jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2018/3/22 LVwG 443.7-280/2018, LVwG 443.7-286/2018

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.03.2018

Entscheidungsdatum

22.03.2018

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3
BVergG §1349 Abs2 Z2

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch den Senatsvorsitzenden Dr. Auprich, den Richter Dr. Hanel und die Richterin Mag. Schnabl gemäß § 5 ff Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz – StVergRG, betreffend das Vergabeverfahren „BA XX XX Kaskadenwehre und maschinelle Ausrüstung, Stahlwasserbau", durchgeführt von der B G, aa, D-Platz, G, vertreten durch M & N, Rechtsanwälte GmbH in G, H, über die Anträge der C Technik GmbH & Co KG, Straße, D-M, vertreten durch E/F & Partner Rechtsanwälte GmbH, N, W,

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

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 17.01.2018, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, wird

a b g e w i e s e n .

II. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 17.01.2018, die Ausschreibung zu widerrufen, wird als unzulässig

z u r ü c k g e w i e s e n .

III. Die weiteren Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht in den Vergabeakt sowie die Auftraggeberin zu verpflichten, die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen, werden

a b g e w i e s e n .

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden VwGG) eineordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs 4 B-VGunzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Vorbringen und Sachverhalt:

Die Auftraggeberin, die Stadt G, vertreten durch die B G, aa GmbH, führt seit 2017 ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich im offenen Verfahren durch. Auftragsgegenstand ist die Errichtung von Kaskadenwehren und Bodenklappen samt technischer Ausrüstung für das neue W G.

Im Zuge dieses Verfahrens legten lediglich zwei Bieter Angebote, nämlich die Antragstellerin C Technik GmbH & Co KG, sowie die O-P Straßen- und Tiefbau GmbH. Am 03.10.2017 erließ schließlich die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der nunmehrigen Antragstellerin mit einer Nettoangebotssumme von € 1.536.646,00.

Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der O-P Straßen- und Tiefbau GmbH beim Landesverwaltungsgericht Steiermark bekämpft und führte dieses in weiterer Folge ein Nachprüfungsverfahren durch, wo in der mündlichen Verhandlung vom 19.12.2017 dem Antrag der O-P Straßen- und Tiefbau GmbH Folge gegeben wurde und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der nunmehrigen Antragstellerin für nichtig erklärt wurde.

Mit Erkenntnis vom 20.03.2018, GZ: LVwG 443.7-2737/2017-44, wurde das am 19.12.2017 mündlich verkündete Erkenntnis schriftlich ausgefertigt und darin im Wesentlichen festgehalten, dass die Preisgestaltung der präsumtiven Bestbieterin C Technik GmbH & Co KG betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar war, insbesondere, dass die Kalkulation mangelhaft und falsch war.

Das mündlich verkündete Erkenntnis veranlasste offensichtlich die Auftraggeberin, das Angebot der nunmehrigen Antragstellerin C Technik GmbH & Co KG auszuscheiden und teilte dies der Antragstellerin mit Schreiben vom 17.01.2018 mit. Unter einem teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin weiters mit, dass beabsichtigt sei, das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs 2 BVergG zu widerrufen, da nur mehr ein Bieter im Verfahren übriggeblieben ist.

Zur Ausscheidensentscheidung bringt die Antragstellerin unter Zitierung des im Vorverfahren eingeholten Gutachtens des Sachverständigen DI Z vor, dass die Heranziehung des Ausscheidungsgrundes des § 129 Abs 1 Z 3 BVergG schon nach dem Gesetzeswortlaut voraussetze, dass der Umstand der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellt wurde. Diese vertiefte Angebotsprüfung sei eine kontradiktorische Überprüfung, deren Durchführung nicht im Ermessen des Auftraggebers liege, was bedeute, dass bei Vorliegen von Unklarheiten für einen Auftraggeber, den jeweiligen Bieter Gelegenheit zur Aufklärung gegeben werden müsse, denn sonst könne dieser Ausscheidensgrund überhaupt nicht vorliegen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung im Vorverfahren sei erstmalig thematisiert worden, dass die Antragstellerin „K-Blätter“ unrichtig ausgefüllt habe.

