jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Erkenntnis 2020/6/18 VGW-123/072/5509/2020

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 18.06.2020

Entscheidungsdatum

18.06.2020

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2018 §2
BVergG 2018 §20
BVergG 2018 §78 Abs1 Z4

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.in Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der A. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Stadt Wien – MA 48 betreffend das Vergabeverfahren "Instandsetzung der E. in diversen Liegenschaften der MA 48 - Baumeisterarbeiten",

zu Recht erkannt:

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 08.05.2020 wird nichtig erklärt.

II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von EUR 1.560,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Die Stadt Wien, MA 48, (in der Folge: Antragsgegnerin) führt ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages (Instandsetzung der E. in diversen Liegenschaften der MA 48). Der Zuschlag soll dem billigsten Preis erteilt werden. Die Antragstellerin wurde am 19.12.2019 zur Abgabe eines Angebotes eingeladen und hat ein solches abgegeben.

Auch die B. Baugesellschaft m.b.H. (in der Folge: Teilnahmeberechtigte) wurde zur Angebotslegung eingeladen. Sie hat zwei Angebote abgegeben. Ein Angebot wurde vom Standort in C. (früheres Angebot) und eines vom Standort in D. (späteres Angebot) gelegt. Das spätere Angebot der Teilnahmeberechtigten (Standort D.) ist preislich an erster Stelle

gereiht, das Angebot der A. Gesellschaft m.b.H. (in der Folge: Antragstellerin) ist preislich an zweiter Stelle gelegen, das frühere Angebot der Teilnahmeberechtigten (Standort C.) liegt an dritter Stelle.

Mit Angebotsformblatt MD BD SR-75 wurden die Allgemeinen Teilnahmebestimmungen der Stadt Wien für Vergabeverfahren (WD 307 2018) für anwendbar erklärt. Darin wird in Punkt 3.1. festgehalten, dass es unzulässig ist, dass sich die Teilnehmer im jeweiligen Vergabeverfahren an mehreren Bewerber-, Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften beteiligen; ebenso ist eine Beteiligung an einer Bewerber-, Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft neben der Einzelbeteiligung von Teilnehmern am jeweiligen Vergabeverfahren unzulässig. Die Angebotsfrist endete am 31.1.2020 um 23 Uhr 45.

Die Antragstellerin führt in ihrem Nachprüfungsantrag aus, es sei ihr in der Folge über die Vergabeplattform der Antragsgegnerin das Protokoll der Angebotsöffnung zugestellt worden. Daraus habe sich ergeben, dass sich neben der Antragstellerin, die mit einem Preis von 8**.***,** Euro angeboten habe, auch die B. Baugesellschaft m.b.H., F.-Straße, C., die mit 9**.***,** Euro angeboten habe, und die B. Baugesellschaft m.b.H., G.-straße, D., mit einem Angebotspreis von 6**.***,** Euro (Gesamtpreis 5**.***,** Euro) am Vergabeverfahren beteiligt hätten.

Damit sei das Angebot der Antragstellerin an zweiter Stelle gereiht. An erster Stelle liege das Angebot der B. Baugesellschaft m.b.H. D., an dritter Stelle liege ein weiteres Angebot der Teilnahmeberechtigten mit der Adresse in C.. Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin ihre Rechtsansicht mitgeteilt, dass das erstgereihte Angebot der Teilnahmeberechtigten auszuscheiden sei. Am 8.5.2020 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugestellt worden, in der ausgeführt werde, dass das Angebot mit dem Gesamtpreis von 5**.***,** Euro für den Zuschlag in Aussicht genommen werde.

Die Antragstellerin verweist in der Folge auf § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018, wonach Angebote auszuscheiden seien, wenn der öffentliche Auftraggeber über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür verfüge, dass der Unternehmer mit anderen Unternehmern für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen habe, die gegen die guten Sitten verstoßen, oder mit anderen Unternehmern Abreden getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs liege eine unzulässige Mehrfachbeteiligung dann vor, wenn ein Unternehmer an der Erstellung mehrerer Angebote mitgewirkt habe. Nach dieser Judikatur sei ein automatischer Ausschluss zwar unzulässig, der Auftraggeber müsse das Vorliegen von Wettbewerbswidrigkeiten aber im Einzelfall prüfen. Im vorliegenden Fall sei jedoch in der Ausschreibung ausdrücklich festgelegt, dass sich die Teilnehmer nicht an mehreren Bewerber-, Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften beteiligen dürften; ebenso sei eine Beteiligung an einer Bewerber-, Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft neben der Einzelbeteiligung von Teilnehmern unzulässig. Zulässig bleibe daher nur eine Mehrfachbeteiligung auf Subunternehmerebene. Jedenfalls sei es unzulässig, dass ein Bieter mehrere Angebote abgebe.

Das Angebot der Teilnahmeberechtigten hätte daher wegen Verstoßes gegen die Ausschreibung gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 und 7 BVergG 2018 ausgeschieden werden müssen.

Ein weiterer Ausscheidensgrund liege darin, dass es sich um zwei Angebote desselben Bieters handle. Dass dieser Bieter zwei verschiedene Adressen verwende, ändere nichts an der Identität der Bieter. Mehrere Angebote eines Bieters seien nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs nur dann zulässig, wenn sie neben dem Preis andere bewertungsrelevante Unterschiede aufwiesen. Dies sei gegenständlich jedoch nicht der Fall, da es sich um ein reines Billigstbieterprinzip handle.

Gegenständlich handle es sich nicht nur um verbundene Unternehmen, es läge Identität der Bieter vor. Auch läge Identität der Geschäftsführer vor, was ein Indiz dafür sei, dass die Angebote nicht unabhängig voneinander erstellt worden seien.

Vorsichtshalber werde auch eingewendet, dass es sich beim erstgereihten Angebot um ein Angebot eines nicht aufgeforderten Bieters handle. Weiters habe die Antragsgegnerin keine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen, obwohl das erstgereihte Angebot einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufgewiesen habe. Schließlich enthalte die Zuschlagsentscheidung nicht den Namen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, wobei der Antragstellerin durchaus bewusst sei, dass die Zuordenbarkeit des angeführten Preises, auf den zugeschlagen werden soll, gegeben sei.

Beantragt werde daher, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, die angefochtene Zuschlagsentscheidung für

nichtig zu erklären, der Antragstellerin im gesetzlichen Rahmen Akteneinsicht zu gewähren, die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragstellerin gegenüber der Teilnahmeberechtigten zu schützen und der Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren.

Die Antragstellerin hat weiters die durch die angefochtenen Entscheidung der Antragsgegnerin ihrer Ansicht nach verletzten subjektiv-öffentlichen Rechte, den ihr entstandenen bzw. drohenden Schaden sowie ihr Interesse am Vertragsabschluss dargelegt. Sie hat auch die Entrichtung der Pauschalgebühren nachgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung beantragt, wonach es der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt werden möge, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. Mit Beschluss vom 20.5.2020, Zahl VGW-124/072/5510/2020-1, wurde eine entsprechende Einstweilige Verfügung erlassen.

