer mündlichen VerhandlungDas Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, durch die fachkundige Laienrichterin MMag Dr Annemarie MILLE als Beisitzerin der Auftragnehmerseite und durch den fachkundigen Laienrichter Mag Franz PACHNER als Beisitzer der Auftraggeberseite betreffend das Vergabeverfahren der Republik Österreich (Bund), im Vergabeverfahren letztlich vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH (= BBG), zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung "Sicherheitsdienstleistungen Zutrittskontrollen Gerichte" über den das Los 1 dieses Vergabeverfahrens betreffenden Antrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin, der Bietergemeinschaft bestehend aus der römisch 40 und der römisch 40 (= ASt), auf Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidensentscheidung vom 15.03.2019 betreffend das Los 1 dieses Vergabeverfahrens als auch der Entscheidung, die Rahmenvereinbarung beim Los 1 dieses Vergabeverfahrens mit der römisch 40 (= MB) abzuschließen, andererseits, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

I. zu Recht erkannt:römisch eins. zu Recht erkannt:

A) Der Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung vom 15.03.2019 wird abgewiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigB) Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

II: nach dem vorstehenden Erkenntnis den Beschluss gefasst:

A) Der Nachprüfungsantrag gegen die Entscheidung vom 15.03.2019, die Rahmenvereinbarung beim Los 1 des gegenständlichen Vergabeverfahrens mit XXXX abzuschließen, wird zurückgewiesen.A) Der Nachprüfungsantrag gegen die Entscheidung vom 15.03.2019, die Rahmenvereinbarung beim Los 1 des gegenständlichen Vergabeverfahrens mit römisch 40 abzuschließen, wird zurückgewiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigB) Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die Bundesbeschaffung GmbH leitete vor dem 21.08.2018 als vergebende Stelle und als zentrale Beschaffungsstelle das im Entscheidungskopf ersichtliche Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich namens des Bunds im Ressortbereich des BMVRDJ ein.

Unbestritten wurde das Vergabeverfahren im grundsätzlichen Rechtsrahmen des § 141 BVergG 2006 durchgeführt, wobei auftraggeberseitig festgelegt wurde, dass das Vergabeverfahren in Anlehnung an ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung durchgeführt würde.Unbestritten wurde das Vergabeverfahren im grundsätzlichen Rechtsrahmen des Paragraph 141, BVergG 2006 durchgeführt, wobei auftraggeberseitig festgelegt wurde, dass das Vergabeverfahren in Anlehnung an ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung durchgeführt würde.

2. Nach Abschluss einer Teilnahmeantragsstufe und Abgabe von Erstangeboten wurden die Letztangebote der im Entscheidungskopf benannten Bieter gelegt und einer Prüfung unterzogen.

Mit 15.03.2019 wurde der ASt kommuniziert, dass ihr Angebot betreffend das Los 1 der Vergabe ausgeschieden würde und die Rahmenvereinbarung beim Los 1 mit der MB abgeschlossen werden soll.

3. Nach der Einbringung des Nachprüfungsantrags samt eV - Antrag durch die ASt wurde am 29.03.2019 in der eV - Sache verhandelt und eine eV längstens bis zum Ablauf des 28.04.2019 erlassen und schließlich am 02.04.2019 in der Hauptsache verhandelt, wobei diese Verhandlung am 02.04.2019 laut Niederschrift in den hier interessierenden Teilen verlief wie folgt:

[...]

R: Festgehalten wird, dass entsprechend dem gesetzlichen Nachprüfungsmodell vorerst die Antragslegitimation geprüft wird.

R: Ist es richtig, dass das Vergabeverfahren vor dem 21.08.2018 eingeleitet wurde?

Dies wird allseits bejaht.

R: Es ergeht die Umfrage, ob es richtig ist, dass in Punkt 4.1 der Antragsunterlagen unangefochten festgeschrieben wurde, dass bei grundsätzlicher Geltung des § 141 BVergG 2006 das Vergabeverfahren in Anlehnung an die Bestimmungen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung durchzuführen ist? R: Es ergeht die Umfrage, ob es richtig ist, dass in Punkt 4.1 der Antragsunterlagen unangefochten festgeschrieben wurde, dass bei grundsätzlicher Geltung des Paragraph 141, BVergG 2006 das Vergabeverfahren in Anlehnung an die Bestimmungen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung durchzuführen ist?

R: Dies wird von den Parteien als unstrittig beurteilt.

R: Ist es richtig, dass die Teilnahmeantragsunterlagen in diesem Bereich und auch die allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen der zweiten Stufe, sowohl für das Erstangebot als auch für das LAFO unangefochten geblieben sind?

R: Dies wird von den Parteien bejaht.

R zu ASTV: Wurden seit gestern Gebühren nachbezahlt?

ASTV: Wir haben den unstrittigen Teil der Gebühren nachbezahlt, hinsichtlich die Gebühren für die einstweilige Verfügung, teilen wir die Rechtsansicht des Richters nicht.

ASTV legt eine Unterlage vor, die als Beilage A zur heutigen Niederschrift genommen wird, wonach gestern weitere 14.904€

nachbezahlt wurden.

R teilt mit, dass im Senat noch kein Beschluss gefasst werden konnte in welcher Höhe nach Auffassung des gemäß VfGH E4474/2018, Rz 41 zuständigen Senats die gegenständlichen Rechtsschutzanträge zu vergebühren sind. Deshalb wurde auch kein Verbesserungsauftrag erlassen, da teleologisch der Rechtsschutz nicht von fraglichen Gebührenhöhen abhängig gemacht werden soll.

R zu ASTV: Ist es richtig, dass bei Angebotsabgabe das vorgehaltene Angebotsblatt ausgepreist werden musste?

ASTV: Ja, das vorgehaltene Angebotsblatt war bei Angebotslegung auszupreisen.

R: Ein nichtausgepreister Ausdruck wird als Beilage B zur heutigen Niederschrift genommen.

ASTV: Ich halte fest, dass unter Auspreisen auch das Auspreisen mit 0 fällt.

R zu ASTV: Vorgehalten werden das Aufklärungsschreiben der BBG vom 22.02.2019 und die Antwort der Antragstellerin vom 26.02.2019 und wird gefragt, ob dies nach Auffassung der Antragstellerin die durchgeführte Preisprüfung ist.

