



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38630
Telefax: (43 01) 4000 99 38630
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/062/2355/2016
K. KG

Wien, am 25. Mai 2016

Geschäftsabteilung: VGW-E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richter Mag. Schmied als Vorsitzenden, Mag. Winter als Berichterin und Dr. Schweiger als Beisitzer über den Antrag der K. KG, vertreten durch Rechtsanwälte, vom 29. Februar 2016, auf Nichtigerklärung der die Antragstellerin betreffenden Ausscheidensentscheidung vom 19. Februar 2016 im Vergabeverfahren "Errichtung der Fernwärme Transportleitung S.", nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. April 2016,

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 13 Absatz 1 WVRG 2014 in Verbindung mit § 269 Absatz 1 Ziffer 5 BVergG 2006 wird der Antrag auf Nichtigerklärung der der Antragstellerin am 19. Februar 2016 mitgeteilten Ausscheidensentscheidung 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 ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133 Absatz 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Vergabeverfahren

Die N. GmbH (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein nicht offenes Verfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zur Vergabe eines Bauauftrages nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 für den Oberschwellenbereich.

Die N. GmbH ist im betreffenden Beschaffungsvorgang „Errichtung der Fernwärme Transportleitung S.“ als Sektorenauftraggeberin zu qualifizieren.

Die Auftraggeberin hatte die beabsichtigte Vergabe des Auftrags am 11. September 2015 EU-weit bekannt gemacht.

Nach Durchführung der ersten Stufe des nicht offenen Verfahrens wurden die präqualifizierten Bewerber zur Angebotsabgabe eingeladen. Am 25. Jänner 2016, 13.00 Uhr, endete die Frist für die Abgabe der Angebote. Die Angebotsöffnung erfolgte am 25. Jänner 2016 im Beisein von Bietervertretern. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Die K. KG (im Folgenden als Antragstellerin bezeichnet), hatte am 25. Jänner 2016 fristgerecht ein Angebot gelegt.

Mittels E-Mail vom 9. Februar 2016 forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin hinsichtlich der Position 01 01 08 01 des Leistungsverzeichnisses („Tauchpumpen, Installation und Betrieb“) angesichts des auffällig niedrigen Einheitspreises um Übermittlung eines detaillierten K7-Blattes, sowie um eine Aufklärung in Verbindung zur Leistungsposition 05 01 01 02 („Zeitgebundene Kosten der Baustelle“) anhand der Ansätze des K7-Blattes im Hinblick auf die zugehörigen Leistungspositionen bis spätestens 11. Februar 2016 auf.

Im Aufklärungsschreiben vom 11. Februar 2016 wurde hinsichtlich der Positionsnummer 05 01 01 02 mitgeteilt, dass in dieser Position die aus derzeitiger Sicht erforderlichen Bauleiter, Techniker und Poliere sowie die

erforderlichen Gerätschaften für die Baustelle enthalten seien, welche keinen kontinuierlichen Arbeitseinsatz aufwiesen aber für den Bedarfsfall auf der Baustelle vorgehalten werden müssten und nicht in den Leistungspositionen enthalten wären. Insbesondere die für die Wasserhaltung erforderlichen Pumpen, Aggregate, etc..

In der Positionsnummer 01 01 08 01 – Tauchpumpen, Installation und Betrieb – wäre die erforderliche Manipulation bzw. Pumpenwartung kalkuliert. Die angeforderten K7-Blätter wurden der Auftraggeberin ebenfalls übermittelt.

Am 19. Februar 2016 wurde das von der Antragstellerin gelegte Angebot nach Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung unter Beiziehung eines externen Sachverständigen ausgeschieden und die Antragstellerin über diesen Umstand in Kenntnis gesetzt. Begründet wurde die primär auf § 269 Abs. 1 Z 5 BVerG 2006 gestützte Entscheidung – wonach fehlerhafte und unvollständige Angebote sowie Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprächen auszuschneiden wären - im Wesentlichen damit, dass auf Grund der Ausführungen der Antragstellerin in der schriftlichen Aufklärung vom 9. Februar 2016 davon auszugehen sei, dass in der Leistungsposition 01 01 08 01 nur die Manipulation bzw. Pumpwartung kalkuliert worden sei sowie weiters keine Kanaleinleitungsgebühren enthalten wären. Aus diesem Grunde sei das Angebot auszuschneiden. Zudem weise das Angebot eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf, was ebenfalls das Ausscheiden gemäß § 269 Abs. 1 Z 3 BVerG 2006 nach sich ziehe.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 29. Februar 2016 am Verwaltungsgericht eingelangte, somit gemäß § 24 Abs. 1 WVRG 2014 rechtzeitige Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 19. Februar 2016. Unter einem wurde die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und der Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren beantragt. Die Einzahlung der Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 9.000,00 Euro wurde von der Antragstellerin nachgewiesen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der die Antragstellerin betreffenden Ausscheidensentscheidung vom 19. Februar 2016 wurde damit begründet, dass es die Auftraggeberin verabsäumt hätte, trotz des Bestehens von Zweifeln an der Angemessenheit des in der Leistungsposition 01 01 08 01 ausgewiesenen Einheitspreises eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

Aber selbst für den Fall, dass die Auftraggeberin eine „vertiefte Angebotsprüfung“ angeordnet hätte, wären die inhaltlichen Erfordernisse an eine solche gegenständlich nicht erfüllt worden, da die Plausibilität der Preise im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahren zu prüfen sei, wobei dem jeweiligen Bieter die Angebotsmängel ausdrücklich und konkret vorzuhalten wären, insbesondere dahingehend, welche Einzelpositionen aus welchem Grund unplausibel erschienen, weil er nur dann in der Lage wäre, eine sachgerechte Aufklärung geben zu können. Gegenständlich habe die Auftraggeberin im Aufklärungsschreiben vom 9. Februar 2016 lediglich darauf hingewiesen, dass der in Position 01 01 08 01 des Leistungsverzeichnisses angeführte Einheitspreis *„in Hinblick auf die marktüblichen Preise auffällig niedrig“* wäre, weshalb *„um Aufklärung in Verbindung mit der Position 05010102“* ersucht werde. Es wäre in diesem Zusammenhang an keiner Stelle der Grund der Aufklärung mitgeteilt bzw. auch nicht dargelegt worden, warum diese Positionen aufklärungsbedürftig bzw. unterpreisig wären. Außerdem wäre die Antragstellerin auch nicht auf eine allfällige Ausscheidenssanktion bei mangelhafter Aufklärung dieses Aufforderungsschreibens hingewiesen worden, weshalb ihr die Brisanz desselbigen auch nicht erkennbar habe sein müssen. Letztlich wäre auch die gebotene Dokumentation (Niederschrift) über die Durchführung der vertieften Angebotsprüfung unterlassen worden.

Die Antragstellerin wäre dem mangelhaften Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin trotz der extrem kurz gesetzten Zwei-Tagesfrist nachgekommen, welches von der Auftraggeberin aber offensichtlich als unzureichend beurteilt worden sei, da auf dieses Schreiben – ohne weitere Abklärung mit der Antragstellerin am 19. Februar 2016 die Ausscheidensentscheidung gefolgt wäre.

Die Begründung dieser Ausscheidensentscheidung wäre im Übrigen zu ungenau, da sie sich auf die Anführung unspezifizierter Floskeln erstreckte und im Ergebnis als Scheinbegründung qualifiziert werden müsse.

