jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Erkenntnis 2022/12/6 VGW-123/077/11869/2022

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 06.12.2022

Entscheidungsdatum

06.12.2022

Index

97 Öffentliches Auftragswesen
L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

BVergG 2018 §2 Z15 lita sublitaa
WVRG 2020 §15
WVRG 2020 §19 Abs1
WVRG 2020 §19 Abs3
WVRG 2020 §20 Abs1

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 21.08.2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.in Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.a Mandl über den Antrag der Bietergemeinschaft A. Ges.m.b.H. und B. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung betreffend das Vergabeverfahren C. - D. (...) VP2 - Teil- GU Haustechnik, der Stadt Wien, Wiener Gesundheitsverbund, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, am 01.12.2022 durch mündliche Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag vom 26.09.2022, die bekämpften gesondert anfechtbaren Bieterfragenbeantwortungen für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

II. Der Eventualantrag, folgende Bestimmungen/Positionen der Ausschreibung wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären:

? Position 01.03.01.01 des Leistungsverzeichnisses;

? Position 00.00.13.01 B Z des Leistungsverzeichnisses;

? Position 14.36.00.10 des Leistungsverzeichnisses;

? Punkt 2.10 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen Teil A2;

? Punkt 21 der Besonderen Vertragsbedingungen Teil B1;

? Position 00.00.16.50. B des Leistungsverzeichnisses;

? Punkt 4.3.2 der Besonderen Vertragsbedingungen Teil B1;

? Punkt 2.9 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen Teil A2.

wird als verspätet zurückgewiesen.

III. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Antragsgegnerin führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist die Haustechnik betreffend die Neuerrichtung des C.-D. (...).

Die Antragstellerin hat zu den Ausschreibungsunterlagen Bieteranfragen gestellt, welche die Antragsgegnerin mit den Bieteranfragebeantwortungen vom 16.9.2022 beantwortet hat.

Die Antragstellerin hat am 26.09.2022 einen Nachprüfungsantrag gegen die obgenannten Bieteranfragebeantwortungen eingebracht. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin nicht beantragt.

Die Bieteranfrage 6 sowie die Beantwortung lauten wie folgt:

Frage zu Dokument Teil D1: Position 01.03.01.01 Werk- und Montageplanung:„Gemäß dem LV berechtigen Planänderungen ungeachtet ihrer Ursache den AN nicht zu Mehrforderungen. Diese Bestimmung stellt de facto eine umfassende Garantie für Planungsleistungen sämtlicher beteiligten Gewerke dar und ist gröblich benachteiligend, da sie nicht für den AN kalkulierbar ist. Aufgrund der Formulierung wären sogar Änderungswünsche des Auftraggebers darunter zu subsumieren. Ein Ausschluss von Mehrforderungen bei Planungsänderungen wäre nur dann sachgerecht, sofern die Ursache dafür in die Sphäre des ausführenden Unternehmers fällt. Wir ersuchen daher, die Bestimmung dahingehend abzuändern, dass solche Planungsänderungen nur dann zu keinen Mehrforderungen berechtigen, sofern sie in die Sphäre des AN fallen und von diesem verschuldet wurden.

Antwort: „Die dem AN übergebene Projektplanung (= Ausführungsplanung) entspricht der ÖNORM H6010 und ist vollständig, lagerichtig dimensioniert und koordiniert. Das zugehörige 3-D Modell der Ausführungsplanung wird zum Zeitpunkt der Übergabe an den AN kollisionsfrei entsprechend den Vorgaben des BIM-Abwicklungsplanes sein.

Die Antragstellerin bringt dazu vor, dass mit der vorliegenden Fragebeantwortung der Text der Position 01.03.01.01 nicht geändert werde. Mit den Bieteranfragebeantwortungen werde klargestellt, dass auf die Bieter ein nicht kalkulierbares Risiko überwälzt werde, da die Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht wissen würden, welche Planungsänderungen allenfalls notwendig seien.

Bieteranfrage 11 sowie deren Beantwortung lauten wie folgt:

„LV / 00 00 13.01.0.B Z Beschreibung der Leistung:

Frage: „Erschwernisse, die sich durch den besonderen Bauablauf bzw. der Geometrie des Gebäudes ergeben, sind in die Einheitspreise einzukalkulieren (zum Beispiel, dass Arbeiten nicht in einem Zug ausgeführt werden können, Erschwernisse durch den zeitversetzten Arbeitsablauf etc.). Erschwernisse, die sich aus diesem Titel heraus ergeben, werden nicht besonders vergütet und sind allenfalls in die Einheitspreise einzukalkulieren. Frage: wir ersuchen um Bekanntgabe, in welchem Ausmaß diese Störungen anfallen. Mit den uns vorliegenden Unterlagen ist diese Anforderung unkalkulierbar.

Antwort: der Montageablauf ist in Bauzeitplan dargestellt. Die Unterbrechungen und Erschwernisse ergeben sich aufgrund der hohen Installationsdichte und der Anzahl der beteiligten Auftragnehmer. Hieraus ergibt sich das Erfordernis von Unterbrechungen und zeitversetzten Arbeitsabläufen. Zum Beispiel Montage von mehrlagigen Leitungstrassen durch verschiedene AN.“

Die Antragstellerin bringt dazu vor, die Frage sei unzureichend beantwortet worden. Die in der betreffenden Position dargestellten Erschwernisse seien infolge der Bieteranfragebeantwortung nach wie vor nicht kalkulierbar.

Bieteranfrage 14 sowie deren Beantwortung lauten wie folgt:

„14 LV/01.03.01.01 Werk- und Montageplanung incl. BIM-Koordination

Planungsänderungen im Zuge der Herstellung von Ausführung- und Fertigungsunterlagen, ungeachtet ihrer Ursache, berechtigen den AN nicht zu Mehrforderungen. Frage: Wir ersuchen um Bekanntgabe, „mit welcher Anzahl an Änderungen anfallen werden", damit diese kalkuliert werden können. Ohne „eine weitere Angaben" ist diese Anforderung unkalkulierbar.

Antwort: Die dem AN übergebene Projektplanung (= Ausführungsplanung) entspricht der ÖNORM H 6010 und ist vollständig, lagerichtig, dimensioniert und koordiniert. Das zugehörige 3D Modell der Ausführungsplanung wird zum Zeitpunkt der Übergabe an den AN kollisionsfrei entsprechend den Vorgaben des BIM-Abwicklungsplanes sein."

Die Antragstellerin bringt zu den Bieterfragenbeantwortungen 6, 14 und 75 gemeinsam vor, dass mit der vorliegenden Fragebeantwortung der Text der Ausschreibung nicht geändert werde. Mit der Bieteranfragebeantwortung werde klargestellt, dass auf die Bieter ein nicht kalkulierbares Risiko überwälzt werde, da die Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht wissen würden, welche Planungsänderungen allenfalls notwendig seien.