ASTV: Ja.

Diese Unterlagen werden als Beilagen C und D zur heutigen Niederschrift genommen und sind von der Einsicht der MB ausgenommen.

R zu ASTV und AGV: Ist es richtig, dass nach RZ 89 der AAB ausgeschieden werden konnte, mangels Zuverlässigkeit, wenn ein Bieter unrichtige Angaben gemacht hat?

ASTV: Ja.

AGV: Ja.

R: Ist es richtig, dass nach Rz 69 der AAB das Angebot gemäß den AB zu erstellen war und das Angebot alle geforderten Angaben zu enthalten hatte? R: Ist es richtig, dass nach Rz 69 der AAB das Angebot gemäß den Ausschussbericht zu erstellen war und das Angebot alle geforderten Angaben zu enthalten hatte?

ASTV: Ja, allerdings ist dieser Text in der LAFO Unterlage in Rz 68.

R: Ist es richtig, dass nach der Rz 90 der LAFO Unterlage alle Angebotspreisbestandteile als wesentliche Positionen festgelegt gewesen sind?

ASTV: Ja, wobei wir festhalten, dass dies dem Zweck der Festlegung als wesentliche Position widerspricht, wenn alle Positionen als wesentliche Positionen festgelegt werden.

AGV: Die Auftraggeber halten dazu fest, dass die Ausschreibungsunterlage bzw. die Rz 90 nicht angefochten wurden und somit der Bestandsfestigkeit unterliegen.

R zu AGV: Warum wurde gegenständlich eine Angebotsprüfung gemacht?

AGV: Eine vertiefte Angebotsprüfung wurde durchgeführt, weil der angebotene Einzelpreis mit 0 € aus Sicht der Auftraggeber als nicht plausibel erschien. Wir verweisen auf das Aufforderungsschreiben vom 22.02.2019, wo sämtliche Gründe für die vertiefte Angebotsprüfung angeführt wurden.

R ersucht ASTV um Beschreibung des Leistungsinhaltes "Alarmaufschaltung" für den Senat.

ASTV verweist auf Herrn XXXX ASTV verweist auf Herrn römisch 40 .

Dieser führt aus: Eine Alarmaufschaltung ist die technische Weitermeldung von Alarmen an die Notrufzentrale. Dort werden die entsprechenden Aktionen gemäß Einsatzplan gestartet.

Mag. XXXX : In Punkt 4.4 des Pflichtenheftes ist beschrieben, welche Aktionen danach gesetzt werdenMag. römisch 40 : In Punkt 4.4 des Pflichtenheftes ist beschrieben, welche Aktionen danach gesetzt werden.

R: Waren die Alarmaufschaltungspositionen zwingend anzubieten?

ASTV und AGV: Ja.

R: Gibt es noch Beweisanträge zur derzeit als gegeben erscheinenden Tatsache, dass die Antragstellerin beim Bezirksgericht Leopoldstadt die Alarm[auf]schaltung in Unterschied zu den Angaben bei anderen Gerichten mit 0 ausgepreist hat und aufgeklärt hat, dass es irrtümlich erfolgt wäre?

ASTV: Nein.

AGV: Nein.

R: Gemäß § 39 AVG wird das Ermittlungsverfahren betreffend die Anfechtung der Ausscheidensentscheidung geschlossen. Den Parteien wird die Möglichkeit gegeben, dem Senat Rechtsausführungen zur Frage der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung und zur Frage der Antragslegitimation betreffend die Auswahlentscheidung zu machen, wobei unter Bedachtnahme auf Rz 68 der Letztangebotsbestimmungen ausdrücklich auch Ausführungen freigestellt werden, inwieweit eine 0-Preis-Angabe bei tatsächlich ohne Irrtum intendierten rund 20€R: Gemäß Paragraph 39, AVG wird das Ermittlungsverfahren betreffend die Anfechtung der Ausscheidensentscheidung geschlossen. Den Parteien wird die Möglichkeit gegeben, dem Senat Rechtsausführungen zur Frage der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung und zur Frage der Antragslegitimation betreffend die Auswahlentscheidung zu machen, wobei unter Bedachtnahme auf Rz 68 der Letztangebotsbestimmungen ausdrücklich auch Ausführungen freigestellt werden, inwieweit eine 0-Preis-Angabe bei tatsächlich ohne Irrtum intendierten rund 20€

netto allenfalls eine Ausschreibungswidrigkeit sinngemäß gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 darstellen könnten; bzw. inwieweit die Ausscheidensentscheidung auf die oben erwähnte Kann-Ausscheidensbestimmung gestützt werden könnte.netto allenfalls eine Ausschreibungswidrigkeit sinngemäß gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 darstellen könnten; bzw. inwieweit die Ausscheidensentscheidung auf die oben erwähnte Kann-Ausscheidensbestimmung gestützt werden könnte.

ASTV: Wir haben ein den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes, vollständiges Angebot abgegeben. Wir haben immer klar festgehalten, dass sich der Irrtum nicht auf die Tatsache bezieht, ob diese Position angeboten werden soll oder nicht; vielmehr bezog sich unser Irrtum ausschließlich darauf, dass die verfahrensgegenständliche Position mit 0 und nicht mit 19.90€ pro Monat ausgepreist wurde. Daher ist auch das von der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 01.04.2019 auf Seite 10 in Fußnote 20 zitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs für den vorliegenden Fall irrelevant; dies deshalb, weil es dort darum ging, dass die Bieterin eine Regiestundenleistung für Hilfsarbeiter bewusst nicht anbot, weil sie über keine Hilfsarbeiter verfügte. Mit anderen Worten: Sie hat diese Position von vornherein nicht angeboten. Genau das Gegenteil ist - wie dargetan - bei uns der Fall. Wir haben die Alarmaufschaltung zweifelsfrei angeboten und dies auch im Rahmen der Aufklärung bekräftigt. Wir haben im Rahmen der Aufklärung auch bekräftigt, dass wir an der Auspreisung der verfahrensgegenständlichen Position mit 0 festhalten. Da die Alarmaufschaltung nur beim Bezirksgericht Leopoldstadt mit 0 angeboten wurde, unterstellen wir, dass der Antragsgegnerin von vornherein