Der Begründung der Ausscheidensentscheidung, nämlich dass ihr Angebot in den Positionsnummern 05 01 01 02 und 01 01 08 01 nicht den Ausschreibungsbestimmungen entspräche, fehlerhaft bzw. unvollständig sei und zudem einen nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis aufweise, wäre zunächst entgegen zu halten, dass Bieter bei öffentlichen Bauausschreibungen regelmäßig in scharfem Wettbewerb stünden. Um dabei am Ende „die Nase vorne“ zu haben, reiche es nicht aus, einfach nur jede Leistungsposition günstig zu kalkulieren, vielmehr müsse der Bieter – im Sinne einer Art vorgezogenen Arbeitsvorbereitung – den gesamten späteren Bauablauf im Rahmen der Ausschreibungsvorgaben optimieren, sowie Strategien zur Minimierung aller wesentlichen Kostenbestandteile erarbeiten. Insbesondere auf Grund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit bei der Angebotslegung und der Anzahl der parallel zu bearbeitenden Angebote innerhalb eines Unternehmens könnten derartige Überlegungen jedoch nicht in letzter Detailschärfe vorgenommen werden. Sehr oft verbleibe dann für den Bieter ein gewisses Restrisiko, ob die erarbeitete „gute Idee“ im Auftragsfall auch tatsächlich umsetzbar sein werde.

Hinsichtlich der Kostenzuordnung wäre im Text der Leistungsverzeichnis-Position 05 01 01 02 „*Zeitgebundene Kosten der Baustelle*“ festgelegt, dass in dieser Position „*Zeitgebundene Kosten der Baustelle für Einrichtungen und Geräte, jedoch ohne Einzelkosten, die unmittelbar den Leistungspositionen zuzuordnen sind*“ zu kalkulieren wären.

Dieser kalkulatorischen Vorgabe des Auftraggebers wäre kein absolut eindeutiger Maßstab zu Grunde zu legen. Vielmehr könne der Bieter die Bestimmung auf Grund des objektiven Erklärungswertes so verstehen, dass die Kosten dort zu kalkulieren seien, wo sie auf Grund des von ihm individuell gewählten – und insofern auf seinen „Werkerfolg“ optimierten – Bauablauf hingehörten.

In der Leistungsposition 01 01 08 01 wäre ausschreibungskonform „*Installation, Vorhalten, Betrieb und Wiederabbau von mobilen Tauchpumpen*“ zu kalkulieren.

Die Antragstellerin habe in ihrer schriftlichen Anfragebeantwortung vom 11. Februar 2016 mitgeteilt, dass in dieser Position „*die erforderliche Manipulation bzw. Pumpenwartung*“ kalkuliert worden sei. Tatsächlich wären aus der Detailkalkulation zu dieser Leistungsposition (K7-Blatt) aber nicht nur die Lohnkosten für Manipulation und Wartung zu erkennen, sondern auch – wenn auch niedrige – „allgemeine Gerätekosten“, so wie vom Auftraggeber im Positionstext zu dieser Leistungsposition gefordert. Diese würden jene Vorhalte- und Betriebskosten wiedergeben, die nur beim konkreten Betrieb der Wasserhaltung anfallen würden. Im Sinne einer betriebswirtschaftlichen Betrachtung handle es sich dabei um die variablen Kosten der Wasserhaltung. Die Fixkosten der Wasserhaltung, das wären die Kosten der laufenden Vorhaltung der Geräte, wären hingegen im Rahmen des objektiven Erklärungswertes des Ausschreibungstextes – in der Position 05 01 01 02 „*Zeitgebundene Kosten der Baustelle*“ kalkuliert. Dort fänden sich konkret zwei Pumpen und das zugehörige Stromaggregat.

Weiters wäre der Antragstellerin im Rahmen der Ausscheidensentscheidung vorgeworfen worden, dass sie in der Leistungsposition 01 01 08 01 keine Kanaleinleitungsgebühren eingerechnet hätte. Dies wäre zutreffend und beruhe darauf, dass die Bewältigung der – ausschreibungsgemäß – großen Mengen an Grundwasser eine der wesentlichen Herausforderungen und damit „Kostentreiber“ des gegenständlichen Bauvorhabens wären. Die Antragstellerin habe dies erkannt und Überlegungen zur kostengünstigen, technisch einwandfreien Ableitung des Grundwassers angestellt. Auf Grund der Kenntnis der Örtlichkeit wäre die Antragstellerin davon ausgegangen, dass die Grundwässer in den nahen P.-bach eingeleitet werden könnten. Die Einleitung in den P.-bach wäre auch ökologisch aus zwei Gründen wesentlich sinnvoller als eine Einleitung in die Abwasserkanalisation. Zum einen werde das dem Boden entnommene Grundwasser über die sickerefähigen Flanken und die Sohle des P.-baches dem Boden wieder zugeführt, sodass keine nachhaltige Veränderung des Grundwasserspiegels eintrete. Zum anderen würde die Einleitung derart großer Wassermengen in die Kanalisation das biologische Gleichgewicht der dahinterliegenden Kläranlage stören und diese unter Umständen in der Funktion nicht unwesentlich beeinträchtigen.

In der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit habe die Antragstellerin die Zustimmung der Behörde (MA 45) nicht einholen können, wäre sich aber auf Grund ihrer Erfahrung sicher, dass diese erteilt würde. Selbst wenn die Einleitung in den P.-bach versagt werden sollte, bliebe immer noch eine örtliche Versickerung. Wasser, die in bestimmter Stärke in die offene Baugrube zuströmten, könnten in derselben Stärke in einer anderen Grube wieder zum Versickern gebracht werden. Die Vorgangsweise der Antragstellerin stünde somit im Einklang mit der Ausschreibung. Insbesondere heiße es dort, dass „anfallende Kanaleinleitungsgebühren“ zu kalkulieren wären. Wenn aber keine Kanaleinleitungsgebühren anfielen, dann könnten natürlich auch keine kalkuliert werden.

In Übereinstimmung mit dieser Kalkulationsannahme habe die Antragstellerin in den „Zeitgebundenen Kosten der Baustelle“ „Geotechnische Meßarbeiten“ im Umfang von 3.***,** Euro pro Monat kalkuliert, die auch die hydrogeologische Überwachung der Einleitung des Grundwassers in den P.-bach, beziehungsweise einer allfälligen örtlichen Versickerung umfasse. Aus den genannten Gründen werde daher die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 19. Februar 2016 begehrt.

Mit Schreiben vom 7. März 2016 nahm die anwaltlich vertretene Antragsgegnerin zum verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsantrag wie folgt Stellung:

Das Ausscheiden der Antragstellerin wäre insofern rechtmäßig erfolgt, als die Auftraggeberin eine detaillierte Angebotsprüfung unter Beiziehung eines externen Sachverständigen durchgeführt hätte. Dies ergäbe sich schon deutlich aus den im Vergabeakt befindlichen Unterlagen. Das Angebot der Antragstellerin wäre mit Schreiben vom 19. Februar 2016 ausgeschieden worden, weil es einen nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis wie auch einen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen aufweise.

Gemäß den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen wäre in Position 01 01 08 01 folgende Leistung anzubieten gewesen:

01 01 08 01 Tauchpumpen Installation und Betrieb

Installation, Vorhalten, Betrieb und Wiederabbau von mobilen Tauchpumpen. Inkludiert ist die erforderliche E-Installation, der Schwimmschalter, die Abschlauchung in den nächsten Abwasserkanal und die dafür anfallende Kanaleinleitungsgebühren sowie das erforderliche Bedienungspersonal wobei die Preise unabhängig von Tag- oder Nachtzeit, Werk-, Sonn- und Feiertagen gelten. Im Einheitspreis enthalten ist das Vorhalten einer messtechnischen Einrichtung zur Ermittlung der abgepumpten Wassermenge (z.B. Wasserzähler).

Hintergrund der Leistung wäre ein Gutachten der MA 29 vom 3. Juli 2013, welches den Ausschreibungsunterlagen beigelegt hätte. Hervorzuheben wäre, dass sich die Baustelle im urbanen Gebiet befände und sich der Anfangspunkt der Fernwärme Transportleitung S. in der K.-Gasse von dem, von der Antragstellerin ins Treffen geführten P.-bach ca. 700 Meter Luftlinie entfernt befände. Auch sei zu betonen, dass erhebliche Wassermengen erwartet würden (insgesamt 380.000 m³).

