

TE Lvwg Erkenntnis 2021/6/21 LVwG-VG-5/002-2021

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.06.2021

Entscheidungsdatum

21.06.2021

Norm

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §4

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §16

BVergG 2018 §138

BVergG 2018 §141 Abs1 Z7

1. BVergG 2018 § 138 heute
2. BVergG 2018 § 138 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 138 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 141 heute
2. BVergG 2018 § 141 gültig ab 21.08.2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat durch den Vergabesenat 6 unter dem Senatsvorsitz des Richters Mag. Allraun, mit den weiteren Richtern

HR Dr. Grassinger (Berichterin) und HR Mag. Hubmayr (Beisitzer) sowie mit den Laienrichtern Mag. Harald Schweiger und Dr. Andrea Wieser betreffend den am 28.04.2021, außerhalb der Amtsstunden, beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangten und am 29.04.2021 protokollierten Antrag der A GmbH, ***, ***, vertreten durch B Partner Rechtsanwälte GmbH, ***, ***, (im Folgenden: AST), laut Schriftsatz vom 28.04.2021, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der Marktgemeinde ***, ***, *** (im Folgenden: AG), vergebende Stelle: C GmbH, D, ***, ***, laut Schriftsatz vom 19.04.2021, in der Fassung des Schriftsatzes vom 20.04.2021, betreffend das Angebot der AST im Vergabeverfahren „Öffentliche Beleuchtung Marktgemeinde ***“, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Nachprüfungsverhandlung wie folgt erkannt:

Der Antrag der A GmbH, ***, ***, vertreten durch B Partner Rechtsanwälte GmbH, ***, ***, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der Marktgemeinde ***, ***, *** (im Folgenden: AG), vergebende Stelle: C GmbH, D, **, ***, laut Schriftsatz vom 19.04.2021, in der Fassung des Schriftsatzes vom 20.04.2021, betreffend das Angebot der AST im Vergabeverfahren „Öffentliche Beleuchtung Marktgemeinde ***“, wird abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Hinweis:

Die Entscheidung über den Ersatz der Gebühr für den Nachprüfungsantrag ergeht auf Grund der Einzelrichterzuständigkeit mit gesondertem Beschluss.

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 1 und 3 Z 1, § 4 Abs. 1, Abs. 2 Z 2, Abs. 8, Abs. 9 und Abs. 15, § 13 Abs. 2, § 16 Abs. 1 und § 19 Abs. 3 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. Nr. 7200-3, zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 54/2019 (NÖ VNG). Paragraph eins, Absatz eins und 3 Ziffer eins,, Paragraph 4, Absatz eins,, Absatz 2, Ziffer 2,, Absatz 8,, Absatz 9 und Absatz 15,, Paragraph 13, Absatz 2,, Paragraph 16, Absatz eins und Paragraph 19, Absatz 3, NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. Nr. 7200-3, zuletzt geändert durch Landesgesetzblatt Nr. 54 aus 2019, (NÖ VNG).

§ 141 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, in der Fassung der letzten Änderung BGBl. II 91/2019 (BVerG 2018), Paragraph 141, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2018, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 65 aus 2018,, in der Fassung der letzten Änderung Bundesgesetzblatt Teil 2, 91 aus 2019, (BVerG 2018),

§ 28 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) Paragraph 28, Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG)

§ 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) iVm Paragraph 25 a, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) iVm

Artikel 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) Artikel 133 Absatz 4, Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

Entscheidungsgründe:

Die AG hat das Vergabeverfahren „Öffentliche Beleuchtung Marktgemeinde ****“ zur Vergabe eines Bauauftrages zur Sanierung der öffentlichen Straßenbeleuchtung mit 750 Lichtpunkten, einem Bauauftrag im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich (Bestangebotsprinzip), nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018, BGBl. I Nr. 54/2018 (BVerG 2018) iVm den Bestimmungen des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes, LGBl. Nr. 7200-3, zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 54/2019 (NÖ VNG) ausgeschrieben. Die AG hat das Vergabeverfahren „Öffentliche Beleuchtung Marktgemeinde ****“ zur Vergabe eines Bauauftrages zur Sanierung der öffentlichen Straßenbeleuchtung mit 750 Lichtpunkten, einem Bauauftrag im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich (Bestangebotsprinzip), nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018, BGBl. römisch eins Nr. 54 aus 2018, (BVerG 2018) in Verbindung mit den Bestimmungen des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes, LGBl. Nr. 7200-3, zuletzt geändert durch Landesgesetzblatt Nr. 54 aus 2019, (NÖ VNG) ausgeschrieben.

Nach der Einladung einer bestimmten Anzahl von Unternehmen (darunter die AST) zur Vorlage der Eignungsnachweise wurden von der AG nach Prüfung der Eignungsnachweise den Bietern am 02.12.2020 die Ausschreibungsunterlagen übermittelt.

Das Ende der Anfragenfrist war der 09.12.2020, 09:00 Uhr, das Ende der Angebotsfrist war der 16.12.2020, 09:00 Uhr.

Alle Bestandteile des Angebotes waren vom jeweiligen Bieter einfach in Papierform sowie in digitaler Form auf Datenträger abzugeben.

Am 23.12.2020 erfolgte die Angebotsöffnung im Gemeindeamt *** unter Ausschluss der Bieter (gemäß Punkt 2.20. der Ausschreibungsunterlage).

Betreffend das fristgerecht eingereichte Angebot der AST (inklusive der Stellungnahme vom 20.01.2021) wurde der AST mit E-Mail der AG vom 19.04.2021 und mit ergänzendem E-Mail vom 20.04.2021 die Ausscheidensentscheidung der AG in Bezug auf deren Angebot samt Begründung bekannt gegeben.

Die Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung AG an die AST laut Schriftsatz der vergebenden Stelle vom 19.04.2021, in der Fassung des ergänzenden Schriftsatzes der AG laut E-Mail der AG an die AST vom 20.04.2021, lautet:

„Ausscheiden Ihres Angebotes § 141 des derzeit gültigen Bundesvergabegesetzes
Ausschreibungsgegenstand: „Ausscheiden Ihres Angebotes Paragraph 141, des derzeit gültigen Bundesvergabegesetzes Ausschreibungsgegenstand:

Vergabeverfahren der öffentlichen Beleuchtung „***“

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Namen der Marktgemeinde *** danken wir für Ihre Teilnahme am obigen Verfahren, allerdings müssen wir hiermit bekannt geben, dass Ihr Angebot vom 18.12.2020 inkl. Stellungnahme v. 20.01.2021 wegen der folgenden nicht behebbaren Mängel auszuschneiden ist:

Dateneingabe Technik (Beilage 4) wurde nicht vom Leuchtenhersteller unterfertigt und ist somit ungültig bzw. gilt als nicht abgegeben.

Die angebotenen Leuchten sind technisch nicht gleichwertig und entsprechen nicht den Ausschreibungskriterien:

? Aus Ihrer Berechnung ist ersichtlich, dass für das Regelprofil D mit einer Auslegerlänge von 0,491 (0,50 m – 0,318 m ergibt Ausleger 0,182 m) und einer Neigung von 5° gerechnet wurde. Dies entspricht nicht den Vorgaben der Ausschreibung.“

(Wiedergabe aus dem Bezug habenden Auszug aus dem Angebot der AST).

„Für die Durchführung der Berechnung auf Basis der Vorgaben der Ausschreibung wurde der Lichtschwerpunkt der Leuchte ermittelt, da in E kein Möbel der Leuchte vorhanden ist.

Die Ermittlung erfolgte auf Basis der Leuchtenlänge lt. Datenblatt: 636 mm (für die Berechnung muss diese Länge halbiert werden, damit man den Lichtschwerpunkt = Lichtaustritt ermittelt), wodurch sich ein Lichtschwerpunkt von 318 mm ergibt.

Berechnet man nun den Abstand der Masten (laut Vorgabe Regelprofil) 0,50 m minus des errechneten Lichtschwerpunktes 0,318 m, so ergibt sich der Lichtpunktüberhang mit -0,182 m. Die Angabe von Lichtpunktüberhang 0,00 m (lt. Berechnung) ist daher rechnerisch nicht korrekt.

Für die Berechnung der tatsächlichen Werte, unter Berücksichtigung der Leuchtendaten lt. Vorgabe Ausschreibung (Neigung von 5° auf 0° geändert), ergibt eine nicht normgerechte Beleuchtung für das Profil D.

? Wartungsfaktor

Weiters ist die Annahme des Wartungsfaktors mit 0,90 nicht nachvollziehbar, da lt. Vorgabe der Ausschreibung eine mittlere Verschmutzung der Umgebung verpflichtend war.

Laut Datenblatt hat die Leuchte einen Lichtstromrückgang von L90B10 bei 100.000 Stunden.

Im angeführten Reinigungszyklus ist durch die Außenverschmutzung der Leuchte mit einem Verschmutzungsgrad von annähernd 0,9 zu rechnen.

? Der Wirkungsgrad der Leuchte stimmt nicht mit der Berechnung überein (Berechnung 82%, Messdatei 100°). Auch die Ausstrahlcharakteristik stimmt nicht mit der in der Berechnung überein.

Dateneingabe Technik (Beilage 4) wurde nicht vom Leuchtenhersteller unterfertigt und ist somit ungültig bzw. gilt als nicht abgegeben.“

Mit E-Mail vom 19.04.2021 erfolgte seitens der AG (ausschließlich) gegenüber den im Vergabeverfahren verbliebenen (nicht ausgeschiedenen) Bietern die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung.

Gegenüber der – zum Zeitpunkt 19.04.2021 – nicht rechtskräftig ausgeschiedenen AST erfolgte seitens der AG vor dem 14.05.2021 keine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Gegenüber der AST wurde die Zuschlagsentscheidung von der AG mit E-Mail vom 14.05.2021 bekannt gegeben.

Gegen die Zuschlagsentscheidung der AG laut Bekanntgabe der AG gegenüber der AST vom 14.05.2021 wurden von der AST mit Eingabe an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich vom 21.05.2021, eingebracht und eingelangt am 21.05.2021, somit (ebenfalls) fristgerecht, die Anträge auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Untersagung der Zuschlagserteilung) und auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung im Bezug habenden Vergabeverfahren gestellt.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat dazu mit Beschluss vom 25.05.2021, LVwG-6/001-2021, antragsgemäß die einstweilige Verfügung erlassen und die Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich im Nachprüfungsverfahren betreffend den Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung (in der Fassung der Bekanntgaben der AG vom 19.05.2021 und vom 14.05.2021) untersagt.

Das Verfahren betreffend den Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung wird beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich zur Zahl LVwG-6/002-2021 geführt.

Auf Grund des sachlichen Zusammenhanges des verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsverfahrens sowie des Nachprüfungsverfahrens in Bezug auf die bezeichnete Zuschlagsentscheidung und des Umstandes, dass eines der Verfahren im Zeitpunkt des Einlangens des weiteren Nachprüfungsantrages noch nicht abgeschlossen war, erfolgte die Zuteilung des Antrages auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zur Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung (in den bezeichneten Fassungen – protokolliert zu LVwG-6/002-2021) ebenfalls zum Vergabesenat 6 gemäß der geltenden Geschäftsverteilung.

Gegen die Ausscheidensentscheidung vom 19.04.2021 (in der Fassung der Ergänzung vom 20.04.2021) richtet sich der verfahrensgegenständliche, innerhalb der 10-tägigen Frist ab Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung (am 29.04.2021) als fristgerecht eingebracht anzusehende Nachprüfungsantrag der AST laut Schriftsatz vom 28.04.2021.

Die Pauschalgebühren u.a. für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß § 1 Abs. 1 Z 5 NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung in Bezug auf nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung betreffend Bauaufträge im Unterschwellenbereich in der Höhe von € 600,-- wurde von der AST nachweislich entrichtet. Die Pauschalgebühren u.a. für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 5, NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung in Bezug auf nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung betreffend Bauaufträge im Unterschwellenbereich in der Höhe von € 600,-- wurde von der AST nachweislich entrichtet.

Die AST erstattete im Nachprüfungsantrag zur Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen nachstehendes Vorbringen:

Nach Ausführungen betreffend die Qualifikation der AG als öffentliche Auftraggeberin, die Anwendbarkeit der Bestimmungen des NÖ VNG sowie betreffend die materiellrechtlichen Bestimmungen des BVerG 2018, bezeichnete die AST konkret die angefochtene Entscheidung (Ausscheidensentscheidung), verwies darauf, dass die Anträge fristgerecht eingebracht wurden und dass die jeweilige Pauschalgebühr (unter Vorlage der Einzahlungsbelege) entrichtet wurde.

Nach der Darlegung des wirtschaftlichen Interesses der AST und des ihr drohenden Schadens erstattete die AST das Vorbringen in Bezug auf die eingewendete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung.

Es sei nicht ansatzweise nachvollziehbar, worin konkret der Ausscheidensgrund liegen solle.

Von der vergebenden Stelle sei nach dem Informationsstand der AST zur Prüfung deren Angebotes die MA *** beigezogen und von dieser bestätigt worden, dass die angezweifelte Leuchte den Kriterien der Ausschreibung entspräche.

Die von der vergebenden Stelle herangezogenen Ausscheidungsgründe bezögen sich auf die von der AST für das Regelprofil D angebotene Leuchte Universal des Herstellers F (Position 11.11.33.55.).

Einleitend sei zunächst festzuhalten, dass die wichtigsten Leistungsmerkmale der angebotenen Leuchten der AST in den dem Angebot zu Grunde gelegten Datenblättern stets konservativ, somit tendenziell mit weniger Leuchtenlichtstrom, angegeben seien, als diese schlussendlich aufweisen würden.

So weise z.B. die angebotene Leuchte „Universal“ insgesamt 1657 lm Leuchtenlichtstrom, somit im Vergleich zu den im Datenblatt angeführten 1552 lm um 6,7% mehr und dementsprechend wesentlich mehr Leuchtenlichtstrom auf. Weiters weise diese zudem lediglich einen Stromverbrauch von 13,58 W im Vergleich zu den im Datenblatt angegebenen 14 W auf und verbrauche somit um 3% weniger Strom.

Diese Tatsache sei nach dem Informationsstand der AST auch durch die von der vergebenden Stelle zur Prüfung des Angebotes der AST beigezogene MA*** bestätigt worden.

Zu den behaupteten Ausscheidungsgründen laut Schreiben der AG vom 19.04.2021 und vom 20.04.2021 führte die AST aus:

(i) „Dateneingabe Technik (Beilage 4) wurde nicht vom Leuchtenhersteller unterfertigt und ist somit ungültig bzw. gilt als nicht abgegeben.“

Diese Feststellung sei unrichtig. Das Formular Dateneingabe Technik sei vom Leuchtenhersteller, der F B.V. elektronisch unterfertigt worden. Die elektronische Unterfertigung erfolge auf dem ersten Deckblatt aller Formulare „Dateneingabe Technik“. Diese Unterlagen seien Teil des elektronisch abgegebenen Angebotes der AST gewesen. Die firmenmäßige Unterzeichnung der AST sei ebenfalls auf diesem Formular erfolgt.