Mit Schreiben vom 19.5.2020 hat die Antragsgegnerin weiters bekanntgegeben, dass es sich gegenständlich um ein nichtoffenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages handle. Mitgeteilt wurde auch der geschätzte Auftragswert.

In ihrer Stellungnahme vom 26.5.2020 hat die Antragsgegnerin ergänzend ausgeführt, dass sie am 19.12.2019 fünf BieterInnen zur Angebotslegung aufgefordert habe. Die Angebotsfrist habe am 31.1.2020 um 23 Uhr 45 geendet.

Es seien sechs Angebote eingelangt. Die Teilnahmeberechtigte habe zwei Angebote gelegt. Eines sei vom Standort in C. (früheres Angebot) und eines vom Standort in D. (späteres Angebot) gelegt worden. Das spätere Angebot sei jenes mit dem niedrigsten Preis gewesen, das Angebot der Antragstellerin sei an zweiter Stelle gelegen, das frühere Angebot der Teilnahmeberechtigten sei an dritter Stelle gereiht worden.

Da das spätere Angebot der Teilnahmeberechtigten unter den Schätzkosten gelegen sei, seien sie und die Antragstellerin aufgefordert worden, entsprechende Kalkulationsunterlagen zur vertieften Angebotsprüfung vorzulegen. Dieser Aufforderung seien beide Unternehmen fristgerecht nachgekommen.

Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin ihre auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs zur Zahl Ra 2016/04/0103 gestützte Rechtsansicht mitgeteilt, wonach die Angebote der Teilnahmeberechtigten auszuscheiden seien. Die Antragsgegnerin habe daher mit der Teilnahmeberechtigten ein Aufklärungsgespräch geführt, in dem einerseits die Preisangemessenheit ihres Angebots und andererseits die Frage besprochen worden sei, weshalb zwei Angebote angegeben worden seien. Die Teilnahmeberechtigte habe erklärt, diese seien von zwei Abteilungen des Unternehmens (Hochbau und Tiefbau) ohne Kenntnis voneinander abgegeben worden. Die Preisangemessenheit habe ebenfalls bestätigt werden können.

Die Zuschlagsentscheidung sei daher zu Gunsten des späteren Angebots der Teilnahmeberechtigten erfolgt.

Zu den von der Antragstellerin behaupteten Verstößen gegen das Vergaberecht sei festzuhalten, dass das von der Antragstellerin zitierte Erkenntnis des EuGH vom 17.5.2018, Zahl C-531/16, zur Unzulässigkeit von Mehrfachbeteiligungen auf den gegenständlichen Fall nicht übertragbar sei. Dort habe es sich um Angebote zweier verbundener Unternehmen mit jeweils eigener Rechtspersönlichkeit gehandelt; im vorliegenden Fall lägen hingegen zwei Angebote ein und desselben Unternehmens vor. Damit sei eine Voraussetzung des § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 („mit anderen Unternehmen“) nicht gegeben.

Selbst wenn man jedoch von der Anwendbarkeit dieser Entscheidung ausginge, sei ein automatischer Ausschluss unzulässig. Es müsse vielmehr im Einzelfall geprüft werden, ob eine Wettbewerbswidrigkeit vorliege. Eine solche Prüfung sei von der Antragsgegnerin auch durchgeführt worden. Im Aufklärungsgespräch vom 13.3.2020 habe die Teilnahmeberechtigte dargelegt und später auch schriftlich bestätigt, dass die Angebote von den zwei Bereichen der Teilnahmeberechtigten völlig unabhängig voneinander und ohne Kenntnis vom jeweils anderen Angebot abgegeben worden seien. Es habe keinen diesbezüglichen Informationsaustausch und keinerlei gegenseitige Beeinflussung gegeben.

Diese Erklärung sei der Antragsgegnerin nachvollziehbar erschienen. Hinweise auf eine Abrede bzw. spekulative Absichten habe es nicht gegeben. Die Legung von zwei Angeboten habe vielmehr den Wettbewerb gefördert und der Antragsgegnerin die Ersparnis der Differenz zwischen dem zweit- und dem erstgereihten Angebot ermöglicht. Der Ausscheidensgrund des § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 sei daher nicht vorgelegen.

Auch verstoße das Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht gegen die Ausschreibung. Dort sei zwar festgelegt, dass es unzulässig ist, dass sich die Teilnehmer im jeweiligen Vergabeverfahren an mehreren Bewerber-, Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften beteiligen; ebenso ist eine Beteiligung an einer Bewerber- Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft neben der Einzelbeteiligung von Teilnehmern am jeweiligen Vergabeverfahren unzulässig. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, dass mehrere Angebote einer Bieterin unzulässig seien.

Die Festlegung in der Ausschreibung sei erfolgt, weil eine Zusammenarbeit mehrerer Bieter in Form von Arbeits- und Bietergemeinschaften zu einer Verengung der Bieterstruktur führen und unzulässige Absprachen fördern würde. Dies solle verhindert werden. Dies treffe auf mehrere Angebote eines Bieters jedoch nicht zu. Ein Verstoß gegen die Bietergleichbehandlung bzw. Transparenz liege somit nicht vor.

Das BVergG 2018 kenne keinen Ausscheidensgrund für den Fall, dass ein Bieter mehrere Angebote abgebe. § 141 BVergG 2018 sei taxativ. Zusätzliche Ausscheidensgründe dürften nicht erfunden werden. Dies gelte auch für den Verwaltungsgerichtshof.

Die diesbezügliche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs sei kasuistisch und uneinheitlich. In seiner Entscheidung zur Zahl Ra 2005/04/0001 sei er zu dem Ergebnis gekommen, dass im Falle von Hauptangebot und Alternativangeboten nicht alle Angebote auszuscheiden seien, auch wenn eines spekulativ sei. Dies gelte auch, wenn sich die Angebote nur durch einen punktuell anderen Angebotspreis unterschieden. Diese Rechtsprechung habe er im Beschluss zur Zahl Ra 2007/04/0130 bestätigt.

Im Erkenntnis vom 18.6.2012, Zahl 2010/04/0011, habe er genau dies wegen der Gefahr der Bietermanipulation für unzulässig erklärt. In dem von der Antragstellerin zitierten Erkenntnis vom 27.2.2019, Zahl Ra 2016/04/0103, stelle der Verwaltungsgerichtshof fest, dass zwei der Ausschreibung entsprechende Angebote, die sich nur im Preis unterschieden, vergaberechtlich unzulässig seien. Der Verwaltungsgerichtshof begründe diese Entscheidung damit, dass es der Bieter andernfalls in der Hand habe, das niedrigere Angebot je nach Ergebnis der Angebotsöffnung ausscheiden zu lassen.

