

TE Bvwg Erkenntnis 2016/12/23 W131 2137381-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.12.2016

Entscheidungsdatum

23.12.2016

Norm

BVergG 2006 §125 Abs5

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §325 Abs1

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
-
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W131 2137381-2/37E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und durch die fachkundigen Laienrichter Dr Walter FUCHS (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Dr Manfred MÜLLNER (als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend das Vergabeverfahren der durch die vergebende Stelle ASFINAG Baumanagement GmbH repräsentierten Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (= AG) "Ausschreibungsgegenstand: A12 Inntal Autobahn; GEB Terfener Innbrücke km 54,15 bis

54,37, Planung" über Nachprüfungsantrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin XXXX (= ASt) vom 17.10.2016 auf Nichtigerklärung einer Ausscheidensentscheidung zu Lasten der ASt nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 28.11.2016 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und durch die fachkundigen Laienrichter Dr Walter FUCHS (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Dr Manfred MÜLLNER (als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend das Vergabeverfahren der durch die vergebende Stelle ASFINAG Baumanagement GmbH repräsentierten Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (= AG) "Ausschreibungsgegenstand: A12 Inntal Autobahn; GEB Terfener Innbrücke km 54,15 bis 54,37, Planung" über Nachprüfungsantrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin römisch 40 (= ASt) vom 17.10.2016 auf Nichtigerklärung einer Ausscheidensentscheidung zu Lasten der ASt nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 28.11.2016 zu Recht erkannt:

A) Der Nachprüfungsantrag, gerichtet auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 07.10.2016, wird abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die Antragstellerin (ASt) stellte am 17.10.2016 einen Nachprüfungsantrag gegen eine zu ihren Lasten ergangene Ausscheidensentscheidung und gegen eine Zuschlagsentscheidung, verbunden mit weiteren Anträgen, dies alles iZm der im Entscheidungskopf konkretisierten Dienstleistungsvergabe.

2. Die am 17.10.2016 angefochtene Zuschlagsentscheidung ist zwischenzeitig auftraggeberseitig zurückgenommen worden.

3. Die AG stützte die Ausscheidensentscheidung auf § 129 Abs 1 Z 3 BVergG3. Die AG stützte die Ausscheidensentscheidung auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG.

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

1. Feststellungen:

1.1. Die AG führt dz das im Entscheidungskopf konkretisierte Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich als nicht offenes Vergabeverfahren durch.

1.2. In den unangefochten gebliebenen Vergabeunterlagen der zweiten Stufe findet sich in den dortigen Vorbemerkungen des Leistungsverzeichnisses einleitend folgender Text:

Sämtliche Leistungen, die nach den Ausschreibungsunterlagen und den daraus abzuleitenden objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung zu erbringen sind, sind vom Bieter zu erfassen und zu kalkulieren. Der Bieter ist verpflichtet, für den Fall erkennbarer wesentlicher Abweichungen zwischen Leistungsziel und Ausschreibungsunterlagen, diese Mängel im Zuge des Verfahrens beim Auftraggeber schriftlich zu rügen.

1.3. Die ASt hat ausweislich der Verhandlung und auf Basis der unstrittigen Angaben eines Zeugen, nämlich eines Angestellten und Gesellschafters der ASt, eine schriftliche verbindliche Preisaufklärung gegenüber der AG im Vergabeverfahren abgegeben und dabei mehrfach erklärt, dass sie ihre Einheitspreisangaben, die der AG mehrfach sehr niedrig erschienen sind, deshalb in dieser (geringen) Höhe ins Leistungsverzeichnis (= LV) eingesetzt hat, weil sie den durch Vergleich mit anderen Projekten aus ihrer Sicht einzusetzenden Positionspreis durch die Anzahl der im Leistungsverzeichnis in diesen Positionen auftraggeberseitig eingesetzten Stunden dividiert hätte.