Bieteranfrage 16 sowie deren Beantwortung lauten wie folgt:

„16.Dämmung von Medienrohren

Sämtliche Erschwernisse für die Dämmung von Medienrohren (zum Beispiel Heizungsleitungen etc.), bei denen die normgemäßen Rohrleitungsabstände nicht eingehalten werden können (zum Beispiel bei Bestandsleitungen etc.) sind in den Einheitspreis einzurechnen. Frage: Wir ersuchen um Bekanntgabe, in welchem Ausmaß diese Erschwernisse auftreten, damit diese kalkuliert werden können. Ist davon auszugehen, dass das bei neu zu errichtenden Gewerken aus Platzgründen auftreten wird? Ohne weitere Angaben ist diese Anforderung unkalkulierbar.

Antwort: Aufgrund der engen Platzverhältnisse ist bei sämtlichen Leitungen in Zentralen und bei Verteilleitungen von den Erschwernissen auszugehen."

Die Antragstellerin bringt dazu im Wesentlichen vor, wenn der erforderliche Platz nicht gegeben sei, müsse in kleinteiliger „Fuzzelarbeit" isoliert werden, wodurch die Montagezeiten nicht zu halten wären. Die Fragebeantwortung, dass bei sämtlichen Leitungen in Zentralen und bei Verteilleitungen von den Erschwernissen auszugehen sei, helfe nicht, weil Bieter in der kurzen Angebotsfrist nicht sämtliche relevanten Pläne durchrechnen könnten.

Betreffend die oben angeführten Fragenbeantwortungen könnten die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen von den Bietern nicht kalkuliert werden. Aufgrund der pauschalen Vorgaben sei die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben, da nicht davon auszugehen sei, dass alle Bieter die gleichen kalkulatorischen Ansätze zur Bewertung der Montageerschwernisse treffen würden.

Bieteranfragebeantwortung 20:

„Teil A2 Allgemeine Ausschreibungsbedingungen

(...) Punkt 2.10 Anfragen, Unklarheiten, Vorbehalte: Wir sind selbstverständlich jederzeit und gerne bereit, an einem erfolgreichen Abschluss des Vergabeverfahrens durch entsprechende Fragestellungen mitzuwirken. Wir sind auch bemüht, „Unvollständigkeiten oder sonstige Bedenken gegen die Ausschreibungsunterlagen und das darin festgelegte Verfahren (insbesondere das BVergG 2018)" aufzugreifen. Nicht verständlich ist, dass eine „Verletzung dieser Warnpflicht durch den Bieter (...) zur Folge" haben soll, „dass dieser im Fall einer verspäteten Geltendmachung sämtliche Aufwendungen" tragen muss, „die dem AG durch die Geltendmachung entstehen." Damit wird dem AG buchstäblich ein Freibrief für die Veröffentlichung fehlerhafter Ausschreibungen in die Hand gegeben. Wenn der Bieter in der kurzen Angebotsfrist eine Unvollständigkeit oder Unklarheit übersieht und diese später aufgreift, soll er die Kosten des AG dafür tragen. Ein solches Vorgehen weicht vom Gesetz und ÖNORM ab. Wir rügen diese Bestimmung daher als rechtswidrig im Sinne des § 125 Abs. 6 BVergG und regen die Berichtigung durch Streichung der gesamten Passage an. Gemäß § 110 Abs. 2 BVergG haben sich die vertraglichen Bestimmungen an den Gesetzen und Normen zu orientieren.

Antwort: Diese Festlegung entspricht der Judikatur des OGH zu den vorvertraglichen Prüf- und Warnpflichten von Bietern in Vergabeverfahren und wird daher nicht geändert; die Festlegung entspricht zudem der Verpflichtung des Bieters nach § 125 Abs. 6 BVergG Ein Freibrief für fehlerhafte Ausschreibungen ergibt sich aus Sicht des AG damit jedenfalls nicht."

Die Antragstellerin bringt dazu vor, die Antwort, wonach die Festlegung der einschlägigen Rechtsprechung des OGH zur vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht entsprechen würde, sei rechtlich nicht korrekt. Weder das Gesetz noch die ÖNORM B 2110 kenne eine derart weitreichende vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht. Durch die Bieterfragenbeantwortung werde gegen die Bestimmung des § 88 BVergG verstoßen. Die Angebote der Bieter könnten nicht ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und nicht ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen erstellt werden. Die Vergleichbarkeit der Angebote sei durch die Bieteranfragebeantwortung ebenfalls nicht sichergestellt.

Zu Bieterfragebeantwortung 33:

Die Frage betrifft Teil B1 Besondere Vertragsbedingungen, Punkt 21, Anhänge. Nach dieser Festlegung werden im Anschluss aufgelistete Anhänge bzw. Beilagen in der jeweils letztgültigen Fassung integrierender Bestandteil des Vertrages und sind deren Inhalte seitens des Auftragnehmers vollumfänglich zu berücksichtigen und einzuhalten. Beilagen werden teilweise - auch während der Leistungserbringung - laufend fortgeschrieben. Für den Auftragnehmer sind im Falle einer Fortschreibung ausschließlich die letztgültigen Versionen maßgeblich. Im Anschluss an diesem Punkt sind insgesamt 39 Beilagen aufgelistet.

„Frage: Worin liegt die sachliche Rechtfertigung für das Abgehen von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen unter ÖNORM B 2110?

Kann der Bieter davon ausgehen, dass das Leistungverzeichnis die im Vertrag genannten Anhänge berücksichtigt und nicht zu diesen im Widerspruch steht?

Antwort: Die angeführten ständigen Anhänge bzw. Beilagen sind naturgemäß gewissen Anpassungen/Fortschreibungen unterworfen. Sofern eine nachträgliche Änderung nachgewiesener Weise zu Mehrkosten (ZB Umplanungen oÄ) des AN führt, kann der AN diesbezüglich MKF geltend machen."

Die Antragstellerin bringt dazu vor, im Anschluss seien in Summe 39 Beilagen aufgelistet. Der Antragsgegnerin habe die Frage, ob Bieter davon ausgehen könnten, dass das Leistungsverzeichnis die genannten Beilagen berücksichtige und nicht mit diesen im Widerspruch stehe, nicht beantwortet. Es sei die Verpflichtung des AG, die der Ausschreibung zu Grunde liegenden Unterlagen sorgfältig auszuarbeiten. Den AG treffe die Beschreibungsverantwortung und er sei im Rahmen seiner vorvertraglichen Pflichten dazu verpflichtet, bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung sorgfältig vorzugehen. Darauf dürften die Bieter vertrauen, sodass sie nicht zu einer umfassenden Überprüfung der Unterlagen veranlasst seien. Durch die Bieterfragebeantwortung werde gegen die Bestimmung des § 88 BVergG verstoßen. Die Angebote der Bieter könnten nicht ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen erstellt werden. Die Vergleichbarkeit der Angebote sei durch die Bieterfragebeantwortung ebenfalls nicht sichergestellt. Die Bieter könnten demnach nicht auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Leistungsverzeichnisses vertrauen.

Zu Bieterfragebeantwortung 46:

Die Anfrage betrifft eine Festlegung, wonach, sofern hierfür nicht eigene Positionen vorgesehen sind, alle Nebenleistungen in den Einheitspreis einzukalkulieren sind.