Die Antragstellerin bringt in ihrem Nachprüfungsantrag des Weiteren zur – ihrer Meinung nach – unzulässigen Ausscheidensentscheidung wie folgt vor:

„Da die Auftraggeberin eine entsprechende Aufforderung zur Aufklärung unterlassen hat, kann die monierte Frage, ob eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliegt, noch gar nicht abschließend beantwortet werden und auch nicht als Begründung für eine Ausscheidensentscheidung herangezogen werden (VKS Wien 13-09-2011, VKS-5962/11) – dies umso weniger, als der vom LVwG im genannten Nachprüfungsverfahren beigezogene nichtamtliche Sachverständige gerade nicht festgestellt hat, dass keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises gegeben wäre. Die vertiefte Angebotsprüfung ist somit überhaupt noch nicht abgeschlossen, sodass die (dort angefochtene) Zuschlagsentscheidung schon aus diesem Grund rechtswidrig und für nichtig zu erklären ist.

Des Weiteren ist zu betonen, dass die Antragstellerin eine Aufforderung zur Aufklärung jederzeit hätte nachkommen können, da es sich bei der monierten fehlerhaften Ausfüllung der Kalkulationsblätter um eine rein formale Unklarheit handelt. Die relevanten Zahlen sind – worauf auch der Vertreter der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 19.12.2017 vor dem LVwG Steiermark hingewiesen hat – allesamt in den Kalkulationsblättern enthalten und können somit nachvollzogen werden.

So hat der Vertreter der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 19.12.2017 erläutert, dass die in den Zahlen N bis R in dem Formblatt K3 angegebenen Zuschläge – im Sinne des Formblattes fehlerhaft – auf die Kosten (Zeile M) bezogen und in der Summenzeilen S mathematisch korrekt aufaddiert wurden.

Die Zeile T ist in den ersten vier Spalten ebenfalls korrekt berechnet worden, wobei in den Spalten fünf und sechs aber unkorrekterweise mit den Zahlen der Zeile S weitergerechnet wurde.

Im Sinne des Formblatts richtigerweise hätten die in den Zeilen N bis R anzugebenen Zuschläge auf den Preis (Zeile U) bezogen sein müssen.

Dies hätte aber nichts an der Kalkulation geändert (die kalkulationsrelevanten Ansätze sind ja dessen ungeachtet im Kalkulationsformblatt ausgewiesen), sondern von vornerein nur zu geringeren Zuschlägen in den Zeilen N bis R geführt.

Für die im Formblatt K7 vorgesehene Zuschlagskalkulation wären dann nämlich dennoch die in den Zeilen N und R ursprünglich angegebenen Zuschläge angesetzt worden, da sich die dort anzugebenen Zuschläge eben auf die Kosten und nicht den Preis beziehen. Damit zeigt sich aber, dass die Korrektheit der Kalkulation mit den vorliegenden Unterlagen und einer entsprechenden Aufklärung nachweisbar wäre – das Missverständnis wurde von der Antragstellerin in der Verhandlung vom 19.12.2017 offengelegt, sodass für den Auftraggeber bei entsprechender Aufklärung die vorgelegten Kalkulationsblätter interpretierbar sind. Insbesondere ist nochmals festzuhalten, dass das Angebot und die vorgelegten Kalkulationsblätter nicht mit einem unbehebbaren Mangel behaftet sind, weil alle für den Nachweis der Kalkulation erforderlichen Informationen in den bereits jetzt vorliegenden K-Blättern enthalten sind, und eine Aufklärung daher nicht zu einer Änderung der Kalkulation oder gar der Positionspreise führen würde.