bekannt war, dass die Auspreisung mit 0 ein Irrtum war. Zivilrechtlich handelt es sich dabei um einen durchschauten Irrtum, der der Antragstellerin deshalb auch vergaberechtlich nicht vorgeworfen werden kann; dies deshalb, weil es für jeden sachverständigen Leser evident sein musste, dass hier eigentlich 19.90€ stehen sollte. Die Tatsache, dass sämtliche Positionen als wesentlich festgelegt wurden mag zwar bestandfest geworden sein, sie berechtigt die Antragsgegnerin aber dennoch nicht zum Ausscheiden, weil sie den diesbezüglichen Irrtum einerseits durchschaut hat und andererseits eine nachvollziehbare Erklärung für den Irrtum im Rahmen der Aufklärung geliefert wurden. Die Rechtsfolgen der Festlegung einer Position als wesentlich könne nicht bestandfest werden; dies gilt nur für die Festlegung als solchen. Zweck der Preisprüfung ist es, gerade vor dem Hintergrund der Festlegung von Positionen als wesentlich unter anderem unterpreisige Angebote oder spekulative Angebote auszuschneiden; dies deshalb, weil ein ruinöser Preiskampf vermieden werden und zudem sichergestellt werden soll, dass der künftige Auftragnehmer in der Lage ist, zum angebotenen Preis zu leisten. Dies steht bei uns gänzlich außer Frage, weshalb das Ausscheiden unberechtigt war. Abschließend halten wir noch fest, dass auch das auf Seite 11 in Fußnote 27 des Schriftsatzes der Antragsgegnerin zitierte Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts im vorliegenden Fall nicht einschlägig ist. Der Antragstellerin kann daher keine Rechtsprechung aufzeigen, welche in unserem Fall zu einem zwingen Ausscheiden führen müsste.

AGV: Das Vorbringen des ASTV wird bestritten. Nach Ansicht der Auftraggeber ist die Antragstellerin nicht nur nach § 129 Abs.1 Z 3 BVergG 2006, sondern ebenso nach §129 Abs. 2 und § 129 Abs 1 Z. 7 zwingend auszuschneiden. Die Ausscheidenssanktion nach § 129 Abs 2 ist deshalb zu treffen, da die Antragstellerin mit ihrem Aufklärungsschreiben vom 26.02.2019 dem Aufklärungsersuchen der Auftraggeber vom 22.02.2019 nicht entsprochen haben, wonach darzustellen war aus welchen betriebswirtschaftlich nachvollziehbaren Gründen die Position Monatspauschale Alarmaufschaltung für die Dienststelle BG Leopoldstadt mit 0€AGV: Das Vorbringen des ASTV wird bestritten. Nach Ansicht der Auftraggeber ist die Antragstellerin nicht nur nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006, sondern ebenso nach §129 Absatz 2 und Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, zwingend auszuschneiden. Die Ausscheidenssanktion nach Paragraph 129, Absatz 2, ist deshalb zu treffen, da die Antragstellerin mit ihrem Aufklärungsschreiben vom 26.02.2019 dem Aufklärungsersuchen der Auftraggeber vom 22.02.2019 nicht entsprochen haben, wonach darzustellen war aus welchen betriebswirtschaftlich nachvollziehbaren Gründen die Position Monatspauschale Alarmaufschaltung für die Dienststelle BG Leopoldstadt mit 0€

angeboten wurde. Die Ausscheidenssanktion nach § 129 Abs. 1 Z 7 ist deshalb zu treffen, weil die Antragstellerin ein ausschreibungswidriges Angebot abgegeben hat, zumal in Rz 59 der AAB eindeutig festgelegt wurde, dass der Bieter im Angebotsblatt die Einheitspreise, Stundensätze sowie Monatspauschalen jeweils als Nettopreis in Euro ohne Umsatzsteuer inkl. Aller Abgaben und Gebühren anzugeben hat. Die mit 0€ ausgepreiste Position entspricht dieser Vorgabe nicht und hält die Antragstellerin im Schreiben vom 26.02.2019 selbst fest, dass es sich bei der 0€ angebotenen Monatspauschale um einen Irrtum handelt. Festzuhalten ist weiters, dass ein Irrtum keinesfalls als Begründung für eine betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit eines Angebots dienen kann. Des Weiteren gehen die Auftraggeber davon aus, dass die Antragstellerin, die in Rede stehende Monatspauschale nicht angeboten hat, andernfalls die Preisposition mit 0€ nicht erklärt werden kann.angeboten wurde. Die Ausscheidenssanktion nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, ist deshalb zu treffen, weil die Antragstellerin ein ausschreibungswidriges Angebot abgegeben hat, zumal in Rz 59 der AAB eindeutig festgelegt wurde, dass der Bieter im Angebotsblatt die Einheitspreise, Stundensätze sowie Monatspauschalen jeweils als Nettopreis in Euro ohne Umsatzsteuer inkl. Aller Abgaben und Gebühren anzugeben hat. Die mit 0€ ausgepreiste Position entspricht dieser Vorgabe nicht und hält die Antragstellerin im Schreiben vom 26.02.2019 selbst fest, dass es sich bei der 0€ angebotenen Monatspauschale um einen Irrtum handelt. Festzuhalten ist weiters, dass ein Irrtum keinesfalls als Begründung für eine betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit eines Angebots dienen kann. Des Weiteren gehen die Auftraggeber davon aus, dass die Antragstellerin, die in Rede stehende Monatspauschale nicht angeboten hat, andernfalls die Preisposition mit 0€ nicht erklärt werden kann.

Des Weiteren halten die Auftraggeber ausdrücklich fest, dass der Antragstellerin hinsichtlich der Auswahlentscheidung keine Antragslegitimation zukommt, da wie oben angeführt, sie zu Recht ausgeschieden wurde.

MB schließt sich dem Vorbringen des AGV an.

ASTV: Wir halten fest, dass die verfahrensgegenständliche Preisposition im Erstangebot mit € 19.90 ausgepreist war.

AGV: Dies ändert nichts daran, dass diese Position im LAFO mit 0€

ausgepreist wurde.