1.3.1. Derart hat die AG ua auch die 400 im Leistungsverzeichnis angesetzten Techniker - Regiestunden in Position 3/3 preislich aufklärend hinterfragt; und hat die ASt im Vergabeverfahren folgende verbindliche schriftliche Preisaufklärung gegenüber der AG abgegeben:

[AG]: Pos 3: Regieleistungen

[...]

/3 Techniker

Einheitspreis: 20€/h

[...]

[ASt im Aufklärungsschreiben]

[...]

"/3 Techniker

Einheitspreis: 20€/h

Grundlage für die Kalkulation dieser Position war der Positionspreis (= 8.000 €), welcher aus der Nachkalkulation von vergleichbaren Projekten und Aufgabenstellungen resultiert. Dementsprechend hat sich bei den ausgeschriebenen Mengen (= 400 h) der Einheitspreis rechnerisch ergeben."

1.3.2. Die ASt hat über das vorstehend aufgezeigte Beispiel hinaus etliche weitere AG - seitig hinterfragte Preispositionen und insb Einheitspreispositionen damit erklärt,

dass sie jeweils den Positionspreis aus vergleichbaren Projekten bzw vergleichbaren Aufgabenstellungen als Grundlage herangezogen und danach diesen Positionspreis durch die ausgeschriebene Stundenanzahl dividiert hat;

also maW gerade nicht umgekehrt den AG - seitig im Leistungsverzeichnis abgefragten Einheitspreis autonom ermittelt und danach mit der ausgeschriebenen Stundenanzahl multipliziert hat.

1.4. Für die ASt war es ausweislich der Angaben ihres Vertreters in der Verhandlung vor dem BVwG (jedenfalls auch)nach Zugang der Ausscheidensentscheidung) erkennbar, dass die AG aus Sicht der ASt bei einzelnen Leistungsverzeichnispositionen überhöhte Stunden in einschlägige LV - Positionen eingesetzt hatte, für welche danach im Angebot ein Einheitspreis pro Stunde anzugeben war.

Während die ASt noch im Nachprüfungsantrag mehrfach vorbrachte, dass in den in der Preisaufklärung angesprochenen Positionen überhöhte Stunden angesetzt gewesen wären, widerrief die ASt dieses Vorbringen des Nachprüfungsantrags in der Verhandlung, wonach sie von überhöhten Stunden im Leistungsverzeichnis ausgegangen gewesen wäre, brachte aber idZ über die nachstehende Fragen des vorsitzenden Richters (= R) durch ihren Vertreter (= RV) wie folgt vor:Während die ASt noch im Nachprüfungsantrag mehrfach vorbrachte, dass in den in der Preisaufklärung angesprochenen Positionen überhöhte Stunden angesetzt gewesen wären, widerrief die ASt dieses Vorbringen des Nachprüfungsantrags in der Verhandlung, wonach sie von überhöhten Stunden im Leistungsverzeichnis ausgegangen gewesen wäre, brachte aber idZ über die nachstehende Fragen des vorsitzenden Richters (= R) durch ihren Vertreter (= Regierungsvorlage wie folgt vor:

R: Verstehe ich das Vorbringen richtig, dass die ASt davon ausgegangen ist, dass zB im Punkte der Regieleistungen keine 400 Technikerstunden anfallen werden und die ASt daher auf Basis historischer Erfahrungen einen für sie realistischen Positionspreis eingesetzt hat, um selbigen danach durch die Anzahl der ausgeschriebenen Technikerstunden zu dividieren?

Oder umgekehrt gefragt, hätte die ASt einen anderen Positionspreis eingesetzt, wenn sie subjektiv davon überzeugt gewesen wäre, dass die 400 Techniker -Regiestunden zu leisten sein werden?

DI Dr. P***: Wir stehen zu unserem Preis, [...].

