

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/6/14 VGW-123/074/6204/2018

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.06.2018

## Entscheidungsdatum

14.06.2018

## Index

97 Öffentliches Auftragswesen

## Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Maga Mandl und die Richterin Dr.in Lettner über den Antrag der D. GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 3.5.2018, betreffend das Vergabeverfahren "A.", Kennwort ...; Ausschreibungsnummer: ..., der Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 34 – Bau- und Gebäudemanagement, vertreten durch Rechtsanwälte OG,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 3.5.2018 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Die ordentliche Revision ist unzulässig.

## Entscheidungsgründe

Die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, MA 34 – Bau- und Gebäudemanagement (im Folgenden Antragsgegnerin und Auftraggeberin) führt das oben genannte Vergabeverfahren als offenes Verfahren und Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem günstigsten Preis erfolgen. Leistungsgegenstand ist die Verlegung, Umlegung und Stückelung etc. von Glasfaserkabeln im Zuge des U-Bahnbaus.

Die Angebotsöffnung fand am 6.4.2018 statt. Am Verfahren haben sich sechs Bieter beteiligt. Die Antragstellerin lag nach Verlesung der Angebotspreise an zweiter Stelle.

Am 3.5.2018 wurde eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten getroffen, wogegen sich der gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung richtet.

Der Antrag auf Nichtigerklärung wird damit begründet, dass die Antragstellerin zwar kein positives Wissen habe,

jedoch nach Branchenkenntnis davon ausgehe, dass die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin rechtswidrig sei. Konkret betroffen sei zumindest die Position 192210A P. ..., in welcher die Teilnahmeberechtigte eine vermutlich unzulässige Preiskalkulation vorgenommen habe, indem sie den Lohn mit Euro 0 ausgepreist habe. Dies widerspreche den angebotsgegenständlichen Bestimmungen der ÖNORM B2061. Nach dieser ÖNORM hatten die Bieter für alle Positionen des Angebots eine nachvollziehbare Aufstellung der den Einheitspreis zugrunde gelegten Preiskomponenten auszufertigen und mit dem Angebot abzugeben. Nach dem Leistungsverzeichnis seien die Preisanteile für Lohn und Material pro Position anzugeben gewesen und erweise sich das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin schon rein formal (unabhängig von inhaltlichen Kalkulationsfragen) als ein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot.

Auch sei eine Null-Position im Lohn schon allgemein kalkulatorisch, also inhaltlich, unzulässig. Dies auch dann, wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin diese Lohnkosten an einer anderen Stelle, etwa in einer anderen Position oder im Material einkalkuliert habe. Auch ermögliche die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin offenbar gewählte Art der Kalkulation eine vergaberechtlich unzulässige Spekulation. Indem die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot entgegen den Ausschreibungsbestimmungen im Leistungsverzeichnis die Spalte Lohn mit Euro 0 ausgepreist habe, sei bereits - unabhängig von der Intention der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - rein objektiv gesehen von einer spekulativen Preisgestaltung auszugehen. Es liege im Ergebnis der nicht sanierbare Ausscheidensgrund gemäß § 129 Absatz 1 Z 3 BVergG vor und liege auch der Ausscheidensgrund des § 129 Absatz 1 Z 7 BVergG vor, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine verpflichtende Gliederung der Einheitspreise in Lohn und Material unterlassen habe. Dies widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen und sei prinzipiell nicht behebbarer. Sollte darin „nur“ ein fehlerhaftes oder unvollständiges Angebot gesehen werden, bestehe im Konkreten aber dennoch keine Behebbarkeit, da dies die Wettbewerbsstellung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unzulässig materiell verbessert würde.

Der Preis der Antragstellerin liegen nur um Euro \*\*\*,\*\*, also um 0,18 %, über dem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Bei einer ordnungsgemäßen Auspreisung des Lohns in der genannten Position wäre die präsumtive Zuschlagsempfängerin hinter der Antragstellerin gelegen. Die Wesentlichkeit dieser Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung sei im vorliegenden Fall evident.

Es werde sohin der Antrag gestellt, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, die Zuschlagsentscheidung vom 3.5.2018 nichtig zu erklären, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, Akteneinsicht zu gewähren sowie auf Pauschalgebührenersatz.

