OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-840297/22/HW

Datum:
Linz, 20. November 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wiesinger über den Antrag der A__, B-Strasse, vom 19.09.2024 und vom 20.09.2024 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10.09.2024 im Vergabeverfahren der LINZ SERVICE GmbH für Infrastruktur und Kommunal Dienste betreffend das Vorhaben „Optische Kanalinspektionen – Haltungs- und Schachtauswertung durch KI, (VA-Nr. 2024/67)“ nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung wird gemäß §§ 1, 2 und 7 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 stattgegeben und es wird die Ausscheidensentscheidung vom 10.09.2024 für nichtig erklärt.

II. Die Auftraggeberin wird verpflichtet, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 500 Euro für das Nachprüfungsverfahren binnen 14 Tagen zu ersetzen. Das Mehrbegehren, der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung aufzuerlegen, wird abgewiesen.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Eingaben vom 19.09.2024 und vom 20.09.2024 hat die A__ (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10.09.2024 sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Begründend führte die Antragstellerin kurz zusammengefasst im Wesentlichen aus, dass ihr Angebot mit Schreiben vom 10.09.2024 ausgeschlossen worden sei, obwohl alle geforderten Anforderungen gemäß den Ausschreibungsunterlagen und dem Leistungsverzeichnis erfüllt worden seien, die Gründe für den Ausschluss seien auch nicht ausreichend begründet worden und würden rechtswidrig erscheinen (Eingaben vom 19.09.2024 und vom 20.09.2024).

I.2. Die Auftraggeberin brachte kurz zusammengefasst im Wesentlichen vor, dass einerseits die in der Ausscheidensentscheidung genannten Ausscheidensgründe vorliegen würden. Andererseits wurden im Nachprüfungsverfahren noch weitere Ausscheidensgründe behauptet und es wurde von der Auftraggeberin erklärt, dass die Ausscheidensentscheidung auch auf diese (zusätzlich vorgebrachten) Ausscheidensgründe gestützt werde (Eingaben der Auftraggeberin).

II.1. Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung geht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich von folgendem Sachverhalt aus:

Die Auftraggeberin ist Sektorenauftraggeberin und beabsichtigt die „Rahmenvereinbarung mit einer Partei für die Optische Kanalinspektion durch Einsatz von künstlicher Intelligenz“ abzuschließen. Der Ausschreibungsgegenstand betrifft einen Dienstleistungsauftrag, der geschätzte Auftragswert liegt im Unterschwellenbereich. Die Auftraggeberin hat ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit mehreren Bietern eingeleitet. Die Verfahrenseinleitung ist am 12.07.2024 durch Einladung der betreffenden Bieter erfolgt, das Vergabeverfahren wird elektronisch auf der Vergabeplattform der Auftraggeberin durchgeführt. Die Angebotsfrist wurde mit 01.08.2024, 11:00 Uhr, festgelegt. Die Auftraggeberin hat den Bietern die vertragsgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen auf der Vergabeplattform mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Verfügung gestellt (unbestrittenes Vorbringen der Auftraggeberin in ON 10; vorgelegte Ausschreibungsunterlagen).

Die Ausschreibungsunterlagen weisen unter anderem folgenden Inhalt auf (Ausschreibungsunterlagen):
„Verfahrensordnung […]

1.2 Angebotsgrundlagen

Das Angebot ist auf Basis folgender Ausschreibungsunterlagen zu erstellen:

• Vorliegende Verfahrensordnung sowie Formblätter;
• Leistungsverzeichnis;
• Allgemeine Bedingungen der LINZ AG (ABV's)
• Allfällige Fragenbeantwortungen
• Angaben des Auftraggebers in seiner Vorlage für ein Angebot sowie die vom Bieter im Zusammenhang damit gemachten Angaben und abgegebenen Erklärungen. […]

1.6.2 Verfahrenssprache

Als Verfahrenssprache für das gegenständliche Vergabeverfahren und die nachfolgende Leistungserbringung wird Deutsch festgelegt.

1.6.3 Verfahrensablauf

Der Auftraggeber führt das Vergabeverfahren als einstufiges Verfahren durch und lädt gemäß § 203 Abs 6 und § 289 BVergG eine beschränkte Anzahl geeigneter Unternehmer zur Angebotslegung ein.

