



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38680
Telefax: (43 01) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/046/12975/2016
Bietergemeinschaft W.-H.

Wien, 10.1.2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Dr. Schweiger als Vorsitzenden, Mag. Schmied als Berichterstatter und Mag. Winter als Beisitzerin über den Antrag der Bietergemeinschaft „W.-H.“, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 17.10.2016 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 10.10.2016 betreffend das Vergabeverfahren "N. GmbH, KENNWORT: ..., Rahmenvertrag über Injektionsarbeiten und Betonsanierungen im Versorgungsgebiet und in der Betreuung der N. GmbH" nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 13 Absatz 1 WVRG 2014 wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 17.10.2016 betreffend das Vergabeverfahren "N. GmbH, KENNWORT: ..., Rahmenvertrag über Injektionsarbeiten und Betonsanierungen im Versorgungsgebiet und in der Betreuung der N. GmbH" abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat gemäß den §§ 15 und 16 WVRG 2014 die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die N. GmbH (Auftraggeberin - AG) führt ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zur Vergabe des Bauauftrages „KENNWORT: ..., Rahmenvertrag über Injektionsarbeiten und Betonsanierungen im Versorgungsgebiet und in der Betreuung der N. GmbH“ nach den Bestimmungen des BVergG 2006 für den Unterschwellenbereich im Sektorenbereich durch.

Ausschreibungsgegenständlich ist ein Rahmenvertrag über Injektionsarbeiten und Betonsanierungen an in Betrieb befindlichen Fernwärme- und Fernkälteleitungen der AG mit einer Laufzeit von drei Jahren (Option auf Verlängerung um zwei Jahre durch die AG). Zuschlagskriterium ist der niedrigste Gesamtpreis.

Die Bekanntmachung erfolgte am 9.11.2015 auf dem Beschaffungsportal der Wiener Stadtwerke. Nach Durchführung der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens wurden die präqualifizierten Bewerber zur Angebotsabgabe eingeladen. Am 19.9.2016, 13:00 Uhr, endete die Frist für die Abgabe der Letztangebote.

Die Bietergemeinschaft „W.-H.“ (Antragstellerin – ASt) hat sich am Vergabeverfahren beteiligt. Sie wurde nach erfolgreicher Bewerbung zur Angebotsabgabe eingeladen. Sie gab ein Angebot – und schließlich ihr letztgültiges Angebot am 19.9.2016 ab.

Die Zuschlagsentscheidung wurde am 10.10.2016 versandt und wurde die ASt mit dem ihr am selben Tag zugegangenen Schreiben der AG in Kenntnis gesetzt, dass für den Zuschlag das Angebot der S. GmbH, L., vorgesehen ist.

In ihrem am 17.10.2016, 10:18 Uhr, beim Verwaltungsgericht Wien per E-Mail eingebrachten Schriftsatz beantragt die ASt – nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung - diese Zuschlagsentscheidung der AG vom 10.10.2016

für nichtig zu erklären und der ASt den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zuzusprechen. Außerdem wurde die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt.

Die ASt erachtet sich in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und Teilnahme daran, insbesondere auf Gleichbehandlung aller Bieter und Wahrung des fairen Wettbewerbs, Ausscheiden von Angeboten, wenn diese mit - wenn auch nur - einem Ausscheidungsgrund belastet sind, und auf Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der ASt und letztlich Zuschlagserteilung an sie nach Ausscheiden des Angebots der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin verletzt und bringt sie im Nachprüfungsantrag begründend vor:

Aufgrund des erheblichen Preisunterschieds zwischen dem Angebot der ASt und jenem der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin (die ASt setzt im Nachprüfungsantrag die konkret angeführten Angebotspreise durch Prozentwerte zueinander in Beziehung) hätte die AG jedenfalls eine vertiefte Prüfung des Angebots der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin durchführen müssen. Sollte diese vertiefte Angebotsprüfung unterblieben sein, wäre die Zuschlagsentscheidung schon mangels abgeschlossener Angebotsprüfung für nichtig zu erklären. Sofern eine vertiefte Angebotsprüfung des Angebots der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin erfolgt sei, könne diese nicht zu dem Ergebnis geführt haben, dass die Zusammensetzung des Preises der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin plausibel sei.

Aufgrund des starken Gewichts der Leistungsgruppe 02 müsse der Preisunterschied dort begründet liegen. An die 75 % der zu erbringenden Leistungen würden auf die Leistungsgruppe 02 „Abdichtende Injektionsarbeiten“ entfallen. Aufgrund des erheblichen Preisunterschieds zwischen der ASt und der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin liege nahe, dass der Preis der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin infolge spekulativer Preisgestaltung keine plausible Zusammensetzung aufweise. Aufgrund der strengen Vorgaben an das einzusetzende Material und der in den Positionen 020401 A bis 020401 K der Untergruppe 0204 „Fugen“ vorgesehenen Fugenmaße (Injektionsmittel bei Dehnfugen bis 20 mm Fugenbreite, darüber und bei Pressrohrfugen Acrylharz)

müsse die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin entweder andere als die von der AG vorgeschriebenen Materialien in die Bieterlücken eingesetzt haben; diese können angesichts des Preisunterschieds aber nicht „gleichwertig“ sein bzw. könne die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin den Gleichwertigkeitsnachweis nicht erbracht haben. Oder die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin habe mit einem Minderverbrauch beim Material kalkuliert.