(Es erfolgte eine bildliche Darstellung der Unterlagen der AST im Nachprüfungsantrag.)

Das von der AST abgegebene Angebot erfülle daher die diesbezüglichen Vorgaben der Ausschreibung. Nur der guten Ordnung halber verweise die AST darauf, dass die Nichtunterfertigung dieses Formulars jedenfalls einen behebbaren Mangel darstelle. Die vergebende Stelle habe die AST hinsichtlich dieses angeblichen Mangels (der tatsächlich nicht vorliege) nie zur Mängelbehebung aufgefordert.

Beweis: Im Vergabeakt befindliches Angebot der AST vom 18.12.2020 inkl. deren Stellungnahme vom 20.01.2021;

Im Vergabeakt befindliches, von der Fa F elektronisch unterfertigtes, Datenblatt;

Im Vergabeakt befindliches, von der AST unterfertigtes, Datenblatt;

Einvernahme des Geschäftsführers der AST, G, p.A. AST.

(ii) „Die angebotenen Leuchten sind technisch nicht gleichwertig und entsprechen nicht den Ausschreibungskriterien.“

Nähere Gründe, warum die angebotenen Leuchten technisch nicht gleichwertig sein sollten und nicht den Ausschreibungskriterien entsprechen würden, würden von der vergebenden Stelle unter diesem Punkt nicht angeführt, weshalb die AST auf diesen Punkt auch nicht näher eingehen könne.

Es könne nur so viel gesagt werden, dass die angebotenen Leuchten technisch gleichwertig seien und den Ausschreibungskriterien entsprächen. Dies sei nach dem Informationsstand der AST auch von der MA***, die von der vergebenden Stelle zur Prüfung des Angebotes der AST beigezogen worden sei, bestätigt worden.

Beweis: Im Vergabeakt befindlicher Prüfbericht der MA***;

Einvernahme des Geschäftsführers der AST, G, p.A. AST.

(iii) „Aus Ihrer Berechnung ist ersichtlich, dass für das Regelprofil D mit einer Auslegerlänge von 0,49 (0,50 m – 0,318 m ergibt Ausleger 0,182 m) und einer Neigung von 5° gerechnet wurde. Dies entspricht nicht den Vorgaben der Ausschreibung.“

In der Ausschreibung werde im Angebotsschreiben auf Seite 14 zur Auslegerlänge und zur Neigung beim Regelprofil D vorgegeben wie folgt:

Regelprofil D – Nebenstraßen / dekorative Aufsatzleuchte

Fahrbahn: 5,5 m

Vorgabe Beleuchtungsklasse gem. ÖNORM O1055: P4 für Fahrbahn (P6 nach Absenkung von 22:00- 06:00 Uhr)

Lichtpunkteabstand: 30,0m

Montagehöhe: 4,0 m

Maststandort: -

Ausleger: -

Neigung: -

Abstand Mast-Fahrbahn: 0,5m

Leuchtenleitung: max. 18W

Farbtemperatur: < 2700K

Anzahl: 108 Stk.

Abweichung zu O1055: keine

Wie ersichtlich, finde sich in der Ausschreibung für das Regelprofil D, im Unterschied zu den Regelprofilen A/B/C, in denen eine Vorgabe zum Neigungswinkel und der Auslegerlänge getroffen worden sei, keine Vorgabe zur Auslegerlänge bzw. für die Neigung.

Daher sei allein schon aus diesem Grund die Behauptung der vergebenden Stelle unrichtig und es liege kein Ausscheidensgrund vor.

Ungeachtet dessen seien die Ausführungen der vergebenden Stelle nicht korrekt. Die angegebene Auslegerlänge von 0.491 m führe mit den im Datenblatt der Leuchte angegebenen Abmessungen und dem in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Abstand Mast – Fahrbahn zu einem Lichtpunktüberhang ungleich 0 m. Die Berechnungen seien mit einem Lichtpunktüberhang von 0 m durchgeführt worden.

Beweis: im Vergabeakt befindliches Angebot der AST;

Einvernahme des Geschäftsführers der AST, G, p.A. AST.

(iv) „Für die Durchführung der Berechnung auf Basis der Vorgaben der Ausschreibung wurde der Lichtschwerpunkt der Leuchte ermittelt, da in E kein Möbel der Leuchte vorhanden ist.“

Dieser behauptete Ausscheidensgrund könne auf Grund der völlig unklaren Formulierung der vergebenden Stelle nicht weiter nachvollzogen werden. Worin der Ausscheidensgrund liegen solle, gehe aus dieser Formulierung nicht hervor.

Die AST habe, wie gefordert, die Lichtberechnung abgegeben. Offensichtlich habe die vergebende Stelle diese Berechnung überprüfen wollen und habe dafür die E-Datei benötigt. Die Vorlage dieser Datei sei in der Ausschreibung nicht gefordert gewesen. Die AST habe diese Datei ungeachtet dessen bereits mit dem Angebot vorgelegt. Zusätzlich habe die AST diese Datei nach Aufforderung am 04.03.2021 an die MA***, welche für die vergebende Stelle die Leuchte der Antragstellerin geprüft habe, übermittelt. Warum nun hier ein Ausscheidensgrund vorliegen solle, sei nicht weiter nachvollziehbar.

Beweis: Einvernahme des Geschäftsführers der Antragstellerin, G, p.A. AST.

(v) „Die Ermittlung erfolgte auf Basis der Leuchtenlänge lt. Datenblatt: 636 mm (für die Berechnung muss diese Länge halbiert werden, damit man den Lichtschwerpunkt = Lichtaustritt ermittelt), wodurch sich ein Lichtschwerpunkt von 318 mm ergibt“

Die von der vergebenden Stelle vorgenommene Berechnung des Lichtschwerpunktes sei falsch. Wie der

vergebenden Stelle bekannt sein müsste, sei bei der von der AST angebotenen Leuchte die Lichtquelle frei positionierbar, weshalb der Lichtschwerpunkt ausschreibungskonform eingestellt werden könne. Diesbezüglich sei auf das Datenblatt des Leuchtenherstellers zu verweisen.

(Nachfolgend erfolgte ein bildlicher Auszug daraus.)

Die AST habe den Lichtschwerpunkt korrekt und in Übereinstimmung mit den Vorgaben der Ausschreibung berechnet. Ein Ausscheidensgrund liege nicht vor.

Beweis: im Vergabeakt befindliches Angebot der AST;

Datenblatt F – Beilage ./4;

Einvernahme des Geschäftsführers der AST, G, p.A. AST

(vi) „Berechnet man nun den Abstand der Masten (laut Vorgabe Regelprofil) 0,50 m minus des errechneten Lichtschwerpunktes 0,318 m, so ergibt sich der Lichtpunktüberhang mit -0,182 m. Die Angabe von Lichtpunktüberhang 0,00 m (lt. Berechnung) ist daher rechnerisch nicht korrekt.“

Die Berechnung der vergebenden Stelle sei nicht korrekt, da sich, wie unter 4.3 (v) ausgeführt, die Lichtquelle in der Leuchte so positionieren lasse, dass die Positionierung mit der Lichtberechnung übereinstimme. Die AST habe den Lichtpunktüberhang daher rechnerisch korrekt ermittelt. Ein Ausscheidensgrund liege nicht vor.

Beweis: im Vergabeakt befindliches Angebot der AST;

Datenblatt F – Beilage ./4;

Einvernahme des Geschäftsführers der AST, G, p.A. AST.

(vii) „Für die Berechnung der tatsächlichen Werte, unter Berücksichtigung der Leuchtendaten lt. Vorgabe Ausschreibung (Neigung von 5° auf 0° geändert), ergibt eine nicht normgerechte Beleuchtung für das Profil D.“

Um Wiederholungen zu vermeiden, werde auf die Ausführungen zur Neigung in Pkt. 4.3. (iii) verwiesen. Wie sich aus der vorliegenden Lichtberechnung nachweislich ergebe, sei eine normgerechte Beleuchtung für das Profil-D selbstverständlich gegeben. Da es keine Vorgabe zur Neigung in der Ausschreibung gebe, habe die AST eine Neigung für ihre Berechnung ansetzen müssen. Bei der von der AST für die Lichtberechnung angesetzten Neigung von 5 Grad Neigung handle es sich um eine übliche und gängige Leuchtenneigung. Ein Ausscheidensgrund liege daher nicht vor.

(viii) „Weiters ist die Annahme des Wartungsfaktors mit 0,90 nicht nachvollziehbar, da lt. Vorgabe der Ausschreibung eine mittlere Verschmutzung der Umgebung verpflichtend war. Laut Datenblatt hat die Leuchte einen Lichtstromrückgang von L90B10 bei 100.000 Stunden. Im angeführten Reinigungszyklus ist durch die Außenverschmutzung der Leuchte mit einem Verschmutzungsgrad von annähernd 0,9 zu rechnen.“

Auch hier sei wiederum völlig unklar, was die vergebende Stelle als Ausscheidensgrund tatsächlich heranziehe.

Hinsichtlich des Wartungsfaktor gebe es lediglich im Datenblatt Technik die Vorgabe, dass bei der Lichtberechnung eine mittlere Verschmutzung der Umgebung zu berücksichtigen sei. Der von der AST in der Lichtberechnung angesetzte Wartungsfaktor von 0,84 entspreche einer mittleren Verschmutzung.

Wie bereits in Pkt. 4.2 ausgeführt, würden die wichtigsten Leistungsmerkmale der angebotenen Leuchten konservativ in den Datenblättern aufgezeichnet. Insofern sei mit einer 10%igen besseren real-Performance der angebotenen Leuchten zu rechnen. Dies bedeute, dass die von der AST angebotenen Leuchte sogar noch einen besseren Wartungsfaktor aufweise.

Beweis: Im Vergabeakt befindliches, von der AST unterfertigtes, Datenblatt;

Einvernahme des Geschäftsführers der AST, G, p.A. AST.

(ix) „Der Wirkungsgrad der Leuchte stimmt nicht mit der Berechnung überein (Berechnung 82%, Messdatei 100°). Auch die Ausstrahlcharakteristik stimmt nicht mit der in der Berechnung überein.“

Für die Berechnung sei zusätzlich zum Leuchtenlichtstrom auch ein „Lampenlichtstrom“ angegeben worden. Für LED-Leuchten mit nicht austauschbaren LED-Lichtquellen könne nur der Gesamtlichtstrom der Leuchte gemessen werden, der Wirkungsgrad der Leuchte werde auf 100 % gesetzt und sei nicht von Bedeutung. In diesem Fall sei daher nur der Lichtstrom der Leuchte relevant. Im gegenständlichen Fall sei in der Berechnung ein Leuchtenlichtstrom von 1552 lm verwendet worden. Dieser sei mit dem Leuchtenlichtstrom der geprüften Leuchte vergleichbar. Diese Tatsache sei nach dem Informationsstand der AST auch durch die im Prüfbericht der MA *** angeführten Messdaten bestätigt worden. Die MA *** sei von der vergebenden Stelle zur Prüfung des Angebotes der AST beigezogen worden.

Hinsichtlich des Wirkungsgrades/Ausstrahlcharakter/Farbtemperatur sei auf den laut den Informationen der AST von der vergebenden Stelle zur Prüfung des Angebotes der AST eingeholten Prüfbericht der MA*** zu verweisen. Die in diesem Prüfbericht ausgewiesenen Messergebnisse erfüllten nach den Informationen der AST die Kriterien der Ausschreibung. Warum nun hier ein Ausscheidensgrund vorliegen solle, bleibe unerklärlich.

Beweis: Im Vergabeakt befindlicher Prüfbericht der MA***;

Einvernahme des Geschäftsführers der AST, G, p.A. AST.

Zusammengefasst sei festzuhalten, dass

- (i) die von der AST angebotene Leuchte alle Kriterien der Ausschreibung für das Vergabeverfahren „Öffentliche Beleuchtung Marktgemeinde ***“ erfülle,
- (ii) die Gründe des Ausscheidens des Angebotes der AST tatsächlich nicht vorlägen und
- (iii) dementsprechend die Entscheidung der AG, das Angebot der AST auszuschneiden, vergaberechtswidrig und somit nichtig sei.

Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise wäre die AG verpflichtet gewesen, der AST den Zuschlag im gegenständlichen Verfahren zu erteilen. Die rechtswidrige Entscheidung der AG, das Angebot der AST auszuschneiden, habe jedenfalls wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens.

Durch die nach Ansicht der AST vergaberechtswidrige Entscheidung der AG, das Angebot der AST auszuschneiden, sei die AST in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 20 Abs 1 BVergG 2018, in ihrem Recht auf einen fairen und lauteren Wettbewerb und in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt. Durch die nach Ansicht der AST vergaberechtswidrige Entscheidung der AG, das Angebot der AST auszuschneiden, sei die AST in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018, in ihrem Recht auf einen fairen und lauteren Wettbewerb und in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt.

Die AST sei auch in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Prüfung der Angebote sowie im Recht auf rechtskonforme Anwendung der Ausschreibungsbestimmungen und letztendlich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung sowie auf korrekte Bestbieterermittlung verletzt.

Die AST stellte die Anträge, dass aus all diesen Gründen das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich

- (i) ein Nachprüfungsverfahren einleiten,
- (ii) die Entscheidung der AG, das Angebot der AST auszuschneiden, für nichtig erklären,
- (iii) eine mündliche Verhandlung anberaumen,
- (iv) der AST Akteneinsicht gemäß § 17 AVG in alle von der AG vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens gewähren und (iv) der AST Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG in alle von der AG vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens gewähren und
- (v) der AG den Ersatz der Pauschalgebühren binnen 14 Tagen ab Rechtskraft der Entscheidung auferlegen möge.

Die AG hat zum Nachprüfungsantrag der AST mit Schriftsatz vom 14.05.2021 innerhalb der vorgegeben Frist nachstehende Stellungnahme erstattet:

„1. Sachverhalt

Die Auftraggeberin Marktgemeinde *** hat ein nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung im Unterschwellenbereich nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018, BGBl I Nr 54/2018 (BVergG 2018) zur Vergabe eines Bauauftrags zur Sanierung der öffentlichen Straßenbeleuchtung unter Hinzuziehung der C GmbH, welche als vergebende Stelle die Auftraggeberin bei der Durchführung dieses Verfahrens vertritt, eingeleitet. Die Auftraggeberin Marktgemeinde *** hat ein nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung im Unterschwellenbereich nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018, BGBl römisch eins Nr 54 aus 2018, (BVergG 2018) zur Vergabe eines Bauauftrags zur Sanierung der öffentlichen Straßenbeleuchtung unter Hinzuziehung der C GmbH, welche als vergebende Stelle die Auftraggeberin bei der Durchführung dieses Verfahrens vertritt, eingeleitet.