Unter einem wurde die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt, welche mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 17.5.2018 zur Zahl VGW-123-046/6205/2018 antragsgemäß erlassen wurde.

Mit Schriftsatz vom 16.5.2018 gab dieAntragsgegnerin Daten zum Vergabeverfahren und eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab.

Am 23.5.2018 erstattete dieAntragsgegnerin ihr Vorbringen zum Nichtigerklärungsantrag und führte zum Aufklärungsersuchen und -verfahren unter Hinweis auf den Vergabeakt genauer aus, sowie dazu, dass die im Nichtigerklärungsantrag herangezogenen Ausscheidensgründe nicht vorliegen würden.

Mit Schriftsatz vom 23.5.2018 trat dieTeilnahmeberechtigte dem Verfahren bei und brachte zusammengefasst vor, dass ein Kalkulationsfehler oder -mangel im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht vorliege und auch die Aufklärung zu keinem anderen Einheitspreis in der Position P. geführt habe. Es liege innerhalb dieser Position ein Übertragungsfehler vor, da irrtümlich die Positionen vertauscht worden seien. Der Einheitspreis dieser Position sei jedenfalls nicht Null. Sowohl der Gesamtpreis als auch der Preis für die Position P. hätten sich auch durch die Aufklärung im Rahmen der Angebotsprüfung nicht verändert. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Zuge der Aufklärung nicht nur den Übertragungsfehler, sondern auch den Anteil Lohn und Sonstiges erklären können.

Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 5.6.2018 dahin, dass offensichtlich im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine zu überprüfende Auffälligkeit vorhanden gewesen sei. Weiters handle es sich um eine wesentliche und wettbewerbsbeschränkende Position, denn das Angebot der Antragstellerin liegen nur um 0,18 % über dem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und reiche auch der von der Auftraggeberin angeführte Medianwert von 1,94 % leicht für einen Bietersturz zugunsten der Antragstellerin aus. Es werde auch nicht verlangt, dass die Auftraggeberin und nunmehr das Verwaltungsgericht die gesamte Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin minutiös nachvollziehe, vielmehr liege ein Prüfersuchen der Antragstellerin an das Verwaltungsgericht zu der ganz

konkreten Preiskomponente und damit verbunden zur Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vor. Gerade die Kalkulationen der genannten Position muss (auch für sich) plausibel und betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein.

Zum Anteil Lohn sollte unstrittig sein, dass ein Null-Lohn nicht möglich und nicht rechtskonform sei. Wenn von den Gegenparteien ausgeführt werde, dass der Lohnanteil nicht 0 wäre, könne dies auch das Ergebnis der Aufklärung sein. Aus der Erfahrung sei bekannt, dass Bieter bei der Auspreisung die Ansätze falsch einfügten und sodann versuchten, das Angebot zu retten, und angeben, dass die Zahlen eigentlich anders hätten eingesetzt werden sollen. Gegenständlich könnte das bedeuten, dass dem Material die Null-Auspreisung zugeschoben werde und der Lohn den ursprünglichen Ansatz des Materials erhalte. Dass dieser Lohnansatz plausibel sei, sei schon per se unwahrscheinlich.

Plausibel seien Lohnansätze dann, wenn in einem Angebot die Ansätze für vergleichbare Tätigkeiten zusammenstimmten. Die Auftraggeberin hätte daher Positionen suchen und prüfen müssen, die zum Lohn (Arbeit) der Position 192210A vergleichbar sind. Eine solche vergleichbare Position sei nach Ansicht der Antragstellerin die Position 020030A. Sollte eine solche Vergleichbarkeitsprüfung nicht erfolgt sein, sei die Angebotsprüfung nicht zu Ende geführt und daher mangelhaft.

Zum Anteil Material werde aus den Ausführungen der Gegenparteien geschlossen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Materialanteil mit Null angeboten habe. Dies bedürfe einer besonderen Begründung. Im konkreten Fall sei zu beachten, dass es sich beim vorliegenden P. um kein auffälliges Material handle. Es sei daher keine Rechtfertigung für einen Null-Ansatz zu erblicken und wäre auch zu begründen, warum gerade dieser Materialanteil mit 0 ausgepreist sei (und nicht ein anderer im Leistungsverzeichnis).