Denkbar wäre freilich auch, dass bei der Kalkulation der Lohnkosten die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften für das Arbeiten an offenen Schächten in Zonen mit öffentlichem Straßenverkehr nicht beachtet worden seien, nach denen ein Sicherungsposten am Schachteinstieg vorgesehen sein müsse. Sei diese Sicherungsperson nicht miteinkalkuliert, dann sinke freilich der Anteil „Lohn“. Damit würde aber ein solches Angebot der Ausschreibung widersprechen. Da mit dem Angebot das Kalkulationsformblatt K7 abzugeben gewesen sei, müsse die Kalkulation der genannten Positionen sowie deren Aufgliederung in „Lohn“ und „Sonstiges“ auch beim Angebot der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin entsprechend aufgegliedert und erläutert und somit einer (vertieften) Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin, aber auch einer nachprüfenden Kontrolle durch das Verwaltungsgericht zugänglich sein.

Wenn die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin nicht das ausgeschriebene oder diesem gleichwertiges Material angeboten habe, dann sei ihr Angebot als ausschreibungswidrig auszuscheiden. Wenn die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin mit anderen Fugen- und/oder Wand- und Deckenstärken kalkuliert habe, liege eine Preisspekulation vor, der Angebotspreis sei nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar und sei das Angebot daher auszuscheiden. Treffe es zu, dass das nach den anzuwendenden Sicherheitsvorschriften vorzusehende und nach der Ausschreibung einzukalkulierende Sicherheitspersonal beim Angebot der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin nicht vorgesehen und/oder nicht einkalkuliert worden sei, dann sei das Angebot auch aus diesem Grund ausschreibungswidrig.

Die ASt habe ihr Interesse am Abschluss des Vertrages durch die fristgerechte Abgabe ihres Angebots, Teilnahme am Verhandlungsverfahren sowie durch Einbringung des vorliegenden Nichtigerklärungsantrages samt Antrag auf

einstweilige Verfügung und nicht zuletzt durch Entrichtung der dafür erforderlichen Gebühren ausreichend glaubhaft gemacht. Der ASt drohe ein Schaden in Form der bislang entstandenen und der noch entstehenden Kosten im Vergabeverfahren sowie des Weiteren in Form der entgangenen Geschäftsmöglichkeit. Die ASt quantifiziert in diesem Zusammenhang die ihr für die Angebotserstellung erwachsenen Sach- und Personalkosten und die von ihr geschätzten Kosten der Rechtsberatung.

Die AG hat mit Schriftsatz vom 19.10.2016 allgemeine Auskünfte hinsichtlich des gegenständlichen Vergabeverfahrens erteilt und zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erklärt, dazu keine Stellungnahme abzugeben.

Mit Beschluss vom 19.10.2016 leitete das Verwaltungsgericht Wien das Nachprüfungsverfahren ein und untersagte mit Einstweiliger Verfügung gemäß § 28 WVRG 2014 der AG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlags.

Mit Schriftsatz vom 24.10.2016 nahm die AG zum Nachprüfungsantrag Stellung und trat den Ausführungen im Nachprüfungsantrag entgegen. Die AG habe das Vergabeverfahren den Vorgaben des BVergG 2006 entsprechend abgewickelt und das Angebot der pZ einer detaillierten Angebotsprüfung unterzogen. Insbesondere seien auch die in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens angebotenen Preise einer sorgfältigen Prüfung unterzogen worden. Die Tiefe und Vollständigkeit dieser Prüfung ergebe sich aus dem Vergabeakt. Die von den Leitprodukten abweichenden, in den Bieterlücken eingetragenen Produkte seien von der Auftraggeberin geprüft und für gleichwertig befunden worden. Auch die angebotene Materialmenge sei plausibel, betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und ausschreibungskonform kalkuliert worden. Schließlich erweise sich das Angebot der S. GmbH (präsumtiven Zuschlagsempfängerin – pZ) auch im Hinblick auf die Sicherheitsvorschriften als ausschreibungskonform.

Mit Schriftsatz vom selben Tag (24.10.2016) erstattete auch die pZ eine schriftliche Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag und führte darin im Wesentlichen aus, ihr Angebot sei seitens der AG einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen worden und habe sich dabei weder als unterpreisig

noch als spekulativ herausgestellt. Es habe drei Aufklärungsgespräche gegeben und hätten alle Fragen der Auftraggeberin beantwortet werden können. Anders als die ASt mutmaße, seien nur Referenzmaterialien angeboten worden. Die Sicherheitsbestimmungen seien mitkalkuliert worden und auch die Materialmenge sei nicht zu gering veranschlagt worden.