Es wurden insgesamt sieben Unternehmen eingeladen, Eignungsnachweise zu liefern und ein Angebot zu legen, wovon fünf Unternehmen fristgerecht ein Angebot übermittelt haben.

Am 23.12.2020 erfolgte die Angebotsöffnung im Gemeindeamt *** unter Ausschluss der Bieter (vgl Punkt 2.20. der Ausschreibungsunterlage). Zum Angebotstermin lagen fünf Angebote der eingeladenen Firmen vor. Am 23.12.2020 erfolgte die Angebotsöffnung im Gemeindeamt *** unter Ausschluss der Bieter vergleiche Punkt 2.20. der Ausschreibungsunterlage). Zum Angebotstermin lagen fünf Angebote der eingeladenen Firmen vor.

Nach Überprüfung der Angebote durch die C GmbH und der Einholung von Sachverständigengutachten wurden zwei Unternehmen, darunter auch die Antragstellerin aufgrund von Mängel in den Angebotsunterlagen ausgeschieden.

Der Antragstellerin wurde daraufhin am 19.04.2021 und mit ergänzendem Schreiben am 20.04.2021 das Ausscheiden, jeweils per E-Mail, mitgeteilt.

Am 19.04.2021 erfolgte eine Zuschlagsentscheidung auf Basis des Prüfberichts der C GmbH vom 12.04.2021 über die Bewertung der Ausschreibung und des diesem Bericht zugrundeliegenden Sachverständigengutachtens.

Die nicht zuvor ausgeschiedenen Bieter wurden von der Zuschlagsentscheidung mit Mitteilung vom 19.04.2021 verständigt. Die Antragstellerin wurde von der Zuschlagsentscheidung mit Mitteilung vom 14.05.2021 verständigt.

Gegen die Ausscheidensentscheidung vom 19.04.2021 (und Ergänzung vom 20.04.2021) richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag der Antragstellerin.

2. Zur behaupteten Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung

2.1. Allgemeines

Von der Antragstellerin wird zur verfahrensgegenständlichen Ausscheidensentscheidung vorgebracht, dass die von der Antragstellerin angebotene Leuchte (zu Profil D3 – Nebenstraße – Aufsatzleuchte, „***-Regelprofil D“) alle Kriterien der Ausschreibung für das Vergabeverfahren „öffentliche Beleuchtung Marktgemeinde ***“ erfüllen und dass die Gründe des Ausscheidens des Angebots der Antragstellerin tatsächlich nicht vorliegen würden, die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, vergaberechtswidrig und somit nichtig sei,

Die Antragstellerin führt dazu weiter aus, dass die Auftraggeberin mit allen Mitteln versuche, den von ihr gewünschten Bieter den Auftrag zu erteilen. Dabei beruft sich die Antragstellerin auf einen Prüfbericht der MA *** in dem diese angeblich bestätigen würde, dass das Angebot der Antragstellerin den Kriterien der Ausschreibung entsprechen würde.

Diese Behauptungen der Antragstellerin sind unrichtig. Die Auftraggeberin hat zur Beurteilung der Angebote Sachverständigengutachten zu einzelnen Aspekten der Ausschreibung eingeholt. Im Rahmen des Prüfprozesses wurde dabei auch die Magistratsabteilung *** der Stadt *** zur lichttechnischen Vermessung der LED-Leuchte „***-Regelprofil D“ beigezogen, wobei die elektrische Kenngrößen der Leuchtenlichtstrom, die Lichtstärkeverteilungskurven, der Lichtstärkeverteilungskörper, das Spektrum und die Farbwiedergabe

messtechnisch ermittelt wurde. Das Prüfgutachten der MA*** wurde den Bietern weder von der vergebenden Stelle noch von der Auftraggeberin übermittelt, weshalb es für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar ist, woher die Antragstellerin Kenntnis über den Inhalt des Gutachtens hat. Die Information der Antragstellerin zu diesem Gutachten sind jedenfalls unrichtig. Die Antragstellerin versucht unter Verweis auf dieses Prüfgutachten den Eindruck zu erwecken, dass das gesamte Angebot der Antragstellerin durch die MA *** auf seine Ausschreibungskonformität geprüft wurde. Eine derartige Überprüfung des Angebots der Antragstellerin wurde in diesem Prüfgutachten jedoch nicht vorgenommen.

Die Auftraggeberin wurde jedoch von einem hinzugezogenen sachverständigen Berater darauf hingewiesen, dass die von der Antragstellerin angebotenen Leuchten (und auch Leuchten anderer Bieter) nicht den Ausschreibungskriterien entsprechen. Einzelne Angaben des Angebots der Antragstellerin waren daher Gegenstand eines daraufhin eingeholten Gutachtens des beigezogenen Sachverständigen für Verkehrstechnik und öffentliche Beleuchtung, H. Dieses Gutachten wurde schließlich dem endgültigen Prüfbericht über die Bewertung der Ausschreibung zu Grunde gelegt. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, war aufgrund des Prüfungsergebnisses daher rechtlich geboten. Dies ergibt sich im Detail wie folgt:

2.2. Zu den einzelnen Ausscheidungsgründen

Die Auftraggeberin hatte das Angebot der Antragstellerin gemäß § 141 BVergG 2018 auszuschneiden, da das Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widersprach. Die Gründe für das Ausscheiden wurden der Antragstellerin mit Schreiben vom 19.04.2021 und mit einem ergänzenden Schreiben vom 20.04.2021, beide mit E-Mail zugestellt, bekanntgegeben. Die Gründe stellen sich im Einzelnen dar wie folgt: Die Auftraggeberin hatte das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 141, BVergG 2018 auszuschneiden, da das Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widersprach. Die Gründe für das Ausscheiden wurden der Antragstellerin mit Schreiben vom 19.04.2021 und mit einem ergänzenden Schreiben vom 20.04.2021, beide mit E-Mail zugestellt, bekanntgegeben. Die Gründe stellen sich im Einzelnen dar wie folgt:

2.2.1. Fehlende Unterfertigung Dateneingabe Technik

In der ergänzenden Mitteilung vom 20.04.2021 wurde als Ausschreibungsgrund angeführt:

„Dateneingabe Technik (Beilage 4) wurde nicht vom Leuchtenhersteller unterfertigt und ist somit ungültig bzw. gilt als nicht abgegeben.“

In der Ausfüllhilfe für die Beilage Dateneingabe Technik & Kosten, die Teil der Ausschreibungsunterlage ist, wird anschaulich erklärt, wie die Beilage „Dateneingabe Technik“ richtig auszufüllen ist. Wird die Beilage nicht richtig ausgefüllt und nicht vom Hersteller, wie auch vom Bieter abgestempelt und unterfertigt, gilt diese als nicht abgegeben. Diese Ausfüllhilfe mit der Dokumentenbezeichnung „Erklärung-Dateneingabe_Technik&Kosten.pdf“ ist ein bestandfester Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen.

Hintergrund dieser Anforderung ist, dass die vom Bieter angegebenen Werte zu den angebotenen Leuchten (u.a. Wartungsintervalle, Nutzungsdauer, etc.) vom Hersteller ausdrücklich bestätigt werden. Die zu verbauenden Leuchtmittel haben eine sehr lange Garantielaufzeit, weshalb bei einem Garantiefall neben dem Bieter allenfalls auch Hersteller direkt in Anspruch genommen werden müsste. Aus diesen Grund ist es bei Aufträgen im Bereich der Beleuchtung üblich, die Werte zu den angegebenen Produkten vom Hersteller ausdrücklich bestätigen zu lassen.

In den Ausschreibungsunterlagen ist in Punkt 2.14.1. zudem ausdrücklich festgehalten, dass alle Bestandteile des Angebots ausschließlich in Papierform (1-fach) sowie auf einem Datenträger (inkl. E-/evo-Dateien) abzugeben sind.

Wenn die Antragstellerin nunmehr im Nachprüfungsantrag argumentiert, dass das Formular Dateneingabe Technik im Deckblatt elektronisch signiert wurde, entspricht dies nicht den bestandfesten Anforderungen bzw. den in Papierform und auf dem Datenträger abgegebenen Unterlagen. Die vom Antragsteller übergebenen Datenblätter sind lediglich handschriftlich vom Antragsteller selbst unterfertigt. Es findet sich weder auf den in Papierform vorgelegten noch auf den elektronisch auf dem Datenträger übermittelten Datenblättern eine digitale Signatur oder ein Hinweis auf eine solche digitale Signatur.

Die von der Antragstellerin abgegebenen Angebotsunterlagen (Datenblätter) entsprechen aus diesem Grund nicht den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen, weshalb das Angebot zwingend auszuschneiden war.

Beweis: Erklärung-Dateneingabe_Technik&Kosten (Beilage ./A)

Technik u. Kosten Regelprofil D (Beilage ./B)

2.2.2. Regelprofil D — angebotene Leuchten entsprechen nicht den Ausschreibungskriterien

Keine Neigung – Kein Ausleger

Die Ausschreibungsunterlagen sehen zu Regelprofil D — Nebenstraßen/dekorative

Aufsatzleuchten verpflichtend folgende Parameter vor:

[Abweichend vom Original – Bild nicht wiedergegeben]

„...“

Wie schon aus der Überschrift klar und deutlich hervorgeht sind für das Regelprofil D - Nebenstraßen dekorative Aufsatzleuchten vorgesehen. Aufsatzleuchten werden auf den Mast aufgesetzt und verfügen daher auch über keinen Ausleger und keine Neigung. Deshalb wurde für diese Leuchten weder eine Neigung noch ein Ausleger vorgesehen und folglich die Parametern Ausleger und Neigung mit einem „ - “ gekennzeichnet. Daraus ergibt sich eindeutig, dass die Leuchten keine Neigung und keinen Ausleger aufweisen dürfen. Die Vorgaben zu Regelprofil D wurden nicht angefochten und sind daher bestandfest. Die verbliebenen, nicht ausgeschiedenen Bieter haben diese Vorgaben auch eingehalten. Eine Bieteranfrage zu einer allfälligen Unklarheit in diesem Zusammenhang gab es ebenfalls nicht.

Das von der Antragstellerin angebotene Produkt ist jedoch keine dekorative Aufsatzleuchte, sondern eine technische Auf-/ Ansatzleuchte und enthält nach den Angaben der Antragstellerin einen Ausleger mit einer Länge von 0,491 m und einer Neigung von 5.0 °. Dies entspricht – wie in der Ausscheidensentscheidung auch angeführt – nicht den Vorgaben der Ausschreibung und hat zudem zur Folge, dass auch im Angebot angegebene Parameter (wie zum Beispiel die Beleuchtungsstärke) nicht vergleichbar sind.

[Abweichend vom Original – Bild nicht wiedergegeben]

„...“

Bei Straßenbeleuchtungen ist - soweit möglich - eine Neigung zu vermeiden, da eine Neigung zur Blendung der Umwelt, insbesondere von Anrainern führen kann. Bei der Angebotsprüfung wurden daher die Angaben der Antragstellerin auf Basis der Vorgaben der Ausschreibung neu berechnet, wobei eine Neigung von 0 ° und beim Lichtpunktüberhang anstelle von 0,00 m der Wert — 0,182 m herangezogen wurde. Dazu ist anzumerken, dass der Lichtpunktüberhang der Abstand des Lotpunktes der Leuchte auf der Fahrbahn zur Fahrbahnbegrenzung ist. Er ist positiv, wenn der Lotpunkt im Bereich der Fahrbahn und negativ, wenn er außerhalb liegt.

Dieser Wert zum Lichtpunktüberhang wurde korrigiert, da von der Antragstellerin im Datenblatt zum Regelprofil D keine technischen Angaben („da in E kein Möbel der Leuchte vorhanden war“) zum Lichtschwerpunkt angegeben wurden, und daher der Lichtschwertpunkt auf Basis des Datenblatts mit der Hälfte der Leuchtenlänge (318 mm) angenommen wurde.

Auf Basis dieser adaptierten Werte (geänderter Lichtpunktüberhang und Neigung 0 Grad) wurde seitens der Auftraggeberin eine adaptierte Berechnung durchgeführt, die eine nicht normgerechte Beleuchtung für das Regeprofil D, insbesondere eine zu geringe Beleuchtungsstärke der angebotenen Leuchte ergibt.

[Abweichend vom Original – Bild nicht wiedergegeben]

„...“

Die Antragstellerin bringt in ihrem Nachprüfungsantrag nunmehr vor, dass der Lichtpunktüberhang von ihr korrekt berechnet worden wäre, da sich die Lichtquelle in der Leuchte so positionieren lasse, dass die Positionierung mit der Lichtberechnung übereinstimme. Aus der Berechnung und den Angaben der Antragstellerin ergibt sich demnach ein Lichtpunktüberhang von 0,00 m. Die Annahme eines Lichtpunktüberhangs von 0,00m entspricht jedoch nicht den Anforderungen der Ausschreibung.

Abgesehen davon ist aus dem Angebot nicht erkennbar, dass die Positionierung der Lichtquelle in der Leuchte verstellbar wäre. Das Angebot erhält auch keinen Hinweis darauf.

In den Ausschreibungsunterlagen ist der Abstand Mast-Fahrbahn mit 0,5 m vorgegeben und es ist kein Ausleger vorgesehen. Dies hat den Hintergrund, dass die Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung StVO ein entsprechendes Luftraumprofil für Verkehrsteilnehmer vorsehen. Die seitlichen Abstände betragen (bei Unterschreitung einer vertikalen Höhe unter 4,50 m) grundsätzlich 0,60 m, können jedoch bei Anlagen zur Regelung und Sicherung des Verkehrs auf 0,30 m reduziert werden. Bei der von der Antragstellerin angebotenen Ausführung mit einem Lichtpunktüberhang von 0,00 m bei einer vorgegebenen Lichtpunkthöhe von 4,00 m werden diese Werte nicht eingehalten und widersprechen sohin den Regelungen der StVO und auch den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen.

Wartungsfaktor

Bei der weiteren Überprüfung der von der Antragstellerin angegebenen Daten im Datenblatt Regelprofil D — Nebenstraßen wurde festgestellt, dass der von der Antragstellerin angegebene Wert des Wartungsfaktors nicht nachvollziehbar ist

Die Antragstellerin hat bei der Berechnung einen Wartungsfaktor von 0,9 angenommen.

[Abweichend vom Original – Bild nicht wiedergegeben]

„...“

...“

Dazu ist anzumerken, dass sich durch die Wahl eines höheren Wartungsfaktors rechnerisch höhere Werte der Beleuchtungsstärke ergeben.