Zur Spekulationseignung werde ergänzt, dass die Antragstellerin nachträglich erfahren habe, dass die Position 192210A voraussichtlich nur in einem ungefähren Ausmaß von 25 %, also in etwa 12 Einheiten abgerufen werde. Damit liege im Hinblick auf den Bieterwettbewerb im Vergabeverfahren Spekulationspotenzial vor.

Zur Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung brachte die Teilnahmerechtigte am 11.6.2018 einen Schriftsatz ein, führte ihren Rechtsstandpunkt weiter aus, verwies auf das im Vergabeverfahren vorgelegte K7-Blatt und das Aufklärungsverfahren, und führte aus, dass die von der Antragstellerin ins Treffen geführte vergleichbare Position 020030A „...“ aus Sicht der Zeitansätze nicht mit der verfahrensgegenständlichen Position vergleichbar sei.

Am 14.6.2018 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien die beantragte öffentliche mündliche Verhandlung statt, welche im Wesentlichen folgenden Verlauf hatte:

Die AG gibt zum Leistungsgegenstand an: Es sind hier Arbeiten ausgeschrieben zur Verlegung, Stückelung, Umlegung etc. von Glasfaserkabeln im Zuge des U-Bahn-Baus. Pachtfelder sind Verbindungsstücke zum Anschluss von Kabeln.

Auf Vorhalt der Beilage aus der Ausschreibung „Achtung – Hinweis – Achtung – Hinweis“ gibt die AG zur Aufgliederung der Preise an: Dieser Hinweis-Zettel wird jeder Ausschreibung von uns beigelegt. Der Passus findet nur Anwendung bei veränderlichen Preisen. Gegenständlich sind Festpreise in der Ausschreibung festgelegt.

Auf Frage, warum dieser Passus bzw. dieser Hinweis-Zettel in die Ausschreibung aufgenommen wurde: Dies wird standardmäßig beigelegt.

Gegenständlich handelt es sich unstrittig um einen Bauauftrag. Die AG gibt auf Frage zu den Arbeitszeiten an, dass hier Lohnbestandteile zu kalkulieren waren und diese angeschaut wurden.

In der Position 19.2210A ist an Arbeit erforderlich: Auflegen, Ablängen, Messen der Leitungen, ob sie funktionieren etc..

Die AG gibt auf Frage zur Preisangemessenheitsprüfung allgemein an: Wir schauen den Mittellohn im K3-Blatt an. Dann werden die Löhne aus den Positionen bewertet. Diese Daten werden in einer Tabelle verarbeitet und von uns durch Vergleiche und Erfahrungswerte bewertet.

Die Berichterin informiert die AST im groben Umriss und allgemein über das unter Ausschluss der AST zum Angebot der TNB Besprochene.

Der AGV ergänzt, dass, wie in der Ausschreibung gefordert, von allen Bietern die Angebote auch elektronisch abgegeben wurden.

ASTV fragt die AG zum Auftragswert bzw. Schätzwert: Die Ausschreibung wurde nicht von uns gemacht, das heißt von einer anderen Fachabteilung innerhalb der MA 34. Es kann daher dazu keine Angabe gemacht werden.

ASTV an AG, ob bei Angebotsprüfung dieser Position der Schätzwert berücksichtigt wurde: Die Angebotsprüfung ist von mir und meinem Team erfolgt, die K7-Blätter wurden angefordert und der Preis als plausibel angesehen.

Der TNBV verweist hierzu auf sein bisheriges Vorbringen.

Auf Frage des ASTV an AG: Die Aufwand- und Verbrauchsansätze wurden bei dieser Position berücksichtigt und als Maßstab werden vom AG Erfahrungswerte und Vergleiche herangezogen. Als Techniker bin ich regelmäßig damit befasst.

Der AGV bringt zum Schriftsatz der AST vom 05.06.2018 und der dort erwähnten Spekulationseignung vor, dass die ausgeschriebenen 48 Stück auf Grund der faktischen und technischen Gegebenheiten auch erforderlich sein werden.

Der ASTV bringt zur Ausführung der Position weiter vor, dass es richtig sei, dass 48 Stück in Summe hergestellt werden sollen. Von diesen 48 Stück würden jedoch 36 Stück intern von der MA 14 erbracht werden. Vorgelegt wird dazu eMail-Verkehr mit der MA 34 vom 30.05.2017. Dieser wird der AG und der TNB zur Einsicht vorgelegt (Beilage .A).