Festgehalten wird, dass es zu den Fragen der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens und zur Frage der Antragslegitimation kein weiteres Vorbringen mehr gibt.

Das Ermittlungsverfahren wird vorbehaltlich einer Wiedereröffnung insgesamt geschlossen und zieht sich der Senat für ca. 40 Minuten um 11:04 Uhr zu einer Beratung zurück.

Die Verhandlung wird um 12:25 Uhr fortgesetzt.

Das Ermittlungsverfahren bleibt geschlossen und wird auch die Verhandlung geschlossen und nunmehr folgende Entscheidung verkündet:

Das BVwG hat durch den gemäß der Geschäftsverteilung zuständigen Senat bestehend aus dem vorsitzenden Richter Mag Reinhard Grasböck, der fachkundigen Laienrichterin MMag Dr Annemarie Mille als Mitglied der Auftraggenehmerseite und dem fachkundigen Laienrichter Mag Franz Pachner als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gegen die Ausscheidensentscheidung vom 15.03.2019 beim Los 1 zu Lasten der Antragstellerin im Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung "Sicherheitsdienstleistungen Zutrittskontrollen Gerichte" im Namen der Republik wie folgt zu Recht erkannt:

A) Der Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung wird abgewiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigB) Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Danach hat der oben ersichtliche Senat im Nachprüfungsverfahren gegen die Auswahlentscheidung beim Los 1 dieses Vergabeverfahrens folgenden Beschluss gefasst:

A) Der Nachprüfungsantrag gegen die Entscheidung vom 15.03.2019, die Rahmenvereinbarung beim Los 1 des gegenständlichen Vergabeverfahrens mit der XXXX abzuschließen, wird zurückgewiesen.A) Der Nachprüfungsantrag gegen die Entscheidung vom 15.03.2019, die Rahmenvereinbarung beim Los 1 des gegenständlichen Vergabeverfahrens mit der römisch 40 abzuschließen, wird zurückgewiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigB) Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Tragende Gründe:

1. Allgemein ist festzuhalten wie folgt:

Das BVergG 2006 ist materiell wegen Einleitung vor dem 21.08.2018 anzuwenden, verfahrensrechtlich das BVergG 2018. Partei ist damit die BBG und der Bund Nebenintervenient.

Die §§ 125 und 129 BVergG 2006 sind sinngemäß anwendbar, dies bei einem grundsätzlichen materiellen Rechtsrahmen gemäß § 141 BVergG 2006 idF zum Zeitpunkt 20.08.2018.Die Paragraphen 125 und 129 BVergG 2006 sind sinngemäß anwendbar, dies bei einem grundsätzlichen materiellen Rechtsrahmen gemäß Paragraph 141, BVergG 2006 in der Fassung zum Zeitpunkt 20.08.2018.

Die Vergabeunterlagen der ersten und zweiten Stufe sind präkludiert.

Alle Preispositionen sind demnach wesentliche Positionen.

Zum bislang nicht verfassten Gebührenverbesserungsauftrag ist festzuhalten, dass dieser nicht erfolgte, weil allenfalls ein Gesetzes- und Verordnungsprüfungsverfahren durchzuführen sein wird, um die verfassungskonforme Gebührenhöhe ermitteln zu können.

2. Zur Abweisung bei der Ausscheidensentscheidung:

Die Antragstellerin hat unstrittig beim BG Leopoldstadt irrtümlich null Euro für die Alarmaufschaltung beim Letztangebot ausgepreist, obwohl nach ihren eigenen Ausführungen im Vergabeverfahren 19,90 Euro Monatspauschale auszupreisen gewesen wären.

Diese Position war mangels Anfechtung präkludiert eine wesentliche Preisposition.

Diese irrtümliche Nullpreisangabe gemäß Vorbringen der Antragstellerin lässt die Ausscheidensentscheidung in sinngemäßer Anwendung des § 129 Abs 1 und dort Z 3 und Z 7 BVergG 2006 rechtmäßig erscheinen; dies unbeschadet der Frage allfällig weiterer Ausscheidenstatbestände. Diese irrtümliche Nullpreisangabe gemäß Vorbringen der Antragstellerin lässt die Ausscheidensentscheidung in sinngemäßer Anwendung des Paragraph 129, Absatz eins und dort Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG 2006 rechtmäßig erscheinen; dies unbeschadet der Frage allfällig weiterer Ausscheidenstatbestände.

3. Zur Zurückweisung bei der Auswahlentscheidung

Nach der obigen Abweisung ist die Antragstellerin rechtskräftig ausgeschieden. Ihr kommt daher keine Antragslegitimation betreffend die Auswahlentscheidung zu.

Klargestellt wird dabei, dass das BVwG mangels Antragslegitimation keine Aussage zur Frage der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung mehr machen konnte - § 39 AVG. Klargestellt wird dabei, dass das BVwG mangels Antragslegitimation keine Aussage zur Frage der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung mehr machen konnte - Paragraph 39, AVG.

4. Zur jeweiligen Unzulässigkeit der Revision

Die Abweisung des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung gründet sich auf eine gesicherte Rsp des VwGH iVm den gegenständlichen Einzelfallfakten. Die Abweisung des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung gründet sich auf eine gesicherte Rsp des VwGH in Verbindung mit den gegenständlichen Einzelfallfakten.

Die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags gegen die Auswahlentscheidung gründet sich auf die Rsp des VwGH wie zB zu Ra 2018/04/0108, wobei klargestellt wird, dass das Ausscheiden heute vor der Zurückweisungsentscheidung bestandfest und rechtskräftig wurde.

4. Die ASt beantragte nach Verkündung schlussendlich die Ausfertigung der verkündeten Entscheidung.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Über den Verfahrensgang hinaus ist festzustellen wie folgt:

1. In Punkt (2.1 und) 4.1. der Teilnahmeantragsunterlagen wurde unangefochten und damit bestandsfest für das gegenständliche Vergabeverfahren festgeschrieben wie folgt:

...