Daraus könne jedoch kein genereller Grundsatz abgeleitet werden, dass das Legen von zwei Angeboten unzulässig sei; vielmehr müsse auf den der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs zu Grund liegenden Einzelfall abgestellt werden. So sei diese Judikatur nur dort anwendbar, wo eine Bietermanipulation wahrscheinlich sei, z.B. wenn die beiden Angebote des Bieters an erster und zweiter Stelle lägen und er versuche, das billigste Angebot zurückzuziehen.

Im vorliegenden Fall sei der Zuschlag zwar nach dem billigsten Preis zu erteilen, die beiden Angebote der Teilnahmeberechtigten wiesen jedoch neben den unterschiedlichen Preisen auch andere Abweichungen auf. So seien in die Bieterlücken unterschiedliche Produkte eingesetzt worden Auch die Kalkulation unterscheide sich, da beim späteren Angebot ein höherer Maschineneinsatz vorgesehen sei, wodurch Personalkosten eingespart würden.

Die Antragstellerin habe ihren Antrag nicht dahingehend konkretisiert, worin die dem fairen Wettbewerb schadende Möglichkeit zur Bietermanipulation gegenständlich liegen soll. Sie berufe sich alleine auf die abstrakte Tatsache, dass die Teilnahmeberechtigte zwei Angebote gelegt habe.

Anhaltspunkte dafür, dass die Angebote nicht unabhängig voneinander kalkuliert worden seien, hätten sich nicht ergeben. Auch habe die Teilnahmeberechtigte das billigere Angebot nach durchgeführter Preisangemessenheitsprüfung aufrechterhalten.

Es liege daher auch der Ausscheidensgrund des § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 nicht vor.

Es gebe im vorliegenden Fall auch kein Angebot eines nichtaufgeforderten Bieters, da zwei Angebote von derselben Bieterin, nämlich der Teilnahmeberechtigten, gelegt worden seien. Diese sei zur Abgabe eines Angebots eingeladen worden. Die Teilnahmeberechtigte sei eine juristische Person mit Firmensitz in D., die in Österreich mehrere Betriebsstätten habe. Von welcher Niederlassung die Angebote gelegt worden seien, sei daher irrelevant.

Es liege daher auch der Ausscheidensgrund des § 141 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 nicht vor.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei hinsichtlich des billigsten Angebots eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden. Die vorgelegten Formblätter seien geprüft worden. Es sei festgestellt worden, dass alle Positionen angeboten worden seien und der Leistungsumfang verstanden worden sei. Die preislichen Abweichungen

seien im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass im billigsten Angebot weniger Personaleinsatz vorgesehen sei und mehr Maschinen eingesetzt werden sollten. Die Vorgangsweise bei der Auftragserfüllung sei damit effizienter und nachvollziehbar billiger.

Damit liege auch der Ausscheidensgrund des § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 nicht vor.

Die Zuschlagsentscheidung sei nicht mangelhaft. Wie schon von der Antragstellerin festgehalten, sei die Zuschlagsempfängerin anhand des von ihr angebotenen und den Bietern aus der Angebotsöffnung bekannten Preises eindeutig festzustellen.

Beantragt werde daher, den Antrag auf Nichtigerklärung abzuweisen.

Aufgrund des Nachprüfungsantrags wurde am 18.6.2020 eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Mit den Parteien wird zunächst erörtert, dass die AST vorgebracht hat, die TNB habe zwei Angebot abgegeben. Unbestritten ist, dass die AG die TNB an ihrem Standort in Wien zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert hat. Es wurden von den Niederlassungen der TNB in C. und in D. Angebote abgegeben, die sich im Preis wesentlich unterscheiden. Das Angebot der TNB aus D. ist das billigste, das Angebot der TNB aus C. liegt an 3. Stelle. Das Angebot der AST liegt an 2. Stelle. Unbestritten ist weiters, dass die TNB B. Baugesellschaft m.b.H. eine einheitliche Rechtsperson ist.

Die TNB ersucht, zu protokollieren, dass der Sitz der TNB in D. ist. Zur Organisation der TNB führt diese aus, dass mehrere Geschäftsfelder existierten. Dazu gehöre das Geschäftsfeld Hochbau mit dem Geschäftsführer J. H. und das Geschäftsfeld Tiefbau mit dem Geschäftsführer K. L.. In Wien befinde sich eine Niederlassung, die das Geschäftsfeld Hochbau betreibt. In D. und in C. befinden sich Niederlassungen, die die Geschäftsfelder Tiefbau und Hochbau betreiben. Die unterschiedlichen Niederlassungen seien für unterschiedliche geographische Bereiche zuständig. (Bei Durchsicht des Protokolls ersucht die TNB festzuhalten, dass es sich bei den oben genannten Einheiten der TNB nicht um Niederlassungen im Sinne des Handelsrechts, sondern um gewerberechtliche Betriebsstätten handelt.)

Die Geschäftsfelder würden als unterschiedliche gewerberechtliche Standorte geführt und stünden in keinem Abstimmungszusammenhang. Auch im konkreten Fall seien die Angebote autonom kalkuliert worden. Es hätte kein Austausch hinsichtlich der Preise, Preisbestandteile und sonstiger angebotsrelevanter Informationen stattgefunden.

Die Geschäftsführer seien jeweils für ein Geschäftsfeld (z.B. Hochbau) in allen Niederlassungen, in denen dieses Geschäftsfeld betrieben werde, zuständig.

Auf Frage aus dem Senat ergänzt der TNB:

Kostenrechnungsmäßig würden zunächst die beiden betroffenen Geschäftsfelder gesondert erfasst. Dies bedeutet, die innere Kostenrechnung würde die für die Bilanzerstellung betreffenden Bilanzdaten für den jeweiligen Geschäftsbereich liefern. Für die Bilanzerstellung werden die Daten dann jedoch zu einer einheitlichen Bilanz der Gesellschaft zusammengefasst. Es gibt nur eine geprüfte Bilanz (Einzelabschluss) für die in Rede stehende GmbH. Ergänzt wird, dass selbstverständlich jede GmbH des Konzerns eine eigene Bilanz im Sinne eines eigenen Einzelabschlusses erstellt, der dann in die Gesamtbilanz des Konzerns einfließt und in der Konzernbilanz zusammengefasst wird.

Die AST bringt zur Argumentation der AG, wonach die Judikatur des VwGH einzelfallbezogen und teilweise nicht nachvollziehbar sei, vor, dass eindeutig das letzte Judikat des VwGH vom 27.02.2019, Zl. Ra 2016/04/0103, als relevant anzusehen sei. Dort habe der VwGH ausgesprochen, dass mehrere Angebote eines Bieters auszuscheiden seien, wenn sie keine bewertungsrelevanten Unterschiede aufwiesen.