R: Nochmals gefragt an die ASt: Haben Sie ausweislich des Textes des Nachprüfungsantrags zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe die Auffassung vertreten, dass zum Beispiel weniger Technikerstunden oder weniger

Ganztagesbesprechungen stattfinden werden:

RV: Ex ante war dies nicht der Fall. Ex Post hat DI Dr. P*** dies überprüft und den Schluss gezogen, dass die ausgeschriebenen Mengen nicht kommen werden, ex post, also zwischen der Mitteilung Ausscheidungsentscheidung und dem Nachprüfungsantrag.Regierungsvorlage, Ex ante war dies nicht der Fall. Ex Post hat DI Dr. P*** dies überprüft und den Schluss gezogen, dass die ausgeschriebenen Mengen nicht kommen werden, ex post, also zwischen der Mitteilung Ausscheidungsentscheidung und dem Nachprüfungsantrag.

1.4.1. Die ASt hat mit der im vorigen Absatz wiedergegebenen Aussage zugestanden, dass es aus deren eigener Sicht für sie zumindest erkennbar war, dass die AG nach der Bewertung der ASt teilweise überhöhte Stunden im Leistungsverzeichnis angesetzt hatte, zB iZm der Position 3/3 Technikerstunden in den Regiepositionen des LV.

Die ASt hat die für sie - zugestanden - subjektiv beurteilte überhöhte Stundenanzahl, zB auch iZm den 400 ausgeschriebenen Techniker - Regiestunden gemäß LV - Position 3/3, im Vergabeverfahren vor der Ausscheidensentscheidung gegenüber der AG niemals gerügt, wie in den allgemeinen Vorbemerkungen zum LV bestandfest verlangt.

1.5. Zur hier spruchtragenden Unzuverlässigkeitsbeurteilung und iZm der Bewertungsrelevanz der Preisangaben zB auch bei den im Leistungsverzeichnis hinsichtlich Einheits- und Positionspreis abgefragten 400 Regie - Technikerstunden sind auf Tatsachenebene folgende Verhandlungspassagen ausdrücklich festzuhalten, welche das (auch) eigene Unzuverlässigkeitsverständnis der ASt und deren

Bewusstsein der Bewertungsrelevanz wiedergeben:

R: Beurteilt es die ASt - iSd vom VWGH partiell geforderten Rechtsgesprächs - als vergaberechtlich iSd § 129 Abs 1 Z 2 BVergG zuverlässig, lauter und fair, wenn ein potentiell künftiger Vertragspartner die Richtigkeit seiner eigenen vertragsanbahnenden Erklärungen hinterfragt und der angefragte potentielle Vertragspartner denkmöglich mentalreservativ - erstens keine Rüge der ausgeschriebenen Mengen vornimmt, sondern vielmehr gerade keine Zweifel offen legt; R: Beurteilt es die ASt - iSd vom VWGH partiell geforderten Rechtsgesprächs - als vergaberechtlich iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zuverlässig, lauter und fair, wenn ein potentiell künftiger Vertragspartner die Richtigkeit seiner eigenen vertragsanbahnenden Erklärungen hinterfragt und der angefragte potentielle Vertragspartner denkmöglich mentalreservativ - erstens keine Rüge der ausgeschriebenen Mengen vornimmt, sondern vielmehr gerade keine Zweifel offen legt;

und zweitens auf Basis eigener nicht transparent gemachter Einschätzungen Einheitspreise nicht derart auspreist, wie wenn keine Massen - Mindereinschätzungen bestanden hätten?

RV: Ein derartiger Sachverhalt würde Unzuverlässigkeit bedeuten, wenn das so ist. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass es nicht um die Frage geht, in welchem Umfang zB hier Technikerleistungen kommen. Wesentlich ist, dass ein Einheitspreis angegeben wurde, an den sich die Anbotlegerin zu halten hat, ganz egal, wie viele Stunden konkret anlaufen. Regierungsvorlage, Ein derartiger Sachverhalt würde Unzuverlässigkeit bedeuten, wenn das so ist. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass es nicht um die Frage geht, in welchem Umfang zB hier Technikerleistungen kommen. Wesentlich ist, dass ein Einheitspreis angegeben wurde, an den sich die Anbotlegerin zu halten hat, ganz egal, wie viele Stunden konkret anlaufen.