(2.1. ... Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer

Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer gemäß §§ 25 Abs. 7 und 32 i. V. m. §§ 150 ff BVergG 2006 über die Sicherheitsdienstleistungen, Zutrittskontrollen in den Gerichtsgebäuden in ganz Österreich für den öffentliche[n] Auftraggeber gemäß Punkt 3.1.) Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer gemäß Paragraphen 25, Absatz 7 und 32 i. römisch fünf. m. Paragraphen 150, ff BVergG 2006 über die Sicherheitsdienstleistungen, Zutrittskontrollen in den Gerichtsgebäuden in ganz Österreich für den öffentliche[n] Auftraggeber gemäß Punkt 3.1.)

[...]

4.1. Rechtliche Grundlagen und Art des Vergabeverfahrens

Der Abschluss der Rahmenvereinbarung erfolgt nach Durchführung eines transparenten Verfahrens gemäß § 141 BVergG 2006 in Anlehnung an ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich des BVergG 2006 in der jeweils geltenden Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung erfolgt nach Durchführung eines transparenten Verfahrens gemäß Paragraph 141, BVergG 2006 in Anlehnung an ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich des BVergG 2006 in der jeweils geltenden Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen.

...

2. Aus den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen betreffend die Aufforderung zur Letztangebotsabgabe, die (scil: Ausschreibungsunterlagen) gleichfalls unangefochten und damit bestandsfest sind, sind folgende Passagen ausdrücklich festzustellen wie folgt [ohne dass hier textverarbeitungstechnisch bedingt die Randzahlen der Ausschreibungsunterlagen wiedergegeben werden]:

...

Der Bieter hat als Erstangebot Letztangebot ein Hauptangebot nach den Bestimmungen dieser Ausschreibungsunterlagen abzugeben. Ein Hauptangebot ist ein Angebot, das alle Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen erfüllt.

[...]

Der Bieter hat im Angebotsblatt die Einheitspreise, Stundensätze sowie Monatspauschalen jeweils als Nettopreis in Euro (€) ohne Umsatzsteuer inklusive aller Abgaben und Gebühren anzugeben. Die auszufüllenden Felder sind im Angebotsblatt entsprechend gekennzeichnet.

Aus den Einheitspreisen, Stundensätzen sowie Monatspauschalen und der jeweils angeführten Bedarfsmenge errechnen sich automatisch die Positionspreise. Der Gesamtpreis ist die Summe der Positionspreise.

Achtung: Die im Angebotsblatt angeführten Bedarfsmengen sind Schätzmengen! Details zum Mengengerüst sind in der Rahmenvereinbarung geregelt.

Die gesetzlich anfallende Umsatzsteuer ist separat auszuweisen.

Der Angebotspreis ist die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer und errechnet sich im Angebotsblatt automatisch.

Der Gesamtpreis wird für die Bewertung herangezogen.

[...]

Das Angebot ist gemäß diesen Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zu erstellen. Das Angebot muss alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Angaben und Bestandteile enthalten.

[...]

Die BBG ist berechtigt, alle im Angebot des Bieters gemachten Angaben zu überprüfen oder durch einen von der BBG beauftragten Dritten überprüfen zu lassen. Der Bieter hat zu diesem Zweck nach Aufforderung der BBG prüffähige Unterlagen vorzulegen und seine Angaben nachzuweisen.

Sollte festgestellt werden, dass der Bieter unrichtige oder ungenügende Angaben gemacht hat, kann sein Angebot mangels Zuverlässigkeit des Bieters ausgeschlossen werden.

Zum Zweck der Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung werden alle vom Bieter anzuführenden Angebotspreisbestandteile als wesentliche Positionen festgelegt.

[...]

3. Die Bieter hatten als Bestandteil des (Letzt-) Angebots ein Angebotsblatt mit Preisen (insb auch je zu bewachendem/zu sicherndem Gericht auszufüllen, in dem neben den Preisen für Revierdienst, Wachdienst, Servicedienst/Gerichtskontrolldienst und Alarminsatzfahrten als jeweils als eigenständige Preisangabe der Netto - Monatspreis für "Alarmaufschaltung" je Gericht anzugeben war.

Eine gegenständlich je Gericht anzubietende "Alarmaufschaltung" ist dabei vom Leistungsinhalt her die technische Weitermeldung von Alarmen an die Notrufzentrale. Dort werden die entsprechenden Aktionen gemäß Einsatzplan gestartet.

4. Während die ASt beim BG Leopoldstadt im Erstangebot noch einen Nicht - Null - Wert als Preis angegeben hatte, wurde seitens der ASt im Letztangebot beim BG Leopoldstadt für die Alarmaufschaltung null Euro ausgepreist.

IdZ ist festzuhalten, dass der Angebotspreis als Zuschlagskriterium vorgesehen war.

5. Nachdem bestandsfest alle Preispositionen als wesentlich festgeschrieben waren, prüfte die BBG diese Preisangabe vertieft.

Die ASt klärte nach Ablauf der Letztangebotsfrist im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung iSd § 125 BVergG 2006 auf, dass die Alarmaufschaltungsposition beim BG Leopoldstadt ein Einheitspreis, sprich eine Monatspauschale, irrtümlich mit null ausgepreist worden war, obwohl entgegen diesem offensichtlichen Fehler nach den eigenen Angaben der ASt beim BG Leopoldstadt insoweit mit 19,90 Euro auszureisen gewesen wäre. Die ASt klärte nach Ablauf der Letztangebotsfrist im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung iSd Paragraph 125, BVergG 2006 auf, dass die Alarmaufschaltungsposition beim BG Leopoldstadt ein Einheitspreis, sprich eine Monatspauschale, irrtümlich mit null ausgepreist worden war, obwohl entgegen diesem offensichtlichen Fehler nach den eigenen Angaben der ASt beim BG Leopoldstadt insoweit mit 19,90 Euro auszureisen gewesen wäre.

5.1. Die BBG verfasste insoweit folgendes Aufklärungsschreiben, soweit hier interessierend:

Sehr geehrter Bieter!

Wir danken für Ihr Angebot im Vergabeverfahren zur Beschaffung von Sicherheitsdienstleistungen Zutrittskontrollen Gerichte, BBG-GZ 2501.03160.