Die AG entgegnet dem Vorbringen der AST, dass im vorliegenden Fall, wie bereits von der TNB ausgeführt, eine Trennung der Standorte hinsichtlich der Kostenrechnung vorliege und jeder Standort seine Angebote für sich kalkuliere.

Die TNB bringt vor, dass in der Entscheidung des EuGH vom 08.02.2018, Zl.C-144/17, Lloyds of London, entschieden worden sei, dass eine einheitlich juristische Person mit mehreren Unterorganisationen (hier: Lloyds of London mit zwei Syndikaten) mehrere Angebote legen dürfe, die nicht von vornherein ausgeschieden werden dürften, da im Einzelfall zu prüfen sei, ob eine Abstimmung zwischen den die Angebote abgebenden Einheiten stattgefunden hätte.

Auf die Frage, in wie fern im Hinblick auf die oben zitierte Judikatur des VwGH unterschiedlich ausgefüllte Bieterlücken als bewertungsrelevant anzusehen seien, bringt die AG vor, dass dies zwar nicht der Fall sei, sich die Angebote der TNB im vorliegenden Fall jedoch nicht nur im Preis unterschieden, sondern eben auch in den unterschiedlich ausgefüllten Bieterlücken.

Die AG könne der Argumentation des VwGH im oben angeführten Erkenntnis nicht folgen, wenn dieser aus der Definition von Alternativangeboten ableite, dass das Abgeben von zwei Angeboten durch denselben Bieter unzulässig sei. Vielmehr sei es keinesfalls unmöglich, dass ein Bieter durch verschiedene unabhängige Unterorganisationen Angebote abgebe, die für den Grundsatz des Wettbewerbs kein Problem darstellten. Die Abgabe von mehr Angeboten fördere viel mehr den Wettbewerb. Die AG habe in ihrer Ausschreibung Abänderungsangebote zugelassen. Verwiesen werde auch auf § 125 Abs. 8 BVergG 2018, wo die Möglichkeit zur Abänderung und Ergänzung von Angeboten in der Angebotsfrist geregelt werde. Daraus lasse sich schließen, dass der Gesetzgeber einer Vielzahl von Angeboten gegenüber freundlich eingestellt sei.

Entscheidend sei nach Ansicht der AG auch im Fall, dass ein Bieter mehrere Angebote abgegeben hat, ob diese unabhängig voneinander erstellt worden seien, oder ob manipulative oder spekulative Absicht vorliege. Anders käme man zu keinem Ausscheidensgrund.

Die TNB führt dazu aus, sie schließe sich dem Vorbringen der AG an. Im Übrigen unterschieden sich die Fälle, die der Judikatur des VwGH zu Grunde lagen, vom gegenständlichen Fall. Dort hätte der Bieter von den anderen Angeboten gewusst. Der VwGH habe daher befürchtet, dass es zu Manipulationen im Nachhinein kommen könne, die den Wettbewerb beeinträchtigt hätten. Vorliegend seien die Angebote jedoch unabhängig voneinander von verschiedenen Einheiten der TNB erstellt worden. Diese Einheiten würden verschiedenen Geschäftsführern unterstehen. Den Angeboten würde eine unabhängige Willensbildung zu Grunde liegen.

Die AST entgegnet, dass sich die Bedenken des VwGH auf Vorgänge nach der Angebotslegung bezögen. Im vorliegenden Fall habe die TNB zumindest seit der Angebotsöffnung gewusst, dass von ihren Unterorganisationen zwei Angebote abgegeben worden seien. Das Zustandekommen dieser Angebote sei daher diesbezüglich irrelevant.

Die AG bringt vor, dass der VwGH offenbar aus einer Mehrzahl an Angeboten auf die manipulative Absicht des Bieters schließe. Dies sei unzulässig, da es dem effektiven Rechtsschutz widerspreche. Es müsse möglich sein, dass der Bieter beweise, dass seiner Vorgangsweise keine manipulative Absicht zugrunde gelegen sei. Weiters sei es auch möglich, dass der AG reagiere, wenn ein Bieter nach Angebotsöffnung ein Angebot zurückziehe und sich daraus schließen lasse, dass hier eine manipulative Absicht vorliege.

Die TNB ergänzt, dass entgegen der Rechtsansicht der AST der VwGH mit seinen Bedenken auf Mehrfachangebotslegung Bezug nehme, die bereits bei Angebotslegung eine spätere Manipulation im Auge hätten. Wenn ein Bieter aber mehrere Angebot abgebe, ohne dieses Ziel zu verfolgen, seien die Bedenken des VwGH nicht anwendbar.

Aus Frage aus dem Senat stellt die AG klar, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf Grund des von den geschätzten Kosten nach unten abweichenden Preises einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen wurde, in der die präsumtive Zuschlagsempfängerin entsprechend zur Aufklärung aufgefordert wurde. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung habe sich herausgestellt, dass das erstgereihte Angebot nach Ansicht der AG zuschlagsfähig sei.

Die TNB ergänzt, dass auch diese Aufklärung von der Gliederungseinheit, die für dieses Angebot verantwortlich ist (Geschäftsfeld Tiefbau), eigenständig erfolgt ist.

Verwiesen wird auf den Aktenvermerk der AG vom 01.04.2020 und das Schreiben der TNB vom 19.03.2020 (siehe Vergabeakt, Unterteilung 6).

Die AST bringt zum Thema „Angebot eines nichtaufgeforderten Bieters“ vor, dass auch ihrer Ansicht nach kein Problem darin bestehe, wenn eine andere Niederlassung eines Bieters ein Angebot lege, als zur Angebotslegung aufgefordert sei. Problematisch werde es allerdings, wenn von verschiedenen Niederlassungen mehrere Angebote abgegeben würden.

Die AG entgegnet, dass bei der von der AST angesprochenen Frage auf die konkreten Ausscheidungsgründe abzustellen sei. Das Gesetz sehe einerseits vor, dass Angebote auszuscheiden seien, bei denen eine nachteilige Absprache erfolgt sei und andererseits, dass solche Angebote auszuscheiden seien, die von nicht aufgeforderten

Bietern gelegt worden seien. Im Fall einer nachteiligen Absprache fehle der betreffenden Bieterin die Eignung. Die Eignung würde in diesem Fall der Rechtsperson B. Baugesellschaft m.b.H. und nicht der Zweigniederlassung fehlen. Im vorliegenden Fall sei die TNB eine einheitliche Rechtsperson. Die Aufforderung zur Angebotslegung sei an die Niederlassung in Wien gegangen, da man eine Postadresse benötigt habe. (Nach Durchsicht des Protokolls merkt die AG an, dass auch hier Betriebsstätten im Sinne des Gewerberechts gemeint gewesen seien.)

Aus den Begriffsbestimmungen des BVergG hinsichtlich der Begriffe Bieter und Unternehmen ergebe sich, dass Bieter nur eine juristische Person und nicht deren unselbstständige Unterorganisationen seien könnten.