Aus diesen Gründen ist die Ausscheidensentscheidung der Antragsgegnerin rechtswidrig und damit für nichtig zu erklären.

5.2. Zur rechtswidrigen Unterlassung der Einräumung einer Möglichkeit zur Behebung des Mangels

Selbst wenn der erkennende Senat davon ausgehen sollte, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin nicht nochmals zur Aufklärung im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung hätte auffordern müssen, hat es die Auftraggeberin jedenfalls unterlassen, eine Möglichkeit zur Mängelbehebung einzuräumen (§ 126 Abs 1 BVergG).

Bei der gegenständlich monierten fehlerhaften Ausfüllung der Kalkulationsblätter handelt es sich (maximal) um einen Mangel, der iSd BVergG als behebbar anzusehen ist. Durch die Berichtigung des Fehlers in den Kalkulationsblättern ändert sich nämlich nichts an der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin; weder Wert, Preis noch andere inhaltliche Eigenschaften der angebotenen Leistung würden modifiziert werden.

Wie unter 5.1 ausgeführt und bereits in der mündlichen Verhandlung vom 19.12.2017 vom Vertreter der Antragstellerin dargelegt wurde, wurde dessen ungeachtet mit den korrekten Werten weitergerechnet, sodass sich dieser allfällig rein formale Fehler auf die Kalkulation und damit auf den Angebotspreis nicht ausgewirkt hat (dass ein reiner Formalfehler beim Ausfüllen eines K-Blattes auch keine sonstige Auswirkung auf den Angebotsinhalt hat, bedarf keiner weiteren Ausführungen). Alle Angaben, die für die Nachvollziehbarkeit des Angebots erforderlich sind, sind daher richtig im Angebot der Antragstellerin berücksichtigt. Sie befinden sich nur teilweise nicht an der bei strenger Auslegung der K-Blatt-Systematik für sie vorgesehenen Stelle, was aber – wie gesagt – auch nichts an dem Umstand ändert, dass dessen ungeachtet mit den richtigen Zahlen weiterkalkuliert wurde. Insofern mag es zwar sein, dass die formale Überleitung der Angaben aus dem K-3-Blatt in das K-7-Blatt aufklärungsbedürftig ist. Sie ist aber allemal aus den in den K-3- bzw. K-7-Blättern jeweils enthaltenen Werten erklärbar.

Es handelt sich somit nicht einmal um einen „bloßen Übertragungssfehler“ iSd § 126 Abs 4 BVergG, sodass schon alleine aufgrund eines Größenschlusses von einem behebbaren bzw. überhaupt gänzlich unerheblichen Mangel auszugehen ist.

Demzufolge ist die Ausscheidensentscheidung der Antragsgegnerin auch aus diesem Grund rechtswidrig und damit für nichtig zu erklären.

6. Zur Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung

Wie dargelegt, ist die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären. Aus dieser Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung ergibt sich in weiterer Folge auch die Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung. In ihrer auf § 139 Abs 2 BVergG gestützten Widerrufsentscheidung vom 17.01.2018 legt die Auftraggeberin dar, dass – nach dem Ausschieden des Angebots der Antragstellerin – nur mehr ein Angebot im Verfahren verblieben ist. Gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVergG kann ein

Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 nur ein Angebot bleibt. Von diesem Recht möchte die Auftraggeberin – wie sie selbst in der angefochtenen Widerrufsentscheidung offenlegt – Gebrauch machen.

Infolge der Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung ergibt sich jedoch, dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des § 139 Abs 2 Z 2 BVergG nicht mehr vorliegen; es ist eben nicht mehr nur ein Angebot im Verfahren geblieben.

Folglich ergibt sich, dass auch die auf § 139 Abs 2 Z 2 BVergG gegründete Widerrufsentscheidung rechtswidrig und für nichtig zu erklären."