„Frage: welche Nebenleistungen, für die a) weder eine eigene Position vorgesehen ist noch b) nicht in den Vertragsbedingungen genannt sind und die c) nicht in der Ausschreibung gesondert erfasst sind, sind hier gemeint? Welche kalkulatorischen Ansätze soll der Bieter hierfür treffen?

Antwort: Diese Formulierung bezieht sich ausschließlich auf die mit dem Vergabepaket versendeten Ausschreibungsunterlagen. Alle hier geforderten Leistungen sind im Angebot zu berücksichtigen."

Die Antragstellerin bringt dazu vor, die Antragsgegnerin sei ihrer Verpflichtung, die der Ausschreibung zu Grunde liegenden Unterlagen sorgfältig auszuarbeiten, nicht ausreichend nachgekommen. Durch die Bieterfragebeantwortung werde gegen die Bestimmung des § 88 BVergG verstoßen. Die Angebote der Bieter könnten

nicht ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen erstellt werden. Die Vergleichbarkeit der Angebote sei durch die Bieterfragebeantwortung ebenfalls nicht sichergestellt. Die Bieter könnten nicht auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Leistungsverzeichnisses vertrauen.

Zu Bieterfragebeantwortung 75:

Die Bieteranfrage betrifft die Position 01.03.01.01 des Leistungsverzeichnisses. In dieser Bieteranfrage wird zunächst dargelegt, dass der Positionstext zu unbestimmt sei, um in der Kalkulation berücksichtigt werden zu können, und dass klarstellende Ergänzungen erforderlich seien. Danach schließen die Fragen an, innerhalb welcher Frist Änderungen und Detaillierungen von Fremdgewerken zu prüfen seien und innerhalb welcher Frist Änderungen und Detaillierungen von Fremdgewerken in die eigene Planung zu übernehmen seien. Danach wird auf Planungsänderungen eingegangen und ausgeführt, es dränge sich die Vermutung auf, dass dem Ausführenden die Planungs- und Koordinierungsverantwortung überbunden werden solle. Dies sei im offenen Verfahren mit konstruktiver Leistungsbeschreibung unzulässig. Danach schließt die Frage an, mit welchen Planungsänderungen im Zuge der Herstellung von Ausführungs- und Fertigungsunterlagen zu rechnen sei. Danach wird ausgeführt, dass der AG dem AN mit dieser Festlegung das volle Planungsrisiko überbinden würde, der AN dies aber mangels detaillierter Einsicht nicht im Angebotspreis berücksichtigen könne. Dies sei gröblich benachteiligend und vergabe- sowie allgemein rechtswidrig.

Die Antwort auf diese Bieteranfrage ist wörtlich ident mit der Antwort auf Bieteranfrage 14.

Das Vorbringen der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag ist wörtlich ident mit dem Vorbringen zu Bieteranfrage 14.

Zu Bieterfragebeantwortung 98:

Die Festlegung betrifft Punkt 4.3.2 Werk- und Montageplanung.

Nach dieser Festlegung hat der Auftragnehmer die erforderlichen Durchbrüche, Schächte, Kollektoren, Fundamente, Künetten, Aussparungen, Schlitze etc. für Leitungsführungen sowie Angaben für sonstige Montagebehelfe im Zuge seiner Planung zu erfassen und die beigestellten Unterlagen auf deren Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen.

Die Antragstellerin richtete im Zusammenhang mit dieser Festlegung eine Reihe von Subfragen an die Antragsgegnerin. Die letzte dieser Subfragen lautete:

„Allfällige Vorgaben des Betreibers (z.B. das Anlagenkennzeichnungssystem „AKS“ oder Ähnliches) sind bereits in der Werkplanung zu berücksichtigen.“ Eine derart offene Formulierung lässt viele Interpretationen zu. Grundsätzlich sollten ja die „Vorgaben des Betreibers“ bereits in der Projektplanung berücksichtigt sein. Frage: welche Vorgaben des Betreibers sind abgesehen vom AKS zu erwarten?“

Die Antragsgegnerin hat die einzelnen Subfragen bis auf die genannte letzte Subfrage beantwortet.

Die Antragstellerin bringt dazu vor, für die Kalkulation der Werk- und Montageplanung sei es für Bieter notwendig zu wissen, ob und wenn ja welche Vorgaben des Betreibers in der Werk- und Montageplanung umzusetzen sind, andernfalls sei der Aufwand für diese Leistung nicht kalkulierbar.

Zu Bieterfragebeantwortung 99:

Die Bieteranfrage 99 betrifft die Position 00.00.16.50 Bauablauf und Montage. Die Antragstellerin fragt unter anderem nach den Arten der Rohrbefestigungen. Die Auftraggeberin legt in ihrer Antwort fest, welche Art der Rohrbefestigungen im Einheitspreis enthalten sein sollen.

Die Antragstellerin bringt dazu vor, die Antragsgegnerin habe die Frage insoweit unvollständig beantwortet, als sie keinerlei Angaben gemacht hat, wie viele Befestigungen im Einheitspreis enthalten sein sollen und wie viele über die Leistungsgruppe 81 „Tragekonstruktion“ verrechnet werden können.

Die Frage lautet:

„Pos. 00.00.16.50 Bauablauf und Montage: Die hohe Dichte an Rohrleitungen, Luftkanälen und Kabeltassen macht eine Führung in mehreren Ebenen erforderlich. Dies bedingt einen erhöhten Aufwand für Abhängung, Aufständerung sowie ggf. erforderliche Auswechslungskonstruktionen zur Befestigung aller Teile, und in den angebotenen Einheitspreisen entsprechend zu berücksichtigen [sic].“ Dem Bieter ist in der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit nicht möglich, die vom AG gegen Entgelt durch seine Erfüllungsgehilfen erstellte Projektplanung durchzuarbeiten. Ein solches Durcharbeiten ist vom Gesetz auch nicht gefordert (§ 88 Abs. 2 BvergG). Die Erfüllungsgehilfen des AG sind zur

Erstellung einer normkonformen Projektplanung verpflichtet. Dennoch soll der Bieter alle Befestigungen (noch dazu unabhängig von der Arbeitshöhe gem. Punkt 2.12.2 der BVB C.) im Preis berücksichtigen. Ohne nähere Informationen des AG dazu, können diese Leistungen nicht kalkuliert werden.

Frage: Wie soll der Bieter den erhöhten Aufwand für Abhängung, Aufständerung sowie ggf. erforderliche Auswechslungskonstruktionen zur Befestigung aller Teile in seine Einheitspreise einrechnen? Die „Laufende Überprüfung, ggf. Anpassen und Nachführung an die aktuelle Architekturplanung" (S.11 des LV) sollen ebenfalls in die Einheitspreise eingerechnet werden.

Frage: Worin wird nach Erwartung des Auftraggebers die Anpassung an die aktuelle Architekturplanung bestehen? Wie soll der Bieter die gegebenenfalls erforderliche Anpassung und Nachführung kalkulieren?