Da der von der Antragstellerin angebotene Einheitspreis dieser Position mit 0,0* Euro/m³ im Hinblick auf die marktüblichen Preise auffällig niedrig gewesen wäre, sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 9. Februar 2016 zur Aufklärung der Preisgestaltung und Übermittlung eines detaillierten K7-Blattes aufgefordert worden. Weiters wäre die Antragstellerin um Aufklärung in Verbindung mit der Position 05 01 01 02 „Zeitgebundene Kosten der Baustelle“, sowie um Übermittlung eines detaillierten K7-Blattes zu dieser Position ersucht worden.

Im Antwortschreiben vom 11. Februar 2016 habe die Antragstellerin Folgendes mitgeteilt:

„Zu Position 05010102 – Zeitgebundene Kosten der Baustelle – teilen wir mit, dass in dieser Position die aus derzeitiger Sicht erforderlichen Bauleiter, Techniker und Poliere sowie die erforderlichen Gerätschaften für die Baustellen enthalten sind, welche keinen kontinuierlichen Arbeitseinsatz aufweisen aber für den Bedarfsfall von uns auf der Baustelle vorgehalten werden müssen und nicht in den Leistungspositionen enthalten sind. Insbesondere die für die Wasserhaltung erforderlichen Pumpen, Aggregate, etc.. In der Position 01010801 – Tauchpumpen Installation und Betrieb – wurde die erforderliche Manipulation bzw. Pumpenwartung kalkuliert.“

Daraus ergäbe sich klar, dass in der Leistungsposition 01 01 08 01 nur die Manipulation bzw. Pumpwartung kalkuliert worden sei sowie keine Kanaleinleitungsgebühren enthalten wären.

Die Ausführungen der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag wären vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Einheitspreis in bezeichneter Position 01 01 08 01 lediglich 0,0* Euro/m³ betrage. Dieser Einheitspreis weiche maßgeblich von den marktüblichen Preisen und Erfahrungswerten der Auftraggeberin ab.

Die Antragstellerin bringe in ihrem Nachprüfungsantrag selbst vor, dass das Vorhalten der Pumpen und Aggregate in den zeitgebundenen Kosten (Position 05 01 01 02) kalkuliert worden sei. Diese würden 7**.***,** Euro betragen.

Nach dem wiedergegebenen Positionstext wäre aber das „Vorhalten“ der Tauchpumpe in der Leistungsposition 01 01 08 01 anzusetzen und zu kalkulieren gewesen, sohin nicht in den zeitgebundenen Kosten gemäß Position 05 01 01 02. Dies stelle einen Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung dar.

Zunächst wäre festzuhalten, dass es zur Position 01 01 08 01 „*Tauchpumpen Installation und Betrieb*“ des Leistungsverzeichnisses oder aber zum Gutachten der MA 29 vom 3. Juli 2013 keinerlei Bieteranfragen gegeben hätte. Die Ausschreibungsunterlagen gehörten somit dem Rechtsbeistand an. Die Voraussetzungen der Baustelle im urbanen Gebiet vor allem im Hinblick auf das Wasservorkommen wären daher allen Bietern bekannt gewesen. Die Beschreibung der Leistungserbringung in der Position 01 01 08 01 wäre vor dem Hintergrund der örtlichen Gegebenheiten erfolgt. Es möge zwar sein, dass es auch alternative Möglichkeiten, als die Einleitung des Wassers in das Kanalsystem gäbe. Aufgrund der Bestandskraft der Ausschreibungsunterlagen wäre die Frage anderer Überlegungen und Ansätze aber nicht mehr von Relevanz.

Wenn die Antragstellerin somit die Ansicht vertrete, dass sie das Grundwasser dem P.-bach zuführen möchte, so wäre dem zu entgegenen, dass sie die Legung eines nicht ausschreibungskonformen Angebots offenbar nicht bestreite und sich

diese Absicht im Übrigen nicht in den vorgelegten Kalkulationsgrundlagen (zu einem Preis von 0,0* Euro/m³) widerspiegeln.

Gemäß der Erklärung der Antragstellerin wäre nur die Manipulation und Pumpenwartung kalkuliert (Lohn). Bei den „Sonstigen Kosten“ wäre nur eine „*Bauhof Abschreibung*“ ausgewiesen. Es gäbe in den K7-Blättern und in der Aufklärung keinen Hinweis und keine Kosten, was mit dem Wasser passiere.

Im Nachprüfungsantrag werde nunmehr von der Einleitung in den P.-bach gesprochen. Unabhängig davon wäre selbstredend, dass jede „Weiterverarbeitung“ des Wassers Kosten verursache (va Kanaleinleitungsgebühr oder aber auch bei anderen Arten Vorfluter, Versickerung in den Grundwasserkörper). Bei der Einleitung in den von der Antragstellerin angeführten P.-bach müsse das Wasser frei von Feinteilen und von Baustellenverunreinigungen (z.B. Zement) sein. Aus diesem Grund wären Absetzbecken oder Baustellenmulden erforderlich. Da im Bereich der Fernwärme Transportleitung S. Altlasten ausgewiesen wären, sei eine chemische Beprobung des Wassers vor der Einleitung erforderlich, da eine Kontaminierung nicht ausgeschlossen werden könne. Die Antragstellerin wäre neben der Vorlage des K7-Blattes aber auch ausdrücklich zur Aufklärung der Preisgestaltung aufgefordert worden. Unabhängig davon, wären somit selbst die Kosten für eine Bacheinleitung im angebotenen Einheitspreis von 0,0* Euro/m³ nicht abgebildet. Interessant wäre auch, dass es technisch wie auch kostenmäßig offenbar keinen Unterschied machen solle, ob eine Einleitung in den P.-bach oder eine oberflächige Versickerung vorgenommen werde.

Es bleibe abschließend auch festzuhalten, dass die Auftraggeberin einen straffen Zeitplan verfolgen müsse. Wie bereits ausgeführt, handle es sich um ein Bauvorhaben im urbanen, verkehrsmäßig stark belasteten Gebiet. Sowohl eine Bacheinleitung als auch eine oberflächige Versickerung bedürften einer wasserrechtlichen Bewilligung (vgl. nur § 32 WRG). Nicht nur die gezielte Einleitung des Grundwassers in einen Bach wäre genehmigungspflichtig, sondern auch die reine Versickerung. Unabhängig davon wäre auch zu betonen, dass das projektierte Gebiet in Wien und Niederösterreich liege, sodass eine abgestimmte Vorgehensweise der zuständigen Behörden erforderlich wäre. Die

wasserrechtliche Genehmigung bedeute jedenfalls eine Verfahrensdauer von üblicherweise drei bis vier Monaten, die im Bauzeitplan keine Deckung fände.

Abschließend werde festgehalten, dass die von der Antragstellerin argumentierten Begründungsmängel der Ausscheidensentscheidung vom 19. Februar 2016 nicht vorliegen würden. Zum einen wäre der Antragstellerin klar mitgeteilt worden, dass va in der Leistungsposition 01 01 08 01 nur die Manipulation bzw. Pumpwartung kalkuliert worden wäre und keine Kanaleinleitungsgebühren enthalten seien. Dies stelle einen Widerspruch zum ausgeschriebenen Inhalt der Leistungsposition dar. Dass die Zusammensetzung des Gesamtpreises damit auch nicht plausibel sein könne, wäre eine weitere Konsequenz. Die Begründung der Ausscheidensentscheidung wäre im Übrigen offensichtlich auch für die Antragstellerin ausreichend gewesen, hätte sie doch im Nachprüfungsantrag zur Frage der Wasserhaltung ansonsten nicht derart detaillierte Ausführungen erstatten können. Zudem würde eine mangelhafte Begründung am Erfordernis des Ausscheidens nichts ändern und somit den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht wesentlich beeinflussen.

Es werde daher die Zurück- in eventu Abweisung der mit Schriftsatz vom 29. Februar 2016 gestellten Anträge begehrt.