Am 30.11.2016 führte das Verwaltungsgericht Wien in dieser Angelegenheit eine öffentliche, mündliche Verhandlung durch.

In der Verhandlung brachte die ASt in Replik auf die Stellungnahmen der pZ und der AG vor, dass die Ausführungen der pZ und der AG in einem Punkt widersprüchlich seien. So sei laut pZ in den gegenständlich relevanten Positionen des Leistungsverzeichnisses nur das Referenzprodukt angeboten worden, laut Stellungnahme der AG könne es auch sein, dass gleichwertige Produkte angeboten wurden. Sofern die AG ausführt, dass dann, wenn ein vom Referenzprodukt abweichendes Produkt nicht als gleichwertig einzustufen sei, das Referenzprodukt als angeboten gelte, sei festzuhalten, dass laut Punkt A.4. der Verfahrensbestimmungen für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens dafür die Voraussetzung vorliegen müsse, dass die Gleichwertigkeit im Formblatt vom Bieter erklärt wurde. Zudem werde in Punkt A.4. im ersten Satz vorgegeben, dass die Bieterlücken unbedingt auszufüllen seien. Die zahlreichen Aufklärungsgespräche mit der pZ indizierten, dass von der pZ Bieterlücken nicht ausgefüllt wurden bzw. dort nur das Wort „gleichwertig“ eingesetzt wurde ohne damit ein konkretes Produkt anzugeben. Zum Referenzprodukt sei noch auszuführen, dass die ASt als Mitglied der P.-Gruppe besonders günstige Konditionen als Großabnehmer erhalte und zweifelhaft erscheine, ob andere Bieter ähnlich gute Konditionen bekommen. Schließlich wäre auch anhand der K7-Blätter zu überprüfen, ob die Zeitansätze so gewählt wurden, dass eine Kalkulation der Sicherungsperson schlüssig erscheine. Gleiches gelte für die Menge des einzusetzenden Materials, wo die entsprechenden Positionen zu überprüfen wären, um ausschließen zu können, dass hier ein zu optimistischer Ansatz von der pZ gewählt wurde.

Die AG brachte vor, dass dem Angebot der pZ eine CD-ROM angeschlossen war, auf welcher sich das Leistungsverzeichnis auf einem Datenträger gemäß ÖNORM A2063 befinde. Diese CD-ROM werde im Lauf der mündlichen Verhandlung nachgereicht. Auf dieser CD-ROM befinde sich auch ein von der pZ ausgefülltes Bieterlückenverzeichnis. Ein Ausdruck genau dieses Verzeichnisses sei mit Schreiben der pZ vom 31.03.2016 (Lasche 14 des Vergabeaktes) vorgelegt worden. Die AG werde auch einen Ausdruck vom ÖNORM Datenträger mit genau diesem Bieterlückenverzeichnis vorlegen, der aber zwangsläufig das Datum des Ausdruckzeitpunktes aufweisen werde.

Die pZ führte aus, dass zur Betonsanierung neben einem der Referenzprodukte, welches bestens dafür geeignet sei, größere Fugen und Hintergrundflächen in Beton abzudichten, für kleinere Risse und Fugen keines der Referenzprodukte, sondern ein gleichwertiges Alternativprodukt angeboten worden sei, welches bei der Verarbeitung deutliche Vorteile mit sich bringe. Das Alternativprodukt wurde in der Verhandlung benannt und wurden auch die Vorteile dieses Produktes erörtert, die u.a. auch das Legen eines besonders preisgünstigen Angebots ermöglicht hätten. Die Produktbezeichnung und die spezifischen Vorzüge des Produkts können aus Gründen der Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in der Urteilsausfertigung nicht näher wiedergegeben werden.

Ing. F. führte in seiner Eigenschaft als Vertreter der AG dazu aus, dass er selbst die Gleichwertigkeitsprüfung vorgenommen habe und dafür als gelernter Bauingenieur qualifiziert sei. Außerdem gab Ing. F. an, dass unter Berücksichtigung der gewählten Produkte die Kostenansätze in der Kalkulation der pZ plausibel seien, obwohl sie sich als deutlich günstiger als jene der Konkurrenz erweisen würden. Dieses Thema sei Gegenstand des Aufklärungsgesprächs am 20.07.2016 gewesen. In diesem Gespräch hätten alle offenen Fragen aus seiner fachkundigen Sicht geklärt werden können. Außerdem sei bei diesem Termin erörtert worden, ob die Menge des kalkulierten Materials ausreichend erscheine, was aus seiner Sicht der Fall war. Es habe sich somit auch hinsichtlich der Menge des kalkulierten Materials bei der pZ kein Hinweis auf eine spekulative Preisgestaltung gefunden. Bei der Prüfung der Gleichwertigkeit des Alternativprodukts habe er nicht nur Angaben der pZ