Die TNB bringt vor, dass die Aufforderung zur Angebotslegung über den ANKÖ erfolgt sei. Die verschiedenen Geschäftsfelder der TNB hätten getrennte ANKÖ-Zugänge. Sie hätten die Aufforderung unabhängig voneinander gesehen und entsprechende Angebote abgegeben. Sie hätten jedoch nicht sehen können, dass von der jeweils anderen Einheit ebenfalls ein Angebot abgegeben worden sei. Laut Firmenbuch stellten die dislozierten Einheiten der TNB keine Zweigniederlassungen im Sinne des Handelsrechtes, sondern gewerbliche Betriebsstätten dar. Alle Geschäftsfelder sind Teile der B. Baugesellschaft m.b.H., daneben gebe es weitere Gesellschaften, die ebenfalls die Geschäftsfelder Hoch- und Tiefbau betrieben und der Konzernstruktur B. zuzuordnen seien. Diese Geschäftsfelder würden wie bereits oben dargestellt, unabhängig voneinander operieren.

Festgehalten wird, dass die gegenständlichen Angebot nicht von sonstigen Gesellschaften der B. Konzernstruktur abgegeben wurden.

Die AG ergänzt, dass aus technischer Sicht im ANKÖ mit einem User nur ein Angebot abgegeben werden könne. Wenn derselbe User ein weiteres Angebot abgebe, so ersetze dieses das erste Angebot. Im vorliegenden Fall hätten nur deswegen zwei Angebote abgegeben werden können, weil die betreffenden Einheiten der TNB zwei User hätten.

(...)

Die AG konkretisiert zum Thema, ob das Ausfüllen von Bieterlücken als bewertungsrelevanter Unterschied zwischen Angeboten anzusehen ist, dass die Bieterlücken den Bietern einen Gestaltungsspielraum zur Verfügung stellen. Durch die Eintragung unterschiedlicher Produkte würden sich Angebote auch in diesem Punkt und nicht nur im Preis unterscheiden. Weiters würden die Gründe, warum unterschiedliche Preise angeboten werden (z.B. unterschiedliche Berücksichtigung von Personalkosten) Ausdruck im Preis finden. Auch diese sei bei der Bewertung der Unterschiede zwischen Angeboten zu berücksichtigen.

Festgehalten wird, dass im gegenständlichen Leistungsverzeichnis vier echte Bieterlücken enthalten sind (z.B. Pos. 12.13.02 d).

Die TNB führt abschließend aus, dass den Bietern nicht unterstellt werden dürfte, dass sie gesetzwidrig anbieten hätten wollen, sondern, es müsse davon ausgegangen werden, dass sie ausschreibungskonform anbieten hätten wollen. Sollte der Senat im vorliegenden Fall davon ausgehen, dass die verfahrensgegenständlichen Angebote der Geschäftsfelder der TNB von einer juristischen Person und damit vom selben Bieter abgegeben worden seien, so müsse gelten, dass das letzte Angebot das erste Angebot ersetzt hätte und das zeitlich spätere Angebot zu berücksichtigen sei.

Die AST entgegnet, dass bei dieser Sichtweise die Judikatur zur Abgabe von zwei Angeboten durch denselben Bieter obsolet sei, da im elektronischen Vergabeverfahren die gleichzeitige Abgabe von zwei Angeboten unmöglich sei.

Die TNB entgegnet, dass sich die Judikatur des VwGH auf Papierangebote beziehe. Im Übrigen sei es durch Verkettung mehrere Elemente technisch durchaus möglich zwei Angebote gleichzeitig abzugeben, obwohl sich der Sinn dieser Vorgangsweise nicht erschließe."

Die Teilnahmeberechtigte beantragte in der mündlichen Verhandlung eine Langausfertigung des Erkenntnisses.

Aufgrund des Vergabeaktes, der Schriftsätze, die jeweils der anderen Partei zur Kenntnis gebracht wurden, und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung steht über die bereits oben dargestellten Tatsachen hinaus folgender Sachverhalts als erwiesen fest:

Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 8.5.2020 über die elektronische Vergabeplattform der

Antragsgegnerin übermittelt. Die Antragstellerin hat am 14.5.2020 den Nachprüfungsantrag gestellt. Dieser ist somit rechtzeitig. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch die angefochtene Entscheidung entstandenen bzw. drohenden Schaden in ihrem Nachprüfungsantrag dargelegt. Sie hat auch die Entrichtung der Pauschalgebühren nachgewiesen.

Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin ihre Bedenken zur Zulässigkeit der Abgabe von zwei Angeboten der Teilnahmeberechtigten bereits im Vergabeverfahren mitgeteilt. Diese hat mit der Teilnahmeberechtigten am 13.3.2020 ein Aufklärungsgespräch geführt (siehe Aktenvermerk vom 1.4.2020 im Vergabeakt), in dem sie u.a. dieses Thema besprochen hat. Die Teilnahmeberechtigte hat mit Schreiben vom 19.3.2020 (siehe Vergabeakt) die Organisation ihres Unternehmens hinsichtlich der Bereiche Hochbau und Tiefbau und die Vorgangsweise bei der Angebotserstellung dargelegt. Die dort festgehaltenen Tatsachen entsprechen im Wesentlichen dem Vorbringen der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten im Nachprüfungsverfahren. Die Teilnahmeberechtigte hat in diesem Schreiben auch darauf hingewiesen, dass die Bieterlücken unterschiedlich ausgefüllt wurden. Die Antragsgegnerin hat die Begründung der Teilnahmeberechtigten laut Aktenvermerk vom 1.4.2020 als glaubhaft erachtet.

Die Teilnahmeberechtigte ist laut Firmenbuchauszug (FN ...) eine einheitliche Rechtsperson mit Sitz in D./NÖ. Nach den glaubhaften Ausführungen der Teilnahmeberechtigten in der mündlichen Verhandlung weist sie verschiedene Geschäftsfelder (z.B. Hochbau, Tiefbau) auf. Für das Geschäftsfeld Hochbau ist der Geschäftsführer H. und für das Geschäftsfeld Tiefbau der Geschäftsführer L. zuständig. In Wien befindet sich ein Standort, der das Geschäftsfeld Hochbau betreibt. In D. und in C. befinden sich Standorte, die die Geschäftsfelder Tiefbau und Hochbau betreiben. Die unterschiedlichen Standorte sind für unterschiedliche geographische Bereiche zuständig.

Neben der Teilnahmeberechtigten B. Baugesellschaft m.b.H. umfasst die Konzernstruktur B. auch andere Gesellschaften, die zum Teil ebenfalls die Geschäftsfelder Tiefbau und Hochbau betreiben. Diese haben jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren keine Angebote abgegeben.