In ihrer Replik vom 8. April 2016 bekräftigte die Antragstellerin ihren Standpunkt, wonach die durchgeführte Angebotsprüfung im vorliegenden Fall mangelhaft erfolgt sei, zumal die Auftraggeberin verpflichtet gewesen wäre, der Antragstellerin allfällige Unklarheiten in deren Angebot ausdrücklich und konkret vorzuhalten. Die Auftraggeberin hätte ihre Angebotsprüfung auf Grund der Ausführungen der Antragstellerin in ihrer Aufklärung auch nicht an dieser Stelle abbrechen dürfen, sondern die Plausibilität der Preise der Antragstellerin im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens entsprechend vorhalten und prüfen müssen.

Im Übrigen wäre die Angebotsprüfung der Antragstellerin auch insgesamt mangelhaft, da es die Auftraggeberin unterlassen hätte, trotz eindeutiger Hinweise eine vertiefte Angebotsprüfung bei allen Bietern hinsichtlich der Position 01 01 08 01 Tauchpumpen Installation und Betrieb durchzuführen, was sich aus

einer Gesprächsnotiz zur Preisprüfung für die Vergabe vom 8. Februar 2016 ergäbe. Die Auftraggeberin habe damit den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß § 19 Abs. 1 BVerG verletzt, da im Hinblick auf die Angebotsprüfung nicht derselbe Maßstab für alle Bieter angelegt worden wäre, weshalb auch aus diesem Grund die von der Antragstellerin angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin mit Rechtswidrigkeit behaftet und für nichtig zu erklären sei.

Bezüglich ihres Konzeptes der Grundwasserhaltung und Ableitung der kalkulierten Wassermengen führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass als Grundlage für die Ermittlung der von der Antragstellerin getätigten Annahmen als Basis die Vertragswasserstände aus den der Ausschreibung beiliegenden Planunterlagen (worunter unter anderem auch das Gutachten der MA 29 zähle) gelten würden.

Der Baubeginn wäre nach dem Verkehrskonzept im südlichen Teil der T.-straße (bei der Bahnquerung zur S.) vorgesehen. Die Antragstellerin habe in diesem Bereich geplant, anfallende Grundwässer mittels provisorischen Leitungen bis zum Gelände-Hochpunkt in ein Absetzbecken einzuleiten und anschließend mittels provisorischer Leitung entlang der Leitplanken in den P.-bach einzuleiten. Weitere im Bereich der T.-straße anfallende Grundwässer plane die Antragstellerin ebenfalls in die Freispiegelleitung einzubringen. Im Bereich der Querung anfallende Grundwässer könnten durch die Antragstellerin auch in die bestehenden Regenwasserkanäle der S. eingebracht werden, welche sodann in weiterer Folge in den Kr.-bach eingeleitet würden. Weiters habe die Antragstellerin hinsichtlich der nördlich des P.-bach anfallenden Grundwässer vorgesehen, diese entweder mittels provisorischer Leitung in den P.-bach oder in die unmittelbar daneben liegenden Regenwasserkanäle einzuleiten. Die Grundwässer entlang der K.-Gasse sollten entweder mittels provisorischen Ableitungen in den P.-bach oder in die unmittelbar daneben liegenden Regenwasserkanäle eingeleitet werden. Im Bereich der S. (...) könnten die anfallenden Grundwässer durch die Antragstellerin mittels provisorischen Leitungen in den P.-bach oder in die bestehenden Regenwasserkanäle eingeleitet werden. Für alle wasserführenden Bereiche habe die Antragstellerin vorgesehen, einen Pumpensumpf in Abständen von rund 100 m herzustellen, wie dies auch gemäß Punkt 7.3 des Gutachtens der MA 29 vorgesehen wäre.

Die Argumentation der Auftraggeberin, dass sich der Anfangspunkt der Fernwärme Transportleitung S. in der K.-Gasse von dem von der Antragstellerin ins Treffen geführten P.-bach ca. 700 Meter Luftlinie entfernt befände, wäre zwar richtig. Angesichts der Tatsache, dass die Antragstellerin diese Entfernung in ihre Berechnung aufgenommen hätte, wäre diese Argumentation für die Beurteilung der Ausschreibungskonformität des Angebots der Antragstellerin aber irrelevant. Darüber hinaus gäbe es im gesamten Baustellengebiet überwiegend vorhandene Regenwasserkanäle, die als Transportmedium für das Grundwasser benützt werden könnten. Sollten diese fehlen, würden von der Antragstellerin provisorische Leitungen verlegt werden. Da diese Leitungen überwiegend in Arbeitslücken durchgeführt würden, wären sie von der Antragstellerin kalkulatorisch nicht gesondert ausgewiesen.

Die von der Auftraggeberin basierend auf dem Gutachten der MA 29 vorgegebenen Wassermengen (insgesamt 380.000 m³) habe die Antragstellerin insofern sogar übertroffen, als sich aus der im Schriftsatz erläuterten Berechnungsannahme eine voraussichtliche Wassermenge von rund 406.080 m³ errechne. Diese Berechnung basiere lediglich auf den von der Auftraggeberin angesetzten Annahmen und könne daher in der Praxis bzw. im Rahmen der tatsächlichen Ausführung je nach Einfluss der Geologie und den tatsächlich eintreffenden Niederschlägen von den Annahmen der Auftraggeberin abweichen. Dennoch wäre die Antragstellerin bei ihrer Kalkulation nur von den Angaben der Ausschreibung ausgegangen, weshalb ihre Kalkulation daher hinsichtlich der kalkulierten Wassermengen ausschreibungskonform wäre und in keinem Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen stünde.

Da die von der Antragstellerin angesetzten Kalkulationsgrundlagen auf einer anderen Variante der Wassereinleitung – nämlich auf einer Einleitung des Grundwassers in den P.-bach basierten, könnten auch keine Kanaleinleitungsgebühren anfallen und somit auch nicht kalkuliert werden. Die Vorgangsweise der Antragstellerin stehe auch im Einklang mit der Ausschreibung, zumal es dort heiße, dass „*anfallende Kanaleinleitungsgebühren*“ zu kalkulieren wären.

Unrichtig wäre weiters, dass es in den K7-Blättern und in der Aufklärung keinen Hinweis und keine Kosten gäbe, was mit dem Wasser passiere. Vielmehr wäre die Antragstellerin von der Auftraggeberin nie aufgefordert worden, konkret darzulegen, wie sie ihre Wasserhaltung und die Wasserableitung kalkuliere. Im Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin vom 9. Februar 2016 wäre die Antragstellerin lediglich zur „*generellen Aufklärung der Ansätze Ihres K7-Blattes der Position 05 01 01 02*“ aufgefordert worden. Nach den bereits dargestellten Anforderungen an eine vertiefte Angebotsprüfung hätte die Auftraggeberin ihr Aufklärungsersuchen dahingehend konkretisieren müssen, dass sie ausdrücklich eine entsprechende Aufklärung im Hinblick auf die Kalkulation der Wasserhaltung und der Wasserableitung hätte fordern müssen.

Die Behauptung der Auftraggeberin, dass die Ausführungen der Antragstellerin vor dem Hintergrund zu sehen wären, dass der Einheitspreis in der Position 01 01 08 01 Tauchpumpen Installation und Betrieb lediglich 0,0* Euro/m³ betrage, was maßgeblich von den marktüblichen Preisen und Erfahrungswerten der Auftraggeberin abweiche, wäre nicht richtig. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin den Zuschlag für die Errichtung einer Fernwärmeleitung bei einem ähnlichen Einheitspreis für die gleiche Wasserhaltungsposition erhalten hätte, wären für die in Rede stehende Position 01 01 08 01 Tauchpumpen Installation und Betrieb folgenden Annahmen getätigt worden:

Hinsichtlich des Lohnanteils werde ausgeführt, dass gemäß der Annahme zehn Pumpen zu installieren wären. Für die Installation, Rückbau, Manipulation, Wartung und sonstige erforderliche Leistungen habe die Antragstellerin je Pumpe zwei Arbeitsstunden angenommen, woraus sich in Summe 20 Stunden errechnen würden.