Der Auftraggeber wird nach Prüfung der Erstangebote mit allen Bietern verhandeln und alle Bieter zur Abgabe von Zweitangeboten auffordern. […]

1.9.3 Bestandteile des Angebots

Alle im Deckblatt angeführten Bestandteile des Angebots (insbesondere Formblätter und Beilagen) sind entsprechend auszufüllen bzw zu erstellen, einzuscannen und elektronisch auf das Beschaffungsportal hochzuladen. Soweit der Auftraggeber auf dem Beschaffungsportal elektronisch befüllbare Formulare (insbesondere Formblätter) zur Verfügung stellt, ist der Bieter verpflichtet, diese Formulare elektronisch zu befüllen.

Der Bieter hat ausschließlich die geforderten Felder der vorliegenden Ausschreibungsunterlage auszufüllen und die im Deckblatt angeführten Unterlagen beizulegen.

Das Angebot ist in deutscher Sprache zu verfassen. Beilagen sowie allfällige Nachweise und Bescheinigungen amtlicher Stellen sind ebenso in deutscher Sprache bzw in Kopie und beglaubigter Übersetzung beizulegen.

Mit der rechtsgültigen elektronischen Signatur anerkennt der Bieter ohne Einschränkungen alle Bestimmungen der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen. […]

1.10 Preise

Die im Leistungsverzeichnis auszufüllenden Einheitspreise haben im Preisangebotsverfahren erstellt zu werden und sind als Nettopreise (exkl. USt., incl. aller Nebenkosten, Gebühren und Ausgaben) auszuweisen.

Preisnachlässe finden nur dann Berücksichtigung, wenn sie gesondert am Ende des Online–Leistungsverzeichnisses eingetragen, und somit gesondert ausgewiesen werden.

Preisnachlässe in einem Begleitschreiben, anderen Beilagen oder an nicht dafür vorgesehen Stellen, werden nicht berücksichtigt. […]

2. Eignung

Der Bieter erklärt mit der Angebotsabgabe verbindlich, dass er in der Lage und gesetzlich befugt ist, den Auftrag vertragsmäßig auszuführen. Der Auftraggeber behält sich vor, die Bieter aufzufordern, binnen festgelegter angemessener Frist alle erforderlichen Nachweise vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen zu vervollständigen oder zu erläutern.

Die Befugnis, Zuverlässigkeit, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bieters zur Durchführung des gegenständlichen Auftrages müssen während des gesamten Vergabeverfahrens nachweislich gegeben sein. Der Auftraggeber behält sich vor, im

Verlauf des Vergabeverfahrens von den Bietern Nachweise zum Vorliegen der Eignung zu verlangen, um festzustellen, ob die Eignung nach wie vorgegeben ist.
[…]

Allgemeine Bewerbungs- und Vertragsbedingungen der Linz AG […]
1.2. Angebotserstellung – Vertragssprache […]
Angebote sind auf Basis der vom Auftraggeber übermittelten oder auf dem LINZ AG Beschaffungsportal zur Verfügung gestellten Leistungsspezifikationen und dieser Bewerbungs- und Vertragsbedingungen zu erstellen und werden von uns im Sinne dieser Bedingungen ausgelegt. […] Vertrags- und Abwicklungssprache ist Deutsch. […]
1.10. Allgemeine Geschäftsbedingungen des Auftraggebers und Bieters
Mit Angabe des Angebotes unterwirft sich der Bieter den Bewerbungs- und Vertragsbedingungen des Auftraggebers.
Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bieters […] werden für den Auftraggeber nicht verbindlich.
Ergänzende Bedingungen oder Abweichungen von den Auftraggeberbedingungen, über die der Bieter mit dem Auftraggeber verhandeln will, hat er detailliert in seinem Angebot anzuführen.
2.15. Rechnungslegung […]
2.16. Zahlungen – Anzahlungen […]