berücksichtigt, sondern zusätzlich recherchiert und im Internet Datenblätter und Produktbeschreibungen eingesehen. Aufgrund all dieser Untersuchungen sei er zum Ergebnis gekommen, dass das Alternativprodukt mit den Referenzprodukten gleichwertig sei. Bei der Überprüfung der Plausibilität der eingesetzten Materialmengen habe er sich auf Erfahrungswerte der letzten Jahre bei ähnlichen Bauvorhaben im Bereich der AG gestützt. Zum Thema Sicherheitspersonal habe er die Lohnansätze in den K3 Blättern und K7 Blättern überprüft, weil es im Hinblick auf das Erfordernis einer Sicherungsperson bei Arbeiten im Schacht nicht sein dürfe, dass für solche Arbeiten nur ein Arbeitnehmer lohnmäßig kalkuliert wird. Dies sei beim Angebot der pZ nicht der Fall gewesen. Der dennoch günstigere Preis der pZ erkläre sich schlüssig durch die Arbeitsweise und die von der pZ eingesetzte Technologie, die von Ing. F. näher dargelegt wurde, mit Rücksichtnahme auf die Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen aber in der Urteilsausfertigung nicht wiedergegeben werden kann. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sei jedenfalls – so Ing. F. - die Kalkulation der pZ für ihn nachvollziehbar und plausibel.

Der anwaltliche Vertreter der pZ führte über Befragen aus, dass in der Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag irrtümlich davon ausgegangen worden sei, es stünde im gegenständlichen Nachprüfungsantrag nur das eingesetzte Material zur Verfüllung größerer Flächen und breiterer Fugen zur Diskussion. Was dieses Material betreffe, sei tatsächlich von der pZ das Referenzprodukt eingesetzt worden. Daher sei in der Stellungnahme ausgeführt worden, dass nur das Referenzprodukt verwendet worden sei. Das Letztangebot sei elektronisch abgegeben worden. Dem Erstangebot sei eine CD-ROM beigelegt. In dieser CD-ROM seien die Bieterlücken ausgefüllt gewesen und auch das Alternativprodukt mit Produktbezeichnung und Produktbeschreibung explizit angeführt worden.

Nach einer Verhandlungsunterbrechung legte die AG mehrere CD-ROMS vor, die den jeweiligen Erstangeboten beigelegt sind, dem dem Gericht vorgelegten Akt aber versehentlich nicht angeschlossen waren. Es handelt sich um die CD-ROMS aller Bieter, darunter auch jene der pZ. Zudem wurde ein Ausdruck der Lückentexte von der CD-ROM der pZ vorgelegt, der zwar das Datum des Verhandlungstages trage, auf dem aber ersichtlich sei, dass es sich um einen

Ausdruck von der dem Erstantebot der pZ beigelegten CD-ROM handelt. Punkt A5 der Verfahrensbestimmungen für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens schreibe vor, dass jedes Angebot einen Datenträger gemäß ÖNORM A2063 zu enthalten habe. Aus der Niederschrift über die Angebotseröffnung gehe hervor, dass bei keinem der Angebote, also auch nicht bei jenem der pZ dieser Datenträger fehlte.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Gemäß § 268 Abs. 1 BVergG 2006 ist vom Sektorenauftraggeber die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

Gemäß § 268 Abs. 2 BVergG 2006 muss der Sektorenauftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 3 vertieft prüfen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, oder
2. begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

Gemäß § 268 Abs. 3 BVergG 2006 muss der Sektorenauftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche – bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische – Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Sektorenauftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu

berücksichtigen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

Sachverhalt:

Die N. GmbH (AG) führt ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zur Vergabe des Bauauftrages „KENNWORT: ...“, Rahmenvertrag über Injektionsarbeiten und Betonsanierungen im Versorgungsgebiet und in der Betreuung der N. GmbH“ nach den Bestimmungen des BVergG 2006 für den Unterschwellenbereich im Sektorenbereich durch.

Ausschreibungsgegenständlich ist ein Rahmenvertrag über Injektionsarbeiten und Betonsanierungen an in Betrieb befindlichen Fernwärme- und Fernkälteleitungen der Auftraggeberin mit einer Laufzeit von drei Jahren (Option auf Verlängerung um zwei Jahre durch die Auftraggeberin). Zuschlagskriterium ist der niedrigste Gesamtpreis.

Die Bekanntmachung erfolgte am 9.11.2015 auf dem Beschaffungsportal der Wiener Stadtwerke. Nach Durchführung der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens wurden die präqualifizierten Bewerber zur Angebotsabgabe eingeladen. Am 19.9.2016, 13:00 Uhr, endete die Frist für die Abgabe der Letztangebote.

Die ASt hat sich am Vergabeverfahren beteiligt. Sie wurde nach erfolgreicher Bewerbung zur Angebotsabgabe eingeladen. Sie gab am 1.3.2016 ein Angebot – und schließlich ihr letztgültiges Angebot am 19.9.2016 ab.

Diese Feststellungen gründen sich auf den diesbezüglich unstrittigen Akteninhalt.