Für das Verlegen und Abbauen von Rohrleitungen in den Bereichen vom Pumpensumpf zum Absetzbecken sowie vom Absetzbecken zur jeweiligen Vorflut und sonstigen erforderlichen Leistungen habe die Antragstellerin insgesamt 30 Stunden angenommen.

Für die laufende Kontrolle der Pumpanlagen habe die Antragstellerin je Pumpe einen Mann mit im Mittel je 0,829 Minuten, im Zuge der laufenden

Kontrolltätigkeiten anderer Arbeitsabläufe, angenommen. Bei insgesamt 240 Kalendertagen an Pumpeinsätzen könne für die Berechnung aufgrund von Gleichzeitigkeiten ein abgeminderter Ansatz für die Kontrolltage erfolgen.

In ihrer Annahme wäre die Antragstellerin von 180 Berechnungskalendertagen ausgegangen. Dies ergäbe folgende Berechnungsannahme: 180 KT x 10 (Pumpen) x 0,829 Minuten = 1.492,20 Minuten = 24,86 Stunden.

Daraus ergäbe sich insgesamt ein Stundenaufwand von 74,86 Stunden. Dieser Stundenaufwand wäre im K7-Blatt der Position 01 01 08 01 Tauchpumpen Installation und Betrieb übernommen worden und ergäbe bedingt durch Rundungen im Lohnanteil bezogen auf die Ausschreibungsmenge von 380.000 m³ den Einheitspreis von 0, ** Euro/m³.

Bezüglich des Anteils Sonstiges habe die Antragstellerin folgendes angenommen:

Für die Geräte allgemein und den Manipulationsanteil (Klein- und Wartungsmaterial, Pumpenleitungen, Absetzcontainer sowie Ersatzgeräte, zusätzliche Pumpen (welche kostenlos zur Verfügung gestellt werden könnten, da sie bereits abgeschrieben wären), Aggregate, usw., welche zur Erbringung der Leistung erforderlich wären und der Baustelle zur Verfügung stünden) habe die Antragstellerin pauschal **, ** Euro kalkuliert. Die Kosten für die Genehmigung der MA 45 und diverse Behördengebühren würden von der Antragstellerin pauschal mit *, **, ** Euro angenommen. Die Kosten für diverse Bewilligungen, für Wien Kanal und diverse Behördengebühren würden von der Antragstellerin pauschal mit *, **, ** Euro kalkuliert. Kanaleinleitungsgebühren würden auf Grund der von der Antragstellerin gewählten Variante der Wasserhaltung bzw. auch unabhängig davon auf Grund von Erfahrungswerten keine anfallen. Diese Annahmen ergäben insgesamt *, **, ** Euro zuzüglich 10 % kalkulatorischen Zuschlag. Dieser Betrag wäre in den Ansatz übernommen worden und bedingt durch Rundungen ergäbe sich im Sonstigen Anteil bezogen auf die Ausschreibungsmenge von 380.000 m³ der Einheitspreis von 0, ** Euro/m³.

Insgesamt ergäbe dies in der Position 01 01 08 01 Tauchpumpen Installation und Betrieb den Einheitspreis in der Höhe von 0,0* Euro/m³, welcher auf Grund der zuvor geschilderten Kalkulationen plausibel und keineswegs unterpreisig sei.

Der Ansatz bzw. die Berücksichtigung des Aggregats und der Pumpen könne in dieser Position deswegen entfallen, da in der Vorhaltung bei den zeitgebundenen Kosten bereits von der Antragstellerin zwei Pumpen auf 17 Monate (dies entspräche insgesamt 34 Pumpenmonaten) berücksichtigt worden wären und die Pumpenmonate im Kalkulationsansatz die bereits berücksichtigten Vorhaltepumpenmonate nicht übersteigen würden.

Für die Antragstellerin wäre es evident, dass während der gesamten Bauzeit Pumpen und Aggregate vorgehalten werden müssten, weil jederzeit mit Wasserandrang zu rechnen wäre. Wann genau und für welche zu pumpende Menge diese Geräte in Einsatz kommen würden, könne sie jedoch nicht wissen. Die Antragstellerin habe deshalb zu Recht die Basiskosten der Geräte in der Position 05 01 01 02 angesetzt und der Leistungsposition 01 01 08 01 nur jene (zusätzlichen) Kosten zugerechnet, die beim (konkreten) Betrieb der Wasserhaltung anfielen.

Hinsichtlich der von der Auftraggeberin im Punkt 3.3 der Stellungnahme vom 7. März 2016 angesprochenen Absetzbecken oder Baustellenmulden, weise die Antragstellerin darauf hin, dass diese in der fraglichen Position entsprechend kalkuliert worden wären. Sie wären nur aus diesem Grund kostenfrei eingerechnet worden, als diese Geräte bereits abgeschrieben wären.

Die Behauptung der Auftraggeberin, wonach es notwendig wäre, eine chemische Beprobung des Wassers vor der Einleitung des Wassers durchzuführen, um eine allfällige Kontaminierung auszuschließen, wäre aus Sicht der Antragstellerin nicht richtig. Da eine solche Erprobung des Wassers in den von der Auftraggeberin vorgeschriebenen Leistungspositionen und bei der von der Auftraggeberin vorgesehenen Einleitung in den Kanal nicht vorgesehen wäre, sei davon auszugehen, dass das einzuleitende Wasser keine Kontaminierungen durch allfällige Altlasten enthalte. Somit wäre auch bei einer Einleitung des Wassers in

den P.-bach davon auszugehen, dass – mangels kontaminiertem Wassers – eine chemische Beprobung des Wassers vor der Einleitung nicht erforderlich wäre.

Sollte demgegenüber die Auftraggeberin – entgegen ihrer Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen – der Ansicht sein, dass kontaminiertes Wasser durch allfällige Altlasten eingeleitet werden könne, dann wäre sie verpflichtet gewesen, entsprechende Positionen für eine chemische Untersuchung des Wassers in den Ausschreibungsunterlagen vorzusehen. Da in den Ausschreibungsunterlagen weder ein Untersuchungsergebnis noch ein Hinweis auf kontaminiertes Wasser enthalten wäre, sei davon auszugehen, dass es sich um reines Grundwasser handle, welches wieder dem Grundwasser als auch einem Vorfluter (wie dem P.-bach) zugeführt werden könne.

Es wäre zwar richtig, dass sowohl eine Bacheinleitung als auch eine oberflächliche Versickerung eine wasserrechtliche Genehmigung erforderten, aber wäre auch eine Bewilligung für eine Einleitung in den Kanal erforderlich. Aus zeitlicher Hinsicht wäre es somit irrelevant, ob eine Einleitung des Wassers in den P.-bach erfolge, ob das Wasser versickere oder ob das Wasser – wie von der Auftraggeberin vorgesehen – in den Kanal eingeleitet werde. Die Kosten für die Einholung einer solchen wasserrechtlichen Genehmigung wären von der Antragstellerin in der Position 01 01 08 01 Tauchpumpen Installation und Betrieb unter dem Anteil „Sonstiges“ entsprechend berücksichtigt worden.

Zusammengefasst wäre daher festzuhalten, dass das Angebot der Antragstellerin in den von der Auftraggeberin genannten Positionen 05 01 01 02 und 01 01 08 01 weder fehlerhaft sei, noch den Ausschreibungsunterlagen widerspräche, weshalb die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin für nichtig zu erklären sei.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 3. März 2016 zur Geschäftszahl VGW-123/V/062/2356/2016 wurde der von der Antragstellerin unter einem mit dem Nachprüfungsantrag gestellte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mittels welcher begehrt wurde der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung zu untersagen, abgewiesen.