[…] Allgemeine Beschreibung der Leistung […]
Diese muss folgende Funktionen unterstützen:
- Automatische Email Benachrichtigungen nach erfolgter Zustandskodierung
- Sichtung und Bearbeitung von Zustandskodierung
- Vergabe von Ansichts- und Bearbeitungsrechten an Nutzer
[…] Allgemeine Anforderung an die Software -
Anforderung an die Software sind:
- Verbesserung der Bildqualität von 3D-Kugelbildscanabwicklungen, Anpassung der Überbelichtung, Optimierung der Bildschärfe und Auflösung, […]
- KI-basierte Zustandserfassung und Klassifizierung entsprechend EN 13508;
- Möglichkeit der adaptiven Skalierung (Genauigkeit) der erfassten Ereignisse durch die KI mittels benutzdefinierter dynamischer Filter, auf Orgnisations- und Projektebene einzustellen und Möglichkeit zur nachträglichen Anpassung. […]
- Möglichkeit zur Änderung der automatischen Klassifizierung der Schadensklassen bei Haltungen und Schächten;
- Export: Nach Abschluss der Kodierung ist eine ISYBAU-XML Datei zu erstellen, die für den Import in das geographische Informationssystem (GIS) des AG geeignet ist. Es ist ein URL-Link zur Webapplikation in der XML-Datei unter Feld <HZ900> (DWA) und <Filmname> (ISYBAU) einzufügen. […]“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Neben anderen Unternehmen hat die Auftraggeberin insbesondere auch die Antragstellerin zur Abgabe eines Erst-Angebotes eingeladen. Die eingeladenen Bieter und insbesondere auch die Antragstellerin haben jeweils ein fristgemäßes Erst-Angebot abgegeben (übereinstimmendes Vorbringen Antragstellerin und Auftraggeberin; Angebot der ASt).

Das von der Antragstellerin abgebebene Angebot beinhaltet unter anderem das Formblatt Erklärung des Bieters (Formblatt BIE) und ein Begleitschreiben, zudem wurden als Beilage Allgemeine Geschäftsbedingungen in englischer Sprache *(„Terms and Conditions“)* angeschlossen. Das Formblatt BIE und das Begleitschreiben weisen unter anderem folgenden Inhalt auf (Angebot der Antragstellerin, insbesondere Formblatt BIE und Begleitschreiben):

„Formblatt BIE

Erklärung des Bewerbers-/Bieters

0.1 Ich (Wir) anerkenne(n), dass meinem (unserem) Angebot insbesondere folgende Bestimmungen zugrunde liegen:

a. gegenständliche Bietererklärungen;

b. Ausschreibungsunterlagen (inklusive Formblätter und Beilagen); […]

d. Vertragsbestimmungen;

e. Leistungsverzeichnis; […]

Die von einem Bieter seinem Angebot allenfalls beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben sowohl für das Angebot als auch für die Vergabe keine Wirksamkeit. […]

0.7 Ich (Wir) biete(n) die Ausführung insbesondere der im Leistungsverzeichnis angeführten Leistungen unter Berücksichtigung der gesamten Ausschreibungsunterlagen an. […]

Begleitschreiben […]

Als Beilage zum Angebot finden Sie eine Kopie unserer Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Englischer Sprache, die für die nächste Phase des Verhandlungsverfahrens relevant sind.

Anmerkungen / noch zu klärende Punkte: […]

Preise und Zahlungsbedingungen: Die in unserem Angebot genannten Preise und Rabatt basieren auf unserem „Kilometerpaket“-Modell, das volumenbasierte Rabatte für jährliche Verpflichtungen (in diesem Fall 350 Km Rohrleitungen und 8.750 Schächte) und Vorauszahlungen umfasst. Das Angebot ist an die Einhaltung von spezifischen Zahlungsbedingungen gebunden.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Die Auftraggeberin hatte einen Zugang zur Software bzw. zur webbasierten Software-Anwendung der Antragstellerin, wobei Mitarbeiter der Auftraggeberin (konkret die Mitarbeiter E__ und F__) diese verwendet bzw. geprüft haben und es wurde dabei festgestellt, dass die von der Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung konkret genannten Anforderungen (im Zeitpunkt dieser Verwendung) nicht erfüllt waren. Dieser Zugang zur webbasierten Software-Anwendung der Antragstellerin war bis 27.07.2024 aktiviert, die letzte Verwendung durch die Mitarbeiter der Auftraggeberin erfolgte am 25.07.2024 (unbestrittenes Vorbringen der Antragstellerin; unbestrittenes Vorbringen der Auftraggeberin; Angaben in der mündlichen Verhandlung).

Am 10.09.2024 wurde die verfahrensgegenständliche Ausscheidensentscheidung übermittelt, welche damit begründet wird, dass das Angebot der Antragstellerin

mehrere konkret bezeichnete Mindestanforderungen nicht erfülle, wobei die Ausscheidensentscheidung unter anderem wie folgt lautet (Ausscheidens-entscheidung):

„Folgende Mindestanforderungen der Ausschreibung sind nicht erfüllt:
a. Der geforderte Datenaustausch in XML oder ISYBAU.
b. Bei der Rückmeldung von fertigen Projekten wird kein automatisches E-Mail versendet.
c. Eine händische Anpassung der Zustandskodierung, ist nicht möglich.
d. Eine Bildqualitätsverbesserung ist nicht möglich.
e. Die adaptive Skalierung der Schäden bzw. von Schadensbildern ist nicht möglich.
f. Schachtscanauswertungen bzw. Anpassungen sind nicht möglich.
g. EXPORTE der Auswertungsdaten in das geografische Informationssystem (GIS) des AG sind nicht möglich.
h. […] Das Programm läuft nur in englischer Sprache."