Im Zuge der Prüfung sind leider Zweifel an der Angemessenheit der von Ihnen angebotenen Preise aufgetreten. Es wird daher eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 BVergG 2006 zu den nachfolgend angeführten Punkten durchgeführt: Im Zuge der Prüfung sind leider Zweifel an der Angemessenheit der von Ihnen angebotenen Preise aufgetreten. Es wird daher eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, BVergG 2006 zu den nachfolgend angeführten Punkten durchgeführt:

Los 1:

1) Stundensatz Revierdienst: [...]

2) Monatspauschale Alarmaufschaltung für die Dienststelle

Bezirksgericht Leopoldstadt: € 0,00

Lose 1 - 4:

3) [...]

4) [...]

Wir ersuchen Sie, bis spätestens Mittwoch, den 27.2.2019, 17:00 Uhr (Einlangen in der BBG), um Offenlegung Ihrer Kalkulation der oben angeführten Stundensätze bzw. Monatspauschalen sowie um eine verbindliche schriftliche Aufklärung, aus welchen betriebswirtschaftlichen Gründen diese Stundensätze bzw. Pauschalen angeboten wurden.

Das heißt, es ist insbesondere darzustellen, welche Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind, welche Aufwands- und Verbrauchsansätze angenommen wurden und welche Deckungsbeiträge bzw. Gewinnaufschläge berücksichtigt wurden.

Weiters ist im Los 1 darzustellen, aus welchen betriebswirtschaftlich nachvollziehbaren Gründen die Position "Monatspauschale Alarmaufschaltung für die Dienststelle Bezirksgericht Leopoldstadt" mit € 0,00 angeboten werden konnte.

Die Unterlagen sind elektronisch über das Kommunikationsmodul von auftrag.at zu übermitteln.

Mit freundlichen Grüßen

5.2. Die ASt antwortete insoweit (abseits eigener zusätzlicher Bewertungen) vorerst mit dem Hinweis auf einen offensichtlichen Irrtum.

Danach erklärte die ASt die Monatspauschalen von je 19,90 Euro für Alarmaufschaltungen bei anderen Gerichten als dem LG für Strafsachen in Wien damit, dass insoweit XXXX Euro für das Vorhalten von Infrastruktur und Leitungskosten für die Notrufzentrale für bis zu 3 Kriterien kalkuliert worden wären, anteilige Personalkosten durchschnittlich per Monat iHv XXXX Euro; und XXXX Euro für Gewinn und Wagnis. Beim BG Leopoldstadt hat die ASt dabei unterstrichen, dass irrig mit null ausgepreist worden wäre an Stelle von XXXX Euro. Danach erklärte die ASt die Monatspauschalen von je 19,90 Euro für Alarmaufschaltungen bei anderen Gerichten als dem LG für Strafsachen in Wien damit, dass insoweit römisch 40 Euro für das Vorhalten von Infrastruktur und Leitungskosten für die

Notrufzentrale für bis zu 3 Kriterien kalkuliert worden wären, anteilige Personalkosten durchschnittlich per Monat iHv römisch 40 Euro; und römisch 40 Euro für Gewinn und Wagnis. Beim BG Leopoldstadt hat die ASt dabei unterstrichen, dass irrig mit null ausgepreist worden wäre an Stelle von römisch 40 Euro.

6. Die BBG schied die ASt am 15.03.2018 zusammengefasst mit aeiner begründung aus, die im nachprüfungsverfahren wie folgt zusammengefasst wurde:

Die ASt habe selbst ausgeführt, dass der angebotene Preis in der Einzelposition in Los 1 betreffend die Monatspauschale Alarmaufschaltung für die Dienststelle Bezirksgericht Leopoldstadt auf einem Irrtum beruht,

dass nach Ansicht der Antragsgegner bereits aus diesem Grund keine betriebswirtschaftliche

Erklär- und Nachvollziehbarkeit vorliegen kann und dass das Vorbringen der Antragstellerin, wonach eine Einzelposition nicht ins Gewicht fallen könne, lediglich eine Schutzbehauptung darstellt, zumal hierbei geflissentlich die ständige Rechtsprechung der Vergabekontroll-behörden außer Acht gelassen wird.

Das Angebot der Antragstellerin wurde sohin zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006Das Angebot der Antragstellerin wurde sohin zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006

ausgeschieden, da im Rahmen der vertieften Preisprüfung gemäß § 125 BVergG 2006ausgeschieden, da im Rahmen der vertieften Preisprüfung gemäß Paragraph 125, BVergG 2006

festgestellt wurde, dass sich der Gesamtpreis nicht plausibel zusammensetzt.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und Sachverhalt ergeben sich aus der Aktenlage der Gerichtsakten und aus den teils in Papiausdrucken und teils auf Datenträger vorgelegten Vergabeunterlagen; und va der Verhandlung vom 29.03.2019.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gegenständlich war wegen der Vergabeverfahrenseinleitung vor dem 21.08.2018 materiellrechtlich das BVergG 2006 idF BGBl I 2016/7 als Entscheidungsgrundlage heranzuziehen. Verfahrensrechtlich war das BVergG 2018 gemäß BGBl I 2018/65 einschlägig, nachdem das Rechtsschutzverfahren am 25.03.2019 begann - § 376 Abs 4 BVergG 20183.1. Gegenständlich war wegen der Vergabeverfahrenseinleitung vor dem 21.08.2018 materiellrechtlich das BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 als Entscheidungsgrundlage heranzuziehen. Verfahrensrechtlich war das BVergG 2018 gemäß BGBl römisch eins 2018/65 einschlägig, nachdem das Rechtsschutzverfahren am 25.03.2019 begann - Paragraph 376, Absatz 4, BVergG 2018.

3.1.1. Das BVwG hatte gegenständlich in der im Entscheidungskopf ersichtlichen Senatsbesetzung zu entscheiden - § 328 BVergG 2018 iVm § 6 VwGVG.3.1.1. Das BVwG hatte gegenständlich in der im Entscheidungskopf ersichtlichen Senatsbesetzung zu entscheiden - Paragraph 328, BVergG 2018 in Verbindung mit Paragraph 6, VwGVG.

Als Verfahrensrecht waren dabei abseits der Sonderverfahrensvorschriften des BVergG 2018 das VwGVG und die in § 333 BVergG 2018 verwiesenen Teile des AVG anzuwenden.Als Verfahrensrecht waren dabei abseits der Sonderverfahrensvorschriften des BVergG 2018 das VwGVG und die in Paragraph 333, BVergG 2018 verwiesenen Teile des AVG anzuwenden.