Am 13. April 2016 wurde vor dem Verwaltungsgericht Wien in dieser Angelegenheit eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung erfolgte ein Erörterung der in Rede stehenden Leistungsposition 01 01 08 01 und führte der Vertreter der Antragstellerin in diesem Zusammenhang ergänzend aus, dass unter den Begriff „Abwasserkanal“ auch „Regenwasserkanäle“ zu verstehen wären und daher eine Ableitung in solche ausschreibungskonform wäre. In diesem Fall würden auch keine Kanaleinleitungsgebühren anfallen.

Parallel zur geplanten Trasse der projektierten Fernwärmeleitung befänden sich Regenwasserkanäle und wäre geplant, über diese Regenwasserkanäle das in Absatzbecken gesammelte Grundwasser letztlich in den P.-bach einzuleiten, wie dies auch in der Beilage./L des letzten Schriftsatzes vom 8. April 2016 eingezeichnet worden sei.

Am Schluss der Verhandlung erfolgte spruchgemäß die mündliche Verkündung der Entscheidung des erkennenden Senates.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit des Antrages:

Der gegenständliche Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens erweist sich als rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2014 und auch als zulässig, zumal mit dem Antrag eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. bb BVergG 2006 bekämpft wird.

Die bekämpfte Ausscheidensentscheidung wurde der Antragstellerin mittels Faxnachricht vom 19. Februar 2016 übermittelt, der Nachprüfungsantrag langte am 29. Februar 2016, also innerhalb der in § 24 Abs. 1 WVRG 2014 normierten zehntägigen Frist, beim Verwaltungsgericht Wien ein. Die Verständigung der Antragsgegnerin durch die Antragstellerin im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2014 ist erfolgt. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren

im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt (vgl. VwGH 23.5.2007, ZI. 2007/04/0010). Die Anträge auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens entsprechen auch sonst den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1 und 23 Abs. 1 WVRG 2014.

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Gemäß § 7 Abs. 2 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht u.a. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. bb BVergG ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren eine Entscheidung. Gesondert anfechtbar sind bestimmte, im Gesetz explizit angeführte nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen, zu denen im nicht offenen Verfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb auch das Ausscheiden eines Angebotes zählt.

Gemäß § 255 Abs. 1 BVergG hat sich der Bieter bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten.

Laut § 269 BVergG hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden:

„Ausscheiden von Angeboten

§ 269. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden:

1. Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 188 Abs. 5 oder – sofern der Sektorenauftraggeber dies so vorgesehen hat - gemäß § 229 Abs. 1 auszuschließen sind;
2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
3. Angebote, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;
4. verspätet eingelangte Angebote;
5. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;
6. Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmern für den Sektorenauftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben;
7. Angebote von Bietern, bei denen dem Sektorenauftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 260 Abs. 3 gesetzten Nachfrist
 - a) keine für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich erforderliche behördliche Entscheidung,
 - b) kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer Entscheidung nach lit. a fehlenden Kenntnisse erworben worden sind,
 - c) kein Nachweis darüber, dass vor Ablauf der Angebotsfrist ein auf Einholung einer Entscheidung nach lit. a gerichtetes Verfahren eingeleitet worden ist oder
 - d) eine behördliche Entscheidung, die die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausschließt,
 vorliegt.

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Sektorenauftraggeber im Unterschwellenbereich Angebote von Bietern gemäß den in Abs. 1 genannten Gründen ausscheiden.

(3) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Sektorenauftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(4) Der Sektorenauftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.“

Auf Grund der vorgelegten Akten der Auftraggeberin, der schriftlichen Ausführungen der Verfahrensparteien sowie deren mündlichen Ausführungen im Zuge der durchgeführten mündlichen Verhandlung wird folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die N. GmbH führt gegenständlich ein nicht offenes Verfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zur Vergabe eines Bauauftrages im Sektorenbereich durch. Der geschätzte Auftragswert liegt im Oberschwellenbereich. Ziel dieses Verfahrens ist die Ermittlung eines gesamtverantwortlichen Generalunternehmers, der für die N. GmbH die Neu-Errichtung der Fernwärmetransportleitung ausgehend vom ... Wiener Gemeindebezirk bis in die S. in ... durchzuführen hat.

Nach Durchführung der ersten Stufe in diesem Verfahren wurden die präqualifizierten Bewerber zur Angebotsabgabe eingeladen. Die Angebotsfrist für dieses Verfahren endete am 25. Jänner 2016, 13:00 Uhr. Die Antragstellerin hatte fristgerecht ein Angebot gelegt.

In den diesem Verfahren zugrunde gelegten Ergänzungen zu den „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Wiener Stadtwerke“ (WSTW 9319, Teil 2, Ausgabe 02.02.2014) findet sich in Punkt A.1.1 betreffend die „Ausschreibungsunterlagen“ unter anderem folgende Festlegung:

Der Auftraggeber (AG) weist ausdrücklich darauf hin, dass sich die eingeladenen Bewerber über die Richtigkeit und Genauigkeit der zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen für die 2. Verfahrensstufe selbst vergewissern müssen. Die eingeladenen Bewerber haben sich des Weiteren über die örtlichen Besonderheiten und die Gegebenheiten der Baustelle (z.B. Zu- und Abfahrtsmöglichkeiten, Strom- und Wasseranschlüsse) zu informieren und die zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen dahin zu prüfen. Stellt ein eingeladener Bewerber dabei Mängel oder Fehler fest oder hat er Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung, so ist der eingeladenene Bewerber verpflichtet, den AG innerhalb der Rückfragefrist gemäß Punkt A.2.1. per E-Mail schriftlich darauf aufmerksam zu machen.

Während der Rückfragefrist bzw. auch danach wurden weder von der Antragstellerin, noch von sonstigen Teilnehmern an diesem Vergabeverfahren Anfragen an die Auftraggeberin gestellt bzw. auch keine Bedenken gegen die in der Leistungsbeschreibung festgelegte Art der Ausführung der Leistungen geäußert.

In der unbeeinträchtigt gebliebenen und somit bestandsfest gewordenen Ausschreibung findet sich im Lang-Leistungsverzeichnis unter der Positionsnummer 01 01 08 01 „Tauchpumpen Installation und Betrieb“ folgender Text:

„Installation, Vorhalten, Betrieb und Wiederabbau von mobilen Tauchpumpen. Inkludiert ist die erforderliche E-Installation, der Schwimmschalter, die Abschlachtung in den nächsten Abwasserkanal und die dafür anfallende Kanaleinleitungsgebühren sowie das erforderliche Bedienungspersonal wobei die Preise unabhängig von Tag- oder Nachtzeit, Werk-, Sonn- und Feiertagen gelten. Im Einheitspreis enthalten ist das Vorhalten einer messtechnischen Einrichtung zur Ermittlung der abgepumpten Wassermenge (z.B. Wasserzähler).

380.000,00 m³“

Im abgegebenen Angebot des Antragstellers findet sich in dieser Position ein Gesamtpreis in Höhe von *.***,** Euro. Der Einheitspreis (zusammengesetzt aus den Bestandteilen Lohn: 0,00 und Sonstiges: 0,0*) wurde mit 0,0* Euro pro Kubikmeter Wasser im Angebot ausgewiesen.