Sowohl die Befestigungskonstruktionen als auch die Nachführung der Architekturplanung scheint unkalkulierbar und führt zu spekulativen Annahmen, wodurch die Angebote unvergleichbar werden. Die Vergleichbarkeit der Angebote muss aber von Gesetzes wegen sichergestellt sein (§ 88 Abs.1 BVergG). Somit verstößt die Forderung, wonach alle Befestigungskonstruktionen im Preis enthalten sein müssen bzw. die Kosten der eigenen Planung bei sich verändernder Architekturplanung einzurechnen sind, gegen das Gesetz. Wir rügen diese Bestimmungen daher als rechtswidrig im Sinne des § 125 Abs.6 BVergG und regen die Berichtigung durch Streichung dieser Absätze an. Gemäß § 110 Abs. 2 BVergG haben sich die vertraglichen Bestimmungen an den Gesetzen und Normen zu orientieren. Ein Abgehen davon ist nur in Ausnahmen zulässig und sollte sachlich gerechtfertigt sein.

Frage: Worin liegt bei Festlegung, dass alle Befestigungskonstruktionen und jegliches Nachführen der Architekturplanung im Einheitspreis enthalten sein muss, die sachliche Rechtfertigung?

Antwort: Werk- und Montageplanung:

Die dem AN übergebene Projektplanung (=Ausführungsplanung) entspricht der ÖNORM H6010 und ist vollständig, lagerichtig, dimensioniert und koordiniert. Das zugehörige 3D Modell der Ausführungsplanung wird zum Zeitpunkt der Übergabe an den AN kollisionsfrei entsprechend den Vorgaben des BIM-Abwicklungsplanes sein. Planfortschreibungen sind als laufender Prozess im Sinne des BIM-Planungsablaufes gemeint. Es müssen immer die aktuellen Planstände der Projektbeteiligten eingespielt und berücksichtigt werden. Falls sich hieraus Änderungen oder Umplanungen ergeben, sind diese gesondert über Änderungsanträge zu bewerten. Rohrleitungsdichte und Befestigung: Die Rohrleitungen sind soweit verfügbar gemäß dem Standard-Leistungsbuch (LB-HT 12) erfasst. Für darüber hinausgehende Befestigungskonstruktionen sind in den Abschnitten Tragkonstruktionen entsprechende Leistungspostionen vorgesehen. Ergänzend wird festgelegt: Im Einheitspreis der Rohrleitungen ist die Befestigung von Bauteilen, Stahlkonstruktionen oder Systemtragkonstruktionen bis zu nachstehend angeführten Abständen zu berücksichten.

Kante der Unterkonstruktion bis nähere Rohrkante: - geradlinige Abhängung von Oben: max. 1.000mm - Seitliche Befestigung: max. 500mm - Aufständerung von Unten: max. 500mm Darüber hinausgehende Befestigungskonstruktionen werden entweder vom AG nach Angaben des AN errichtet, oder werden über die Positionen der Leistungsgruppen „81 Tragkonstruktionen" verrechnet. Durch das mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellte 3D Modell ist es dem Bieter möglich und zumutbar die damit verbundenen Aufwendungen, insbesondere bei der Montage zu bewerten."

Zu Bieterfragebeantwortung 102:

Die Bieterfragebeantwortung 102 entspricht insoweit der Bieterfragebeantwortung 20. Die Antragstellerin verweist daher auf ihr diesbezügliches Vorbringen.

Die Antragstellerin hat beantragt, die bekämpften Bieterfragenbeantwortungen nichtig zu erklären, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und der Antragsgegnerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren aufzutragen.

Die Antragsgegnerin hat dazu mit Schriftsatz vom 11.10.2022 im Wesentlichen wie folgt repliziert:

1. Die Antragstellerin habe ausschließlich die Bieterfragenbeantwortungen angefochten und deren Nichtigerklärung beantragt. Die Ausschreibungsunterlagen seien durch die Antworten der Antragsgegnerin nicht geändert worden und in Bestandskraft erwachsen. Mit der beantragten Nichtigerklärung der Bieterfragenbeantwortungen wäre somit für die Antragstellerin nichts gewonnen. Schon deshalb sei der gesamte Antrag der Antragstellerin mangels Relevanz der behaupteten Rechtswidrigkeit abzuweisen.

2. Darüber hinaus seien die gegebenen Antworten auch inhaltlich nicht rechtswidrig.

Zu Punkt 6 sei festzuhalten, dass im Hinblick auf Mehrkostenforderungen die Regelungen der besonderen Vertragsbestimmungen C., Teil B1, iVm Punkt 1.2 drittletzter Absatz der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen Teil A2 vorgingen. Diesbezüglich sei schon in mehreren Punkten (Fragen 30, 87 und 20) der Fragenbeantwortung klargestellt worden, dass in Positionen im Leistungsverzeichnis, welche sich auf Mehrkostenforderungen bei Planänderungen beziehen, nur Planänderungen im Angebot zu berücksichtigen sind, die der Sphäre des Auftragnehmers zuzuordnen sind (und nicht solche aus der Sphäre des AG). Ein unkalkulierbares Risiko bestehe für die Bieter sohin klar nicht.

Zu Punkt 14 und 75 sei das Vorbringen völlig unsubstantiiert und könne daher nicht nachvollzogen werden. Die Antworten 14 und 75 seien zudem richtig und vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Zu Punkt 11 mache die Antragstellerin geltend, dass die Erschwernisse nach wie vor nicht kalkulierbar seien. Die behauptete Rechtswidrigkeit betreffe jedoch nicht die Beantwortung, sondern die betreffende Position des Leistungsverzeichnisses, die von der Antragstellerin nicht bekämpft worden und somit bestandsfest sei. Darüber hinaus könne der konkrete Bauablauf bei einem derartigen Großprojekt von der Auftraggeberin nicht bis ins letzte Detail vorhergesehen werden. Es handle sich bei den beschriebenen Erschwernissen nicht um außergewöhnliche Störungen oder unvorhersehbare Arbeitsunterbrechungen, sondern um einen üblichen Arbeitsablauf, welcher sich durch die hohe Installationsdichte des Objekts ergebe und nicht vermeidbar sei.

Zu Punkt 16 sei auszuführen, dass aufgrund der hohen Installationsdichte Unterscheidungen der in den einschlägigen Normen angeführten Abstände im Bereich der Zentralen und der Verteilerleitungen nicht vermeidbar und überdies bei derart hoch installierten Gebäuden üblich und umsetzbar seien. Außerdem sei mit den Ausschreibungsunterlagen auch ein vollständiges 3-D-Modell des Gebäudes inklusive der TGA-Anlagen (sogenannter Digitaler Zwilling) zur Verfügung gestellt worden, mit welchem es der Antragstellerin, wie auch den übrigen Bietern, möglich sei, die für diese Leistungsposition notwendigen Aufwendungen zu bewerten.

Zu Punkt 20 werde behauptet, der bestandsfeste Punkt 2.10 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen C. - welche nicht Teil des Anfechtungsgegenstandes (Bieterfragenbeantwortungen) sei - würde nicht kalkulierbare Risiken auf die Antragstellerin übertragen und ein Angebot könne nicht ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen erstellt werden.

Die Fragebeantwortung verweise bereits richtigerweise auf die allgemein bekannte Judikatur des OGH, welche im Zusammenhang mit vorvertraglichen Prüf- und Warnpflichten von Bietern in Vergabeverfahren ergangen sei. Im Folgenden führt die Antragsgegnerin zum Inhalt dieser Judikatur aus.