Der TNBV führt aus, dass das Vorbringen des ASTV auf den Ausgang des Verfahrens keine Auswirkungen habe, der Einheitspreis bleibe unverändert. Die Planung erfolge durch die MA 34. 48 Stück seien bestandfest festgelegt und werde auf die Rechtsprechung zur Präklusionswirkung verwiesen. Das Vorbringen der AST beziehe sich auf einen anderen Ort.

Der AGV schließt sich dem Vorbringen des TNBV an und verweist auf das Mail, das in seinem gesamten Inhalt den Zusammenhang mit der gegenständlichen Ausschreibung fraglich erscheinen lasse und werde dort auch von den Wiener Linien gesprochen.

Der ASTV repliziert, dass die gegenständliche Baulichkeit durch die im eMail genannte Adresse klar identifiziert sei. Die Wiener Linien werden als Auslöser des U-Bahn-Baus naturgemäß genannt und werden diese Leistungen letztendlich auch von den Wiener Linien entgolten.

Der ASTV ergänzt, dass die Festlegung für 48 Stück bestandfest ist und ergibt sich jedoch für Bieter durch die Kenntnis einer Minderausführung eine Spekulationsmöglichkeit.

TNBV: Davon hatte die TNB keine Kenntnis.

AGV gibt ebenfalls an, dass er von dieser parallelen Angebotseinholung keine Kenntnis gehabt habe.

Vom TNBV wird auf Frage aus dem Senat dem AST dargelegt, dass es in der verfahrensgegenständlichen Position einen Übertragungsfehler gegeben hat. Die Aufgliederung dieser Position in Lohn und Sonstiges wurde vertauscht. Dies wurde im Zuge der Angebotsprüfung aufgeklärt.

Die Verfahrensparteien nehmen dies zur Kenntnis und verweisen auf ihr bisheriges Vorbringen.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Aufgrund des Vergabeaktes, welcher nicht bestritten wurde, der im Verfahren gewechselten Schriftsätze, welche jeweils zur Kenntnis gebracht wurden und dem Ergebnis der durchgeführten mündlichen Verhandlung wird nachstehender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die Antragsgegnerin führt ein Bauverfahren als offenes Verfahren im Unterschwellenbereich für die IKT-Verkabelung im Zuge des U-Bahnbaus. Leistungsgegenstand ist die Verlegung, Umlegung, Stückelung etc. von Glasfaserkabel .... Als Zuschlagskriterium ist der günstigste Preis festgelegt. Es ist zu Festpreisen im Preisangebotsverfahren ausgeschrieben. Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte am 12.3.2018.

Die Angebotsöffnung fand am 6.4.2018 statt, es haben sich sechs Bieter am Vergabeverfahren beteiligt und Angebote gelegt. Das Angebot der Antragstellerin war nach der Angebotsverlesung hinter dem Angebot der Teilnahmeberechtigten zweitgerieht. Am 3.5.2018 wurde von der Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, wogegen der Antrag auf Nichtigerklärung eingebracht wurde.

Mit der Ausschreibung wurde von der Auftraggeberin standardmäßig ein Hinweis-Zettel ausgegeben, welcher unter dem Punkt „Aufgliederung der Preise“ Festlegungen, Verweise und Normen dazu enthält (Trennblatt 1 im Vergabeakt).

Unter diesem Passus wurde unter Hinweis auf § 108 Abs. 1 Z 4 BVergG und die ÖNORM B2061 die Aufgliederung der Preise in Lohn und Sonstiges festgelegt.

Nach der Ausschreibung, Punkt 13.03, war der Datenbestand nach ÖNORM auf Datenträger dem Angebot anzuschließen (Trennblatt 1 im Vergabeakt).

Dem Angebot der Teilnahmeberechtigten war ein Datenträger angeschlossen (Trennblatt 5.1. im Vergabeakt).

Das Angebot der Teilnahmeberechtigten wurde von der Antragsgegnerin geprüft, die Prüfschritte wurden im Vergabeakt dokumentiert (Trennblatt 4 und 5.1. im Vergabeakt).