In der Leistungsgruppe 5 („Allgemeine Kosten der Baustelle“) der Ausschreibung findet sich in der Positionsnummer 05 01 01 02 („Zeitgebundene Kosten der Baustelle“) folgender Text:

„Zeitgebundene Kosten der Baustelle für Einrichtungen und Geräte, jedoch ohne die Einzelkosten, die unmittelbar den Leistungspositionen zuzuordnen sind. Einzurechnen sind: das laufende Reinigen der durch die eigene Bauführung verschmutzten Verkehrsflächen. Die Beleuchtung und Absicherung der Baustelle entsprechend den Vorschriften der StVO sowie die Wartung der Verkehrsleitmaßnahmen. Verkehrszeichen vorhalten, lose umstellen und abdecken. Wird vom AN die vorgesehene Bauzeit unterschritten, so werden unabhängig davon „Gerätekosten und zeitgebundene Baustellenregie“ im ausgeschriebenen Ausmaß vergütet. Wird die Bauzeit aus Verschulden des AN überschritten, so erfolgt unabhängig von einer Pönale keine Vergütung der zeitgebundenen Kosten und der Winterschutzmaßnahmen bzw. der Schneeräumung für den Zeitraum der Überschreitung. Liegen per Gesetz arbeitsfreie Tage zwischen Vergütungstagen, so werden diese auch vergütet. Sonstige, durch den AG schriftlich bestätigte Behinderungstage, die nicht im Einfluss (gemeint wohl: Einfluss) des AN liegen, werden, sofern sie nicht aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich waren, jedenfalls gesondert vergütet. Verrechnet ab dem Tag der ersten Verkehrszeichenaufstellung bis zum Tag der ordnungsgemäßen Räumung gemäß Pos 01.01.01B. Die Vergütung der zeitgebundenen Kosten erfolgt nach Monaten, wobei einzelne Tage aliquot errechnet werden.

17 Mo“

Der in dieser Leistungsposition von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis beläuft sich auf eine Höhe von 7**.***,** Euro. Der Einheitspreis (Lohn: 0,00; Sonstiges: **.***,** Euro) wurde mit **.***,** Euro festgelegt.

In Hinblick auf den auffällig niedrigen Einheitspreis in der Leistungsposition 01 01 08 01 (0,0* Euro/m³) forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit E-Mail vom 9. Februar 2016 um Aufklärung der Preisgestaltung und Übermittlung eines detaillierten K7-Blattes auf. Es wurde diesbezüglich um Aufklärung in Verbindung mit der Position 05 01 01 02 ersucht sowie um generelle Aufklärung der Ansätze des K7-Blattes der Positionsnummer 05 01 01 02 im Hinblick auf die zugehörigen Leistungspositionen.

Im Aufklärungsschreiben vom 11. Februar 2016 teilte der für die Erbringung dieses Bauteiles von der Antragstellerin im Angebot bekannt gegebene Subunternehmer mit, dass in der Position 05 01 01 02 („Zeitgebundene Kosten der Baustelle“) die aus derzeitiger Sicht erforderlichen Bauleiter, Techniker und Poliere sowie die erforderlichen Gerätschaften für die Baustelle enthalten sind, welche keinen kontinuierlichen Arbeitseinsatz aufweisen aber für den Bedarfsfall von ihnen auf der Baustelle vorgehalten werden müssen und nicht in den Leistungspositionen enthalten sind. Insbesondere die für die Wasserhaltung erforderlichen Pumpen, Aggregate, etc.

Aus den von der Antragstellerin übermittelten K7-Blätterin zu den in Rede stehenden Leistungspositionen geht ebenfalls hervor, dass die laufende Vorhaltung der Wasserpumpengeräte, also die Fixkosten der Wasserhaltung in der Position 05 01 01 02 kalkuliert wurden, und in der Positionsnummer 01 01 08 01 die Manipulation bzw. Pumpenwartung kalkulatorisch berücksichtigt wurde.

Die Antragsgegnerin führte unter Beiziehung eines externen Sachverständigen eine vertiefte Prüfung des Angebotes der Antragstellerin durch.

Mittels Telefaxmitteilung vom 19. Februar 2016 wurde der Antragstellerin das auf § 269 Abs. 1 Z 3 und 5 BVerfG 2006 gestützte Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt. Diese Entscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Kalkulation gegen zwingende Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen verstoße,

da vor allem in der Leistungsposition 01 01 08 01 nur die Manipulation bzw. Pumpwartung kalkuliert worden wäre sowie keine Kanaleinleitungsgebühren enthalten seien. Das Angebot der Antragstellerin weise somit überdies eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf, was ebenfalls das Ausscheiden nach sich ziehe.

Gemäß den Ausführungen der Antragstellerin – im Rahmen ihres schriftlichen Vorbringens im Nachprüfungsverfahrens bzw. ihrem ergänzenden Vorbringen in der mündlichen Verhandlung – wurden in ihrem Angebot deshalb keine Kanaleinleitungsgebühren in der Positionsnummer 01 01 08 01 veranschlagt, weil nicht beabsichtigt gewesen wäre, das im Rahmen der Bauführung abgepumpte Grundwasser über den nächsten Abwasserkanal zu entsorgen. Vielmehr hätte das Wasser in Absatzbecken gesammelt und großteils über Regenwasserkanäle letztlich dem P.-bach zugeführt werden sollen.

Diese Feststellungen gründen sich auf den unbestritten gebliebenen Inhalt der von der Antragsgegnerin vorgelegten Akten des gegenständlichen Vergabeverfahrens sowie – hinsichtlich der von der Antragstellerin ihrer Kalkulation zu Grunde gelegten geplanten Auftragsausführung in Bezug zum abgepumpten Grundwasser – auf deren eigenes schriftliches und mündliches Vorbringen im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens.

In rechtlicher Hinsicht ist der festgestellte Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

Gemäß § 255 Abs. 1 BVergG 2006 hat sich der Bieter bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, hat der Sektorenauftraggeber – sofern es sich wie hier vorliegend um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich handelt – zwingend auszuschneiden.

Ein zwingender Ausscheidenstatbestand im Sinne des § 269 Abs. 1 Z 5 erster Fall liegt dann vor, wenn der Bieter in seinem Angebot erklärt, den zu vergebenden Vertrag nicht zu den Bedingungen der Ausschreibung, sondern zu anderen

Bedingungen abschließen zu wollen. Die Erklärung dieses Widerspruches kann dabei ausschließlich oder konkludent erfolgen. Maßstab der Prüfung des Widerspruchs sind dabei die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen (vgl. M. Öhler/J. Schramm in *Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg), § 269 Rz 62).

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (vgl. z.B. VwGH 12.5.2011, 2008/04/0087 bzw. VwGH 1.7.2010, 2006/04/0139).

Nach Ausweis der vorgelegten Verwaltungsakten ist im Lang-Leistungsverzeichnis in der Positionsnummer 01 01 08 01 betreffend die Beschreibung der Wasserhaltung von der Installation, dem Vorhalten, dem Betrieb und dem Wiederabbau von mobilen Tauchpumpen die Rede. Inkludiert ist in dieser Position ebenfalls die erforderliche E-Installation, der Schwimmschalter, die Abschlachtung in den nächsten Abwasserkanal und die dafür anfallenden Kanaleinleitungsgebühren sowie das erforderliche Bedienungspersonal wobei die Preise unabhängig von Tag- oder Nachtzeit, Werk-, Sonn- und Feiertagen gelten sollen.

Bei objektiver Betrachtung des Erklärungswertes der in dieser Leistungsposition getroffenen Festlegungen des Auftraggebers können diese nur so verstanden werden, dass das bei der Bauführung anfallende und mit mobilen Tauchpumpen abgepumpte Grundwasser mit einer geschätzten Gesamtmenge von 380.000 Kubikmeter durch Abschlachtung in den Abwasserkanal gegen Entrichtung der Kanaleinleitungsgebühren zu entsorgen ist. Die von der Antragstellerin vertretene Auffassung, dass von den Bietern auch eine andere – aus ihrer Sicht kostengünstigere – Variante der „Ableitung“ des bei der Bauausführung abgepumpten Grundwassers frei gewählt werden könnte, wird in Anbetracht der expliziten Festlegungen der Auftraggeberin in der Positionsnummer 01 01 08 01, wonach die anfallenden Grundwässer in den Abwasserkanal abzuschlachten sind, nicht geteilt.