Zur Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung führt die Antragstellerin aus, durch die rechtswidrige Ausscheidensentscheidung sei auch die Widerrufsentscheidung rechtswidrig, denn die von der Auftraggeberin in Anspruch genommene Voraussetzung des § 139 Abs 2 Z 2 BVergG sei nicht mehr vorliegend, denn es sei eben nicht nur ein Angebot im Verfahren geblieben und ergebe sich demgemäß die Rechtswidrigkeit der auf diese Bestimmung gegründeten Widerrufsentscheidung und sei sie deshalb für nichtig zu erklären.

Mit Schriftsatz vom 12.02.2018 repliziert die Auftraggeberin in der Weise, als sie vorbringt, sie habe das Angebot der Antragstellerin durch ihren externen Sachverständigen Angebotsprüfer, die RR ZT GmbH, bereits im Mai / Juni 2017 bereits vertieft prüfen lassen, sodann zurückgenommen und das Angebot der Antragstellerin und des Mitbewerbers nochmals geprüft. Im Zuge dieser fortgesetzten vertieften Prüfung, habe sie der Antragstellerin am 24.07.2017 eine ausführliche Aufforderung zur schriftlichen Aufklärung ihres Angebotes übermittelt, in dem vor allem die Offenlegung der Kalkulation durch Übermittlung von K-Blättern in einzelnen Positionen, verlangt wurde.

Die Antragstellerin habe dies soweit erledigt und der Auftraggeberin zahlreiche K-Blätter vorgelegt und hätte diese Aufklärung für den externen Angebotsprüfer der Auftraggeberin grundsätzlich als ausreichend erachtet. Dies sei jedoch vom gerichtlichen Sachverständigen DI Z insofern widerlegt worden, als dieser klar und deutlich in seinem Gutachten ausführte, die Kalkulation der Antragstellerin sei letztlich einfach falsch gewesen und habe deshalb die Auftraggeberin keinen weiteren Anlass zu einer Aufklärung des Angebotes gesehen, zumal das gesetzlich vorgesehene Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin bereits am 24.07.2017 ergangen sei.

Schließlich moniert die Auftraggeberin, es bestünde keine Pflicht für sie, eine laut Sachverständigen des Gerichtes falsche Kalkulation so lange „aufklären und verbessern zu lassen, bis diese vielleicht einmal richtig sei".

Zum fakultativen Widerrufsgrund nach § 139 Abs 2 Z 2 BVErgG bringt die Auftraggeberin vor, es bestünde für sie nach der Judikatur des EuGH keine Verpflichtung, einen Auftrag zu erteilen, wenn nur ein einziges Unternehmen die erforderliche Eignung besitze. Es sei letztlich nur ein Angebot im Vergabeverfahren verblieben und stelle dies daher einen sachlichen Grund dar, das Vergabeverfahren nach § 139 Abs 2 Z 2 BVergG zu widerrufen.

Rechtliche Beurteilung:

Allgemeines:

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

Da es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt, ist gemäß § 3 Abs 2 StVergRG der im Spruch des Erkenntnisses genannte Senat des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark zur Entscheidung berufen. Bekämpft wurden die Ausscheidungsentscheidung sowie die Entscheidung, das Vergabeverfahren zu widerrufen.

Der Anträge wurden rechtzeitig beim zuständigen Landesverwaltungsgericht Steiermark eingebracht und ordnungsgemäß vergebührt.

Zum Vorbringen im Nachprüfungsantrag hinsichtlich des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin:

Gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen, auszuscheiden.

Die Antragstellerin bringt in ihrem Nachprüfungsantrag im Wesentlichen vor, die vom Sachverständigen DI Z im Vorverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Steiermark festgestellten Mängel seien solche, die problemlos durch

Aufklärung behebbar gewesen wären und hätte die Auftraggeberin, offensichtlich gemeint nach der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Steiermark am 19.12.2017, die Antragstellerin zur Behebung der Mängel auffordern müssen. Die Antragstellerin moniert, dass es sich bei den vom Sachverständigen festgestellten Fehlern um rein formale gehandelt hätte und demgemäß behebbare bzw. überhaupt gänzlich unerhebliche Mängel gewesen seien.