Die Bilanzdaten für den jeweiligen Geschäftsbereich werden durch eine nach Geschäftsbereichen getrennte innere Kostenrechnung erstellt und fließen dann in die einheitliche Bilanz der Teilnahmeberechtigten (Einzelabschluss) ein.

Die Aufforderung der Antragsgegnerin zur Angebotslegung wurde von dieser auf der Vergabeplattform des ANKÖ hochgeladen. Die Standorte der Teilnahmeberechtigten in D. und C. haben unabhängige Zugänge zu dieser Vergabeplattform. Sie nahmen diese Aufforderung wahr und legten jeweils ein Angebot. Spätestens im Zuge der Angebotsöffnung erfuhren die beiden Standorte der Teilnahmeberechtigten davon, dass zwei Angebote gelegt wurden sowie zu welchen Preisen angeboten wurde. Es war ebenfalls bekannt, an welcher Stelle die Angebote gereiht waren.

Die Antragstellerin hat einen Preis von 8**.***,** Euro angeboten. Die Teilnahmeberechtigte (Standort C.) hat einen Preis von 9**.***,** Euro angeboten. Die Teilnahmeberechtigte (Standort D.) hat einen Angebotspreis von 6**.***,** Euro (Gesamtpreis 5**.***,** Euro) angeboten.

Die Angebote der Teilnahmeberechtigten vom Standort C. und vom Standort D. unterscheiden sich somit im Preis. Das Leistungsverzeichnis weist vier echte Bieterlücken auf. Auch diese Bieterlücken wurden in den zwei Angeboten der Teilnahmeberechtigten (teilweise) unterschiedlich ausgefüllt, wie im Vergabeakt ersichtlich ist.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 8.5.2020 lautet:

„GZ:MA 48-.../2019

Betreff: Baumeisterarbeiten – Instandsetzung der E.

Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung gemäß § 143 BVergG 2018

Sehr geehrte Firmenleitung,

die Magistratsabteilung 48 gibt gemäß § 143 BVergG 2018 i.d.g.F. zu der im Betreff genannten Ausschreibung bekannt, dass beabsichtigt ist, Ihrem Unternehmen keinen Zuschlag für die von Ihnen angebotene Leistung zu erteilen.

Für den Zuschlag in Aussicht genommen wird das Angebot des folgenden Unternehmens:

Die Auswahl wurde gemäß den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien durchgeführt. Merkmal und Vorteil des erfolgreichen Angebotes ist:

niedrigster Preis

Der Gesamtpreis (exkl. Ust) beträgt: € 5**.***,** EUR

Die Stillhaltefrist gemäß § 144 BVergG 2018 endet am: 18.5.2020

Wir bedanken uns für Ihr Angebot und laden Sie ein, bei weiteren Vergabeverfahren erneut teilzunehmen.

(...)"

Im vorliegenden Fall wurde Folgendes erwogen:

Gemäß § 2 BVergG 2018 ist ein Abänderungsangebot ein Angebot eines Bieters, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige gleichwertige technische Änderung beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht. Ein Alternativangebot ist ein Angebot über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters. Ein Angebot ist die Erklärung eines Bieters, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen. Bieter ist ein Unternehmer, der ein Angebot übermittelt hat.

Gemäß § 20 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür verfügt, dass der Unternehmer mit anderen Unternehmern für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen hat, die gegen die guten Sitten verstoßen, oder mit anderen Unternehmern Abreden getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen.

Gemäß § 141 Abs. 1 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung u.a. folgende Angebote auszuscheiden:

- Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben ist, oder
- Angebote, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen, oder
- den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- 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, oder
- Angebote von nicht aufgeforderten Bietern;

Gemäß § 143 Abs. 1 hat der öffentliche Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 18.6.2012, Zahl 2010/04/0011, ausgesprochen, dass schon aus den Regelungen des BVergG über Abänderungsangebote und Alternativangebote im Gegensatz zu Angeboten abgeleitet werden kann, dass die Legung zweier der Ausschreibung entsprechender Angebote, die sich nur im Preis unterscheiden, durch denselben Bieter nicht zulässig ist.

Dem stellt der Verwaltungsgerichtshof in diesem Erkenntnis die Mehrfachbeteiligung am Vergabeverfahren im Allgemeinen gegenüber und verweist diesbezüglich auf die Rechtsprechung des EuGH, wonach für das Gemeinschaftsrecht ein Interesse daran besteht, dass die Beteiligung möglichst vieler Bieter an einer Ausschreibung

sichergestellt ist. Dies verbietet einerseits ein absolutes Verbot von Mehrfachbeteiligungen und verpflichtet den Auftraggeber andererseits, dem Bieter bei einer Mehrfachbeteiligung die Möglichkeit zu geben, nachzuweisen, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht vorliegt.

Im Erkenntnis vom 27.2.2019, Zahl Ra 2016/04/0103, hat der Verwaltungsgerichtshof diese Rechtsansicht betreffend die Unzulässigkeit von zwei Angeboten desselben Bieters, die sich nur im Preis unterscheiden, bestätigt. Begründend hat er dazu festgehalten, dass der Bieter hier versuchen könnte, je nach Ergebnis der Angebotsöffnung sein niedrigstes Angebot entweder z.B. wegen Unterpreisigkeit ausscheiden zu lassen oder als zu wertendes Angebot darzustellen.

Im vorliegenden Fall ist die Teilnahmeberechtigte unbestritten eine einheitliche Rechtsperson, nämlich eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Teilnahmeberechtigte ist in verschiedenen Geschäftsfeldern tätig, darunter auch im Hochbau und im Tiefbau, die in Vergabeverfahren voneinander unabhängig agieren. Der Firmensitz der Teilnahmeberechtigten befindet sich in D.. Daneben bestehen dislozierte Standorte u.a. in Wien und in C.. Die verfahrensgegenständlichen Angebote wurden vom Standort D. und vom Standort C. abgegeben, wobei das eine Angebot dem Geschäftsfeld Hochbau und das andere Angebot dem Geschäftsfeld Tiefbau zuzuordnen ist.

Die Teilnahmeberechtigte hat nicht vorgebracht, dass die Unternehmensstandorte bzw. die Geschäftsfelder rechtlich selbstständige Einheiten wären bzw. eine eigene Rechtspersönlichkeit aufwiesen. Die von den Standorten D. und C. bzw. von den Geschäftsfeldern Hochbau bzw. Tiefbau abgegebenen Angebote sind daher, unabhängig von der Qualifikation der Standorte D. und C. als Betriebsstätten im gewerberechtlichen Sinn bzw. als Niederlassungen im handelsrechtlichen Sinn, der Rechtsperson B. Baugesellschaft m.b.H. (Teilnahmeberechtigte) zuzurechnen. Es liegen somit zwei Angebote derselben Bieterin vor, zumal „Bieter“ gemäß § 2 Abs. 1 Z 11 BVergG 2018 ein Unternehmer sein muss.