Das Angebot der Teilnahmeberechtigten enthält nach dem ABK-Ausdruck (gemäß dem dem Angebot angeschlossenen Datenträger) eine Aufgliederung der Preise in Lohn und Sonstiges (Trennblatt 4 im Vergabeakt).

In der Position 192210A wurde im Angebot der Teilnahmeberechtigten nach dem ABK-Ausdruck sowohl für den Lohn als auch für Sonstiges ein Wert eingesetzt, aus welchem der Einheitspreis gebildet wurde. Der Einheitspreis des ABK-Ausdruckes ist ident mit jenem des Angebotes in Papier.

Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 16.4.2018 wurde die Teilnahmeberechtigte unter Setzung einer Frist zur Aufklärung aufgefordert (Trennblatt 3 im Vergabeakt). Zur Position 192210A wurde die Teilnahmeberechtigte mit diesem Schreiben um Aufklärung zu den Preisbestandteilen dieser Position ersucht sowie um Nachreichung von K7-Blättern inklusive Preisnachweisen.

Innerhalb der gesetzten Frist gab die Teilnahmeberechtigte eine Aufklärung ab und teilte zur Position 192210A mit, dass in dieser Position irrtümlich eine Verwechslung der Preisbestandteile erfolgt sei, der Einheitspreis jedoch unverändert bleibe. Sodann erklärte sie die Preisbestandteile Lohn und Sonstiges in dieser Position näher und konkret. Das K7-Blatt wurde vorgelegt und von der Antragsgegnerin geprüft.

Die Antragstellerin hat im Zuge der mündlichen Verhandlung zwei Mails vom 30.5.2017 vorgelegt, welche eine Korrespondenz der MA 14 mit der Antragsgegnerin zeigen und aus Sicht der Antragstellerin einen Minderabruf in der verfahrensgegenständlichen Position zumindest nahe legen. Aufgrund des im Betreff und Text genannten Vorhabens steht fest, dass es sich um die Örtlichkeit ... handelt. Ebenso wird in diesen Mails im Betreff eine Geschäftszahl der MA 14 angegeben, sowie „Bedeckung & Angebotsabgabe: Wiener Linien, Baukanzlei U2/22 (...)“. Es ist nach den Daten dieser Mails – bis auf die Örtlichkeit – nicht von einem mit dem gegenständlichen Vergabevorgang identen Auftrag auszugehen. Dass im Zuge des mehrjährigen Projektes U-Bahnbaue die Fachabteilungen des Magistrates der Stadt Wien mit den Wiener Linien zusammenarbeiten, ist aus Sicht des Senates naheliegend. Ein Minderabruf in der Position P. war daraus nicht abzuleiten.

Rechtlich folgt daraus:

§ 129 Abs. 1 Z 3 und 7 BVergG 2006 lautet:

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

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;

I. Der Nichtigerklärungsantrag ist rechtzeitig und richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung als eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Formalvoraussetzungen des Antrages auf Nichtigerklärung gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2014 liegen vor. Die Pauschalgebühren wurden nachweislich entrichtet. Der Antrag ist rechtzeitig und zulässig.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinn des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG.

Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte am 12.3.2018. Die Ausschreibung ist bestandfest.

II. Der von der Antragstellerin herangezogene Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG, welcher im Angebot der Teilnahmeberechtigten in der fehlenden Aufgliederung der Preise in Lohn und Sonstiges von der Antragstellerin vermeint wurde, war nach dem Vergabeakt nicht gegeben.

Nach den aufgrund des Vergabeaktes getroffenen Feststellungen ist eine Aufgliederung der Kosten im Angebot der Teilnahmeberechtigten in Lohn und Sonstiges erfolgt.

Wenn der Vertreter der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausführte, dass der Passus im standardmäßig jeder Ausschreibung beiliegenden Hinweis-Zettel der Ausschreibung zur Aufgliederung der Preise gegenständlich nicht anwendbar gewesen sei, da Festpreise vereinbart seien und eine zeitlich geringe Laufzeit festgesetzt sei, war darauf durch die festgelegte Anwendbarkeit der ÖNORM B2061 und in den Angeboten erfolgte Aufgliederung der Preise nicht weiter einzugehen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde laut Ausschreibungsunterlagen zu Festpreisen ausgeschrieben.