Nach Abgabe des Angebotes durch die Antragstellerin wurden von Seiten der Auftraggeberin keine Nachweise bzw. es wurde keine Aufklärung verlangt. Von Seiten des Vertreters der Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich die Übereinstimmung des Angebotes mit den spezifischen Zahlungsbedingungen laut Ausschreibung bestätigt (Angaben in mündlicher Verhandlung).

Dem von der Antragstellerin gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde nicht stattgegeben.

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus den vorliegenden Unterlagen und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung, wobei die einzelnen Feststellungen insbesondere auf dem jeweils in Klammer Angeführten gründen. Die von der Antragstellerin beantragten und vom Landes-verwaltungsgericht Oberösterreich nicht durchgeführten Beweisaufnahmen waren schon insofern nicht erforderlich, als bereits auf Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahmen feststeht, dass dem Antrag auf Nichtigerklärung stattzugeben ist. Die von der Auftraggeberin in ON 10 beantragten Einvernahmen von Ing. F__ und von E__ konnten unterbleiben, da die von der Auftraggeberin diesbezüglich genannten unter Beweis zu stellenden Tatsachen, soweit sie entscheidungsrelevant sind, bereits auf Basis der vorliegenden Verfahrensergebnisse festgestellt werden konnten. Weitere Beweisaufnahmen waren nicht erforderlich.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 302 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- und Abänderungs-angebote, 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, auszuscheiden. Bei der verfahrensgegenständlich angefochtenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung (vgl. etwa VwGH 25.01.2011, 2009/04/0302). Ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Mangel aufweist, ist am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen (VwGH 18.09.2019, Ra 2018/04/0007; 04.05.2020, Ra 2020/04/0037). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist, gilt auch für die Auslegung der Willenserklärung des Bieters (vgl. VwGH 22.03.2019, Ra 2018/04/0176 mwN).

III.2. Die Auftraggeberin begründet die Ausscheidensentscheidung vom 10.09.2024 damit, dass das Angebot der Antragstellerin mehrere in der Ausscheidensentscheidung konkret angeführte Mindestanforderungen nicht erfülle. Im Rahmen des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens wurde von der Auftraggeberin ergänzend vorgebracht, dass das Angebot der Antragstellerin darüber hinaus aufgrund von (den unter Punkt II.1. dargestellten) Ausführungen im Begleitschreiben der Antragstellerin und wegen der Übermittlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in englischer Sprache auszuscheiden sei. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung kann bzw. hat eine Vergabekontrollinstanz bei entsprechendem Vorbringen (unter bestimmten Voraussetzungen) auch auf solche Gründe für das Ausscheiden eines Angebotes Bedacht zu nehmen, die von Auftraggeberin in einer angefochtenen Entscheidung noch nicht herangezogen wurden (vgl. VwGH 12.05.2011, 2007/04/0012). Im vorliegenden Nachprüfungsverfahren ist daher zu prüfen, ob die von der Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung angegebenen oder zumindest die im Nachprüfungsverfahren von der Auftraggeberin vorgebrachten Ausscheidensgründe vorliegen.

III.3. Zu den in der Ausscheidensentscheidung vom 10.09.2024 aufgelisteten Punkten ist Folgendes auszuführen:

III.3.1. Nach den Ausschreibungsunterlagen ist das Angebot unter anderem auf Basis der Verfahrensordnung und des Leistungsverzeichnisses zu erstellen (vgl. Punkt 1.2 der Verfahrensordnung) und es anerkennt der Bieter mit der rechtsgültigen elektronischen Signatur ohne Einschränkungen alle Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen (vgl. Punkt 1.9.3 der Verfahrensordnung). Das Angebot der Antragstellerin beinhaltet im Formblatt BIE unter anderem die Erklärung, dass dem Angebot insbesondere die „Ausschreibungsunterlagen“ und das „Leistungsverzeichnis“ zugrunde liegen, sowie die Erklärung, dass die Ausführung der im Leistungsverzeichnis angeführten Leistungen unter