Die pZ legte am 29.2.2016 ein Angebot und am 12.9.2016 ihr Letztangebot (last and final offer). Das Angebot vom 29.2.2016 wurde sowohl mit Datenträger (CD-ROM) als auch schriftlich vorgelegt. Am Datenträger findet sich eine ausgefüllte Bieterlückenübersicht, in welcher die in der OG 02 des Leistungsverzeichnisses (Abdichtende Injektionsarbeiten) angebotenen Materialien (Injektionsgut) ausdrücklich mit der jeweiligen Produktbezeichnung benannt sind. In der schriftlichen Version des Angebots fehlt diese

Bieterlückenübersicht. Allerdings finden sich darin Unterlagen, mit denen die Gleichwertigkeit des in der Bieterlückenübersicht genannten Produkts glaubhaft gemacht werden soll (bspw. Zulassungen und Untersuchungszeugnisse für das als Injektionsgut an Stelle des Referenzprodukts angebotenen Produkte).

Diese Feststellungen gründen sich zum Einen auf den von der AG vorgelegten Vergabeakt und zum anderen auf die von der AG dem Gericht im Zuge der mündlichen Verhandlung eröffnete Einsicht in den Datenträger, der in der Verhandlung von der AG nachgereicht wurde und – wie ein am Verhandlungstag erstellter Ausdruck aus dieser CD-ROM zeigt - das Angebot der pZ samt Bieterlückenübersicht enthält.

Die Zuschlagsentscheidung wurde am 10.10.2016 getroffen und versandt. Die Antragstellerin wurde mit dem ihr am selben Tag zugegangenen Schreiben der Auftraggeberin davon in Kenntnis gesetzt, dass für den Zuschlag das Angebot der pZ vorgesehen ist.

Zuvor war das Angebot der pZ einer vertieften Angebotsprüfung durch die Sektorenauftraggeberin unterzogen worden. Zwar lag das Angebot der pZ preislich über dem von der Auftraggeberin geschätzten Kosten, doch erwies sich der Preisunterschied zum zweitgereihten Angebot mit 47,89% als so deutlich, dass die pZ zur Vorlage von K7-Blättern sowie zu Aufklärungsgesprächen aufgefordert wurde. Dieser Aufforderung kam die pZ nach und legte am 31.3.2016 K7-Blätter zu den Positionen 02.01.01.A bis C, 02.02.01.A und B, 02.04.01.A,B,J und K, 02.05.01 A, 02.09.01 D, sowie zu anderen, gegenständlich allerdings nicht relevanten Positionen des Leistungsverzeichnisses vor.

Ebenfalls am 31.3.2016 legte die pZ den Ausdruck der Lückentexte (Bieterlückenübersicht) aus ihrem elektronisch per Datenträger (CD-ROM) gelegten Angebot vor. In diesem Ausdruck findet sich explizit die Bezeichnung des in den verfahrensgegenständlichen Positionen des Leistungsverzeichnisses (OG 02) kalkulierten Alternativmaterials.

Diese Feststellungen gründen sich auf den diesbezüglich unwidersprochen gebliebenen Vergabeakt.

Das Aufklärungsgespräch vom 20.7.2016 hat ergeben, dass die im Vergleich mit der zweitgereihten Bieterin deutlich niedrigeren Positionspreise der pZ in der OG 2 aus der Verwendung gleichwertiger Produkte resultieren, die in der Verarbeitung solche Vorteile mit sich bringen, dass weniger Zeitaufwand bei der Verarbeitung und damit niedrigere Kosten kalkuliert werden können. Damit kann der niedrigere Preisansatz der pZ in den Positionen der OG 2 plausibel erklärt werden.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Vergabeakt, in welchem die vertiefte Angebotsprüfung durch die AG dokumentiert ist, auf die von Ing. F. für die AG erstatteten schlüssigen und nachvollziehbaren Äußerungen in der mündlichen Verhandlung und auf die von der pZ in der Verhandlung schlüssig und verständlich erläuterten, durchaus preisrelevanten Vorzüge, welche das von der pZ angebotene Material bei der Verarbeitung mit sich bringt.

Die Frage, ob im Angebot der pZ die Sicherheitsanweisung FWVV, die Teil der Ausschreibung ist, Berücksichtigung gefunden hat, insbesondere die Frage, ob die nach dieser Sicherheitsanweisung erforderliche Sicherungsperson mitkalkuliert ist, war bereits in der Verhandlungsphase mit der pZ am 8.9.2015 geklärt worden. Dabei hat die pZ plausibel dargelegt, dass ihr Angebot die Kosten, die durch die Beiziehung einer Sicherungsperson anfallen, bei der Kalkulation ihres Angebots entsprechend berücksichtigt hat.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Vergabeakt und auf die damit in Einklang stehenden Äußerungen der Vertreter der pZ und der AG in der mündlichen Verhandlung.