Die von der Antragsgegnerin gewählten Vorgaben betreffend die Wasserhaltung bzw. die Ableitung des abgepumpten Grundwassers mögen der Antragstellerin zwar unzweckmäßig erscheinen, auf den von ihr vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es jedoch nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen. In der diesem Verfahren zu Grunde gelegten bestandsfesten Leistungsbeschreibung wurde von der Antragsgegnerin vorgegeben, dass das bei diesem Bauvorhaben abgepumpte Grundwasser über den Abwasserkanal gegen Entrichtung der anfallenden Gebühren zu entsorgen ist. Es lag somit nicht im Ermessen der Antragstellerin, für diesen Auftrag über die Art und Weise der weiteren Verbringung des abgepumpten Grundwassers frei zu bestimmen, sondern wäre sie vielmehr verhalten gewesen, sich bei ihrer Kalkulation nach den in der Ausschreibung diesbezüglichen expliziten Vorgaben der Auftraggeberin zu richten, auch wenn diese ihr in wirtschaftlicher Hinsicht – offensichtlich in Anbetracht der Höhe der anfallenden Kanaleinleitungsgebühren - unzweckmäßig erscheinen.

Es soll an dieser Stelle auch nicht unerwähnt bleiben, dass die Antragstellerin während der Rückfragefrist, die gemäß den Ausschreibungsbestimmungen der Wiener Stadtwerke zwölf Kalendertage vor dem Ablauf der Angebotsfrist endete, die im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Bedenken gegen die in der Ausschreibung getroffenen Festlegungen hinsichtlich der Entsorgung der bei diesem Bauauftrag anfallenden Grundwässer der Auftraggeberin nicht mitgeteilt hatte.

Ein weiteres Argument dafür, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot zur Einhaltung der von der Auftraggeberin im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Art und Weise der Grundwasserentsorgung verpflichtet gewesen wäre, liegt darin begründet, dass dann, wenn ein Auftraggeber in den Auftragsunterlagen Festlegungen getroffen hat, es der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt, dass alle Angebote diesen Festlegungen entsprechen, da nur dann ein objektiver Vergleich der Angebote gewährleistet ist (vgl. (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Brücke über den Storebaelt, 25.4.1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien).

Da die Antragstellerin aber bereits nach ihrem eigenen Vorbringen ihrer Kalkulation nicht – wie von der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt - eine Entsorgung der bei der Bauführung abgepumpten Grundwässer über den nächsten Abwasserkanal gegen Gebührenentrichtung zu Grunde legte, sondern davon abweichend die abgepumpten Wassermengen über Regenwasserkanäle bzw. provisorische Leitungen letztlich dem P.-bach zuführen wollte, liegt ein den bestandsfesten Bedingungen der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor, welches zwingend von der Antragsgegnerin auszuscheiden war.

In Hinblick auf den Umstand, dass die Auftraggeberin im Leistungsverzeichnis als Kalkulationsgrundlage für die erwartete abzupumpende Menge an Wasser einen Wert von 380.000 Kubikmeter angesetzt hat, kann auch keine Rede davon sein, dass die Wahl einer anderen als der von der Auftraggeberin vorgegebenen Art der Wasserentsorgung nicht in einer Ungleichbehandlung von Bietern resultieren würde, die sich an die expliziten diesbezüglichen Vorgaben der Auftraggeberin halten, zumal alleine die Kanaleinleitungsgebühren in Wien für einen Kubikmeter Wasser 1,97 Euro betragen.

Nicht zuletzt soll darauf hingewiesen werden, dass die Antragstellerin gemäß ihrem eigenen Vorbringen bzw. dem Inhalt der vorgelegten K-7 Blättern zu den Leistungspositionen 01 01 08 01 (Tauchpumpen Installation und Betrieb) sowie 05 01 01 02 (Zeitgebundene Kosten der Baustelle) entgegen den eindeutigen Vorgaben im Leistungsverzeichnis nicht sämtliche die Wasserpumpen betreffenden anfallenden Kosten – inklusive der Vorhaltekosten – in der Positionsnummer 01 01 08 01 kalkulierte, sondern die Fixkosten der Wasserhaltung, also die laufende Vorhaltung der Geräte in der Position 05 01 01 02 entsprechend veranschlagte. Dass die Kosten der Vorhaltung der Geräte nach den Ausschreibungsbestimmungen aber ebenfalls in der Positionsnummer 01 01 08 01 anzusetzen gewesen wären, ergibt sich aus dem unmissverständlichen Text des Leistungsverzeichnisses zu dieser Positionsnummer, wo die Installation, das Vorhalten, der Betrieb und der Wiederabbau von mobilen Tauchpumpen angeführt werden.

Es liegt daher auch ein Verstoß gegen die Kalkulationsvorschriften in Form einer unzulässigen Kostenverlagerung von Leistungen einer Position in den Einheitspreis einer anderen Position vor (sog. „Mischkalkulation“), was ebenfalls einen zwingenden Ausscheidenstatbestand darstellt (vgl. z.B. BVwG 20.2.2014, W138 2000166-1).

Die bekämpfte Ausscheidensentscheidung erfolgte daher bereits aus den an obiger Stelle ins Treffen geführten Gründen zu Recht, sodass die Frage einer allfälligen Unterpreisigkeit des Angebotes der Antragstellerin nicht näher zu hinterfragen war. Da die das Angebot der Antragstellerin betreffenden Ausscheidensgründe (nach Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung unter Beiziehung eines externen Sachverständigen) aus dem Inhalt des Vergabeaktes klar hervorgehen, muss auch der im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens erhobene Vorwurf, dass die Prüfung so mangelhaft erfolge wäre, dass sie die verfahrensgegenständliche Ausscheidensentscheidung der Antragsgegnerin nicht tragen könnte, ins Leere gehen.

Soweit die Antragstellerin vorbringt, dass auch bei sämtlichen anderen Mitbewerbern eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen gewesen wäre, ist festzuhalten, dass dieses Vorbringen im Zuge des gegenständlichen Nichtigerklärungsantrag nicht zu prüfen war. Die von der Beschwerdeführerin begehrte Nichtigerklärung der sie betreffenden Ausscheidensentscheidung könnte vom Verwaltungsgericht Wien auch dann ausgesprochen werden, wenn tatsächlich mehrere oder alle anderen Mitbieter auszuscheiden gewesen wären. Das Vorliegen von Ausscheidensgründen bei anderen Mitbieter könnte zwar im Fall der Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung, die gegenständlich allerdings noch nicht vorliegt, zu deren Nichtigerklärung führen, vermag aber die Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebots der Antragstellerin nicht zu begründen.

Hinsichtlich der Kostenentscheidung ist auf die zwingende Rechtsvorschrift des § 16 WVRG 2014 hinzuweisen, wonach ein Gebührenersatz nur für den Fall des zumindest teilweise Obsiegens der Antragstellerin vorgesehen ist. Da im vorliegenden Fall der Nachprüfungsantrag vollinhaltlich abgewiesen wurde, konnte der beantragte Gebührenersatz nicht zugesprochen werden.

Zur 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 Begriffs „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ kann auf die bisherige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs 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). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu Art. 131 Abs. 3 B-VG aF liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dann vor, wenn die Entscheidung der Sache im Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen, auf zusätzliche Argumente gestützten Rechtsprechung liegt. Das ist dann der Fall, wenn eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, die auch für eine Reihe anderer gleichgelagerter Fälle von Bedeutung ist und diese durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs bisher nicht abschließend geklärt worden ist. Es muss sich um eine aus rechtssystematischen Gründen bedeutsame und auch für die einheitliche Rechtsanwendung wichtige Frage des materiellen oder formellen Rechts handeln (vgl. *Paar*, ZfV, 892). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt nicht vor, wenn die Rechtsfrage klar aus dem Gesetz lösbar ist (vgl. *Köhler*, *ecolex* 2013, 596, mit weiteren Nachweisen). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt dann vor, wenn die Klärung dieser Rechtsfrage eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung hat (vgl. *Thienel*, aaO, 73f).

Da die im gegenständlichen Fall auftretenden Rechtsfragen mit den gesetzlichen Vorgaben des Vergaberechts unter Berücksichtigung der in der Begründung

zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes eindeutig lösbar sind, war die (ordentliche) Revision nicht zuzulassen.

R e c h t s m i t t e l 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, Verkehrssteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Schmied

Senatsvorsitzender