Berücksichtigung der gesamten Ausschreibungsunterlagen angeboten wird. Es ist daher das Angebot der Antragstellerin nach dem objektiven Erklärungswert grundsätzlich dahingehend zu verstehen, dass die ausgeschriebene Leistungserbringung inklusive der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten (technischen) Mindestanforderungen angeboten wird. Die Antragstellerin bringt in ihrem Angebot auch an keiner Stelle (klar) zum Ausdruck, dass sie eine von den (technischen) Mindestanforderungen gemäß den Ausschreibungsbestimmungen abweichende Leistung anbieten wolle (vgl. dazu auch VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; 22.03.2019, Ra 2018/04/0176). Es kann daher grundsätzlich auch nicht davon ausgegangen werden, dass das Angebot der Antragstellerin bzw. die von der Antragstellerin angebotene Leistungserbringung, die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Mindestanforderungen nicht beinhalten würde. Auf Basis der vorliegenden Verfahrensergebnisse kommt daher ein Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin aufgrund der in der Ausscheidensentscheidung genannten Punkte nicht in Betracht.

III.3.2. Im Hinblick auf das Vorbringen der Auftraggeberin betreffend die in der Ausscheidensentscheidung vom 10.09.2024 aufgelisteten Punkte ist ergänzend noch Folgendes auszuführen:

Zum Vorbringen der Auftraggeberin, wonach von Seiten der Antragstellerin keine Nachweise vorgelegt worden wären, aus denen sich ergeben würde, dass die webbasierte Software-Anwendung der Antragstellerin die Anforderungen der Ausschreibung erfüllt, ist anzumerken, dass auf Basis der vorliegenden Verfahrensergebnisse nicht ersichtlich ist, dass die Vorlage von derartigen Nachweisen von der Auftraggeberin gefordert worden wäre. Einerseits wird gemäß den Ausschreibungsunterlagen die Vorlage derartiger Nachweise als Bestandteil des Angebots (bzw. gleichzeitig mit der Angebotsabgabe) nicht verlangt. Andererseits ist auch nicht ersichtlich, dass im Zuge der Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin die Vorlage entsprechender Nachweise gefordert worden wäre. Ob die Auftraggeberin bei Fortsetzung des Vergabeverfahrens bzw. der Angebotsprüfung weitere Nachweise fordern könnte, braucht im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren nicht beurteilt werden (zumal eine allfällige weitere Angebotsprüfung samt Anforderung von weiteren Nachweisen von der Auftraggeberin im Rahmen des Vergabeverfahrens und nicht vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zu erfolgen hätte).

Es erfolgte von der Auftraggeberin im Übrigen auch keine Prüfung der webbasierten Software-Anwendung der Antragstellerin nach der Angebotsabgabe, sondern vielmehr wurde diese zuletzt am 25.07.2024, also mehrere Tage vor Ende der Angebotsfrist, verwendet. Allein aus den Erfahrungen bzw. Feststellungen aufgrund dieser Verwendung vor Ende der Angebotsfrist kann aber nicht darauf geschlossen werden, dass bestimmte (technische) Mindestanforderungen von der

Antragstellerin nicht mitangeboten worden wären. Aus den Erfahrungen bei der Verwendung der webbasierten Software-Anwendung einige Tage vor Ende der Angebotsfrist lässt sich auch nicht zwingend ableiten, dass die Software der Antragstellerin bestimmte technische Mindestanforderungen im Zeitpunkt der auftragsgegenständlichen Leistungserbringung (vgl. in diesem Zusammenhang VwGH 18.09.2019, Ra 2018/04/0007) bzw. im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht erfüllen würde. Es kommt daher insofern auch nicht darauf an, welche konkreten Feststellungen bzw. Erfahrungen aufgrund der Verwendung der webbasierten Software-Anwendung durch die Mitarbeiter der Auftraggeberin mehrere Tage vor dem Ende der Angebotsfrist gemacht wurden (sodass auch insofern eine weitere diesbezügliche Beweisaufnahme unterbleiben konnte). Es ist verfahrensgegenständlich im Übrigen auch nicht ersichtlich, dass die Auftraggeberin nach der Angebotsababe (im Zuge der Angebotsprüfung) von der Antragstellerin verlangt hätte, dass diese der Auftraggeberin einen Zugang zur angebotenen Software-Anwendung zwecks Angebotsprüfung ermöglicht. Auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Auftraggeberin kommt daher auf Basis der vorliegenden Verfahrensergebnisse, insbesondere auf Basis der bisher erfolgten Angebotsprüfung durch die Auftraggberin, ein Ausscheiden des Angebots aufgrund der in der Ausscheidensentscheidung genannten Punkte nicht in Betracht.