Zu Punkt 33 sei auszuführen, die Pflicht, die Ausschreibungsunterlagen zu prüfen, könne der Antragstellerin nicht abgenommen werden und übersteige keinesfalls die Grenzen des Zumutbaren, gemessen an der Komplexität der ausgeschriebenen Leistungen des Gesamtprojektes. Im Übrigen werde auf die Bestandsfestigkeit der Ausschreibungsunterlage sowie die fehlende Beschwer durch die Fragebeantwortung verwiesen.

Zu Punkt 46 sei auszuführen, die zu Grunde liegende Position 00.00.16.50.B des Leistungsverzeichnisses sehe vor, alle Nebenleistungen in die Einheitspreise einzurechnen, sofern diese nicht gesondert in der Ausschreibung ausgewiesen werden. Diese Festlegung entspreche der üblichen Ausschreibungspraxis und übersteige keineswegs das Maß des Zumutbaren. Überdies solle mit dieser Regelung auch das Problem der verbotenen Mischkalkulation geregelt werden. Im Übrigen werde auf die Bestandsfestigkeit der Ausschreibungsunterlage sowie die fehlende Beschwer durch die Fragebeantwortung verwiesen.

Zu Punkt 98 mache die Antragstellerin geltend, ihre Frage nach den erwartbaren Vorgaben des Betreibers, abgesehen vom AKS (Anlagenkennzeichensystem), sei nicht beantwortet worden. Ganz im Gegenteil habe die Auftraggeberin diese Frage zur Gänze beantwortet, indem sie der Antragstellerin (und allen anderen Interessenten) mitgeteilt habe, dass die Umsetzung des AKS-Systems entsprechend der C.-Dokumentationsrichtlinie systembedingt nur durch den späteren Auftragnehmer als Anlagenerrichter erfolgen könne und für diese Leistung eine eigene Ausschreibungsposition vorhanden sei. Die Frage sei daher vollständig, richtig und rechtskonform beantwortet worden. Im Übrigen werde auf die Bestandsfestigkeit der Ausschreibungsunterlage sowie die fehlende Beschwer durch die Fragebeantwortung verwiesen.

Zu Punkt 99 beanstande die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin nicht beantwortet habe, wie viele Befestigungen

im Einheitspreis enthalten sein sollen. Diese Behauptung begründe keine Rechtswidrigkeit, da die Anzahl der Befestigungen, welche im Einheitspreis berücksichtigt werden sollen, vom jeweils angebotenen System des Bieters abhängig sei. Den Bietern sei dadurch die Wahl des Rohrwerkstoffes und des Systems freigestellt worden. Die Anzahl und Ausführung der erforderlichen Rohrleitungsbefestigungen sei maßgeblich vom verwendeten Rohrsystem bzw. Fabrikat abhängig und könne daher nicht von der Auftraggeberin angegeben bzw. vorgegeben werden. Im Übrigen werde auf die Bestandsfestigkeit der Ausschreibungsunterlage sowie die fehlende Beschwer durch die Fragebeantwortung verwiesen.

Zu Punkt 102 rüge die Antragstellerin, dass mit der Beantwortung Punkt 2.9 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen C. nicht geändert worden sei. Eine Änderung dieses Punktes sei jedoch nicht erforderlich. Im Übrigen sei dieser Punkt der Ausschreibungsbestimmungen nicht Gegenstand des Nachprüfungsantrages und somit bestandsfest.

Die Antragstellerin replizierte dazu mit Schriftsatz vom 24.10.2022 im Wesentlichen Folgendes:

1. Die Bekämpfung der Bieterfragenbeantwortungen als gesondert anfechtbare Entscheidungen stelle den korrekten Weg der Bekämpfung dar, andernfalls das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen ad absurdum geführt würde. Würden die Ausführungen der Auftraggeberin korrekt sein, so wäre eine Bieterfragebeantwortung nie eine gesondert anfechtbare Entscheidung, da sich eine Bieterfrage letzten Endes immer an die Ausschreibung richte.

Würde man den Rechtsstandpunkt der Auftraggeberin teilen, so wären Bieter immer dazu gezwungen, sowohl Bieterfragenbeantwortungen als auch die Ausschreibung bekämpfen zu müssen.

2. Zu den einzelnen Punkten:

Zu Punkt 6 führe die Antragsgegnerin erstmals in Abkehr von ihrer bisherigen Meinung aus, dass von den Bietern nur Planänderungen im Angebot zu berücksichtigen seien, die der Sphäre des Auftragnehmers zuzuordnen seien. Mit der vorliegenden Klarstellung, welche bereits mit den Bieterfragenbeantwortungen hätte erfolgen müssen, gestehe die Auftraggeberin die Rechtswidrigkeit ihrer Bieterfragenbeantwortungen und in letzter Konsequenz auch ihrer Ausschreibung ein. Die Antragstellerin sei durch die vorliegende, erstmals in der Stellungnahme vom 11.10.2022 getroffene, Klarstellung in diesem Punkt klaglos gestellt. Die Einbringung des vorliegenden Nachprüfungsantrags erfolge somit zu Recht.

Zu den Punkten 14 und 75 habe die Auftraggeberin die Fragen, wie mit Planänderungen aus der Sphäre der Auftraggeberin umzugehen sei, rechtswidrig beantwortet und eine Klarstellung erstmals mit der vorliegenden Stellungnahme vom 11.10.2022 vorgenommen. Die Antragstellerin sei daher in diesem Punkt klaglos gestellt.

Zu Punkt 11 habe die Antragsgegnerin erstmals in der Stellungnahme vom 11. Oktober 2022 - in Abkehr von ihrer bisherigen Meinung - zumindest klargestellt, dass es sich bei den in der Ausschreibung beschriebenen Erschwernissen, welche von den Bietern einzukalkulieren sind, nicht um außergewöhnliche Störungen oder unvorhersehbare Arbeitsunterbrechungen handle, sondern um einen üblichen Arbeitsablauf. Mit der vorliegenden Stellungnahme werde von der Auftraggeberin zumindest die Klarstellung getroffen, dass offenbar nur übliche Erschwernisse von Bietern einzukalkulieren seien. Gerade diese Einschränkung habe die Auftraggeberin in der vorliegenden Beantwortung nicht vorgenommen. Allein dadurch ergebe sich die Rechtswidrigkeit dieser Bieterfragenbeantwortung.

Die Antragstellerin sei daher in dieser Hinsicht klaglos gestellt. Ungeachtet dessen sei nach wie vor weder die Anzahl der beteiligten Auftragnehmer noch die Anzahl der Unterbrechungen bekannt und damit die Leistung nicht kalkulierbar. Diese Bieterfragenbeantwortung sei zumindest in diesem Punkt nach wie vor rechtswidrig.