3.1.2. Nach der stRsp des VwGH, wie zB zu ZI2013/04/0029 ersichtlich, ist eine Ausschreibung als präkludiert und bestandfest auch dann anzuwenden, wenn die Ausschreibung vergaberechtswidrig sein könnte, aber deren allfällige Rechtswidrigkeiten nicht innerhalb der dafür zur Verfügung stehenden Anfechtungsfrist bei der zuständigen Vergabekontrollinstanz angefochten wurden.

Siehe insoweit den RS aus der VwGH - Rsp zu VwGHRa 2016/04/0132, der lautet:

Allfällige Rechtswidrigkeiten einer bestandfesten Entscheidung dürfen vom VwG im Rahmen der Nachprüfung einer späteren Auftraggeberentscheidung nicht mehr aufgegriffen werden (Hinweis E vom 17. Juni 2014, 2013/04/0029, mwN).

Wenn der VwGH insoweit maW von fortwirkenden Rechtswidrigkeiten spricht, ist damit- bestandsfest und präkludiert - klar, dass insb allfällige Rechtswidrigkeiten wie allenfalls die Festlegung aller Positionen als wesentliche Preispositionen nicht mehr als rechtswidrig beseitigt werden können, sondern diese präkludierten Entscheidungen anzuwenden sind.

3.1.3. Aus VwGH ZI 2006/04/0024 ist iZm der gebotenen Ausschreibungsauslegung entsprechend der stRsp des VwGH festzuhalten: Der Verwaltungsgerichtshof hat schon wiederholt bei der Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen, somit hinsichtlich der Willenserklärungen des Auftraggebers, den objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt für maßgebend erachtet (Hinweis E vom 19. November 2008, 2007/04/0018, mit Verweis auf die Vorjudikatur). Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist, gilt auch für die Auslegung der Willenserklärung des Bieters.

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass aus den bei den Feststellungen wiedergegebenen Passagen aus den Teilnahmeantragsunterlagen und den Ausschreibungsunterlagen für das Letztangebot objektiv redlich eindeutig hervorgeht, dass auftraggeberseitig bestandfest festgelegt wurde, dass beim gegenständlichen Vergabeverfahren im Rechtsrahmen des § 141 BVerG 2006 die Bestimmung über die Preisprüfung gemäß § 125 BVerG 2006 und die Bestimmung über das Ausscheiden gemäß § 129 BVerG 2006 sinngemäß bzw entsprechend anzuwenden ist. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass aus den bei den Feststellungen wiedergegebenen Passagen aus den Teilnahmeantragsunterlagen und den Ausschreibungsunterlagen für das Letztangebot objektiv redlich eindeutig hervorgeht, dass auftraggeberseitig bestandfest festgelegt wurde, dass beim gegenständlichen Vergabeverfahren im Rechtsrahmen des Paragraph 141, BVerG 2006 die Bestimmung über die Preisprüfung gemäß Paragraph 125, BVerG 2006 und die Bestimmung über das Ausscheiden gemäß Paragraph 129, BVerG 2006 sinngemäß bzw entsprechend anzuwenden ist.

Zu A) Zur Ab- und Zurückweisung:

3.2. Zur Abweisung des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung

3.2.1. Die §§ 125 und 129 BVerG 2006 idF v 20.08.2018 lauten in den hier interessierenden Teilen wie folgt². 3.2.1. Die Paragraphen 125 und 129 BVerG 2006 in der Fassung v 20.08.2018 lauten in den hier interessierenden Teilen wie folgt:

§ 125. (1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Paragraph 125, (1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

(2) Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

(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 sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind;

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

3. die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist. 3. die gemäß Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 3, geforderte oder vom Bieter gemäß Paragraph 109, Absatz 2, vorgenommene Aufgliederung der

Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

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

(6) Stellt der Auftraggeber bei einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich fest, dass ein Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig ist, weil der betreffende Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so [...].

[...]

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

1. [...]

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

[...]

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

[...]

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bieter ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(3) [...].

3.2.2. Da die Preisposition betreffend die Alarmaufschaltung beim BG Leopoldstadt bestandfest als eine wesentliche Position festgeschrieben worden war, hatte die BBG bei dem im Angebot ersichtlichen Null - Preis iSd § 125 BVergG 2006 vertieft zu prüfen. 3.2.2. Da die Preisposition betreffend die Alarmaufschaltung beim BG Leopoldstadt bestandfest als eine wesentliche Position festgeschrieben worden war, hatte die BBG bei dem im Angebot ersichtlichen Null - Preis iSd Paragraph 125, BVergG 2006 vertieft zu prüfen.

3.2.3. Wenn die ASt selbst einräumt, dass der Preis für die Alarmaufschaltung beim BG Leopoldstadt im Letztangebot mit mehr als null, nämlich mit 19,90 Euro ausgepreist hätte werden müssen, gesteht die ASt selbst zu, dass dieser Preis von null Euro bei einer bestandsfest wesentlichen Position gerade nicht betriebswirtschaftlich erklärbar ist.

3.2.4. Der VwGH hat zB zu Ra 2017/04/0152 rechtssatzmäßig ausgeführt wie folgt:

Der Auftraggeber hat gemäß § 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 ein Angebot auszuschneiden, das eine durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweist. Wie die Behörde zutreffend ausführt, ist dieser Tatbestand nach den betreffenden Gesetzesmaterialien auch dann erfüllt, wenn Teilpreise (§ 125 Abs. 3 Z 2 leg. cit.; somit Einheitspreise in wesentlichen Positionen) nicht plausibel

sind, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen (RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85). Der Auftraggeber hat gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 ein Angebot auszuschneiden, das eine durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweist. Wie die Behörde zutreffend ausführt, ist dieser Tatbestand nach den betreffenden Gesetzesmaterialien auch dann erfüllt, wenn Teilpreise (Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 2, leg. cit.; somit Einheitspreise in wesentlichen Positionen) nicht plausibel sind, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen. Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. GP, 85).

Damit liegt der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 3 BVergG bereits dann vor, wenn der Preis bei einer wesentlichen Position nicht plausibel ist. Damit liegt der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG bereits dann vor, wenn der Preis bei einer wesentlichen Position nicht plausibel ist.