III.4.1. Nach Ansicht der Auftraggeberin ist das Angebot der Antragstellerin auch deswegen auszuscheiden, weil die Antragstellerin dem Angebot die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in englischer Sprache beigelegt hat. Dazu ist auszuführen, dass nach den Ausschreibungsunterlagen die Bieter nicht verpflichtet waren, (eigene) Allgemeine Geschäftsbedingungen (als Beilage zum Angebot) vorzulegen. Die im konkreten Fall von der Antragstellerin ungeachtet dessen vorgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen wären ausgehend vom Wortlaut des Begleitschreibens im Übrigen auch allenfalls für eine nächste Phase des Verhandlungsverfahrens gedacht gewesen. Das Angebot der Antragstellerin beinhaltet allerdings im Formblatt BIE ohnedies unter anderem die Erklärung, dass die *„von einem Bieter seinem Angebot allenfalls beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen […] sowohl für das Angebot als auch für die Vergabe keine Wirksamkeit“* haben. Dass die Antragstellerin der Geltung dieser Erklärung bzw. Regelung im Formblatt BIE (klar zum Ausdruck bringend) widersprochen hätte, lässt sich dem Angebot der Antragstellerin nicht entnehmen. Die Antragstellerin erklärt daher im Formblatt BIE, dass die beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowohl für das „Angebot“ als auch für die „Vergabe“ unwirksam sind, sodass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Antragstellerin bei der gegenständlichen Vergabe (also im gegenständlichen Vergabeverfahren) – unabhängig davon, ob sie in deutscher oder englischer Sprache beigefügt wurden – so zu behandeln sind, als ob sie nicht vorgelegt worden wären, und es vermögen die vorgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen demnach auch

keine Ausschreibungswidrigkeit bzw. keinen Ausscheidensgrund zu begründen (vgl. VwGH 19.11.2008, 2004/04/0102).
Selbst wenn man aber entgegen den obigen Ausführungen davon ausgehen sollte, dass die von der Antragstellerin beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgrund der Vorlage in englischer Sprache einen Angebotsmangel begründen, so wäre allenfalls von einem verbesserungsfähigen Mangel auszugehen. Ein Ausscheiden des Angebots ohne Gewährung einer vorhergehenden Verbesserungsmöglichkeit wäre daher insofern rechtswidrig (vgl. *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 § 129 Rz 79 mwN). Zum Vorbringen der Auftraggeberin, wonach die Antragstellerin bei Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit einen zeitlichen Vorteil und damit einen Wettbewerbsvorteil erlangen würde, ist auszuführen, dass die Bieter im vorliegenden Vergabeverfahren nach den Ausschreibungsunterlagen nicht verpflichtet waren, mit dem Angebot auch (eigene) Allgemeine Geschäftsbedingungen vorzulegen. Überdies ergibt sich unter anderem auch aus der Regelung in Punkt 1.10 der Ausschreibungsunterlage „Allgemeine Bewerbungs- und Vertragsbedingungen“, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bieters ohnehin nicht verbindlich sind. Durch die Möglichkeit einer Mängelbehebung im Wege einer nachträglichen Vorlage einer deutschen Übersetzung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen würde im konkreten Fall keine unzulässige Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin eintreten. Ein Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin aufgrund der in englischer Sprache beigelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt daher ohne Gewährung einer vorhergehenden Verbesserungsmöglichkeit jedenfalls nicht in Betracht.

III.4.2.1. Die Auftraggeberin bringt im Nachprüfungsverfahren unter anderem vor, dass das Angebot der Antragstellerin auch aufgrund der Ausführungen im Begleitschreiben betreffend „Preise und Zahlungsbedingungen“ auszuscheiden wäre. Im konkreten Nachprüfungsverfahren ist bei Auslegung des Begleitschreibens zu berücksichtigen, dass es sich beim verfahrensgegenständlichen Angebot der Antragstellerin um ein Erst-Angebot in einem Verhandlungsverfahren handelt sowie, dass in den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen (vgl. Punkt 1.10. Allgemeine Bewerbungs- und Vertragsbedingungen) eine Bestimmung enthalten ist, wonach im Angebot ergänzende Bedingungen oder Abweichungen von den Auftraggeberbedingungen, über welche ein Bieter verhandeln will, angeführt werden können. Vor diesem Hintergrund vermögen die im Begleitschreiben der Antragstellerin unter „Anmerkungen / noch zu klärende Punkte“ gemachten Ausführungen betreffend „Preise und Zahlungsbedingungen“ nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich für sich genommen keinen Ausscheidensgrund zu begründen.