Zu Punkt 16 werde von der Auftraggeberin versucht, das Risiko, welches sich offenbar aus der unvollständigen Planung ergebe, auf die Bieter zu überwälzen. Es werde nicht klargestellt, welche Erschwernisse und in welchem Ausmaß konkret einzukalkulieren seien. Damit sei die Antwort rechtswidrig und führe dazu, dass Bieter in der kurzen Angebotsphase die an sich von der Auftraggeberin zu erbringende Leistung, nämlich eine ordnungsgemäße und sachgerechte Leistungsbeschreibung zu erstellen, nachholen müssten. Von Seiten der Auftraggeberin wäre lediglich klarzustellen, dass sie die Leistungen nicht bis ins letzte Detail beschreiben könne und daher das Risiko, welches sich aus der fehlenden Angabe der Isoliererabstände ergebe, von der Auftraggeberin übernommen werde. Auch hier werde mit der Bieterfragebeantwortung schlichtweg versucht, ein Risiko, welches von der Auftraggeberin als Bauherrin zu

tragen sei, auf die Bieter zu überwälzen. Neben den Kostenfolgen bestehe noch ein größeres Risiko: es sei nicht einmal gesichert, dass mit dem Unterschreiten der Isoliererabstände überhaupt ein normgerechtes Werk erstellt werden könne. Der Verweis auf das 3-D-Modell ändere nichts an der Rechtswidrigkeit der Beantwortung. Das 3-D-Modell befinde sich, wie in Bieterfrage Nr. 100 von der Auftraggeberin selbst angegeben, noch in Bearbeitung und sei daher noch nicht kollisionsfrei. Die Frage 16 sei jedenfalls nicht rechtskonform, vollständig und vergaberechtskonform beantwortet worden. Dazu wäre eine Klarstellung notwendig gewesen, dass die Leistungen nach den Vorgaben der jeweiligen Positionen der Standardisierten Leistungsbeschreibung Haustechnik zu kalkulieren seien, welche von einer normkonformen Montagesituation ausgingen. Darüber hinaus gehende Erschwernisse seien entweder kalkulierbar darzustellen oder gegen Nachweis entsprechend den Regelungen des Vertrages abzugelten.

Mit Punkt 20 würde die Antragsgegnerin ebenfalls versuchen, Risiken bzw. Fehler, die ihr bei der Erstellung der Ausschreibung unterlaufen seien, und die daraus resultierenden Folgen auf die Bieter zu überwälzen. Mit der Fragenbeantwortung verweise die Auftraggeberin auf eine Entscheidung, die mit der konkreten Bestimmung und mit der konkreten Bieterfrage nichts zu tun habe. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze einer culpa in contrahendo Haftung seien bekannt. Im konkreten Fall werde allerdings mit der Bestimmung 2.10 der Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen in Abweichung von ÖNORM B 2110 und in Abweichung zur geltenden Rechtslage nach dem ABGB festgelegt, dass eine Verletzung der vorvertraglichen Warnpflicht durch Bieter zur Folge hat, dass Bieter sämtliche daraus resultierenden Aufwendungen zu tragen haben, die der Auftraggeberin entstünden. Mit dieser Vertragsbestimmung werde vorgesehen, dass Bieter für Fehler der Auftraggeberin im Rahmen der Erstellung der Leistungsbeschreibung vollumfänglich haften würden. Mit der vorliegenden Fragenbeantwortung bestätige die Auftraggeberin diese vergaberechtswidrige Bestimmung in der Ausschreibung. Es gebe keine sachliche Rechtfertigung dafür, dass Bieter, welche noch in keinem Vertragsverhältnis mit der Auftraggeberin stünden, für sämtliche Folgen eines Fehlers der Auftragsgeberin haften sollten.

Es werde nochmals darauf hingewiesen, dass der Auftraggeberin, falls notwendig, auch Jahre zur Verfügung stünden, um ihre Ausschreibung so zu erstellen, dass die Leistungen für die Bieter kalkulierbar dargestellt werden und keine Fehler in der Ausschreibung vorhanden sind. Die Auftraggeberin würden in der Regel viel Geld dafür ausgeben, dass von der vergebenden Stelle eine dem BVergG entsprechende Ausschreibung erstellt werde. Wenn es der Auftraggeberin trotz der ihr zur Verfügung stehenden Vorbereitungszeit nicht gelinge, ihrer Verantwortung zur vollständigen Leistungsbeschreibung nachzukommen, so bleibe letzten Endes ein Restrisiko über, das von der Auftraggeberin als Bauherrin zu übernehmen sei und nicht auf die Bieter überwälzt werden dürfe. Davon losgelöst hafte der jeweilige Auftragnehmer in der Folge ohnehin aus dem Titel der vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht. Die Bestimmung sei daher unbillig und im Ergebnis krass sittenwidrig. Mit der Fragenbeantwortung werde diese sachlich nicht gerechtfertigte Bestimmung in der Beantwortung zuerst unsubstantiiert versucht zu rechtfertigen und dann in der Stellungnahme eine OGH-Entscheidung, welche mit dem konkreten Sachverhalt nichts zu tun habe, als Rechtfertigungsversuch angeführt.

Im Punkt 33 hätte die Auftraggeberin, wenn sie eine den Anforderungen des Bundesvergabegesetzes entsprechende Ausschreibung erstellt hätte, die Frage einfach mit „Ja“ beantworten können bzw. müssen. Es sei nicht Aufgabe des Bieters, die Ausschreibung im Hinblick auf Widersprüche zwischen umfangreichen Beilagen und dem Leistungsverzeichnis zu prüfen. Eine derartige Prüfpflicht würde die Verpflichtungen eines Bieters im Rahmen der Angebotsphase bei weitem überschreiten.

Im Punkt 46 stelle die Antragsgegnerin klar, dass alle Leistungen, welche sich aus den mit dem Vergabeakt versendeten Ausschreibungsunterlagen ergeben, im Angebot zu berücksichtigen seien. Mit dieser Antwort werde in rechtswidriger Weise ein Vollständigkeitsrisiko auf die Bieter überwälzt. Die Überwälzung eines Vollständigkeitsrisikos sei gemäß den Vorgaben in § 88 BVergG nicht zulässig und daher rechtswidrig.

Im Punkt 98 habe die Antragstellerin gefragt, welche Vorgaben des Betreibers abgesehen vom AKS zu erwarten seien. Diese Frage sei bis heute nicht beantwortet worden.

Zu Punkt 99 sei zwischen Primärkonstruktion und Sekundärkonstruktion zu unterscheiden. Die Sekundärkonstruktion umfasse die preislich „billigeren“ Standardbefestigungen wie Schellen, Dübel, Gewindestangen, Ankerplatten und Kanalwinkel. Diese seien aufgrund des geringen Preises bei den Rohren oder Kanälen in den Einheitspreis einzurechnen. Die sogenannten Primärkonstruktionen (auch „Schienen- oder Stahlkonstruktionen“ genannt) seien

technisch aufwendig und bis zu zehnmal teurer. Sie würden der Aufnahme von Rohren und Kanälen für Heizungs-, Klima-, Lüftungs- und Sanitärleitungen dienen. Auf diesen Primärkonstruktionen könnten aber auch zusätzliche andere Leitungen (zum Beispiel der Elektrotechnik) geführt werden, die entweder direkt an dieser Primärkonstruktion aufsetzen oder von der Primärkonstruktion ausgehend mit ihrer Sekundärkonstruktion abzweigen. Derartige Primärkonstruktionen würden aufgrund ihrer technischen Ausgestaltung und ihres hohen Preises typischerweise nicht im Einheitspreis, sondern in eigenen Positionen des Leistungsverzeichnisses abgebildet. Hierfür sei in diesem Vergabeverfahren auch in der Leistungsgruppe 81 des Leistungsverzeichnisses die entsprechende Position „Tragkonstruktionen" (abrechenbar nach Ausmaß) vorgesehen.