Abgesehen von den Aufklärungsgesprächen und der Einsichtnahme in die K7-Blätter wurde von der Auftraggeberin noch eine detaillierte Prüfung der von der pZ in den Bieterlücken angegebenen Alternativprodukte auf ihre Gleichwertigkeit mit den in der Ausschreibung genannten Referenzprodukten vorgenommen. Die Durchführung dieser Prüfung erfolgte durch Ing. F., den zuständigen Fachbereichsmitarbeiter der Auftraggeberin. Ing. F. ist ausgebildeter Bauingenieur und arbeitet für die Auftraggeberin im ausschreibungsgegenständlichen Fachbereich. Er hat bei der

Gleichwertigkeitsprüfung nicht nur die von der pZ vorgelegten Unterlagen eingesehen, sondern darüber hinaus eigene Recherchen angestellt. Aus dieser Prüfung sowie aus den im Vergabeakt einliegenden Zulassungsunterlagen und Prüfzeugnissen ergibt sich die Gleichwertigkeit des von der pZ in den Bieterlücken zu den Positionen der OG 2 angebotenen Materials.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Vergabeakt und die damit in Einklang stehenden, schlüssigen Angaben des Ing. F. in der mündlichen Verhandlung.

Was die Menge angebotenen Materials betrifft, bieten weder der Vergabeakt noch die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung Anhaltspunkte dafür, dass die pZ mit einem Minderverbrauch beim Material kalkuliert hätte. Den diesbezüglich schlüssigen Aussagen von Ing. F. in der Verhandlung zufolge wurde von ihm im Zuge der vertieften Angebotsprüfung auch die Menge des kalkulierten Materials überprüft und haben sich auch diesbezüglich keine Hinweise auf eine spekulative Preisgestaltung durch die pZ ergeben.

Rechtliche Beurteilung:

Soweit die ASt in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, sie schließe aus der Vielzahl an Aufklärungsgesprächen mit der pZ, dass selbige in der OG 02 des Leistungsverzeichnisses bezüglich des Injektionsgutes die Bieterlücken in ihrem Angebot nicht ausgefüllt bzw. beim Ausfüllen der Bieterlücken keine konkreten Produkte benannt habe, sondern nur das Wort „gleichwertig“ in die Bieterlücke eingesetzt habe, ist Folgendes festzuhalten:

Auf der CD-ROM, die das Angebot der pZ enthält und die bei der AG am 29.2.2016 einlangte, findet sich sehr wohl eine Bieterlückenübersicht, in welcher die in die Bieterlücken eingesetzten Materialien (Injektionsgut) mit der betreffenden Produktbezeichnung benannt sind.

Gemäß Punkt A.5. (2) 4. der einen Teil der Ausschreibungsunterlagen bildenden Ergänzungen zu den Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Wiener Stadtwerke (WSTW 9310) hat jedes Angebot eine Bieterlückenübersicht in Papierform und eingescannt auf CD ROM oder DVD zu enthalten.

Das Angebot der pZ erweist sich insofern als mangelhaft, als es zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotseröffnung am 7.3.2016 eine Bieterlückenübersicht nur auf CD-ROM, nicht aber in Papierform, enthielt. Dieser Mangel wurde seitens der pZ am 31.3.2016 durch Nachreichen der Bieterlückenübersicht in Schriftform behoben.

Rechtlich stellt sich diesbezüglich die Frage, ob es sich um einen verbesserungsfähigen Mangel handelt. Zwar ist die Behebbarkeit von Mängeln im Angebot des Bieters nur für den „klassischen“ Bereich des Vergaberechts explizit gesetzlich normiert, doch ist für den Sektorenbereich diesbezüglich auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, nach der die in § 98 Z 8 BVergG 2002 für den "klassischen" Bereich normierte Regelung, dass ein Angebot, das den Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, nur dann ausgeschlossen werden könne, wenn der Mangel nicht behoben oder unbehebbar ist, auch für den Sektorenbereich gilt (vgl. VwGH vom 24. Februar 2006, 2004/04/0078, und vom 30.11.2006, 2005/04/0067).

Zur Behebbarkeit von Mängeln in Angeboten hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 25. Februar 2004, ZI. 2003/04/0186, mit ausführlicher Begründung unter Bezugnahme auf Literatur und weitere Judikatur ausgeführt, dass solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieteren materiell verbessert würde.

In diesem Sinn wurde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebots (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2003, ZI. 2001/04/0037) oder die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (siehe dazu das zitierte hg. Erkenntnis, ZI. 2003/04/0186) als behebbare Mängel, das Anbot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 16. Februar 2005, ZI. 2004/04/0030) gewertet.

In dem Fall, der dem Erkenntnis des VwGH vom 27.6.2005, 2005/04/0024, zu Grunde lag, hat es die Beschwerdeführerin unterlassen, ein wesentliche Ausschreibungsbedingungen enthaltendes Formblatt unterfertigt vorzulegen. Der VwGH wertete diesen Mangel als behebbar und führte aus, dass die Beschwerdeführerin die ausgeschriebene Leistung ohnehin unter den in diesem Formblatt enthaltenen Ausschreibungsbedingungen verbindlich angeboten habe und das Formblatt keine vom Bieter änderbaren Bestandteile enthalte, sodass die Nachreichung des unterfertigten Formblattes zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Beschwerdeführerin führen könne.