Offenkundig haben die fachkundigen Bieter die Ausschreibung im Sinn einer Anwendbarkeit der ÖNORM B2061 und Aufgliederung der Preise verstanden und war durch die Vorgabe der Ausschreibung, einen elektronischen Datenträger dem Angebot anzuschließen, die Aufgliederung in Lohn und Sonstiges vorgegeben und ist auch erfolgt.

Fest steht, dass die Aufgliederung in Lohn und Sonstiges im Angebot der Teilnahmeberechtigten erfolgt ist, das Angebot damit der Ausschreibung entspricht und somit der Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG nicht vorliegt.

III. Zum seitens der Antragstellerin herangezogenen Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG hinsichtlich der Position 192210A, in welcher die Antragstellerin vermeinte, dass der Lohn mit Null angesetzt sei, war nach den aus dem Vergabeakt getroffenen Feststellungen nicht zu folgen.

Die Antragsgegnerin hat nach Angebotsprüfung die Teilnahmeberechtigte hinsichtlich dieser Position um Aufklärung ersucht. Die Teilnahmeberechtigte hat innerhalb der gesetzten Frist aufgeklärt und diese Position samt deren Preiszusammensetzung nachvollziehbar erklärt. Sie hat angegeben, dass in dieser Position die Preisbestandteile irrtümlich vertauscht wurden und hat auch eine Aufklärung zur Zusammensetzung und zum Zustandekommen dieser Preisbestandteile gegeben. Diese Erklärung war plausibel und nachvollziehbar.

Durch die erfolgte Aufklärung wurde weder der Einheitspreis dieser Position noch der Gesamtpreis verändert. Die Preiskomponenten wurden lediglich erklärt. Eine materielle Verbesserung der Wettbewerbssituation war daher gegenständlich nicht gegeben.

Die Auftraggeberin legte ihrer Angebotsprüfung Erfahrungswerte und Vergleiche zugrunde. Aufwands- und Verbrauchsansätze wurden bei der verfahrensgegenständlichen Position berücksichtigt. Die Auftraggeberin konnte nach erfolgter Aufklärung durch die Teilnahmeberechtigte die Kalkulation dieser Position als betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und plausibel ansehen.

Eine Prüfung einer aus Sicht der Antragstellerin vergleichbaren Position durch die Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung, als welche sie die Position 020030A nannte, war im gegenständlichen Fall nicht zwingend erforderlich, da die Teilnahmeberechtigte ihre Kosten zu dieser Position mit der erfolgten Aufklärung ausreichend hat erklären können und durch das mit der Aufklärung vorgelegte K7-Blatt die Lohnkosten von der Antragsgegnerin geprüft werden konnten.

IV. Zu der im Nachprüfungsverfahren thematisierten Spekulationseignung durch Minderabruf in der verfahrensgegenständlichen Position hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zwei Mails vom 30.5.2017 vorgelegt. Nach den getroffenen Feststellungen war ein Minderabruf in dieser Position daraus nicht abzuleiten. Auch ergaben sich sonst keine Hinweise auf eine solche Spekulationsabsicht der präsumentiven Zuschlagsempfängerin. Bestandfest sind 48 Stück P. ausgeschrieben, welche von der Teilnahmeberechtigten in ihrem Angebot kalkuliert wurden. Festgelegte Anforderungen sind nach dem Grundsatz der Selbstbindungswirkung der Ausschreibung für das gesamte Vergabeverfahren bindend. Ein spekulativer Zusammenhang zwischen den Mails vom 30.5.2017 und der am

12.3.2018 bekannt gemachten und dem Angebot zugrunde liegenden gegenständlichen Ausschreibung war aus Sicht des Senates nicht zu erkennen. Es lag demnach auch der Ausscheidensgrund eines spekulativen Angebotes im Sinn des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG nicht vor.

V. Nachdem im Ergebnis die von der Antragstellerin in ihrem Antrag herangezogenen Rechtswidrigkeiten bei der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung nicht vorlagen, war der Antrag abzuweisen. Die Antragstellerin hat daher gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

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.

#### **Schlagworte**

Nachprüfungsverfahren, Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Ausscheiden von Angeboten, Ausscheidungsgründe

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGWI:2018:VGW.123.074.6204.2018

#### **Zuletzt aktualisiert am**

16.07.2018

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)