Die diesbezügliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist keinesfalls uneinheitlich, sondern hält wie oben dargestellt fest, dass zwei Angebote desselben Bieters, die sich nur im Preis und in keinem weiteren bewertungsrelevanten Punkt unterscheiden, unzulässig sind. Der Verwaltungsgerichtshof begründet dies mit den unterschiedlichen Begriffsinhalten der Begriffe „Angebot“, „Alternativangebot“ und „Abänderungsangebot“, die sich aus den entsprechenden Definitionen im Gesetz ergeben. Weiters führt er aus, dass sich einem Bieter, der zwei Angebote abgegeben hat, die sich nur im Preis unterscheiden, eine Manipulationsmöglichkeit dahingehend eröffne, dass er das billigere erstgereihte Angebot ausscheiden lassen könnte (z.B. indem er keine Aufklärung im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung leistet) und damit den Zuschlag zu Gunsten des teureren zweitgereihten Angebots bewirken könnte.

Anders liegt die Sache, wenn von einem Bieter im eigenen Namen ein Angebot abgegeben wird und sich dieser daneben auch an einer Bietergemeinschaft beteiligt. Diesen Unterschied hat der Verwaltungsgerichtshof im o.a. Erkenntnis vom 18.6.2012 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. In diesem Fall ist die Judikatur des EuGH einschlägig, wonach der Auftraggeber dem Bieter die Möglichkeit geben muss, nachzuweisen, dass eine Wettbewerbswidrigkeit nicht vorliegt, obwohl er sich in unterschiedlichen Konstellationen mehrfach am Vergabeverfahren beteiligt hat.

Die Sache liegt auch dann anders, wenn sich die Angebote desselben Bieters nicht nur im Preis, sondern auch in anderen bewertungsrelevanten Punkten (z.B. im angebotenen Produkt, dessen Qualität als Zuschlagskriterium festgelegt ist) unterscheiden, wie dies in dem dem Erkenntnis vom 27.2.2029 zu Grunde liegenden Vergabeverfahren der Fall war.

Dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 13.6.2005, Zahl 2005/04/0001, lag hingegen ein Vergabeverfahren zu Grunde in dem ein Bieter ein Haupt- und zwei Alternativangebote abgegeben hat, weshalb dieser Fall mit dem gegenständlichen nicht vergleichbar ist.

Auch die genannte europarechtliche Judikatur zu Angeboten verbundener Unternehmen ist nicht einschlägig, zumal gegenständlich die zwei in Rede stehenden Angebote nicht von rechtlich verschiedenen, wenn auch verbundenen, Unternehmen, sondern von derselben Bieterin abgegeben wurden.

In dem von der Teilnahmeberechtigten zitierten Urteil des EuGH vom 8.2.2018 zur Zahl C-144/17 wird ausdrücklich festgehalten, dass Lloyd’s

„eine anerkannte Vereinigung von Mitgliedern ist, die juristische und natürliche Personen sind, und dass diese Mitglieder mittels Gruppierungen – den Syndikaten – handeln, unabhängig voneinander tätig sind und miteinander im

Wettbewerb stehen. Da jedoch allen internen Strukturen eine eigene Rechtspersönlichkeit fehlt, können die Syndikate nur über den Generalvertreter tätig werden, von dem es in jedem Land nur einen gibt. Lloyd's stellt auch klar, dass diese Syndikate weder eine feste Struktur noch eine beständige Vereinigung von Mitgliedern darstellen, sondern vielmehr eine Gruppierung von Mitgliedern, deren Zusammensetzung wechseln kann, und dass sie alle über ein eigenes Verwaltungsorgan tätig werden, das Entscheidungen trifft, die sie binden, obgleich sie keine eigene Rechtspersönlichkeit haben."

Daraus ergibt sich, dass die Organisationsstruktur von Lloyds of London bzw. der zugehörigen Syndikate mit der der Teilnahmeberechtigten, die als einheitliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingerichtet ist, nicht vergleichbar ist. Die Standorte bzw. Geschäftsfelder der Teilnahmeberechtigten, die die verfahrensgegenständlichen Angebote abgegeben haben, sind keine juristischen Personen und auch keine „Mitglieder", sondern rechtlich unselbstständige dislozierte Einheiten der Teilnahmeberechtigten.

Der EuGH weist im o.a. Urteil weiters auf seine Vorjudikatur hin, wonach ein automatischer Ausschluss von Bietern dem Unionsinteresse daran zuwiderläuft, dass die Beteiligung möglichst vieler Bieter an einer Ausschreibung sichergestellt wird. Er führt weiters aus, dass

„Unternehmensgruppen unterschiedliche Formen und Zielsetzungen haben können und dass es bei ihnen nicht zwangsläufig ausgeschlossen ist, dass die abhängigen Unternehmen bei der Gestaltung ihrer Geschäftspolitik und ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit, insbesondere auf dem Gebiet der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen, über eine gewisse Eigenständigkeit verfügen. Die Beziehungen zwischen Unternehmen derselben Gruppe können nämlich besonderen Regelungen unterliegen, die geeignet sind, bei der Ausarbeitung von Angeboten, die diese Unternehmen im Rahmen ein und derselben Ausschreibung gleichzeitig abgeben, sowohl die Unabhängigkeit als auch die Vertraulichkeit zu gewährleisten."

Im vorliegenden Fall haben sich aber nicht verschiedene Unternehmen an der Ausschreibung beteiligt. Die Angebote wurden von derselben Bieterin abgegeben. Das o.a. Urteil betrifft daher einen völlig anderen Sachverhalt, als er gegenständlich vom Verwaltungsgericht Wien zu beurteilen ist. So ist die Entscheidungsstruktur bei verbundenen Unternehmen, die jedes eine eigene Unternehmensleitung besitzen, eine völlig andere, als bei einem einheitlichen Unternehmen wie der Teilnahmeberechtigten. Weiters ist davon auszugehen, dass ein einheitliches Unternehmen auch einen einheitlichen, allfällige rechtlich nicht selbstständige Organisationseinheiten übergreifenden, Unternehmenszweck verfolgt.

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 27.2.2019, Zahl Ra 2016/04/0103, das zeitlich nach dem Urteil des EuGH zur Zahl C-144/17 liegt, seine o.a. Judikatur zur Zulässigkeit von mehreren Angeboten eines Bieters aufrechterhalten.

Die vom EuGH geforderte Prüfung, ob der Inhalt von Angeboten, die von Unternehmen, die sich in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander befinden, dadurch beeinflusst wurde und damit im Einzelfall eine Einschränkung des Wettbewerbs gegeben ist, hat somit im vorliegenden Fall nicht zu erfolgen, da die Angebote vom selben Bieter stammen.