Der Wartungsfaktor wird rechnerisch wie folgt ermittelt:

$WF = \text{Lichtstromrückgang (LLWF)} \times \text{Ausfallsfaktor (LAF)} \times \text{Verschmutzungsfaktor (LWF)}$ bei einem entsprechenden Wartungsintervall

Laut Datenblatt hat die Leuchte einen Lichtstromrückgang von L90B10 bei 100.000 Stunden. Daraus ergibt sich ein Wartungsfaktor von 0,81 ($0,90 \times 1,00 \times 0,90$) bei einem Wartungsintervall von 5 Jahren. Die Antragstellerin hat den Wartungsfaktor mit 0,9 zu hoch angesetzt, wodurch sich bei der Berechnung der Antragstellerin auch eine zu hohe Beleuchtungsstärke ergibt.

Das Vorbringen der Antragstellerin, sie habe in der Lichtberechnung einen Wartungsfaktor von 0,84 angesetzt, ist jedenfalls nicht nachvollziehbar und widerspricht ihren eigenen Angaben im Datenblatt zu Regelprofil D.

Wirkungsgrad

Wie in der Ausscheidensentscheidung angeführt, Ausstrahlcharakteristik der Leuchte in der von der Antragstellerin eingereichten Messdatei nicht mit der von der Antragstellerin abgegebenen Berechnung im Datenblatt zu Regelprofil D überein. Weiters ist aus der Messdatei ersichtlich, dass die in der Ausschreibung geforderte Farbtemperatur von ≥ 2700 K nicht eingehalten wird — Im Datenblatt der Leuchte wird eine Farbtemperatur von 3000K angegeben. Aufgrund dieser Abweichungen zwischen Messdatei und der vorgelegten Berechnung ergab sich für die Auftraggeberin der Schluss, dass für die Berechnung im Datenblatt offenbar eine andere Leuchte als in der Messdatei herangezogen wurde.

Abgegebene Berechnung:

[Abweichend vom Original – Bild nicht wiedergegeben]

„...“

...“

Messdatei:

[Abweichend vom Original – Bild nicht wiedergegeben]

„...“

...“

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass für die Berechnung zusätzlich zum Leuchtenlichtstrom auch ein Lampenlichtstrom angegeben worden wäre, vermag diesen Widerspruch auch nicht aufzuklären und bleibt daher in diesem Zusammenhang auch nicht nachvollziehbar.

Das Angebot der Antragstellerin zu Regeprofil D weicht daher wesentlich von den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen ab, weshalb das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschneiden war.

Beweis: Sachverständigengutachten H vom 07.04.2021 (Beilage ./C)

Schreiben I vom 10.03.2021 (Beilage ./D) Schreiben römisch eins vom 10.03.2021 (Beilage ./D)

Datenblatt zu Regelprofil D „***“ (Beilage ./E)

Einvernahme SV H

3. Urkundenvorlage

Es wird darauf hingewiesen, dass die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens von der Auftraggeberin fristgerecht dem LVwG NÖ übergeben und zudem elektronisch auf einem Datenträger zur Verfügung gestellt werden.

4. Akteneinsicht

Gemäß § 17 Abs 1 AVG können, soweit in den Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmt ist, die Parteien bei der Behörde in die ihre Sache betreffenden Akten Einsicht nehmen und sich von Akten oder Aktenteilen an Ort und Stelle Abschriften selbst anfertigen oder auf ihre Kosten Kopien oder Ausdrucke erstellen lassen. Das BVergG 2018 ist eine Verwaltungsvorschrift im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung. Gemäß Paragraph 17, Absatz eins, AVG können, soweit in den Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmt ist, die Parteien bei der Behörde in die ihre Sache betreffenden Akten Einsicht nehmen und sich von Akten oder Aktenteilen an Ort und Stelle Abschriften selbst anfertigen oder auf ihre Kosten Kopien oder Ausdrucke erstellen lassen. Das BVergG 2018 ist eine Verwaltungsvorschrift im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung.

§ 17 Abs 3 AVG legt fest, dass von der Akteneinsicht Aktenbestandteile ausgenommen sind, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde. Paragraph 17, Absatz 3, AVG legt fest, dass von der Akteneinsicht Aktenbestandteile ausgenommen sind, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde.

Auch im Verfahren vor dem LVwG ist die Akteneinsicht daher nur in dem vom BVergG 2018 vorgesehenen Umfang zu gewähren. Gemäß § 337 BVergG 2018 sind daher bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen aus zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses oder zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht auszunehmen. Auch im Verfahren vor dem LVwG ist die Akteneinsicht daher nur in dem vom BVergG 2018 vorgesehenen Umfang zu gewähren. Gemäß Paragraph 337, BVergG 2018 sind daher bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen aus zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses oder zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht auszunehmen.

Da das Verfahren mehrere Wettbewerbsteilnehmer betrifft, kann es jedenfalls keine unbeschränkte

Akteneinsicht geben, da die Offenlegung der Details der Konkurrenzunternehmen berechnigte Geschäftsinteressen verletzen könnte. Auch das Vergaberecht sieht demgemäß keine unbeschränkte Transparenz vor (vgl etwa § 27 BVergG 2018). Da das Verfahren mehrere Wettbewerbsteilnehmer betrifft, kann es jedenfalls keine unbeschränkte Akteneinsicht geben, da die Offenlegung der Details der Konkurrenzunternehmen berechnigte Geschäftsinteressen verletzen könnte. Auch das Vergaberecht sieht demgemäß keine unbeschränkte Transparenz vor vergleiche etwa Paragraph 27, BVergG 2018).

In welchem Umfang Einsicht zu gewähren ist, bestimmt das Gesetz selbst. § 140 Abs 3 BVergG 2018 regelt klar, dass der Bieter beispielsweise nur in jenen Teil der Dokumentation über die Angebotsprüfung Einsicht nehmen darf, der sein eigenes Angebot betrifft. Dem in § 27 BVergG 2018 postulierten Gebot der Vertraulichkeit ist daher auch in diesem Rahmen Vorrang zu geben. In welchem Umfang Einsicht zu gewähren ist, bestimmt das Gesetz selbst. Paragraph 140, Absatz 3, BVergG 2018 regelt klar, dass der Bieter beispielsweise nur in jenen Teil der Dokumentation über die Angebotsprüfung Einsicht nehmen darf, der sein eigenes Angebot betrifft. Dem in Paragraph 27, BVergG 2018 postulierten Gebot der Vertraulichkeit ist daher auch in diesem Rahmen Vorrang zu geben.

Von der Akteneinsicht sind daher insbesondere sämtliche nicht die Antragstellerin selbst betreffende Unterlagen, wie interne Dokumente der Auftraggeberin bzw. der vergebenden Stelle und die Angebote der weiteren Bieter, auszunehmen. Bei Übergabe des Vergabeakts wird gesondert darauf hingewiesen, welche Bestandteile des Aktes aus Sicht der vergebenden Stelle von der Akteneinsicht auszunehmen sind.

Seitens der Auftraggeberin kann ebenso nicht ausgeschlossen werden, dass es aufgrund einer allfälligen uneingeschränkten Akteneinsicht durch die Antragstellerin zu einer Schädigung der Interessen der anderen Bieter des Vergabeverfahrens bzw. zu einer Offenlegung von Betriebsgeheimnissen kommen würde.

5. Anträge

Gestützt auf diese Ausführungen stellt die Auftraggeberin nachstehende

Anträge:

Das LVwG Niederösterreich möge

a) sämtliche Anträge auf Nichtigerklärung sowie den Antrag auf Ersatz der Gebühren zurück-, in eventu abweisen.

b) die Akteneinsicht der Antragstellerin auf die Unterlagen zu ihrem eigenen Angebot einschränken, und sämtliche nicht die Antragstellerin selbst betreffende Unterlagen, wie interne Dokumente der Auftraggeberin bzw. der vergebenden Stelle und die Angebote der weiteren Bieter, von der Akteneinsicht auszunehmen.“

Mit Schriftsatz vom 18.05.2021 erstattete die AG nachstehende ergänzende Stellungnahme:

„In umseits bezeichneter Nachprüfungssache gibt die Auftragsgeberin als Antragsgegnerin in Ergänzung ihrer Ausführungen vom 14.05.2021 nachfolgende

ERGÄNZENDE STELLUNGNAHME

ab und führt hierzu aus wie folgt:

Klarstellend wird festgehalten, dass die Auftraggeberin, vertreten durch die vergebende Stelle C GmbH, am 19.04.2021 eine Ausscheidensentscheidung getroffen und die Antragstellerin ausgeschieden und am selbigen Tage auch eine Zuschlagsentscheidung getroffen hat. Diese Zuschlagsentscheidung wurde am 19.04.2021 den Bietern, die zuvor nicht ausgeschieden wurden, schriftlich mitgeteilt. Der Antragstellerin wurde von der vergebenden Stelle an diesem Tag irrtümlich keine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung übermittelt. – Die Auftraggeberin hält in diesem Zusammenhang ausdrücklich fest, dass die nun übermittelte Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin somit bereits vor Verfahrenseinleitung und Erlassung der diesbezüglichen einstweiligen Verfügung ergangen ist.

Die Auftraggeberin hat am 14.05.2021 die am 19.04.2021 erfolgte Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin gemäß § 143 BVergG 2018 per E-Mail übermittelt. Dazu ist anzumerken, dass eine „gestaffelte“ Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung möglich und zulässig ist und keine Verpflichtung der Auftraggeberin besteht, die

Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern gleichzeitig mitzuteilen (vgl. Casati in Göllers, BVergG 2018 §143 Rz 9; BVA 4.8.2010, N/0061-BVA/05/2010-30). Die Auftraggeberin hat am 14.05.2021 die am 19.04.2021 erfolgte Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin gemäß Paragraph 143, BVergG 2018 per E-Mail übermittelt. Dazu ist anzumerken, dass eine „gestaffelte“ Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung möglich und zulässig ist und keine Verpflichtung der Auftraggeberin besteht, die Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern gleichzeitig mitzuteilen vergleiche Casati in Göllers, BVergG 2018 §143 Rz 9; BVA 4.8.2010, N/0061-BVA/05/2010-30).

Die Auftraggeberin geht aufgrund des von der Antragstellerin eingebrachten Nachprüfungsantrags zur Ausscheidensentscheidung davon aus, dass sie nunmehr auch die übermittelte Zuschlagsentscheidung rechtzeitig anfechten wird. Ausdrücklich festgehalten wird, dass die Marktgemeinde *** als Auftraggeberin bisher keinen Zuschlag erteilt hat und bis zur Erlassung der Entscheidung betreffend den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung auch keinen Zuschlag erteilen wird.

Beweis: Bekanntgaben Zuschlagsentscheidung vom 19.04.2021 – als Bestandteil des vorgelegten Vergabeakts

Mitteilung der Zuschlagsentscheidung vom 14.05.2021 (Beilage./F).“

Mit Schriftsatz vom 10.06.2021 erstattete die AST nachstehende ergänzende Stellungnahme:

„Objektiver Erklärungswert der Ausschreibung

1.1 Die Antragstellerin hat sich bei der Angebotslegung an den Angaben bzw den Parametern des ausgeschriebenen Leitprodukts orientiert. Die Antragstellerin hat auch ein Angebot vom Hersteller des ausgeschriebenen Leitprodukts eingeholt und u.a. auch das Formular „Dateneigabe-Technik“ von diesem ausfüllen lassen. Beim Vergleich der beiden Formulare zeigt sich, dass de facto kein Unterschied zwischen den beiden Leuchten besteht.

1.2 Ein sach- und fachkundiger objektiver Erklärungsempfänger muss bei einer Ausschreibung davon ausgehen können, dass das darin ausgeschriebene Leitprodukt den ausgeschriebenen Parametern bzw den Anforderungen an die tatsächlichen Begebenheiten vor Ort entspricht. Dementsprechend muss ein solcher in der Folge auch davon ausgehen können, dass eine daran orientierte, gleichwertige – im konkreten Fall sogar höherwertige – angebotene Leuchte sohin ebenfalls den Angaben bzw. Parametern der Ausschreibung entspricht. Das Anführen eines Leitprodukts wäre andernfalls vollkommen überflüssig.

1.3 Dass die von der Antragstellerin angebotene Leuchte mit dem Leitprodukt zumindest gleichwertig ist, wird in dem im Vergabeakt aufliegenden Prüfbericht der MA*** bestätigt.

1.4 Würde man die Ausschreibung so verstehen wollen, wie es die Auftraggeberin nun macht, so kommt man gezwungener Maßen zu dem Ergebnis, dass selbst das in der Ausschreibung angeführte Leitprodukt (Fabrikat: L, Type: ***) nicht die von der Auftraggeberin behaupteten Kriterien erfüllt.

So weist das ausgeschriebene Leitprodukt selbst einen Ausleger von 20cm und eine Montagehöhe von insgesamt ca. 4,58 m auf. Nachfolgend ein Foto der technischen Angaben des angeführten Leitprodukts zur Veranschaulichung deren Differenzen zu den Angaben im Regelprofil D: [Abbildung]

Ausleger beim ausgeschriebenen Leitprodukt. Montagehöhe beim ausgeschriebenen Leitprodukt + 57,8cm.

1.5 Die Tatsache, dass die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin mitunter mit der Begründung abweist, dass eine Leuchte mit Ausleger nicht den Parametern des Regelprofils D entspricht, obwohl selbst das in der Ausschreibung angeführte Leitprodukt einen Ausleger sowie eine höhere Montagehöhe aufweist und dementsprechend nicht den Anforderungen des Regelprofil D entsprechen würde, zeigt bei objektiver Betrachtung, dass die nunmehr von der Auftraggeberin vertretene Ansicht zur Auslegung der Ausschreibung schlichtweg unrichtig ist.

1.6 Zur Erinnerung nochmals der Auszug aus der Ausschreibung zum Regelprofil D:

[Abbildung]

1.7 Wie in der Abbildung in Pkt 1.6 ersichtlich ist, wurden die Parameter zur Auslegerlänge und Neigung mit

„ - “ angegeben. Dürften die auszuführenden Leuchten nach dem Regelprofil D tatsächlich keine Auslegerlänge und auch keine Neigung aufweisen, so hätten die Parameter mit „ 0 “ angegeben werden müssen. Nichts Anderes kann und muss ein objektiver Erklärungsempfänger aus der Ausschreibung ableiten, da z.B. auch beim Regelprofil C beim Ausleger der Leuchten die Parameter „0,0 – 1,0m“ und bei der Neigung „0° – 5°“ angegeben wird.

1.8 Zudem ist das Vorbringen der Auftraggeberin in Punkt 2.2.2. des Schriftsatzes vom 14.05.2021, dass das von der Antragstellerin angebotene Produkt keine dekorative Aufsatzleuchte, sondern eine technische Auf- / Ansatzleuchte ist, unrichtig. Wie auch in der Beilage 4 zum Angebot der Antragstellerin „Dateneingabe – Technik“ bzgl. Regelprofil D angeführt, wurde die Art der Leuchte laut der Angabe in der Ausschreibung angeboten und ist diese eine dekorative Aufsatzleuchte.