Dagegen bringt die Auftraggeberin ins Treffen, dass bereits im Mai / Juni 2017 die Antragstellerin zur schriftlichen Aufklärung aufgefordert wurde und diesbezüglich ohnehin geantwortet hätte, indem sie K-Blätter übermittelt hätte.

Es könne nicht angehen, dass eine offensichtlich falsche Kalkulation - so der Gerichtsgutachter – einer Aufklärung zugänglich sind. Mit diesem Vorbringen ist die Auftraggeberin im Recht:

Das Gutachten des Sachverständigen im Vorverfahren zeichnet ein deutliches Bild einer unsauberen, unvollständigen und fehlerhaften Kalkulation im Angebot der Antragstellerin, wobei – so der Sachverständige – wichtige Kostenfaktoren weggelassen wurden. Das ausführliche Gutachten des Sachverständigen zeichnet ein Bild in der Gesamtschau eines nicht nachvollziehbaren Angebotes, dass nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark keiner weiteren Aufklärung zugänglich ist. Überdies hat bereits – wie die Auftraggeberin vorbringt – im Mai / Juni 2017 vor der ersten Rücknahme der Zuschlagsentscheidung ein Aufklärungsersuchen stattgefunden und ist es lediglich durch eine im Ergebnis unzureichende vertiefte Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin zu einem Nichtausscheiden des Angebotes der Antragstellerin bereits vor dem Vergabenachprüfungsverfahren gekommen (vgl. das Gutachten des Sachverständigen DI Z: Jedenfalls ist bei der vertieften Prüfung nicht aufgefallen, dass das K3-Blatt mangelhaft und teilweise falsch ist und dass bei der Preisermittlung mit falschen (zu niederen) Prozentsätzen für den Gesamtzuschlag gerechnet wurde.“).

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die Auftraggeberin aufgrund des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung vom 19.12.2017 sowie des keine Frage offenlassenden Gutachtens des Sachverständigen, das fehlerhafte und mangelhafte Angebot der Antragstellerin unzweifelhaft ohne weitere Aufklärung auszuscheiden hatte.

Zur Widerrufsentscheidung:

Aufgrund des Obgesagten, d.h. der Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, erweist sich aber auch der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung als nicht berechtigt. Mit der Entscheidung, mit der der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abgewiesen wurde, ist die Antragstellerin nicht mehr Bieter im Vergabeverfahren. Ohne sachlich prüfen zu müssen, ob die gegen die Widerrufsentscheidung geltend gemachten Gründe vorliegen oder nicht, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung mangels Parteistellung zurückzuweisen. Die Antragslegitimation eines Bieters ist nämlich zu verneinen, wenn es seinem Angebot an der grundsätzlichen Eignung mangelt, für den Zuschlag überhaupt in Betracht zu kommen. Ein Bieter, dem es nicht gelingt, aufgrund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, ist nicht schutzwürdig (vgl. VwGH vom 28.03.2007, 2005/04/0200, u.a.). Da sich die, die Antragstellerin betreffende Ausscheidungsentscheidung als vergaberechtskonform erwiesen hat, mangelt es der Antragstellerin zur Bekämpfung der Widerrufsentscheidung an der notwendigen Antragslegitimation, weshalb ihr Antrag auf Nichtigerklärung des Widerrufs als unzulässig zurückzuweisen war.

Die einstweilige Verfügung vom 01.02.2018, GZ: LVwG 45.7-281/2018-4, war mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

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.

Schlagworte

Offenes Verfahren, Widerrufsentscheidung, Ausscheiden, Parteistellung, Zurückweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGST:2018:LVwG.443.7.280.2018

Zuletzt aktualisiert am

17.10.2018

Quelle: Landesverwaltungsgericht Steiermark LVwg Steiermark, http://www.lvwg-stmk.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at