R an RV: Sind die optionalen Leistungen gem. den Positionen 2 und 3 (Besprechungen und Regiestunden) in den bewertungsrelevanten Preis gemäß Ausschreibung eingeflossen? R an Regierungsvorlage, Sind die optionalen Leistungen gem. den Positionen 2 und 3 (Besprechungen und Regiestunden) in den bewertungsrelevanten Preis gemäß Ausschreibung eingeflossen?

RV: Man musste die Preise der Positionen 1, 2 und 3 summieren. Es ist hier anzumerken, dass hier das Gesamtpaket wesentlich ist und keine Teilvergabe erfolgen soll. Regierungsvorlage, Man musste die Preise der Positionen 1, 2 und 3 summieren. Es ist hier anzumerken, dass hier das Gesamtpaket wesentlich ist und keine Teilvergabe erfolgen soll.

1.5.1. Der ASt war ausweislich der Voraussagen die Bewertungsrelevanz ihrer Einheitspreisangaben bewusst und hat die ASt zudem ein diesem Erkenntnis entsprechendes Verständnis von Unzuverlässigkeit offen gelegt.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und sonstige Sachverhalt ergeben sich aus dem Vergabeakt, dem Gerichtsakt und insb den Tatsachenergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 06.10.2016.

Die Tatsache, dass die ASt zumindest ab Zugang der Ausscheidensentscheidung bewusst war, dass die AG teilweise überhöhte Mengen ausgeschrieben hat, ergibt sich aus den unwidersprochenen Verfahrensangaben des RV zur Beurteilung des - gemäß Firmenbuch -Gesellschafter - Geschäftsführers der ASt DI Dr P** in der Verhandlung vor dem BVwG iZm den überhöhten Mengen, womit auch erwiesen ist, dass diese Beurteilung einer antragstellerinnenseitig als überzogen beurteilten Mengenangabe, zB auch bei den 400 Techniker - Regiestunden, seitens der ASt jedenfalls auch

vor der Ausscheidensentscheidung beurteilbar gewesen wäre, da das LV vor und nach der Ausscheidensentscheidung das gleiche war. Die Tatsache, dass die ASt zumindest ab Zugang der Ausscheidensentscheidung bewusst war, dass die AG teilweise überhöhte Mengen ausgeschrieben hat, ergibt sich aus den unwidersprochenen Verfahrensangaben des Regierungsvorlage zur Beurteilung des - gemäß Firmenbuch -Gesellschafter - Geschäftsführers der ASt DI Dr P** in der Verhandlung vor dem BVwG iZm den überhöhten Mengen, womit auch erwiesen ist, dass diese Beurteilung einer antragstellerinnenseitig als überzogen beurteilten Mengenangabe, zB auch bei den 400 Techniker - Regiestunden, seitens der ASt jedenfalls auch vor der Ausscheidensentscheidung beurteilbar gewesen wäre, da das LV vor und nach der Ausscheidensentscheidung das gleiche war.

Insoweit braucht im Glaubwürdigkeitspunkt nicht näher erörtert werden, wenn die ASt in der Verhandlung jene Angaben des Nachprüfungsantrags widerruft, in denen zB wie in der drittwiderrufenen Passage des Nachprüfungsantrags, konkretisiert auf Seite 2 des Verhandlungsprotokolls, in etwa [maW] geschrieben steht, dass nicht die von der AG angesetzte Stundenzahl iZm der Preisplausibilität maßgeblich wäre, sondern die auf Grund der Erfahrung der ASt konkret zu erwartende Stundenzahl, die bei weitem nicht der von der AG kalkulierten Stundenzahl entspräche.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß §§ 3 Abs 1 und 291 BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG und sohin unstrittig auch hier zuständig. 3.1. Gemäß Paragraphen 3, Absatz eins und 291 BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG und sohin unstrittig auch hier zuständig.

Gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 BVergG idFBGBl I 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Senatsbesetzung und wendet dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß § 311 BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an, wobei der Senat entsprechend der Verfügbarkeit der Beisitzer bzw Ersatzbeisitzer wie ersichtlich zusammenzustellen war. Gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, BVergG in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Senatsbesetzung und wendet dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß Paragraph 311, BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an, wobei der Senat entsprechend der Verfügbarkeit der Beisitzer bzw Ersatzbeisitzer wie ersichtlich zusammenzustellen war.

Zu A)

3.2. Zur Abweisung des Nachprüfungsantrags

3.2.1. Vorerst ist festzuhalten, dass entsprechend VwGH ZI2008/04/0109 eine AG - Entscheidung dann nicht nichtig zu erklären ist, wenn sie [jedenfalls auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens iSv VwGH ZI 2007/04/0095] zumindest im Ergebnis richtig ist.

3.2.2. Unzuverlässigkeit liegt wortlautmäßig und interpretativ evident dann vor, wenn sich [hier] die AG auf ihren in Frage stehenden potentiellen Vertragspartner [hier: auf die in Frage stehende ASt] nicht verlassen kann. Gemäß § 19 Abs 1 BVergG darf nur an zuverlässige Bieter vergeben werden; und sind Angebote unzuverlässiger Bieter gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG zwingend auszuschneiden. 3.2.2. Unzuverlässigkeit liegt wortlautmäßig und interpretativ evident dann vor, wenn sich [hier] die AG auf ihren in Frage stehenden potentiellen Vertragspartner [hier: auf die in Frage stehende ASt] nicht verlassen kann. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG darf nur an zuverlässige Bieter vergeben werden; und sind Angebote unzuverlässiger Bieter gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zwingend auszuschneiden.

3.2.3. Preisprüfungsrechtlich judiziert der VwGH entsprechend seiner in ZI2007/04/0102 grundgelegten Rsp - Linie zur Bedeutung und zu den Rechtsfolgen der verbindlichen schriftlichen Preisaufklärung wie folgt [Hervorhebungen durch das BVwG]:

Soweit die Beschwerdeführerin aber meint, sie habe den niedrigen Einheitspreis - allerdings erst im Vergabekontrollverfahren - mit dem Bezug von [...]erklärt, so ist ihr zu entgegnen, dass die Vergabekontrollbehörde nach der zitierten Judikatur zwar ebenso wie der Auftraggeber die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen hat, dies aber unter Berücksichtigung der dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen. Die belangte Behörde hatte daher im Nachprüfungsverfahren die betriebswirtschaftliche

Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Einheitspreises für die [...] auf der Grundlage der im Vergabeverfahren gegenüber der Auftraggeberin abgegebenen Erklärungen der Beschwerdeführerin zu beurteilen (somit auch auf der Grundlage des Prüfberichts, wonach [...]) und damit auf neue, im Nachprüfungsverfahren erstmals vorgebrachte Erklärungen betreffend die Plausibilität des Preises nicht Bedacht zu nehmen. Dies ergibt sich abgesehen von der zitierten Judikatur auch aus § 125 Abs. 5 BVergG 2006, wonach im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeber eine verbindliche Erklärung zu verlangen hat und der Auftraggeber anschließend eingegangene Erläuterungen und Nachweise des Bieters bei der Prüfung der Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Preises zu berücksichtigen hat. Dieser Bestimmung stünde es entgegen, wenn der Bieter die tatsächliche Erklärung für die Nachvollziehbarkeit des konkret überprüften Preises im Vergabeverfahren verschweigen und erst im Zuge eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens vor der belangten Behörde preisgeben könnte, weil es dann dem Bieter überlassen bliebe, ob er eine vertiefte Angebotsprüfung schon vor dem Auftraggeber oder erst vor der Behörde ermöglicht, er also das in § 125 Abs. 5 BVergG 2006 umschriebene Verfahren vom Auftraggeber auf die Behörde überwälzt. Daher hat es der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 22. Juni 2011, ZI. 2011/04/0011, in einem Fall, in dem der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung hätte durchführen müssen, dies aber unterlassen hat, für rechtmäßig angesehen, dass die Behörde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärte, weil es Aufgabe des Auftraggebers (und nicht der Behörde) sei, die vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Soweit die Beschwerdeführerin aber meint, sie habe den niedrigen Einheitspreis - allerdings erst im Vergabekontrollverfahren - mit dem Bezug von [...] erklärt, so ist ihr zu entgegnen, dass die Vergabekontrollbehörde nach der zitierten Judikatur zwar ebenso wie der Auftraggeber die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen hat, dies aber unter Berücksichtigung der dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen. Die belangte Behörde hatte daher im Nachprüfungsverfahren die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Einheitspreises für die [...] auf der Grundlage der im Vergabeverfahren gegenüber der Auftraggeberin abgegebenen Erklärungen der Beschwerdeführerin zu beurteilen (somit auch auf der Grundlage des Prüfberichts, wonach [...]) und damit auf neue, im Nachprüfungsverfahren erstmals vorgebrachte Erklärungen betreffend die Plausibilität des Preises nicht Bedacht zu nehmen. Dies ergibt sich abgesehen von der zitierten Judikatur auch aus Paragraph 125, Absatz 5, BVergG 2006, wonach im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeber eine verbindliche Erklärung zu verlangen hat und der Auftraggeber anschließend eingegangene Erläuterungen und Nachweise des Bieters bei der Prüfung der Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Preises zu berücksichtigen hat. Dieser Bestimmung stünde es entgegen, wenn der Bieter die tatsächliche Erklärung für die Nachvollziehbarkeit des konkret überprüften Preises im Vergabeverfahren verschweigen und erst im Zuge eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens vor der belangten Behörde preisgeben könnte, weil es dann dem Bieter überlassen bliebe, ob er eine vertiefte Angebotsprüfung schon vor dem Auftraggeber oder erst vor der Behörde ermöglicht, er also das in Paragraph 125, Absatz 5, BVergG 2006 umschriebene Verfahren vom Auftraggeber auf die Behörde überwälzt. Daher hat es der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 22. Juni 2011, ZI. 2011/04/0011, in einem Fall, in dem der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung hätte durchführen müssen, dies aber unterlassen hat, für rechtmäßig angesehen, dass die Behörde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärte, weil es Aufgabe des Auftraggebers (und nicht der Behörde) sei, die vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

Das BVwG hat daher auch im vorliegenden Fall nur diejenigen Preisaufklärungen zwecks Nachprüfung der Position des AG und der ASt zu berücksichtigen, die die ASt gemäß § 125 Abs 5 BVergG bereits im Vergabeverfahren offen gelegt hat. Das BVwG hat daher auch im vorliegenden Fall nur diejenigen Preisaufklärungen zwecks Nachprüfung der Position des AG und der ASt zu berücksichtigen, die die ASt gemäß Paragraph 125, Absatz 5, BVergG bereits im Vergabeverfahren offen gelegt hat.

3.2.4. Festzuhalten ist abschließend in generalis noch, dass Vergabeunterlagen und insb Ausschreibungsunterlagen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind (stRsp, zB VwGH 18. 3. 2015, Ra 2015/04/0017). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzes-konform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (stRsp zB VwGH 9. 9. 2015, Ra 2014/04/0036). Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (stRsp, zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024; 27. 10. 2014, 2012/04/0066).

3.2.5. Wenn die AG mit ihrem Leistungsverzeichnis und den dortigen Einheitspreisabfragen für die ausgeschriebenen Mengen objektiv redlich erkennbar erfahren wollte, was zB eine einzige von 400 ausgeschriebenen Regie - Technikerstunden kostet; und sich der Positionspreis erst danach - objektiv redlich - durch Multiplikation des ASt -

seitig ermittelten Einheitspreises einer Technikerstunde mit den ausgeschriebenen 400 Stunden ergeben würde, hat die ASt keinen von einem zuverlässigen Bieter erwartbaren Einheitspreis angegeben, wenn sie entsprechend ihrer iSv VwGH ZI 2007/04/0102 im Vergabeverfahren endgültig verbindlich abgegebenen Preisaufklärung umgekehrt zuvor den Positionspreis durch Abgleich mit Positionspreisen aus historischen Projekten ermittelt hat; und danach den Einheitspreis einfach durch Aliquotierung des Positionspreises mit der Anzahl der gegenständlich ausgeschriebenen Stunden ermittelt.