Gleiches gilt im gegenständlichen Fall. Auch hier hat die pZ durch Vorlage eines vollständigen und in Form einer Bieterlückenübersicht auch die ausgefüllten Bieterlücken enthaltenden Angebots auf CD-Rom unveränderbar ein bestimmtes Angebot gelegt, in welchem die Bieterlücken mit konkret benannten Produkten ausgefüllt waren. Durch das Nachreichen dieser Bieterlückenübersicht auf schriftlichem Wege zum Zweck der Komplettierung des diesbezüglich unvollständig gebliebenen, in Papierform abgegebenen Angebots konnte es zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der pZ kommen. In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, dass auch in dem in Papierform gelegten Angebot der pZ Produktbeschreibungen der in den Bieterlücken eingesetzten Produkte enthalten sind, sodass für die AG von Anfang an klar war, dass kein Widerspruch zwischen dem in Form einer CD-ROM und dem in Papierform gelegten Angebot der pZ bestand, sondern nur ein Formgebreechen des in Papierform gelegten Angebots vorlag.

Zumal es sich somit um einen behebbaren Mangel handelt und der Mangel auch tatsächlich behoben wurde, ist die von der AG getroffene Zuschlagsentscheidung in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden.

Soweit die ASt der pZ spekulative Preisgestaltung unterstellt und aus diesem Grund die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt, ist darauf hinzuweisen, dass die AG eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und dabei, ohne dazu gesetzlich gezwungen zu sein die für Sektorenauftraggeber im Unterschwellenbereich nicht zwingend vorgegebenen Bestimmungen des § 268 Abs. 3 BVergG 2006 beachtet hat.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG 2006 mit Verweis auf seine Vorjudikatur zum BVergG 2002 (Erkenntnis vom 15. September 2004, ZI. 2004/04/0032) festgehalten, dass es Aufgabe des Auftraggebers ist, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen. Die Vergabekontrollbehörde hat nicht nur zu prüfen, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist. Sie hat vielmehr - ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung - unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen, wobei im Einzelnen die in § 125 Abs. 4 Z 1 bis 3 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (vgl. VwGH vom 5. November 2010, ZI. 2006/04/0245).

Zur vertieften Angebotsprüfung durch Sektorenauftraggeber hat der VwGH mit Erkenntnis vom 25.1.2011, 2008/04/0082, unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien zum BVergG 2006 festgehalten, dass zwar die Regelung des § 268 BVergG 2006 über die vertiefte Angebotsprüfung grundsätzlich jener des § 125 BVergG 2006 entspricht, vom Gesetzgeber aber die Vorgaben für Sektorenauftraggeber etwas reduziert wurden. Dennoch könne die oben angeführte Rechtsprechung auf die vertiefte Angebotsprüfung im Sektorenbereich (§ 268 BVergG 2006) übertragen werden. Die Vergabekontrollbehörde habe demnach - ebenso wie der Sektorenauftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung - unter Berücksichtigung der auch dem Sektorenauftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen, wobei im Einzelnen die in § 268 Abs. 2 Z. 1 bis 3 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich seien (Plausibilitätsprüfung).

In den verfahrensgegenständlichen Positionen der OG 02 des Leistungsverzeichnisses (abdichtende Injektionsarbeiten) stellen die Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 02 00 03 Mindestanforderungen für das Injektionsgut auf und sehen für zwei verschiedene Gruppen von Injektionsgut (Quellfähiges Akrylharz bzw. kraftschlüssiges, dehnfähiges Mittel jeweils ein Referenzprodukt vor. Die Bieter können entweder das jeweilige Referenzprodukt anbieten oder in die Bieterlücke ein gleichwertiges Referenzprodukt einsetzen und dieses anbieten (siehe Punkte 90 03 01 L und M des Leistungsverzeichnisses).

Das von der pZ in der Bieterlücke an Stelle des Referenzprodukts genannte und somit gegenständlich angebotene Produkt hat sich bei eingehender Prüfung durch den dazu fachlich befähigten Mitarbeiter der AG, Ing. F., als mit dem Referenzprodukt gleichwertig erwiesen, sodass insofern keine Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der pZ festgestellt werden konnte. Von der pZ konnte zudem im Rahmen der von der AG durchgeführten vertieften Angebotsprüfung schlüssig und nachvollziehbar dargelegt werden, dass der Einsatz dieses Produkts bei der Verarbeitung entscheidende Vorteile mit sich bringt, sodass durch raschere und effizientere Verarbeitung Kosten gespart werden können, die sich entsprechend auf den Gesamtpreis des Angebots auswirken. Die diesbezüglichen Erklärungen sind im Vergabeakt hinreichend dokumentiert und haben sich auch im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung im Zuge der mündlichen Verhandlung als plausibel erwiesen. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung wurde auch die von der pZ kalkulierte Quantität des Injektionsguts einer fachkundigen Kontrolle unterzogen, sodass auch unter diesem Gesichtspunkt keine Anhaltspunkte für eine spekulative Preisgestaltung hervorgekommen sind.