1.9 Als Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass in Anbetracht der Tatsache, dass hinsichtlich der Auslegerlängen und der Neigung der Leuchten keine Angaben gemacht wurden, die von der Antragstellerin angebotene Leuchte der Ausschreibung entspricht. Das angebotene Produkt widerspricht jedenfalls nicht der Ausschreibung und liegen daher auch die behaupteten Ausscheidensgründe, nämlich.

(i) „Die angebotenen Leuchten sind technisch nicht gleichwertig und entsprechen nicht den Ausschreibungskriterien.“

(ii) Aus Ihrer Berechnung ist ersichtlich, dass für das Regelprofil D mit einer Auslegerlänge von 0,491 (0,50 m – 0,318 m ergibt Ausleger 0,182 m) und einer Neigung von 5° gerechnet wurde. Dies entspricht nicht den Vorgaben der Ausschreibung.

(iii) Für die Berechnung der tatsächlichen Werte, unter Berücksichtigung der Leuchtendaten lt. Vorgabe Ausschreibung (Neigung 5° auf 0° geändert), ergibt eine nicht normegerechte Beleuchtung für das Profil D. nicht vor.

Beweis: Vorliegender Vergabeakt;

Formular „Dateneingabe – Technik“ mit ausgeschriebenem Produkt;

Einvernahme des Geschäftsführers der Antragstellerin, G, p.A. Antragstellerin.

2. Zum unterfertigten Formular „Dateneingabe Technik“

2.1 Die Auftraggeberin bringt vor, dass die Antragstellerin das Formular „Dateneingabe Technik“ (Beilage 4 zum Angebot) nicht vom Hersteller unterfertigt vorgelegt hat. Wie bereits im Nachprüfungsantrag vom 28.04.2021 erwähnt, wurde dieses elektronisch unterfertigt vorgelegt. Die physisch unterschriebene Version wird der Vollständigkeit halber in der nächsten Tagsatzung am 11.06.2021 vorgelegt.

2.2 Es ist diesbezüglich jedoch nochmals zu betonen, dass es sich hierbei – wenn überhaupt -um einen behebbaren Mangel handelt, die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt aufgefordert wurde, die Dateneingabe Technik in physischer Form vorzulegen und dies jedenfalls keinen Ausscheidungsgrund darstellt.

Beweis: Vorliegender Vergabeakt;

Einvernahme des Geschäftsführers der Antragstellerin, G, p.A. Antragstellerin.

3. Zum Wartungsfaktor

3.1 Hinsichtlich des Wartungsfaktors der Leuchte gibt es in der Ausschreibung keine eindeutigen Angaben bzw. zu erreichende Mindestparameter. Aus diesem Grund kann das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich des Wartungsfaktors somit gar nicht der Ausschreibung widersprechen. Der behauptete Ausscheidungsgrund in Zusammenhang mit dem Wartungsfaktor liegt daher nicht vor.

3.2 Ungeachtet dessen wird zum Wartungsfaktor im Angebotsschreiben zur Ausschreibung unter Pkt. 4 unter Basisdaten für alle Verkehrsflächen im 7. Unterpunkt lediglich angeführt, dass der der Lichtberechnung zu Grunde liegende Wartungsfaktor, für den jeweiligen Leuchtentyp, nachweislich anzugeben ist. Genau das hat die Antragstellerin in ihrem Angebot auch gemacht. Um Wiederholungen zu vermeiden ist hinsichtlich der nachvollziehbaren Berechnung des Wartungsfaktors der angebotenen Leuchten auf das dahingehende Vorbringen im Nachprüfungsantrag vom 28.04.2021 verwiesen.

Beweis: Vorliegender Vergabeakt;

Einvernahme des Geschäftsführers der Antragstellerin, G, p.A. Antragstellerin.

4. Zum Wirkungsgrad

4.1 Zum Vorbringen der Auftraggeberin, dass die in der Ausschreibung geforderte Farbtemperatur von ? 2700 K nicht eingehalten wird, da im Datenblatt der Leuchte eine Farbtemperatur von 3000 K angegeben wird, ist festzuhalten, dass die Lichtverteilungskurve (in der Folge „LVK“) bei Modulen mit 2700 K und 3000 K völlig ident ist. Lediglich der Lichtstrom und die elektrischen Daten sind verändert. Die Berechnung erfolgte mit der LVK der 3000 K und die Daten wurden entsprechend korrigiert. Diese Vorgehensweise ist gängige Praxis, da nicht jede Konfiguration LVK-mäßig vermessen werden kann.

4.2 Insofern ist festzuhalten, dass es völlig unerheblich ist, ob die die Berechnung mit 2700 K oder 3000 K erfolgte, da in beiden Fällen das gleiche Ergebnis herauskommt. Dies stellt jedenfalls keinen Ausscheidungsgrund dar.

Beweis: Vorliegender Vergabeakt;

Einvernahme des Geschäftsführers der Antragstellerin, G, p.A. Antragstellerin.

5. Zur behaupteten nicht normgerechten Beleuchtung

5.1 Die Auftraggeberin behauptet, dass mit der angebotenen Leuchte keine normgerechte Beleuchtung hergestellt werden kann, was unrichtig ist. Für die Beurteilung, ob eine normgerechte Beleuchtung hergestellt werden kann oder nicht, sind bei den Berechnungen zu allererst die tatsächlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen.

5.2 Tatsächlich weichen die in der Ausschreibung beim Regelprofil D angeführten Parameter, insbesondere im Hinblick auf den Lichtpunktabstand, die Montagehöhe und in Hinblick auf den Abstand zwischen dem bestehenden Mast und der bestehenden Fahrbahn von den tatsächlichen Begebenheiten ab. Insbesondere der Abstand zwischen Mast- und Fahrbahn variiert stark. Zumeist beträgt der Abstand zwischen dem bestehenden Mast und der bestehenden Fahrbahn zwischen 0,75m und bis zu 3,2 m. Anders als im Regelprofil D angegeben, schwankt der Lichtpunktabstand von 26,0 m bis 39,5 und die Montagehöhe zwischen 3,75 m bis 4,0.

5.3 Zur Verdeutlichung wird beispielhaft auf nachfolgende Lichtbilder verwiesen, in denen von Antragstellerin die jeweiligen Maße händisch eingetragen wurden:

[Abbildungen]

5.4 Die von der Auftraggeberin nunmehr nachträglich angestellten Berechnungen sowie auch die dargestellten Berechnungsverfahren zur Blendung sind rein theoretischer Natur, haben allerdings mit der Realität in sehr vielen Fällen nichts zu tun.

5.5 Wenn der normgerechte Zustand nicht hergestellt werden kann, liegt es nicht an der angebotenen Leuchte, sondern an den tatsächlichen Gegebenheiten. Wenn der

Mast von der Fahrbahn 3,2 m weit entfernt ist, bedarf es zur normgerechten bzw.

gesetzeskonformen Herstellung der Beleuchtung der Herstellung einer

Mastverlängerung, mit der dann die Leuchte so positioniert werden kann, dass z.B.

keine Blendung besteht und der sich der Lotpunkt in der Fahrbahn befindet.

5.6 Wenn man die von der Auftraggeberin angestellten Berechnungen mit dem Leitprodukt anstellt, kommt man zu demselben Ergebnis, wie beim von der Antragstellerin angebotenen Produkt. Auch das Leitprodukt, welches angeblich keinen Ausleger aufweist (was nachweislich unrichtig ist), kann die normativen bzw. gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllen, wenn der Mast 3,2m neben der Fahrbahn positioniert ist.

5.7 Zusammengefasst ist daher festzuhalten, dass die normativen bzw. gesetzlichen Anforderungen mit der von der Antragstellerin angebotenen Leuchte jedenfalls erfüllt werden können.

Beweis: Vorliegender Vergabeakt;

Einvernahme des Geschäftsführers der Antragstellerin, G, p.A. Antragstellerin.

6. Sonstige behauptete Ausscheidensgründe

Hinsichtlich der restlichen drei behaupteten Ausscheidensgründe (Pkt (iv), (v) und (vi) im Nachprüfungsantrag vom 28.04.2021) wird, um Wiederholungen zu vermeiden auf das dahingehende Vorbringen im Nachprüfungsantrag vom 28.04.2021 verwiesen.

7. Antrag

Aus all diesem Gründen hält die Antragstellerin ihr gesamtes bisheriges Vorbringen und die gestellten Anträge vollumfänglich aufrecht.“

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat hierzu in Entsprechung des

§ 15 Abs. 1 NÖ VNG iVm § 24 VwGVG iVm. § 15 NÖ Landesverwaltungsgerichtsgesetz, nach vorheriger Kundmachung im Internet gemäß § 13 Abs. 6 NÖ VNG, eine (mit dem Verfahren zu LVwG-6/002-2021, Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verbundene,) gemeinsame öffentliche mündliche Nachprüfungsverhandlung durchgeführt, in welcher durch Befragen der anwesenden Vertreter der AST und der AG, anhand der von der AST in der Verhandlung vorgelegten Unterlage (Beilage .4, Dateneingabe Technik/Kosten, in einer nunmehr zusätzlich von „F“, ohne Datumangabe und ohne Angabe der Firmenadresse, unterfertigten Fassung, sowie durch Einvernahme der Zeugen J und H, Beweis erhoben wurde. Paragraph 15, Absatz eins, NÖ VNG in Verbindung mit Paragraph 24, VwGVG in Verbindung mit Paragraph 15, NÖ Landesverwaltungsgerichtsgesetz, nach vorheriger Kundmachung im Internet gemäß Paragraph 13, Absatz 6, NÖ VNG, eine (mit dem Verfahren zu LVwG-6/002-2021, Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verbundene,) gemeinsame öffentliche mündliche Nachprüfungsverhandlung durchgeführt, in welcher durch Befragen der anwesenden Vertreter der AST und der AG, anhand der von der AST in der Verhandlung vorgelegten Unterlage (Beilage .4, Dateneingabe Technik/Kosten, in einer nunmehr zusätzlich von „F“, ohne Datumangabe und ohne Angabe der Firmenadresse, unterfertigten Fassung, sowie durch Einvernahme der Zeugen J und H, Beweis erhoben wurde.

Auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens war von folgendem, als feststehend anzusehenden, entscheidungswesentlichem Sachverhalt auszugehen:

Im Vorblatt, Seite 2, der allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (im Folgenden: AB), der Ausschreibungsunterlage zum Bezug habenden Vergabeverfahren wurde u.a. zu „Abgabe und Einreichungsform“ den Bietern seitens der AG vorgegeben:

„Alle Bestandteile des Angebots sind einfach in Papierform sowie in digitaler Form auf Datenträger abzugeben. Alle Bestandteile des Angebots sind entsprechend auszufüllen (insbesondere geforderte Beilagen/Formblätter) bzw. zu erstellen.

Einreichungen per Fax oder per E-Mail werden nicht berücksichtigt.“

Zu Punkt 2.2 „Verfahrensablauf“ der AB wurde u.a. normiert: Zu Punkt 2.2 „Verfahrensablauf“ der Ausschussbericht wurde u.a. normiert:

„...Im Laufe der Angebotsfrist für das Angebot besteht für den Bieter die Möglichkeit, innerhalb der offenen Anfragenfrist (siehe Punkt 2.18) schriftliche Anfragen zu den Ausschreibungsunterlagen zu übermitteln.

Nach Ablauf der Anfragenfrist wird den Bietern eine Anfragenbeantwortung übermittelt werden.

Der Auftraggeber erwartet sich auf Basis der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen und der Fragenbeantwortung verbindliche Angebote über den Ausschreibungsgegenstand. Allfällige unbehebbarer Mängel in den Angeboten führen in vergaberechtlicher Hinsicht zum Ausscheiden des betreffenden Angebotes.“

In Punkt 2.8. „Alternativ- und Abänderungsangebote“ der AB wurde festgelegt, dass Alternativ- und Variantenangebote gemäß § 96 BVerG 2018 sowie Abänderungsangebote gemäß § 97 BVerG 2018 unzulässig sind. In Punkt 2.8. „Alternativ- und Abänderungsangebote“ der Ausschussbericht wurde festgelegt,

dass Alternativ- und Variantenangebote gemäß Paragraph 96, BVergG 2018 sowie Abänderungsangebote gemäß Paragraph 97, BVergG 2018 unzulässig sind.

In Punkt 2.11. „Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen und Rügepflicht“, erster Absatz, der AB wurde festgelegt: In Punkt 2.11. „Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen und Rügepflicht“, erster Absatz, der Ausschussbericht wurde festgelegt:

„Der Bieter hat die Ausschreibungsunterlagen insbesondere auf Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit zu prüfen. Sollten sich für den Bieter bei Prüfung der Ausschreibungsunterlagen Widersprüche, sonstige Unklarheiten oder (vermutete) Verstöße gegen Vergabebestimmungen ergeben, so hat er dies dem Auftraggeber umgehend mitzuteilen. Bestehen nach Ansicht des Bieters insbesondere bei der Auslegung des Ausschreibungstextes mehrere Möglichkeiten bzw erscheint etwas unklar, so hat der Bieter vor Abgabe des Angebotes eine Klärung mit dem Auftraggeber herbeizuführen. Nach Vertragsabschluss gilt die für den Auftraggeber günstigste Auslegung.“

In Punkt 2.14.1 „Einreichungsform des Angebots“ ist festgelegt:

„Alle Bestandteile des Angebotes sind innerhalb der Angebotsfrist ausschließlich in Papierform (1-fach) sowie auf einem Datenträger (inkl. E-/ evo-Dateien) abzugeben.

Angebote per E-Mail oder per Fax Form sind unzulässig und werden nicht berücksichtigt.

Das Angebot muss firmenmäßig unterfertigt werden. Wird das Angebot nicht von der laut Firmenbuch organschaftlich vertretungsbefugten Person unterschrieben, so ist eine von den laut Firmenbuch organschaftlich vertretungsbefugten Personen unterfertigte Vollmacht zur Unterfertigung des Angebotes als Beilage zu den Bietererklärungen vorzulegen. Bei Bietergemeinschaften muss das Angebot von einer bevollmächtigten Person signiert werden. In einem solchen Fall ist eine Vollmacht zur Signierung des Angebots als Beilage zu den Bietererklärungen vorzulegen, die von den laut Firmenbuch organschaftlich vertretungsbefugten Personen aller Mitglieder der Bietergemeinschaft unterfertigt ist.