Soweit würden die Ansichten der Verfahrensparteien noch übereinstimmen. Nun lege die Auftraggeberin in ihrem Leistungsverzeichnis fest, dass alle Mehraufwendungen für die Befestigung im Einheitspreis enthalten sein müssten. Dazu habe die Antragstellerin eine Frage nach der Kalkulierbarkeit gestellt, die im Grunde unbeantwortet bleibe, weil die Auftraggeberin weitere Verwirrung stiften würde. Sie lege nunmehr fest, dass die „Befestigung" generell, also die Primärkonstruktionen und die Sekundärkonstruktionen, bis zu gewissen Wandabständen im Einheitspreis zu berücksichtigen seien. Nur die darüber hinaus gehenden Befestigungskonstruktionen seien nach der Position im Leistungsverzeichnis abzurechnen. Die Auftraggeberin überlasse es somit nach wie vor den Bietern, aus den Unterlagen mühsam herauszufinden, welche Befestigungen nun im Einheitspreis einzurechnen sind und welche nicht. Diese aufwändigen Ausarbeitungen würden dem § 88 Abs. 2 BVergG widersprechen und seien rechtlich unzulässig.

Infolge der Klarstellungen der Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 11.10.2022 zu den Fragen 6, 14 und 75 sei die Antragstellerin hinsichtlich dieser Beantwortungen klaglos gestellt. Die Antragstellerin beantrage daher in Abänderung zu ihrem Antrag im Nachprüfungsantrag vom 26.09.2022, die bekämpften gesondert anfechtbaren Bieterfragenbeantwortungen gemäß den Punkten 7.2 bis 7.9 des Nachprüfungsantrages vom 26.09.2022 wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären. Sämtliche sonstigen Anträge blieben aufrecht. Der Antragstellerin würde infolge der von der Auftraggeberin in der Stellungnahme vom 11.10.2022 vorgenommenen Klarstellungen jedenfalls Kostenersatz für die entrichteten Pauschalgebühren gebühren.

Die Antragsgegnerin hat dazu mit Schriftsatz vom 11.11.2022 im Wesentlichen Folgendes repliziert:

1. Dadurch, dass die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten habe, seien diese bestandsfest geworden. Eine nach Auffassung der Antragstellerin unzureichende Beantwortung von Bieteranfragen könne nicht dadurch rechtswirksam bekämpft werden, dass lediglich die Beantwortung der Bieteranfrage angefochten werde.

2. Eine Klaglosstellung liege nicht vor. Die Antragsgegnerin habe die von der Antragstellerin bekämpften Entscheidungen nicht zurückgenommen, sondern der Antragstellerin in sämtlichen Punkten inhaltlich widersprochen.

3. Darüber hinaus habe die Antragstellerin in einigen Punkten gar keine Frage gestellt, sondern der Antragsgegnerin das Verständnis der Ausschreibungsunterlagen durch die Antragstellerin mitgeteilt und um Abänderung der Ausschreibungsunterlagen ersucht. Dies sei keine Bieteranfrage. Dies betreffe insbesondere die Punkte 6, 14 und 75.

Die Antragsgegnerin replizierte darauf mit Schriftsatz vom 25.11.2022:

In diesem Schriftsatz stellte sie den Eventualantrag, folgende Bestimmungen/Positionen der Ausschreibung wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären:

? Position 01.03.01.01 des Leistungsverzeichnisses;

? Position 00.00.13.01 B Z des Leistungsverzeichnisses;

? Position 14.36.00.10 des Leistungsverzeichnisses;

? Punkt 2.10 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen Teil A2;

? Punkt 21 der Besonderen Vertragsbedingungen Teil B1;

? Position 00.00.16.50. B des Leistungsverzeichnisses;

? Punkt 4.3.2 der Besonderen Vertragsbedingungen Teil B1;

? Punkt 2.9 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen Teil A2.

Es wurde am 01.12.2022 eine mündliche Verhandlung durchgeführt und das Erkenntnis mündlich verkündet. Die Antragstellerin hat eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses verlangt.

Das Verwaltungsgericht ist von folgendem entscheidungswesentlichen Sachverhalt ausgegangen:

Die verfahrensgegenständlichen Bieterfragenbeantwortungen wurden den Bietern am 16.09.2022 über das Vergabeportal des ANKÖ mitgeteilt.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 26.09.2022 die Nichtigerklärung lediglich der Bieterfragenbeantwortungen betreffend die Bieterfragen Nummer 6, 11, 14, 16, 20, 33, 46, 75, 98, 99 und 102 beantragt, nicht aber die Nichtigerklärung auch der Teile der Ausschreibungsbedingungen, auf die sich die genannten Bieteranfragen und deren Beantwortung beziehen.

Die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten hat die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag vom 26.09.2022 im Wesentlichen darin erblickt, dass die zu Grunde liegenden Teile der Ausschreibungsbedingungen auf die Bieter eine Reihe von unkalkulierbaren Risiken übertragen sowie unvollständige und unklare Angaben enthalten würden. Es seien daher Klarstellungen, ergänzende Angaben und sonstige Änderungen der Ausschreibungsbedingungen erforderlich. Die erfolgten Bieterfragenbeantwortungen seien unvollständig und unzureichend. Zum Teil seien die gestellten Fragen schlicht nicht beantwortet worden.

Die Antragsgegnerin hat am 06.10.2022 die Angebotsfrist von ursprünglich 10.10.2022 auf 07.11.2022 erstreckt.

Die Antragstellerin hat im Nachprüfungsverfahren mit Schriftsatz vom 24.10.2022 inhaltlich - als Replik auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin - näher dargelegt, warum die Bieterfragenbeantwortungen nach Ansicht der Antragstellerin unzureichend gewesen seien und die nach Ansicht der Antragstellerin vorliegenden Unklarheiten und Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsbedingungen nicht beseitigt hätten. Auch in diesem Stadium des Nachprüfungsverfahrens gründet die Antragstellerin die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten der Bieterfragenbeantwortungen ausschließlich darauf, dass bestehende Unklarheiten sowie bestehende Vergaberechtswidrigkeiten in den Ausschreibungsbedingungen durch die Bieterfragenbeantwortungen nicht ausgeräumt worden seien und die Bieterfragenbeantwortungen unvollständig und unzureichend wären. Auch in diesem Stadium des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin somit noch kein Vorbringen erstattet, aus dem inhaltlich hervorgehen würde, dass die beantragte Nichtigerklärung von Bieterfragenbeantwortungen eine Verbesserung für die Antragstellerin bedeuten würde bzw. dass die Beantwortung der Bieteranfragen die bestandsfeste Ausschreibung abgeändert hätte.