3.2.5. Nachdem der von der ASt im Letztangebot bei der Alarmaufschaltung beim BG Leopoldstadt angegebene Preis von null Euro nicht plausibel und damit auch nicht betriebswirtschaftlich erklärbar ist, erging die angefochtene Ausscheidensentscheidung - in sinngemäßer Anwendung der §§ 125 und 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 - zu Recht, zumal wie gesagt die Vergabeunterlagen gegenständlich objektiv dahin auszulegen sind, dass auch bei grundsätzlicher Einschlägigkeit des § 141 BVergG 2006 dennoch die §§ 125 und 129 Abs 1 Z 3 BVergG heranzuziehen waren. 3.2.5. Nachdem der von der ASt im Letztangebot bei der Alarmaufschaltung beim BG Leopoldstadt angegebene Preis von null Euro nicht plausibel und damit auch nicht betriebswirtschaftlich erklärbar ist, erging die angefochtene Ausscheidensentscheidung - in sinngemäßer Anwendung der Paragraphen 125 und 129 Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 - zu Recht, zumal wie gesagt die Vergabeunterlagen gegenständlich objektiv dahin auszulegen sind, dass auch bei grundsätzlicher Einschlägigkeit des Paragraph 141, BVergG 2006 dennoch die Paragraphen 125 und 129 Absatz eins, Ziffer 3, BVergG heranzuziehen waren.

3.2.6. Wenn ausweislich der wiedergegebenen Passagen der Ausschreibungsunterlagen für das Letztangebot objektiv redlich verlangt wurde, dass ein Bieter den richtigen Preis bei den Positionen des Letztangebots einfügt; und die ASt entgegen diesem vorausgesetzten Erfordernis einen falschen Nullpreis bei einer wesentlichen Position einsetzt, setzt sich die ASt damit in Widerspruch zur Ausschreibung und ist daher sinngemäß nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden, zumal Preisangaben beim Letztangebot wegen deren Bewertungs- und damit Wettbewerbsrelevanz nicht verbesserbar erschienen sind. Die Ausscheidensentscheidung erging daher jedenfalls im Ergebnis zu Recht - § 347 Abs 1 Z 2 BVergG 2018. 3.2.6. Wenn ausweislich der wiedergegebenen Passagen der Ausschreibungsunterlagen für das Letztangebot objektiv redlich verlangt wurde, dass ein Bieter den richtigen Preis bei den Positionen des Letztangebots einfügt; und die ASt entgegen diesem vorausgesetzten Erfordernis einen falschen Nullpreis bei einer wesentlichen Position einsetzt, setzt sich die ASt damit in Widerspruch zur Ausschreibung und ist daher sinngemäß nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden, zumal Preisangaben beim Letztangebot wegen deren Bewertungs- und damit Wettbewerbsrelevanz nicht verbesserbar erschienen sind. Die Ausscheidensentscheidung erging daher jedenfalls im Ergebnis zu Recht - Paragraph 347, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018.

3.2.7. Bei diesem Stand musste nicht mehr ermittelt bzw. erörtert werden, ob das Angebot der ASt allenfalls auch aus anderen in der Aktenlage des Vergabeverfahrens dokumentierten Gründen auszuschneiden gewesen sein könnte - § 39 AVG. 3.2.7. Bei diesem Stand musste nicht mehr ermittelt bzw. erörtert werden, ob das Angebot der ASt allenfalls auch aus anderen in der Aktenlage des Vergabeverfahrens dokumentierten Gründen auszuschneiden gewesen sein könnte - Paragraph 39, AVG.

3.3. Zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrags gegen die Auswahlentscheidung

Der VwGH hat am 18.12.2018 zu Ra 2018/04/0109 im Anschluss an EuGH iS Rs C-355/15 (neuerlich) klargestellt, dass bei einer bestandsfesten bzw. damit "rechtskräftigen" AG - Entscheidung über das Ausscheiden des Antragstellers dieser keine Antragslegitimation mehr hat, soweit es um die Anfechtung einer anderen AG - Entscheidung geht, mit der ein anderer Vertragspartner für die Rahmenvereinbarung vorgesehen wurde.

Da das Ausscheiden der ASt mit dem am 02.04.2019 verkündeten Erkenntnis bestandsfest iSd Position der Auftraggeberseite wurde und die abweisliche Entscheidung des BVwG damit ab Entscheidung des BVwG gleichzeitig rechtskräftig iSv VwGH ZI Ro 2014/08/0065 wurde, war der gegen die Auswahlentscheidung gerichtete Nachprüfungs-

bzw. Nichtigkeitsantrag mangels Antragslegitimation mit dem nach dem Erkenntnis verkündeten Beschluss zurückzuweisen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

3.4. Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. 3.4. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision war gegenständlich betreffend die Abweisung des Nachprüfungsantrags gegen das Ausscheiden nicht zuzulassen, weil sich die Entscheidung insoweit auf gesichert erscheinende Rechtsauslegungen des VwGH beruht, welche gegenständlich im Einzelfall angewendet wurden.

Die Revision war weiters betreffend die Zurückweisung des Antrags gegen die Auswahlentscheidung nicht zuzulassen, weil die Zurückweisung dem zitierten sehr klaren VwGH - Erk zu Ra 2018/04/0109 entspricht.

Schlagworte

Antragslegitimation, Auslegung der Ausschreibung,
Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, bestandfeste
Ausschreibung, Bestandsfestigkeit, Bietergemeinschaft,
Bindungswirkung, Irrtum, Kalkulation, mündliche Verhandlung,
mündliche Verkündung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
Nachvollziehbarkeit, Nichtigkeitsklärung, offenkundige Unrichtigkeit,
Offensichtlichkeit, Plausibilität, Rahmenvereinbarung, schriftliche
Ausfertigung, spekulativer Preis, Verbesserung der
Wettbewerbsstellung, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren,
vertiefte Angebotsprüfung, (vertiefte) Preisprüfung, vorherige
Bekanntmachung, Wettbewerbsrelevanz, Zurückweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W131.2216444.2.00

Zuletzt aktualisiert am

25.09.2019

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at