Mit der rechtsgültigen Unterfertigung anerkennt der Bieter ohne Einschränkungen alle Bestimmungen der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen.“

Punkt 2.14.2. „Bestandteile des Angebots“ der AB lautet Punkt 2.14.2. „Bestandteile des Angebots“ der Ausschussbericht lautet:

„Alle im Beilagenverzeichnis (gem. Pkt. 5) angeführten Bestandteile des Angebots sind entsprechend auszufüllen bzw. zu erstellen. 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. Der Auftraggeber macht ausdrücklich darauf aufmerksam, dass nur vollständig ausgefüllte und mit allen Nachweisen versehene Angebote bewertet werden. Der Bieter haftet für die Vollständigkeit und Richtigkeit aller im Angebot gemachten Angaben. Die Angebote müssen, um vollständig zu sein, alle in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vorgaben abdecken.“

Im Punkt 4. „ERLÄUTERUNG ZUR BEILAGE DATENEINGABE TECHNIK UND KOSTEN“ der AB legt u.a. zu „Regelprofil D-Nebenstraßen/dekorative Aufsatzleuchte“ sowie für alle in den AB bezeichneten Regelprofile Folgendes fest: Im Punkt 4. „ERLÄUTERUNG ZUR BEILAGE DATENEINGABE TECHNIK UND KOSTEN“ der Ausschussbericht legt u.a. zu „Regelprofil D-Nebenstraßen/dekorative Aufsatzleuchte“ sowie für alle in den Ausschussbericht bezeichneten Regelprofile Folgendes fest:

„Regelprofil D - Nebenstraßen / dekorative Aufsatzleuchte

Fahrbahn: 5,5m

Vorgabe Beleuchtungsklasse gem. ÖNORM O1055: P4 für Fahrbahn (P6 nach Absenkung von 22:00 – 06:00 Uhr)

Lichtpunktabstand: 30,0m

Montagehöhe: 4,0m

Maststandort: -

Ausleger: -

Neigung: -

Abstand Mast-Fahrbahn: 0,5m

Leuchtenleistung: max. 18W

Farbtemperatur: ? 2700K

Anzahl: 108 Stk.

Abweichung zu O1055: keine“

Unter dem Unterpunkt „Folgende Unterlagen bilden einen integrierenden Bestandteil meines (unseres) Angebots:“, Seite 15 der AB, wird u.a. die Rubrik „Dateneingabe Technik/Kosten inkl. Erklärung (pdf) (Blg. ./ 4)“ aufgezählt, bei welcher (u.a.) diesbezüglich im Angebot der AST in der Rubrik „Ja“ mit „X“ ein Eintrag erfolgt ist.

In der Beilage 4, „DATENEINGABE – TECHNIK“, „*** – Regelprofil D“, „STRASSENBELEUCHTUNG“, zu den AB, erfolgte unter der Rubrik „Wartungsfaktor“ zum Subpunkt „Wartungsfaktor – Leuchtmittel“ zu „Örtliche Verschmutzung“ durch die AG die Vorgabe „M“ (für „mittel“ gemäß der diesbezüglichen Erläuterung).

In der der Beilage ./4 „Dateneingabe Technik und Kosten“ zu der den AB angeschlossenen „Ausfüllhilfe für die Beilage Dateneingabe Technik& Kosten“ wurde von der AG festgelegt: In der der Beilage ./4 „Dateneingabe Technik und Kosten“ zu der den Ausschussbericht angeschlossenen „Ausfüllhilfe für die Beilage Dateneingabe Technik& Kosten“ wurde von der AG festgelegt:

„In diesem Dokument wird anschaulich erklärt, wie die Beilage „Dateneingabe Technik“ richtig auszufüllen ist. Wird die Beilage nicht richtig ausgefüllt und sowohl vom Hersteller, wie auch vom Bieter nicht abgestempelt und unterfertigt, gilt diese als nicht abgegeben.“

Im Zeitpunkt der Angebotsöffnung (am 23.12.2020) war im von der AST abgegebenen Angebot die Beilage ./ 4, „DATENEINGABE-TECHNIK“,

„*** - Regelprofil D“, „STRASSENBELEUCHTUNG“, Datum „04.12.2020“,

ausschließlich durch die AST firmenmäßig unterfertigt.

Eine firmenmäßige Unterfertigung dieser Beilage./4 im Angebot der AST (entsprechend den von der AG dazu laut Angebotsbestimmungen erstatteten Vorgaben) durch den Leuchtenhersteller lag im Zeitpunkt der Angebotsöffnung (am 23.12.2020) nicht vor.

Durch die von der AG dazu in den Angebotsbestimmungen im Zusammenhalt mit dem Leistungsverzeichnis, den Beilagen und dem diesbezüglichen Inhalt der Ausfüllhilfe gegenüber den Bietern erstatteten Vorgaben sollte gewährleistet sein, dass die vom (jeweiligen) Bieter in diesem Bereich angegebenen Werte zu den angebotenen Leuchten (u.a. Wartungsintervalle, Nutzungsdauer, etc.) vom Hersteller ausdrücklich bestätigt werden, sodass bei Eintritt einer erforderlichen Gewährleistung neben dem (jeweiligen) Bieter auch der Hersteller direkt durch die AG in Anspruch genommen werden hätte können.

Hinsichtlich dieses Fehlens der von der AG geforderten firmenmäßigen Unterfertigung (auch) des Leuchtenherstellers im Angebot der AST in Bezug auf die Beilage ./ 4, „DATENEINGABE-TECHNIK“, „*** - Regelprofil D“, „STRASSENBELEUCHTUNG“, Datum „04.12.2020“, ist eine Aufforderung der AG an die AST zur Behebung dieses Mangels nicht erfolgt.

Die AST hat im Nachprüfungsverfahren mit der Stellungnahme vom 10.06.2021 eine Ausfertigung eines Bezug habenden Datenblattes mit dem Datum „14-12-2020“ vorgelegt, in welchem – ausschließlich – eine firmenmäßige Fertigung der „K GmbH, ***, ****“ ohne Datumzusatz als Unterfertigung aufscheint. Dieses, am 10.06.2021 dem erkennenden Gericht vorgelegte, Datenblatt war von der AST nicht unterfertigt, weist in mehreren Positionen neben einer anderen Schreibweise auch divergierende Inhalte zu dem Bezug habenden, im Vergabeverfahren vorgelegten und im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegenden, Datenblatt auf.

In der Nachprüfungsverhandlung (am 11.06.2021) hat die AST dazu eine weitere Fassung dieses Datenblattes, ebenfalls inhaltlich divergierend zu den vorherigen Fassungen, insbesondere zu der dem Angebot angeschlossenen Fassung, vorgelegt, welches Datenblatt nunmehr von der AST (an anderer Stelle als im Original laut Angebotsunterlagen) firmenmäßig unterfertigt war und – ohne Angabe einer Adresse oder eines Datums – den Schriftzug „F“ und eine Unterschrift aufwies.

Von der AG wurde im LV das Fabrikat L, Type ***, oder „ein technisch und optisch gleichwertig angebotenes Fabrikat“ von den Bietern abgefragt.

Von der AG wurde im LV dazu festgehalten:

„Es müssen sämtliche technischen und funktionellen Vorgaben gemäß Positionsbeschreibung bei der Angebotsabgabe nachgewiesen werden.“ (Positionsnummer 11 11 33 55 E, LT 1, LV).

Die AG hat im Punkt 4. „ERLÄUTERUNG ZUR BEILAGE DATENEINGABE TECHNIK UND KOSTEN“ der AB zum „Regelprofil D-Nebenstraßen/dekorative Aufsatzleuchte“ das Anbot von dekorativen Aufsatzleuchten vorgesehen. Die AG hat im Punkt 4. „ERLÄUTERUNG ZUR BEILAGE DATENEINGABE TECHNIK UND KOSTEN“ der Ausschussbericht zum „Regelprofil D-Nebenstraßen/dekorative Aufsatzleuchte“ das Anbot von dekorativen Aufsatzleuchten vorgesehen.

Die AG hat zum Regelprofil D den Bietern u.a. die Fahrbahn mit 5,5 m, den Lichtpunktabstand mit 30,0 m, die Montagehöhe mit 4,0 m, den Abstand Mast-Fahrbahn mit 0,5 m und die Farbtemperatur mit < 2700 K vorgegeben.

Die dazu (ebenfalls) verzeichneten Positionen „Ausleger“ und „Neigung“ wurden von der AG jeweils mit einem „-“ gekennzeichnet.

Die AST hat mit ihrem Angebot laut befülltem Leistungsverzeichnis (LV), Punkt 11 11 „Leuchten liefern und montieren“ das Leuchtenfabrikat F, Type ***, angeboten.

Die AST hat im Vergabeverfahren bis einschließlich zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 23.12.2020 Angaben dahingehend, dass bei dem von ihr angebotenen Leuchtenfabrikat F, Type ***, die Lichtdioden variabel und auch am Rand bzw. nur einzeln eingesetzt werden können, nicht erstattet.

Auch das von der AG ihrem Angebot angeschlossene Produktdatenblatt enthielt keine diesbezüglichen Hinweise bzw. wurde die Leuchte in diesem Datenblatt ausschließlich mit mittiger Anbringung der Leuchtdiode ausgewiesen.

Die AST hat in ihrem Angebot in Bezug auf das von ihr angebotene Leuchtenprodukt in das Datenblatt betreffend das Regelprofil D eine Grafik aufgenommen, in welcher

der als Ausleger bezeichnete Abstand vom Mast bis zum Beleuchtungskörper mit 0,491 graphisch dargestellt war, nicht jedoch die Leuchte, was von der AST dahingehend begründet wurde, dass in E eine andere Darstellung nicht möglich sei.

Das Vorbringen der AST, wonach die Länge der Leuchte gleich die Länge des Auslegers sei, war von der AST bis zur Nachprüfungsverhandlung am 11.06.2021 gegenüber der AG im Vergabeverfahren nicht erstattet worden, und lagen der AG dazu im Zeitpunkt der Angebotsöffnung keine Informationen vor.

Die AST hat in Bezug auf das Regelprofil D - Nebenstraßen eine technische Auf-/ Ansatzleuchte angeboten sowie dazu in ihrem Angebot einen Ausleger mit einer Länge von 0,491 m und einer Neigung von 5,0 ° bezeichnet und somit angeboten.

Die AST hat zu der von ihr angebotenen Leuchte der bezeichneten Type, ***, ihrem im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegenden Angebot das diesen Leuchtentyp betreffende Produktdatenblatt angeschossen, in welchem die Farbtemperatur des von der AST angebotenen Leuchtentyps mit 3.000 K ausgewiesen war.

Von der AG war diesbezüglich laut Angebotsunterlagen das Anbot von Leuchten mit einer Farbtemperatur von < 2.700 K vorgegeben gewesen.

Erst nach der Angebotsöffnung, im Zuge des anhängigen Vergabeverfahrens und der von der AG

vorgenommenen Angebotsprüfung, hat die AST mit E-Mail vom 20. 01.2021 an die vergebende Stelle in Bezug auf die von ihr angebotene Leuchte der Type *** der AG ein „korrigiertes“ Produktdatenblatt vorgelegt, in welchem die Farbtemperatur der angebotenen Leuchte – nunmehr – mit 2.700 K angegeben war.

Dieses „korrigierte“ Produktdatenblatt für die von der AST in ihrem Angebot bezeichnete Type der Leuchte, Type ***, lag im Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 23.12.2020 nicht vor.

Die AST hat die Vorlage von Datenblättern mit zwei unterschiedlichen Farbtemperaturen zu einer konkreten Leuchtentype in der Nachprüfungsverhandlung damit erklärt, dass „die Farbtemperatur beim Produkt frei wählbar und regelbar“ sei.

Im Zuge der Angebotsprüfung durch die AG wurde von dieser u.a. die Magistratsabteilung *** der Stadt *** zur lichttechnischen Vermessung der LED-Leuchte „***-Regelprofil D“ beigezogen, wobei die elektrischen Kenngrößen, der Leuchtenlichtstrom, die Lichtstärkeverteilungskurven, der Lichtstärkeverteilungskörper, das Spektrum und die Farbwiedergabe, messtechnisch ermittelt wurden.

Das Ergebnis dieser messtechnischen Untersuchung wurde der AST bereits während des Vergabeverfahrens von der AG übermittelt.

Die Überprüfung der von der AST angebotenen Leuchte durch die MA *** hatte im Rahmen einer durchgeführten Messung eine Farbtemperatur von 2.777 K zum Ergebnis.

In Hinblick auf die durchgeführte Messung der Farbtemperatur gibt es eine Schwankungsbreite von ca. +/- 50 K.

Der Wartungsfaktor wird rechnerisch wie folgt ermittelt:

$WF = \text{Lichtstromrückgang (LLWF)} \times \text{Ausfallfaktor (LAF)} \times \text{Verschmutzungsfaktor (LWF)}$ bei einem entsprechenden Wartungsintervall

Laut Datenblatt hat die von der AST angebotene Leuchte einen Lichtstromrückgang von L90B1C bei 100.000 Stunden. Daraus ergibt sich ein Wartungsfaktor von 0,81 ($0,90 \times 1,00 \times 0,90$) bei einem Wartungsintervall von 5 Jahren.

Im Datenblatt der Beilage 4 des Angebotes der AST wurde der Verschmutzungsfaktor außen mit 0,95 angegeben. Dies stellt einen hohen Verschmutzungsfaktor dar. Dies bedingt in der Berechnung eine niedrige Verschmutzung. Daraus resultiert auch ein höherer Wartungsfaktor. Ein höherer Wartungsfaktor bedingt bessere lichttechnische Werte.

Die AG hat in Bezug auf die von der AST angebotenen Leuchten unter Zugrundelegung der Angaben der AST in ihrem Angebot, in der Fassung im Zeitpunkt der Angebotsöffnung, weiters ein Gutachten des Sachverständigen für Verkehrstechnik und öffentliche Beleuchtung, H, eingeholt.

Dieses Gutachten vom 21.04.2021 wurde von der AG dem endgültigen Prüfbericht über die Bewertung der Angebote, somit auch der Bewertung des Angebotes der AST, zu Grunde gelegt und wurde der AST bereits während des Vergabeverfahrens von der AG übermittelt.

Im Bezug habenden Gutachten wurde vom Sachverständigen im Wesentlichen darauf verwiesen, dass in Bezug auf das Angebot der AST für das Regelprofil D mit einer Auslegerlänge von 0,491 (0,50 m - 0,318 m, ergibt Ausleger 0,182 m) und einer Neigung von 5° gerechnet wurde.

Nach der Feststellung des Sachverständigen im bezeichneten Gutachten entspricht dies nicht den Vorgaben der Ausschreibung.

Für die Durchführung der Berechnung auf Basis der Vorgaben der Ausschreibung wurde vom Sachverständigen der Lichtschwerpunkt der Leuchte ermittelt, da in E kein Möbel der Leuchte vorhanden ist.

Die Ermittlung erfolgte entsprechend den Feststellungen im Gutachten auf Basis der Leuchtenlänge, laut (von der AST vorgelegtem) Datenblatt: 636 mm. Für die Berechnung musste vom Sachverständigen diese Länge halbiert werden, damit man den Lichtschwerpunkt, der mit dem Lichtaustritt gleichzusetzen ist, ermitteln

konnte, wodurch sich nach der Feststellung des Sachverständigen im Gutachten ein Lichtschwerpunkt von 318 mm ergab.