Nach den Ergänzungen zu den Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Wiener Stadtwerke für Bauleistungen (WSTW 9314) zu Punkt 5.1.3. Ziffer 12 hat der Auftragnehmer die FVVV Sicherheitsanweisung für in Betrieb befindliche Fernwärme- und Fernkälteversorgungseinrichtungen einzuhalten. Nach Punkt 7.8. der FVVV ist an der Einstiegsstelle von Schächten und Kanälen während der Dauer der Tätigkeiten die ständige Anwesenheit einer mit den Arbeiten vertrauten und über Schutz- und Rettungsmaßnahmen unterrichteten

Sicherungsperson erforderlich. Die Sicherungsperson muss sowohl die ständige Kommunikation mit den Mitarbeitern im Schacht aufrechterhalten als auch die Einhaltung der Sicherheitsmaßnahmen sicherstellen.

Von der Auftraggeberin wurde bereits in der Verhandlungsphase im Verhandlungsgespräch vom 8.9.2015 mit der pZ geklärt, dass selbige bei der Kalkulation ihres Angebots das Erfordernis einer Sicherungsperson nach den Vorgaben der FWV berücksichtigt und die dafür aufzuwendenden Kosten entsprechend kalkuliert hat. In diesem Gespräch wurde auch betont, dass der Umstand, dass die pZ ein Injektionsgut anbietet, welches im Vergleich zum Referenzprodukt eine raschere und effizientere Verarbeitung ermöglicht, einen effizienteren Einsatz des Sicherungspersonals ermöglicht und dadurch eine besonders günstige Preisgestaltung erlaubt.

Eine Unterpreisigkeit des Angebots bzw. eine spekulative Preisgestaltung im Angebot der pZ konnte somit unbeschadet des zwar über dem geschätzten Auftragswert gelegenen, gegenüber der zweitgereihten Bieterin deutlich günstigeren Gesamtpreises nicht festgestellt werden. Der auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag war daher spruchgemäß abzuweisen.

Pauschalgebühren:

Gemäß § 15 WVRG 2014 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 20 Abs. 1, 28 und 33 Abs. 1 jeweils eine Pauschalgebühr gemäß den von der Landesregierung durch Verordnung festzusetzenden Gebührensätzen zu entrichten.

Gemäß § 16 WVRG 2014 hat Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 WVRG entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber nur die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller.

Da gegenständlich der Nachprüfungsantrag zur Gänze abgewiesen wurde, hat die Antragstellerin vor dem Verwaltungsgericht Wien weder ganz noch teilweise

obsiegt. Dem entsprechend hat die Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren für die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung in der Höhe von insgesamt 4.500,-- Euro (3.000,-- Euro für den Nachprüfungsantrag und 1.500,- Euro für den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung) selbst zu tragen.

Unzulässigkeit der Revision:

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die (ordentliche) Revision zulässig, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, insbesondere weil das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht einheitlich beantwortet wird.

Ein Vergleich der Regelungen zum Ablehnungsmodell gemäß Art. 131 Abs. 3 B-VG aF mit dem Revisionsmodell nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zeigt, dass diese Bestimmungen nahezu ident sind. Zur Auslegung des Begriffes „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ kann somit auch auf die bisherige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Ablehnungsrecht nach Art. 131 Abs. 3 B-VG aF zurückgegriffen werden (in diesem Sinne Thienel, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, 74). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist dann anzunehmen, wenn die Entscheidung des VwGH von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt. Einer Rechtsfrage kommt grundsätzliche Bedeutung zu, wenn sie über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung besitzt (VwGH 18.06.2014, Ra 2014/01/0029). Trotz fehlender Rechtsprechung des VwGH liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, wenn die Rechtslage eindeutig ist oder bereits durch ein Urteil des EuGH gelöst wurde (VwGH 28.05.2014, Ra 2014/07/0053; 28.02.2014, Ro 2014/16/0010). Die Rechtsfrage muss eine solche sein, durch deren Lösung im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ein Eingriff in subjektive Rechte des Revisionswerbers im Sinne des Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG zumindest möglich ist.

Für die Lösung abstrakter Rechtsfragen hingegen ist der VwGH nicht zuständig (VwGH 12.08.2014, Ra 2014/06/0015). Der VwGH ist als Rechtsinstanz tätig, zur Überprüfung der Beweiswürdigung ist er im Allgemeinen nicht berufen (VwGH 19.05.2014, Ra 2015/19/0091).

In Ansehung dieser von Judikatur und Literatur herausgearbeiteten Grundsätze liegt im gegenständlichen Fall eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht vor, zumal die sich aufgrund der getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ergebenden Rechtsfragen im Einklang mit der in den Entscheidungsgründen zitierten höchstgerichtlichen Judikatur gelöst wurden und keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung haben.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

D r . S c h w e i g e r
(Senatsvorsitzender)