III.4.2.2. Im Einzelnen ist zum Begleitschreiben ergänzend noch Folgendes auszuführen: Auch wenn die Antragstellerin im Begleitschreiben angibt, dass das Angebot an die Einhaltung von spezifischen Zahlungsbedingungen gebunden ist,

so lässt sich daraus im vorliegenden Fall nicht zwingend darauf schließen, dass damit andere (spezifische) Zahlungsbedingungen gemeint wären, als jene, welche in den Ausschreibungsunterlagen (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die Punkte 2.15. und 2.16. der Allgemeine Bewerbungs- und Vertragsbedingungen) festgelegt werden. Es werden von der Antragstellerin im Begleitschreiben insbesondere auch keine spezifischen von den Ausschreibungsbestimmungen abweichenden Zahlungsbedingungen (wie etwa bestimmte Abrechnungsmodalitäten oder Vorauszahlungsverpflichtungen in einer bestimmten Höhe) konkret angeführt und es wurde in der mündlichen Verhandlung vom Vertreter der Antragstellerin ausdrücklich die Übereinstimmung des Angebots mit den spezifischen Zahlungsbedingungen laut Ausschreibung bestätigt (vgl. in diesem Zusammenhang auch VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200, zu einem Aufklärungsschreiben). Es ist zudem auch zu berücksichtigen, dass das Angebot der Antragstellerin im Formblatt BIE die Erklärung beinhaltet, dass dem Angebot die „Ausschreibungsunterlagen“ zugrunde liegen und es wird in den Ausschreibungsunterlagen (vgl. Punkt 1.9.3 Verfahrensordnung) unter anderem bestandsfest festgelegt, dass mit der rechtsgültigen elektronischen Signatur ohne Einschränkungen alle Bestimmungen der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen anerkannt werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Annahme, ein Bieter wolle ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen, im Übrigen nur dann gerechtfertigt, wenn er dies „klar“ zum Ausdruck bringt (VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; 22.03.2019, Ra 2018/04/0176). Diese Annahme ist nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich verfahrensgegenständlich nicht gerechtfertigt (vgl. dazu auch VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066).

Dass die Antragstellerin im Begleitschreiben angibt, dass die im Angebot genannten Preise und Rabatte auf einem „Kilometerpaket“-Modell basieren, welches volumenbasierte Rabatte für jährliche Verpflichtungen und Vorauszahlungen umfasst, ist nach dem objektiven Erklärungswert dahingehend zu verstehen, dass von der Antragstellerin erklärt wird, dass die interne Kalkulation nach einem Kilometerpaket-Modell der Antragstellerin erfolgt ist. Es wird damit hingegen nicht (klar) zum Ausdruck gebracht, dass die ausgeschriebenen Leistungen nur unter der Bedingung angeboten werden würden, dass ein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes und nicht detailliert konkretisiertes Kilometerpaket-Modell zum Inhalt des Geschäfts gemacht wird. Die Ausführungen im Begleitschreiben, wonach das der internen Kalkulation zugrundeliegende „Kilometerpaket“-Modell der Antragstellerin volumenbasierte Rabatte für jährliche Verpflichtungen und Vorauszahlungen umfasst, können nach ihrem Wortlaut als eine Erläuterung zum „Kilometerpaket“-Modell aufgefasst werden. Es lässt sich daraus insbesondere nicht zwingend ableiten, dass auch die im konkreten Angebot der Antragstellerin genannten Preise und Rabatte bereits mit konkreten jährlichen Verpflichtungen und konkreten Vorauszahlungen kalkuliert worden wären, dies insbesondere zumal den Ausschreibungsbestimmungen keinerlei (konkrete)

Vorauszahlungen zu entnehmen sind. Vor dem Hintergrund, dass es sich verfahrensgegenständlich um ein Erst-Angebot in einem Verhandlungsverfahren handelt, erscheint es im Übrigen auch nachvollziehbar, wenn im Erst-Angebot Anmerkungen zur internen Kalkulation mit Hinweisen zu Einflussfaktoren auf die Preisfindung (gegenständlich mögliche zu verhandelnde Vorauszahlungen und jährliche Verpflichtungen) erfolgen, da noch Verhandlungen (betreffend die Zahlungsbedingungen) möglich sind. Insbesondere auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach die Annahme, ein Bieter wolle ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen, nur dann gerechtfertigt ist, wenn er dies „klar“ zum Ausdruck bringt, führen die im Begleitschreiben der Antragstellerin getätigten Ausführungen betreffend „Preise und Zahlungsbedingungen“ nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich für sich genommen nicht dazu, dass von einem den Ausschreibungsbedingungen widersprechenden Angebot auszugehen wäre.