Mit Schriftsatz vom 25.11.2022 releviert die Antragstellerin erstmals, dass die Bieterfragebeantwortung Nummer 99 sich nicht darauf beschränkt habe, die dem Vorbringen der Antragstellerin zu Folge von Anfang an bestehende Unklarheit hinsichtlich der erforderlichen Befestigungssysteme bestehen zu lassen, sondern diese Unklarheit noch vergrößert habe. Ohne diese Bieterfragenbeantwortung hätten sich die Unklarheiten betreffend Befestigungen lediglich auf Standardkonstruktionen beschränkt. Durch die Bieterfragenbeantwortung seien diese Unklarheiten auf Befestigungen mittels Abhängungen und seitliche Befestigung ausgeweitet worden. Darüber hinaus hat die Antragstellerin in diesem Schriftsatz erstmals mittels Eventualantrag die Nichtigerklärung der Ausschreibungsbestimmungen, auf welche sich die Bieterfragen beziehen, beantragt.

Die mündliche Verhandlung hatte im Wesentlichen folgenden Verlauf und Inhalt:

„Der ASTV verweist einerseits auf sein bisheriges Vorbringen und bringt ergänzend vor:

In vielen Bereichen seien im Zuge des Nachprüfungsverfahrens Klarstellungen durch die AG erfolgt. Einzelne Punkte des Nachprüfungsantrages seien aber in der Frage der Kalkulierbarkeit noch offen. Es werde sich wahrscheinlich rasch eine Erklärung erzielen lassen, wenn diese Punkte kurz inhaltlich besprochen werden können.

Der AG bringt dazu vor, die Ausschreibungsunterlagen seien bestandsfest und das Vorbringen der AST, soweit es sich gegen die Ausschreibungsunterlagen richtet, daher präkludiert. Darüber hinaus würde sich bei einer inhaltlichen Erörterung sehr rasch der Punkt ergeben, aus dem die AST gegenüber Mitbewerbern Wettbewerbsvorteile erzielen könnte, indem die AST über die Erklärungen verfügen würde, nicht aber die Mitbewerber. Ab diesem Punkt wäre daher die AST auszuschließen und hätte die Erklärung nur dem Gericht gegenüber zu erfolgen.

Die AST führt aus, offene Fragen würden noch zu den Bieteranfragen Nr. 11, 16, 33 und 99 bestehen.

Zu Bieteranfrage Nr. 11 bringt der ASTV vor, dass die Unklarheiten der Ausschreibung in diesem Punkt durch die Beantwortung nicht beseitigt worden seien und die Beantwortung selbst unklar gewesen sei. Eine etwaige

Nichtigerklärung der Beantwortung würde, wie der AST in seinem Vorbringen bereits ausgeführt habe, die geltend gemachte Unklarheit nicht beseitigen, sondern sei die unklare Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen mitumfasst. Durch die Nichtbeantwortung der Bieteranfrage im wesentlichen Teil sei das Vergabeverfahren auch an sich rechtswidrig.

Zur Bieteranfrage Nr. 16 bringt der ASTV vor, er habe aufgrund der Ausschreibungsunterlagen Unkalkulierbarkeit der gegenständlichen Arbeiten betreffend Dämmung vermutet. Die erfolgte Beantwortung habe bestätigt, dass diese Vermutung des AST zutreffend sei.

Zur Bieteranfrage Nr. 33 bringt der ASTV vor, dass bei dieser Bieteranfrage in der Sache selbst keine Antwort erfolgt sei.

Zur Bieteranfrage Nr. 99 bringt der ASTV vor, dass hier dasselbe gelte wie bei Bieteranfrage Nr. 16. Die AST sei wie bei der Dämmung auch bei den Befestigungen von Unkalkulierbarkeit ausgegangen. Die erfolgte Antwort der AG habe bestätigt, dass die AST mit ihrem Verdacht der Unkalkulierbarkeit recht habe. Darüber hinaus seien durch die Bieteranfragenbeantwortung in diesem Punkt noch zusätzliche Unklarheiten entstanden.

Auf den Vorhalt des Berichters, dass im Nachprüfungsantrag unter Punkt 7.8 vom AST lediglich ausgeführt worden sei, dass die Bieteranfragenbeantwortung unvollständig sei und die Leistung daher nicht kalkuliert werden könne, liest der ASTV den Text seiner Stellungnahme vor und erläutert dazu, dass durch die Beantwortung die Unklarheiten vergrößert worden seien, wie er in den weiteren Schriftsätzen dargelegt habe. Im Wesentlichen könne die AST nicht einschätzen, wie sich die Befestigungen auf Primärkonstruktionen und auf Sekundärkonstruktionen verteilen würden. Durch die Bieteranfragebeantwortung seien Systemkonstruktionen dazugekommen und sei nicht klar, welche Konstruktionen mit diesen Systemkonstruktionen gemeint seien.

Der Berichter fragt den ASTV, wieso der ASTV in einigen Bieterfragenbeantwortungen eine Klaglosstellung erblicke, wenn die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich nicht geändert worden seien.

Der ASTV führt dazu aus, durch die Schriftsätze im Nachprüfungsverfahren seien Klarstellungen erfolgt, die in diesen Punkten für die AST zufriedenstellend wären. Da die Probleme in diesen Punkten durch die Klarstellungen im Nachprüfungsverfahren für die AST beseitigt worden seien, erachte sich die AST in diesen Punkten als klaglos gestellt. Falls es nach Ansicht des Gerichtes für das Vorliegen einer Klaglosstellung erforderlich sei, dass diese Klarstellungen auch gegenüber allen anderen Bietern zu erfolgen hätten, dann sei die AST in diesen Punkten selbstverständlich noch nicht klaglos gestellt.

Durch die Klarstellung habe sich für die AST die Rechtswidrigkeit der Bieterfragenbeantwortungen ergeben.

Der Berichter hält der AST vor, dass laut Aktenlage hinsichtlich der Fragenbeantwortungen, in denen die AST von einer Klaglosstellung im Nachprüfungsverfahren ausgehe, die Beantwortungen laut Vorbringen des AST unvollständig und unzureichend erfolgt seien.

Der ASTV führt dazu aus, es sei zutreffend, dass die Beantwortungen unvollständig und unzureichend erfolgt seien. Darüber hinaus seien die Beantwortungen selbst unklar gewesen.

Der AGV bringt vor:

Die Eventualanträge im Schriftsatz der AST vom 25.11.2022 seien verspätet und damit präkludiert. Die AG habe die Angebotsfrist gemäß Bekanntmachung Beilage ./2 von 10.10.2022 auf 07.11.2022 verlängert und diese Bekanntmachung am 06.10.2022 abgesendet. Der AG würde vom 10.10. 7 Tage zurückrechnen und käme somit auf den 03.10.2022 für den Eintritt der Präklusion.

Auf Vorhalt des Berichters bringt der AG vor, dass sich an der Präklusion zwar auch bei einer Rückrechnung vom 07.11.2022 nichts ändern würde. Seiner Rechtsansicht nach bleibe jedoch die am 03.10.2022 eingetretene Präklusion bestehen.

Der AGV führt weiters aus, die Judikatur des seinerzeitigen BVA zur falsa demonstratio sei insoweit nicht anwendbar, als sich aus dem Nachprüfungsantrag klar und eindeutig ergeben wür

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

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