Denn mit einer derartigen Rückrechnung des Einheitspreises wird der ausschreibungsmäßig objektiv redlich erkennbar vorgegebene Weg verlassen, wonach die AG den vertraglich geltenden Einheitspreis (eben nur) unter der Bedingung abfragen will, dass tatsächlich die 400 ausgeschriebenen Technikerstunden abgerufen werden.

Die ASt hat sich mit der von ihr selbst behaupteten Rückrechnung des Einheitspreises aus dem Positionspreis für diese Vergabe als unzuverlässig erwiesen, da sie Einheitspreisangaben entgegen der Ausschreibung gemacht hat, wohingegen die AG eindeutig erkennbar von der ASt den Einheitspreis pro Stunde auf Basis der - mangels geforderter Ausschreibungsrüge als wahr zu unterstellenden - 400 ausgeschriebenen Techniker - Regiestunden wissen wollte.

Dies zumal es gerichtsnotorisch in der Praxis vorkommt, dass Bieter entweder mentalreservativ oder einfach schlicht entgegen der Ausschreibung nicht auf in der Ausschreibung als überhöht bewertete Mengenansätze hinweisen, sondern vielmehr darauf spekulieren, dass die mit niedrigen Einheitspreisen im Angebot ausgepreiste Mengen nicht abgerufen werden wird und sich bei insoweit sehr niedrig angegebenen Einheitspreisen bei gleichzeitig mengenmäßig überhöht ausgeschriebenen bewerteten LV - Positionen ex ante ein bewertungsrelevanter Angebotspreisvorteil ergeben wird. Siehe zu derartigen Bieterspekulationen bereits zB Fink/Hofer in Heid/Presmayr, Handbuch Vergaberecht 4 Rz 1594.

3.2.6. Die ASt erscheint idZ aber auch aus einem anderen Aspekt bei dieser Vergabe als unzuverlässig.

Die ASt gibt - nach für sie wohl noch schlechterem Vorbringen im Nachprüfungsantrag- nunmehr zumindest selbst zu, dass sie ab Zugang der Ausscheidensentscheidung erkannte, dass die ausgeschriebenen Mengen, zB auch bei den 400 ausgeschriebenen Techniker - Regiestunden nicht anfallen würden (-Vorbringen des RV zur ex - post - Beurteilung des DI Dr P***). Die ASt gibt - nach für sie wohl noch schlechterem Vorbringen im Nachprüfungsantrag- nunmehr zumindest selbst zu, dass sie ab Zugang der Ausscheidensentscheidung erkannte, dass die ausgeschriebenen Mengen, zB auch bei den 400 ausgeschriebenen Techniker - Regiestunden nicht anfallen würden (-Vorbringen des Regierungsvorlage zur ex - post - Beurteilung des DI Dr P***).

Konnte dies die ASt nach der Ausscheidensentscheidung erkennen, war dies - mangels Ausschreibungsänderung - für die ASt auch vor der Ausscheidensentscheidung und damit auch in jenem Zeitraum erkennbar, in dem die ASt diese als überhöht ausgeschriebenen bewerteten Mengen gemäß den Vorbemerkungen des LV zu rügen hatte bzw in dem die Ausschreibungsunterlagen beim BVwG angefochten werden konnten.