Wenn die Antragsgegnerin einwendet, dass die o.a. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs nicht nachvollziehbar sei, zumal der Wettbewerb gefördert und nicht beschränkt werde, wenn mehr Angebote abgeben würden, ist dem das vom Verwaltungsgerichtshof angeführte Beispiel entgegen zu halten, das auch im vorliegenden Fall nachvollziehbar erscheint. So hat die Teilnahmeberechtigte als zweites ein Angebot abgegeben, das preislich wesentlich unter den anderen und auch unter dem geschätzten Auftragswert lag. Dieses Angebot musste daher einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen werden, um belegen zu können, dass es sich um einen betriebswirtschaftlich erklärbaren Preis handelt. Die Antragsgegnerin hat diesbezüglich Gespräche mit der Teilnahmeberechtigten geführt. Diese hat den angebotenen Preis zur Zufriedenheit der Antragsgegnerin erklärt. Hätte die Teilnahmeberechtigte diese Aufklärung nicht geleistet, wäre ihr erstgereihtes Angebot möglicherweise mangels Plausibilität des Gesamtpreises ausgeschieden worden. Ob sie eine solche Aufklärung leistet, lag im alleinigen Einflussbereich der Teilnahmeberechtigten.

In diesem Falle hätte ein nachgereihtes (weil teureres) Angebot der Teilnahmeberechtigten die Chance des Zuschlags bekommen. Diese Möglichkeit bestand vorliegend nur deshalb nicht, weil das erste, teurere Angebot der Teilnahmeberechtigten nur an dritter Stelle gereiht wurde, da das Angebot der Antragstellerin preislich günstiger war.

Ohne der Teilnahmeberechtigten unterstellen zu wollen, dass sie die Absicht gehabt hätte, derartige Manipulationen zu Lasten des freien Wettbewerbs vorzunehmen (das Nachprüfungsverfahren hat keine diesbezüglichen Hinweise ergeben), erscheint das vom Verwaltungsgerichtshof genannte Beispiel somit entgegen der Argumentation der Antragsgegnerin durchaus möglich und keinesfalls lebensfremd. Unzweifelhaft ist, dass durch eine solche Vorgangsweise der Grundsatz des freien Wettbewerbs verletzt würde.

Nachdem die Abgabe von zwei Hauptangeboten, die sich nur im Preis unterscheiden, durch denselben Bieter die oben ausgeführte Gefahr einer Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs abstrakt gesehen jedenfalls beinhaltet, konnte eine Prüfung, ob die Angebote im konkreten Fall unabhängig voneinander erarbeitet wurden bzw. eine gegenseitige Beeinflussung der Geschäftsbereiche, die die Angebote abgegeben haben, bei der Angebotsausarbeitung vorlag, unterbleiben. Dies auch im Hinblick darauf, dass selbst bei einer voneinander unabhängigen Ausarbeitung zweier Angebote desselben Bieters durch fachlich selbstständige Organisationseinheiten diesen zumindest ab der Angebotsöffnung die angebotenen Preisen und die Reihung der Angebote bekannt sein müssen und bei entsprechender Reihung der Angebote die Möglichkeit einer Manipulation zu Lasten des Wettbewerbs offen stünde.

Der Teilnahmeberechtigten kann nicht gefolgt werden, wenn sie argumentiert, dass sich die von ihr abgegebenen Angebote nicht nur im Preis unterschieden, sondern auch andere Kalkulationsansätze (mehr Personaleinsatz bzw. Maschineneinsatz) gewählt worden seien bzw. die Bieterlücken unterschiedlich befüllt worden seien. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner o.a. Judikatur die Abgabe von mehreren Hauptangeboten durch denselben Bieter nur dann als zulässig angesehen, wenn neben dem Preis auch Unterschiede in anderen bewertungsrelevanten Punkten bestehen. Im vorliegenden Fall wurde in der Ausschreibung das Billigstbieterprinzip festgelegt, andere Zuschlagskriterien gibt es nicht. Bewertungsrelevant ist daher nur der Preis. Unterschiedliche Kalkulationsansätze bzw. die unterschiedliche Befüllung der Bieterlücken stellen keine bewertungsrelevanten Punkte dar, sondern erlangen ausschließlich über den Preis Bedeutung für den Zuschlag.

Eine Ausschreibungswidrigkeit kann in der Vorgangsweise der Teilnahmeberechtigten nicht erblickt werden, da in der Ausschreibung keine Festlegung enthalten ist, wonach die Abgabe von zwei Angeboten, die sich nur im Preis unterscheiden durch denselben Bieter, unzulässig wäre. Eine solche ist im Hinblick auf die o.a. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs, wonach die Unzulässigkeit bereits aufgrund der Begriffsbestimmungen des BVergG feststeht, auch nicht erforderlich.

Ein objektiver Erklärungswert dahingehend, dass das spätere Angebot der Organisationseinheit D. das frühere Angebot der Organisationseinheit C. ersetzen hätte sollen, lässt sich diesen Angeboten nicht entnehmen. Vielmehr handelt es sich um zwei nebeneinander abgegebene Hauptangebote der Teilnahmeberechtigten.

Die technische Aufbereitung der elektronischen Angebotslegung im ANKÖ kann keinen Einfluss auf den objektiven Erklärungswert bzw. die rechtliche Beurteilung der vorliegenden Angebote haben.

Nachdem beide Angebote von demselben Unternehmer stammen, kann nicht davon gesprochen werden, dass ein Angebot von einem nicht aufgeforderten Bieter abgegeben wurde.

Die Zuschlagsentscheidung ist ausreichend konkret, da auf Grund des dort angeführten Preises, auf den zugeschlagen werden soll, klar ist, welcher Bieter den Zuschlag erhalten soll, obwohl dieser nicht namentlich genannt ist.

Ein näheres Eingehen auf die Frage, ob die Antragsgegnerin eine ausreichende vertiefte Angebotsprüfung hinsichtlich des billigsten Angebotes durchgeführt hat, erübrigt sich im Hinblick auf die aus den oben dargelegten Erwägungen gebotenen Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich somit, dass die Vorgangsweise der Teilnahmeberechtigten, zwei Hauptangebote abzugeben, die sich (soweit bewertungsrelevant) nur im Preis unterscheiden, den Grundsatz des freien Wettbewerbs verletzt hat. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten, auf das zugeschlagen werden soll, wäre daher mangels Eignung der Teilnahmeberechtigten auszuscheiden gewesen. Die Zuschlagsentscheidung vom 8.5.2020 zu Gunsten dieses Angebotes war somit nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin hat eine Pauschalgebühr in der Höhe von insgesamt 1.580,-- Euro (1.040,-- Euro für den Nachprüfungsantrag, 520,-- Euro für den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sie obsiegt hat, ist ihr diese Pauschalgebühr von der Antragsgegnerin gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 zu ersetzen.

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

Vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren; Zuschlagsentscheidung; Angebot; Bieter; Ausschluss, Eignung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2020:VGW.123.072.5509.2020

Zuletzt aktualisiert am

18.09.2020

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at