III.4.2.3. Zum Vorbringen der Auftraggeberin, wonach kein verbindliches Angebot der Antragstellerin vorliege, weil das Angebot unspezifisch sei, die Antragstellerin nicht darlege, welche konkreten Inhalte das „Kilometerpaket“-Modell habe und wie die Abrechnungen bzw. die Zahlungsbedingungen konkret wären, ist auszuführen, dass – wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt – im vorliegenden Nachprüfungsverfahren nicht davon auszugehen ist, dass die Antragstellerin (klar) zum Ausdruck gebracht hätte, dass sie ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen wolle. Das Angebot der Antragstellerin ist daher aufgrund der (unwidersprochenen) Geltung der Ausschreibungsbestimmungen ausreichend konkretisiert, die Ausschreibungsbestimmungen gelten auch betreffend Abrechnungs- und Zahlungsbedingungen. Es hat die Antragstellerin im Übrigen insbesondere nicht erklärt, dass ihr Angebot bedingen würde, dass ein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes und nicht detailliert konkretisiertes Kilometerpaket-Modell zum Inhalt des Geschäfts gemacht wird. Damit war es aber (ohne Aufklärungsverlangen von Seiten der Auftraggeberin) nicht erforderlich, dass die Antragstellerin nähere Darlegungen betreffend ihre interne Kalkulation bzw. das „Kilometerpaket“-Modell tätigt. Weitere Erläuterungen zur internen Kalkulation der Antragstellerin, welche allenfalls ergänzende Darlegungen zum Kilometerpaket-Modell erforderlich gemacht hätten, wurden von der Auftraggeberin weder in den Ausschreibungsunterlagen noch in einem Aufklärungsverlangen (vgl. allgemein zur Aufklärungspflicht bei „Unklarheiten“, die für die Beurteilung eines Angebots von Bedeutung sind, etwa *Gölles* in *Gölles,* BVergG 2018 § 139 Rz 8) gefordert.

III.5. Auf Basis der vorliegenden Verfahrensergebnisse, insbesondere auf Basis der bisher erfolgten Angebotsprüfung, rechtfertigen die von der Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung herangezogenen bzw. im Nachprüfungsverfahren ergänzend vorgebrachten Gründe somit kein Ausscheiden des Angebots der

Antragstellerin. Die Ausscheidensentscheidung ist daher rechtswidrig, wobei die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens (potentiell) von wesentlichem Einfluss (vgl. dazu *Reisner* in *Gölles,* BVergG 2018 § 347 Rz 14 f) ist. Die angefochtene Ausscheidensentscheidung ist daher spruchgemäß für nichtig zu erklären.

III.6. Wie sich aus der Erörterung im Rahmen der mündlichen Verhandlung ergibt, beantragt die Antragstellerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr (vgl. § 22 Oö. VergRSG 2006). Da die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren obsiegt, hat sie gemäß § 23 Oö. VergRSG 2006 Anspruch auf Ersatz der gemäß § 22 Oö. VergRSG 2006 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde allerdings nicht stattgegeben, es besteht kein Anspruch der Antragstellerin auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Im Ergebnis ist Auftraggeberin daher (nur) verpflichtet, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 500 Euro für das Nachprüfungsverfahren zu ersetzen. Das Mehrbegehren, der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung aufzuerlegen, ist hingegen abzuweisen.

III.7. Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden. Gemäß § 14 Oö. LVwGG ist diese Entscheidung auch der Landesregierung zuzustellen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision: Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das gegenständliche Erkenntnis steht im Einklang mit den Leitlinien der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. vor allem die zitierte Rechtsprechung) und es war die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden war, anhand des konkreten Angebotes der Antragstellerin im vorliegenden Einzelfall zu beurteilen, sodass dem Ergebnis dieser einzelfallbezogenen Beurteilung keine Bedeutung über den gegenständlichen Einzelfall hinaus zukommt.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen

bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Wiesinger