Wenn daher wiederholend in den Vorbemerkungen des LV bestandfest iSd § 321 BVergG geschrieben steht Wenn daher wiederholend in den Vorbemerkungen des LV bestandfest iSd Paragraph 321, BVergG geschrieben steht:

"Der Bieter ist verpflichtet, für den Fall erkennbarer wesentlicher Abweichungen zwischen Leistungsziel und Ausschreibungsunterlagen, diese Mängel im Zuge des Verfahrens beim Auftraggeber schriftlich zu rügen.",

und die ASt gerade keine solche Rüge gegenüber der AG gemacht hat, obwohl die aus Sicht der ASt überhöht im LV angesetzten Stunden wie zB Techniker - Regiestunden für die ASt - zumindest erkennbar waren (- und dem aktuellen Vorbringen der ASt nach nach der Ausscheidensentscheidung ASt - seitig auch von ihr festgestellt worden wären), hat die ASt ein LV mit Einheitspreisen ausgepreist, ohne ihrer vorangehenden Pflicht gemäß der präkludierten Ausschreibungsunterlage zur Prüfung und allfälligen Rüge der ausgeschriebenen Mengen nachzukommen. Damit besteht für die AG ein weiteres Mal kein Verlass auf die ASt bei dieser Vergabe, da die ASt ihren Pflichten zur Prüfung und Rüge der Ausschreibungsunterlagen bei dieser Vergabe nicht nachgekommen ist.

3.2.7. Die ASt hat sich dabei aus den vorstehend aufgezeigten Umständen (ausschreibungswidrig durchgeführte Rückrechnung des Einheitspreises aus einem auf Basis historischer Erfahrungen gebildeten Positionspreis; unterlassene gehörige Prüfung und Rüge der selbst nachmalig als mengenfehlerhaft beurteilten Ausschreibungsunterlage vor der Ausscheidensentscheidung) jeweils allein aus einem der beiden Gründe bzw

zumindest in Zusammenschau derselben bei dieser Vergabe als gegenüber der AG unzuverlässig erwiesen und ist daher zwingend auszuschneiden. Dieser Ausscheidensgrund ergibt sich aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens bzw den oben wiedergegebenen Angaben namens der ASt im Nachprüfungsverfahren.

Insoweit erscheint die Ausscheidensentscheidung als im Ergebnis richtig - § 325 Abs 1 Z 2 BVergG. Der Nachprüfungsantrag war daher abzuweisen. Insoweit erscheint die Ausscheidensentscheidung als im Ergebnis richtig - Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der Nachprüfungsantrag war daher abzuweisen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Rechtslage eindeutig ist, sofern es um die Unzuverlässigkeitsfrage geht. Eine fallspezifische Unzuverlässigkeitsbeurteilung ist, weil auf den Einzelfall abstellend, zudem auch deshalb mangels grundsätzlicher Bedeutung nicht revisibel. Zur fehlenden Revisibilität bei eindeutiger Rechtslage siehe zB VwGH ZI Ra 2014/03/0028 mit Verweis auf ZI Ro 2014/07/0053. Zur Beurteilung einer Auftraggeberentscheidung als im Ergebnis richtig siehe VwGH ZI 2008/04/0109. Tatsachenfragen sind generell nicht revisibel. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Rechtslage eindeutig ist, sofern es um die Unzuverlässigkeitsfrage geht. Eine fallspezifische Unzuverlässigkeitsbeurteilung ist, weil auf den Einzelfall abstellend, zudem auch deshalb mangels grundsätzlicher Bedeutung nicht revisibel. Zur fehlenden Revisibilität bei eindeutiger Rechtslage siehe zB VwGH ZI Ra 2014/03/0028 mit Verweis auf ZI Ro 2014/07/0053. Zur Beurteilung einer Auftraggeberentscheidung als im Ergebnis richtig siehe VwGH ZI 2008/04/0109. Tatsachenfragen sind generell nicht revisibel.

Schlagworte

Aufklärung mangelhaft, Ausscheiden eines Angebotes,
Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Bewertung,
Dienstleistungsauftrag, Kalkulation, mündliche Verhandlung,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit,
Nichtigerklärung, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung,
objektiver Erklärungswert, Plausibilität, Vergabeverfahren,
vertiefte Angebotsprüfung, (vertiefte) Preisprüfung,
Zuverlässigkeit, Zuverlässigkeitsprüfung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W131.2137381.2.02

Zuletzt aktualisiert am

30.01.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at