Nach der Berechnung des Sachverständigen im Gutachten (Abstand des Mastes laut Vorgabe zum Regelprofil 0,50 m minus des errechneten Lichtschwerpunktes von 0,318 m) ergab sich der Lichtpunktüberhang von - 0,182 m in Bezug auf die Leuchte der AST laut Angebotsinhalt im Zeitpunkt der Angebotsöffnung.

Nach den Feststellungen des Sachverständigen war daher die Angabe der AST in Bezug auf einen Lichtpunktüberhang von 0,00 m (laut Berechnung) rechnerisch nicht korrekt.

Nach den dazu im schriftlichen Gutachten getroffenen Feststellungen zum Angebot der AST ergab eine Berechnung der tatsächlichen Werte, dies unter Berücksichtigung der von der AG in den Ausschreibungsunterlagen dazu getroffenen Vorgaben (es wurde vom Sachverständigen bei der Berechnung die Neigung von 5° auf die von der AG geforderten 0° geändert), bezogen auf das Angebot der AST zum Regelprofil D, eine nicht normgerechte Beleuchtung für dieses Regelprofil.

Zum Wartungsfaktor laut Angebot der AST stellte der Sachverständige im Bezug habenden Gutachten vom 21.04.2021 fest, dass die Annahme des Wartungsfaktors mit 0,90 nicht nachvollziehbar sei, da laut Vorgabe eine mittlere Verschmutzung verpflichtend zu Grunde zu legen gewesen sei.

Nach den Feststellungen des Sachverständigen hat die Leuchte laut Datenblatt (Anmerkung: dies laut Angebot der AST im Zeitpunkt der Angebotsöffnung) einen Lichtstromrückgang L90B10 bei 100.000 Stunden.

Nach der gutachtlichen Stellungnahme wird der Wartungsfaktor wie folgt ermittelt:

Der Wartungsfaktor wird rechnerisch wie folgt ermittelt:

$WF = \text{Lichtstromrückgang (LLWF)} \times \text{Ausfallsfaktor (LAF)} \times \text{Verschmutzungsfaktor (LWF)}$ bei einem entsprechenden Wartungsintervall

Daraus ergab sich zum Angebot der AST ein Wartungsfaktor von 0,81 ($0,90 \times 1,00 \times 0,90$) bei einem Wartungsintervall von 5 Jahren.

Durch die Wahl eines höheren Wartungsfaktors im Angebot der AST ergaben sich nach den gutachtlichen Feststellungen des Sachverständigen rechnerisch höhere Werte der Beleuchtungsstärke.

Der Sachverständige verwies in seinem Gutachten vom 21.04.2021 u.a. weiters auf das Nichteinhalten der Forderung der AG nach einer Farbtemperatur von $< 2.700 \text{ K}$ und darauf, dass im Angebot der AST (in der zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung maßgeblichen Fassung) eine Farbtemperatur von 3.000 K angegeben worden sei.

Zum Themenbereich „Einhaltung der Abstände gem. StVO 1960 i.d.g.F.“ wurde vom Sachverständigen im schriftlichen Gutachten vom 21.04.2021 festgestellt, dass gemäß den Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung ein entsprechendes Lichtraumprofil für Verkehrsteilnehmer freizuhalten sei. Die seitlichen Abstände betragen (bei Unterschreitung einer vertikalen Höhe unter 4,50 m) grundsätzlich

0,60 m, können jedoch bei Anlagen zur Regelung und Sicherung des Verkehrs (Straßenbeleuchtungen) auf 0,30 m (ermäßigter Lichtraum) reduziert werden. Bei der angebotenen Ausführung mit einem Lichtüberhang von 0,00 m bei einer Lichtpunkthöhe von 4,00 m werden nach den gutachtlichen Feststellungen des Sachverständigen diese Werte unterschritten und widersprechen den Regeln der StVO 1960.

Der Sachverständige hielt zusammenfassend im Gutachten vom 21.04.2021 neben der Wiederholung des Letzttausgeführten zum Widerspruch gegen die Regelungen der StVO 1960 und Ausführungen betreffend das Fehlen der Fertigung des Leuchtenherstellers in Bezug auf das Datenblatt zum Regelprofil D, weiters nach dem Hinweis darauf, dass für das Regelprofil D eine dekorative Aufsatzleuchte ausgeschrieben worden sei, die AST jedoch eine technische Auf-/Ansatzleuchte angeboten habe, aus, dass sich aus den im Gutachten vorangeführten Punkten (in Bezug auf das Angebot der AST) wesentliche Abweichungen gegenüber der Ausschreibung ergäben und dass die Anforderungen nicht erfüllt werden, sodass die Vorgaben der Ausschreibung nicht eingehalten werden.

Die AG hat auf Grundlage des Messbefundes der MA *** und des bezeichneten Gutachtens des

Sachverständigen für Verkehrstechnik und öffentliche Beleuchtung, H, das Angebot der AST mit der nunmehr der Nachprüfung unterliegenden Entscheidung unter Angabe der in der Ausscheidensentscheidung vom 19.04.2021, in der (ergänzenden) Fassung vom 20.04.2021, angeführten Gründe ausgeschieden.

Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergab sich aus den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen, den Angebotsunterlagen der AST, den von der AG vorgelegten vollständigen Unterlagen betreffend die Prüfung der Angebote, aus dem Prüfbefund der Magistratsabteilung *** der Stadt *** zur lichttechnischen Vermessung der LED-Leuchte „***-Regelprofil D“, dem von der AG eingeholten Gutachten des Sachverständigen für Verkehrstechnik und öffentliche Beleuchtung, H, vom 21.04.2021 sowie auf Grund des Ergebnisses der öffentlichen mündlichen Nachprüfungsverhandlung vom 11.06.2021.

Dass die Beilage ./ 4, „DATENEINGABE-TECHNIK“, „*** - Regelprofil D“, „STRASSENBELEUCHTUNG“, Datum „04.12.2020“, in der zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegenden Fassung, von der AST firmenmäßig unterfertigt worden war, nicht jedoch durch den Leuchtenhersteller, wie dies in der Ausfüllhilfe für die Beilage Dateneingabe Technik & Kosten von der AG explizit in den Angebotsunterlagen vorgeschrieben worden war, ergab sich aus dem Original des Angebotes der AST entsprechend dem von der AG vorgelegten Vergabeakt.

Dass die AST von der AG nicht zur Behebung dieses Mangels aufgefordert worden war, stand auf Grund des Inhaltes des Vergabeaktes fest und wurde von den Vertretern der AG in der Verhandlung bestätigt.

Dass die AST im Nachprüfungsverfahren zwei weitere diesbezügliche Datenblätter (als Beilage zur Stellungnahme vom 10.06.2021 und in der Nachprüfungsverhandlung am 11.06.2021) vorgelegt hat, welche in der bezeichneten Art laut obigen Ausführungen, nämlich in dem am 10.06.2021 vorgelegten Datenblatt ausschließlich von der „K GmbH, ***, ****“ und nicht von der AST unterfertigt war, und in dem von der AST in der Nachprüfungsverhandlung vorgelegten Datenblatt von der AST (an anderer Stelle als im Original der Angebotsunterlagen der AST) firmenmäßig unterfertigt war und – ohne Angabe einer Adresse oder eines Datums – dort (nunmehr) den Schriftzug „F“ und eine Unterschrift ohne Firmenadresse aufwies, weiters, dass das

von der AST im Vergabeverfahren vorgelegte und im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegende Datenblatt in mehreren Positionen inhaltlich divergierend zu den nachträglich von der AST vorgelegten Datenblättern war, ergab sich aus der Einsichtnahme in den von der AG vorgelegten Vergabeakt und in das darin enthaltene Angebot der AST sowie aus dem Vergleich der zweimal vorgelegten, weiteren Fassungen dieses Datenblattes.

Aus den Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen ergab sich, dass für das Regelprofil D, Nebenstraße, von der AG dekorative Aufsatzleuchten ohne Ausleger und ohne Neigung sowie mit einer Farbtemperatur von ? 2.700 K ausgeschrieben worden waren.

Die dekorativen Aufsatzleuchten wurden von der AG explizit vorgegeben.

Der Umstand, dass diese keinen Ausleger und keine Neigung aufweisen sollten, ergab sich klar daraus, dass in den Angebotsunterlagen dazu die Parameter „Ausleger“ und „Neigung“ mit einem „ – “ gekennzeichnet waren, somit die Leuchten nach den Vorgaben der AG keine Neigung und keinen Ausleger aufweisen durften. Einer Kennzeichnung dieser Parameter durch die AG in den Angebotsunterlagen mit „0“ hätte es zu einer Kenntlichmachung, dass die AG in Bezug auf die anzubietenden Leuchten keinen Ausleger und keine Neigung wollte, nicht bedurft, da die Angabe von „ – “ bei der jeweiligen Position diese Vorgabe nach dem objektiven Erklärungswert entsprechend kenntlich machte.

Aus den Angebotsunterlagen der AST, in der Fassung laut Inhalt des Vergabeaktes der AG, und somit in der zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegenden Fassung, ergab sich zweifelsfrei, dass die AST entgegen den diesbezüglichen Vorgaben der AG in den Angebotsunterlagen in Bezug auf das Regelprofil D die von ihr angebotenen Leuchten mit einer Neigung von 5° und einer Auslegerlänge von

0,491 Metern angeboten hat.

Dass für die Berechnung der tatsächlichen Werte unter Berücksichtigung der Leuchtendaten laut Vorgabe der

Ausschreibung (Neigung von 5° auf 0° geändert) sich in Bezug auf das Angebot der AST für das Regelprofil eine nicht normgerechte Beleuchtung ergab, weiters die Angabe eines Lichtpunktüberhanges von 0,00 m laut Berechnung von der AST rechnerisch nicht korrekt ermittelt wurde und dass bei der von der AST angebotenen Ausführung der Leuchten mit einem Lichtüberhang von 0,00 m bei einer Lichtpunkthöhe von 4,00 m die Vorgabe (nach der RVS) eines auf 0,30 m (ermäßigten) Lichtraumes nicht erreicht werden, da dieser erforderliche Wert reduziert und unterschritten wird, und die von der AST angebotene Ausführung damit den Regeln der StVO 1960 und der einschlägigen Vorgaben der RVS widerspricht, ergab sich sowohl aus dem bereits von der AG im Vergabeverfahren eingeholten und der Prüfung des Angebotes der AST sowie der Ausscheidensentscheidung zu Grunde gelegten schriftlichen Gutachten des Sachverständigen für Verkehrstechnik und öffentliche Beleuchtung, H, vom 21.04.2021 als auch aus der diese gutachtlichen Feststellungen im schriftlichen Gutachten bestätigenden Aussage des Zeugen H in der Nachprüfungsverhandlung.

Der Zeuge H sagte in der Nachprüfungsverhandlung aus, dass ihm auf Grund der zur Verfügung stehenden Unterlagen zur Erstellung seiner gutachtlichen Stellungnahme im Vergabeverfahren zur Überprüfung des Angebotes und des Ausschreibungsergebnisses der AST keine Informationen der AST zur Verfügung gestanden seien, auf Grund welcher er davon auszugehen gehabt hätte, dass die von der AST in ihrem Angebot (zum Regelprofil D) angegebene Auslegerlänge gleich der Länge des Beleuchtungskörpers und mit diesem gleichzusetzen sei.

Der Zeuge sagte aus, er habe seine Berechnung auf Grund der angegebenen Auslegerlänge von 0,491 m abzüglich des Abstandes zum Fahrbahnrand erstellt.

Er habe auch keinen Grund zur Annahme gehabt, dass der Lichtschwerpunkt anders als in der Mitte des Leuchtkörpers anzunehmen gewesen wäre, da ihm bei seiner Beurteilung nur das Datenblatt des Produktes zur Verfügung gestanden sei und sich daraus nicht ergeben habe, dass das Leuchtmittel auch anders hätte platziert werden können. Es sei im Datenblatt mittig dargestellt gewesen.

Der Zeuge sagte weiters aus, er habe dann bei seiner weiteren Berechnung, weil dies in der Ausschreibung so gefordert gewesen sei, eine Auslegerneigung von 0° angenommen und den Lichtpunktüberhang mit - 0,182 angenommen. Daraus habe sich bei der Berechnung ergeben, dass die Werte nicht normgerecht seien und daher nicht der Ausschreibung entsprechen.

Es handle sich dabei um die mittlere und die minimale Beleuchtungsstärke. Dabei sei ein Minimalwert von 0,99 LUX und ein mittlerer Wert von 4,91 LUX ermittelt worden.

Der Sollwert befinde sich in der Vorgabe der Beleuchtungsklasse. Die Beleuchtungsklasse wiederum ergebe sich aus dem Regelprofil der Ausschreibung.

Weiters führte der Zeuge H in der Nachprüfungsverhandlung aus, dass entsprechend den Vorgaben der Richtlinie für Verkehrsrichtlinien und -vorschriften für Straßenwesen (RVS) sich eine mögliche Verringerung des Seitenabstandes zum Fahrbahnrand von 0,6 m auf 0,3 m ergebe.

Auf Grund dieser Richtlinie sei bei einem Einhalten eines Mindestabstandes von 0,3 m zum Fahrbahnrand die vertikale Höhe des angebrachten Leuchtmittels egal. Bis 0,3 m sei eine vertikale Höhe von 4,50 m einzuhalten.

Eine Ausnahme bestehe nur dann, wenn es sich um einen Gehsteig handle. Dann betrage die Mindesthöhe 2,20 m.

In Bezug auf das Angebot der AST habe der Zeuge festgestellt, dass bei einer Auslegerlänge von 0,491 m und einer Montagehöhe von 4 m die Bestimmungen des § 83 StVO nicht eingehalten werden könnten. In Bezug auf das Angebot der AST habe der Zeuge festgestellt, dass bei einer Auslegerlänge von 0,491 m und einer Montagehöhe von 4 m die Bestimmungen des Paragraph 83, StVO nicht eingehalten werden könnten.

Dass die AST die Vorgabe der AG bezüglich einer Farbtemperatur von ? 2.700 K für die angebotene Leuchte im Regelprofil D jedenfalls entsprechend dem von ihr abgegebenen Originalangebot, und somit im Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 23.12.2021, nicht erfüllte, ergab sich aus dem Vergabeakt der AG, dem darin enthaltenen Originalangebot der AST, der von der AST darin bezeichneten Leuchtentype und aus dem diese

Leuchtentype betreffenden, dem Angebot im Zeitpunkt der Angebotsöffnung angeschlossen gewesen, Bezug habenden Produktdatenblatt, in welchem dazu eine Farbtemperatur von 3.000 K (anstelle von ? 2.700 K) eingetragen war.

Dass die nach der Angebotsöffnung im Auftrag der AG durch die MA *** vorgenommene Messung der von der AST angebotenen Leuchten eine Farbtemperatur von 2.777 K zum Ergebnis hatte, bezüglich welchen Ergebnisses eine Schwankungsungenauigkeit von +/- 50 K zu berücksichtigen wäre, bekräftigte selbst noch unter Zugrunderlegung dieser Schwankungsbreite die Tatsache, dass der von der AST angebotene Leuchtentyp eine Farbtemperatur von jedenfalls über den von der AG geforderten ? 2.700 K aufwies.

Auch der Umstand, dass die AST erst nach der Angebotsöffnung, im Zuge des anhängigen Vergabeverfahrens und der von der AG vorgenommenen Angebotsprüfung, mit E-Mail vom 20. 01.2021 an die vergebende Stelle in Bezug auf die von ihr angebotene Leuchte der Type *** der AG ein „korrigiertes“ Produktdatenblatt vorgelegt hat, vermochte nichts daran zu ändern, dass im Zeitpunkt der Angebotsöffnung ausschließlich das Bezug habende Produktdatenblatt mit einer ausgewiesenen Farbtemperatur von 3.000 K vorlag und dass die Leuchten von der AST somit mit dieser Farbtemperatur angeboten wurden.

Aus den Ausführungen des Sachverständigen für Verkehrstechnik und öffentliche Beleuchtung in seinem schriftlichen Gutachten vom 21.04.2021 und entsprechend seiner (die Bezug habenden schriftlichen gutachtlichen Ausführungen bestätigenden) Aussage als Zeuge in der öffentlichen mündlichen Nachprüfungsverhandlung ergab sich in Bezug auf den von der AST zu Grunde gelegten Wartungsfaktor, dass die Annahme desselben nicht nachvollziehbar war und mit der Vorgabe in der Ausschreibung, dass eine mittlere Verschmutzung (gekennzeichnet mit „M“) zu der Umgebung als verpflichtend zu Grunde zu legen war, nicht in Einklang gebracht werden konnte, weshalb nach den diesbezüglichen Feststellungen des Sachverständigen dieser Wartungsfaktor daher aus technischer Sicht nicht nachvollziehbar war und sich weiters rechnerisch höhere Werte der Beleuchtungsstärke in Bezug auf das von der AST mit ihrem Angebot angebotene Produkt ergaben.

Der Zeuge H sagte in der Nachprüfungsverhandlung dazu aus, dass konkrete Werte für einen hohen, niedrigen oder mittleren Verschmutzungsfaktor aus dem in seiner gutachtlichen Stellungnahme enthaltenen Diagramm zu entnehmen seien.

Die rote Kurve stelle einen mittleren Verschmutzungsfaktor dar.

Im Datenblatt der Beilage ./ 4 des Angebotes der AST sei der Verschmutzungsfaktor außen mit 0,95 angegeben. Dies stelle laut dem Diagramm einen hohen Verschmutzungsfaktor dar. Dies bedinge in der Berechnung eine niedrige Verschmutzung. Daraus resultiere auch ein höherer Wartungsfaktor. Ein höherer Wartungsfaktor bedinge bessere lichttechnische Werte.

Auf Grund der dem Zeugen vorgelegten Messdateien ergebe sich eine andere Ausstrahlcharakteristik der Leuchte, als vorgegeben.

Nach der Aussage des Vertreters der vergebenden Stelle in der Nachprüfungsverhandlung ergab sich die Forderung nach der Vorlage eines Diagrammes aus dem Angebotsschreiben, Punkt 4, „Erläuterungen zur Beilage Dateneingabe Technik und Kosten“.

Es sei richtig, dass sich diese Vorgabe aus dem Satz ergebe: „Das Diagramm der Überlebensrate für das angegebene Wartungsintervall ist beizulegen“.

Das Diagramm zur Verschmutzung sei im Angebot der AST nicht beigelegt gewesen, jenes zum Lichtstromrückgang schon.

Insofern sei es auch für den Vertreter der vergebenden Stelle nicht nachvollziehbar.

Die AST verwies in der Nachprüfungsverhandlung dazu auf das Diagramm laut Beilage ./7 zu ihrem Angebot.

Die von der AST bezeichneten Parameter im Zusammenhang mit der Neigung, der Länge des Auslegers und der Farbtemperatur laut ihrem Angebot in der Fassung der Angebotsöffnung am 23.12.2020 waren einer Interpretation nicht zugänglich und vielmehr bereits kraft ihres Erklärungswertes als feststehend anzusehen.

Den gutachtlichen Ausführungen des Sachverständigen laut Schriftsatz vom 21.04.2021, welcher der AST

bereits vor der Nachprüfungsverhandlung von der AG zur Verfügung gestellt worden war, wurde durch das Vorbringen der AST nicht auf gleicher fachlicher Ebene begegnet.

Die allgemein gehaltenen Ausführungen der AST in Bezug auf allfällige (gleichartige) Regelwidrigkeiten in Bezug auf das von der AG vorgegebene Leitprodukt waren ebenfalls nicht geeignet, die getroffenen Feststellungen im schriftlichen Gutachten des Sachverständigen vom 21.04.2021 und seine diese gutachtlichen Festhaltungen bestätigenden Aussage als Zeuge in der Verhandlung in Zweifel zu ziehen.

Rechtlich wurde hierüber erwogen:

Die zur Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes maßgeblichen Bestimmungen des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes (NÖ VNG) lauten wie folgt:

§ 1 Abs. 1 und 3 Z 1 Paragraph eins, Absatz eins und 3 Ziffer eins,

(1) Dieses Gesetz regelt den Rechtsschutz in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen.(1) Dieses Gesetz regelt den Rechtsschutz in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen.

(3) Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich ist zuständig

1. zur Entscheidung über

- Anträge zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (§ 14) und- Anträge zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (Paragraph 14,) und
- Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit (§ 16)- Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit (Paragraph 16,)

§ 4 Abs. 1, 2, 8, 9 und 15 Paragraph 4, Absatz eins, 2, 8, 9 und 15

(1) Die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens obliegt dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Artikel 14 b, Absatz eins und 5 B-VG) oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (§ 14) sowie 1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (Paragraph 14,) sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte (§ 16). 2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte (Paragraph 16,).

(8) Das Landesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten der Abs. 2 bis 5, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.(8) Das Landesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten der Absatz 2 bis 5, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines

Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.

(9) Der Senat besteht aus einem Mitglied als Vorsitzenden, zwei weiteren Mitgliedern und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören.

(15) Soweit in diesem Gesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, BGBl. I Nr. 33/2013 in der Fassung BGBl. I Nr. 57/2018, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991, BGBl. I Nr. 51/1991 in der Fassung BGBl. I Nr. 58/2018, mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht nach diesem Gesetz sinngemäß anzuwenden. (15) Soweit in diesem Gesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 57 aus 2018,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 58 aus 2018,, mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles in den Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht nach diesem Gesetz sinngemäß anzuwenden.

§ 6 Abs. 1 und 2 Paragraph 6, Absatz eins und 2

(1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. In einem kann beantragt werden, nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen, die dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung zeitlich vorangegangen sind, nachzuprüfen. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Artikel 14 b, Absatz eins und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. In einem kann beantragt werden, nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen, die dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung zeitlich vorangegangen sind, nachzuprüfen.

(2) Ist die zwischen dem Zugang über die Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in § 12 vorgesehene Frist, ist ein Bieter berechtigt, unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen zu beantragen. (2) Ist die zwischen dem Zugang über die Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in Paragraph 12, vorgesehene Frist, ist ein Bieter berechtigt, unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen zu beantragen.

§ 10 Abs. 1 und 2 Paragraph 10, Absatz eins und 2

(1) Ein Antrag auf Nachprüfung (§ 6 Abs. 1) hat jedenfalls zu enthalten (1) Ein Antrag auf Nachprüfung (Paragraph 6, Absatz eins,) hat jedenfalls zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der gesondert anfechtbaren Entscheidung,

2. die Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers und gegebenenfalls der vergebenden Stelle einschließlich deren elektronischer Adresse,

3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss sowie bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Bezeichnung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters,

4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller,
5. die Bezeichnung der Rechte, in denen der Antragsteller verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkte),
6. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
7. einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie
8. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.
9. (entfällt durch LGBl. Nr. 54/2019) 9. (entfällt durch Landesgesetzblatt Nr. 54 aus 2019,)

(2) Der Antrag ist in folgenden Fällen unzulässig:

1. wenn er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet;
2. wenn er nicht innerhalb der in § 12 genannten Fristen gestellt wird; 2. wenn er nicht innerhalb der in Paragraph 12, genannten Fristen gestellt wird;
3. wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung die Pauschalgebühr gemäß § 21 nicht ordnungsgemäß entrichtet wurde. 3. wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung die Pauschalgebühr gemäß Paragraph 21, nicht ordnungsgemäß entrichtet wurde.

§ 12 Abs. 1 Paragraph 12, Absatz eins,

(1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung auf elektronischem Weg sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung über den Postweg oder einen anderen geeigneten Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

§ 16 Abs. 1 Paragraph 16, Absatz eins,

(1) Das Landesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und
2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 21 Abs. 1 hat der Antragsteller eine Pauschalgebühr für den Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Nichtigerklärung (§ 6 Abs. 1) zu entrichten. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, hat der Antragsteller eine Pauschalgebühr für den Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Nichtigerklärung (Paragraph 6, Absatz eins,) zu entrichten.

Gemäß Abs. 7 ist die Gebühr bei Antragstellung zu entrichten. Bieter- und Arbeitsgemeinschaften haben die Gebühr nur einmal zu entrichten. Gemäß Absatz 7, ist die Gebühr bei Antragstellung zu entrichten. Bieter- und Arbeitsgemeinschaften haben die Gebühr nur einmal zu entrichten.

Folgende, zur Beurteilung der Vergabe des verfahrensgegenständlichen Auftrages maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVergG 2018), BGBl I 2018/65 idF BGBl II 2019/91, gelangen zur Anwendung: Folgende, zur Beurteilung der Vergabe des verfahrensgegenständlichen Auftrages maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVergG 2018), BGBl römisch eins 2018/65 in der Fassung BGBl römisch zwei 2019/91, gelangen zur Anwendung:

Gemäß § 2 Z 15 lit. a) sublit cc) BVergG 2018 sind im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gesondert anfechtbar folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen (des Auftraggebers im Vergabeverfahren): Gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a,) Sub-Litera, c, c,) BVergG 2018 sind im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gesondert anfechtbar folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen (des Auftraggebers im Vergabeverfahren):

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe; die Ausschreibungsunterlagen; sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung.

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 BVerG 2018 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände. Gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, BVerG 2018 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände.

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 20 Abs. 3 Paragraph 20, Absatz 3

(3) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Ablauf des nicht offenen Verfahrens

§ 113 Abs. 2 Paragraph 113, Absatz 2

(2) Während eines nicht offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

Allgemeine Bestimmungen

§ 125 Abs. 1 Paragraph 125, Absatz eins,

(1)

Der Bieter hat sich bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten.

Form der Angebote

§ 126 Abs. 1 und Abs. 4 Paragraph 126, Absatz eins und Absatz 4,

(1)

Angebote müssen die in der Ausschreibung vorgeschriebene Form aufweisen.

....

(4) Angebote sind vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben.

Inhalt der Angebote

§ 127 Abs. 1 Z 6 Paragraph 127, Absatz eins, Ziffer 6,

(1)

Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

....Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:, ...

sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte Erläuterungen oder Erklärungen;

sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte Erläuterungen oder Erklärungen;,,

Allgemeine Bestimmungen

§ 134 Paragraph 134,

Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.

Vorgehen bei der Prüfung

§ 135 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1 und Z 5 Paragraph 135, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer eins und Ziffer 5,

(1)

Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2)

Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen, ob den in § 20 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

...

ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. den in Paragraph 20, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;, ..., ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 138 Abs. 1 und Abs. 2 Paragraph 138, Absatz eins und Absatz 2

(1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot oder über die geplante Art der Durchführung der Leistung oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter übermittelten Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Dokumentation über die Prüfung der Angebote beizuschließen.

(2) Die durch die erfolgte Aufklärung allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 20 Abs. 1, 112 Abs. 3, 113 Abs. 2 und 139 nicht verletzen. (2) Die durch die erfolgte Aufklärung allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 20, Absatz eins, 112, Absatz 3, 113, Absatz 2 und 139 nicht verletzen.

Ausscheiden von Angeboten

§ 141 Abs. 1 Z 7 Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7

(1)

Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:, ...

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- 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.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang, die Vergabe eines Bauauftrages im

Unterschwellenbereich ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung, liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018 iVm dem NÖ VNG. Unterschwellenbereich ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung, liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018 in Verbindung mit dem NÖ VNG.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen, die Zuschlagserteilung ist bis dato nicht erfolgt (es erfolgte die Untersagung der Zuschlagserteilung mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich zu LVwG-6/001-2021 vom 25.05.2021), und ist somit die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens und zur Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß § 4 Abs. 1 und 2 Z 2 NÖ VNG gegeben. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen, die Zuschlagserteilung ist bis dato nicht erfolgt (es erfolgte die Untersagung der Zuschlagserteilung mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich zu LVwG-6/001-2021 vom 25.05.2021), und ist somit die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes

Niederösterreich zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens und zur Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 4, Absatz eins und 2 Ziffer 2, NÖ VNG gegeben.

Die AST hat ein Interesse am Vertragsabschluss behauptet und einen möglichen Schaden dargelegt. Der Inhalt des Antrages ließ nicht offensichtlich erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung oder der behauptete Schaden nicht vorliege oder dass die behauptete Rechtswidrigkeit offensichtlich keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren haben könne. Der Nachprüfungsantrag enthält alle in

§ 10 NÖ VNG geforderten Inhalte.Paragraph 10, NÖ VNG geforderten Inhalte.

Der AST kommt im Hinblick auf die höchstgerichtliche Judikatur (EuGH 5.4.2016,

C-355/15, Caverion und EuGH 11.5.2017, C-131/16, Archus und Gama) als nicht bestandsfest ausgeschiedener Bieterin die Antragslegitimation im gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren in Bezug auf die Nachprüfung der ihr Angebot betreffenden Ausscheidensentscheidung zu.

Die Ausschreibungsbedingungen wurden nicht angefochten und sind daher bestandsfest (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029).

Die Ausschreibungsunterlagen und alle anderen Festlegungen und Erklärungen sowohl der AG, der vergebenden Stelle, der Bewerber und Bieter sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 18. 3. 2015, Ra 2015/04/0017; 15. 3. 2017, Ra 2014/04/0052). Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsunterlagen kommt es nicht an (VwGH 1. 2. 2017, Ro 2016/04/0054). Im Zweifel sind Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (VwGH 9. 9. 2015, Ra 2014/04/0036). Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024; 27. 10. 2014, 2012/04/0066).

Die Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (z.B. EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark – Brücke über den „Storebælt“ Rn. 39, Slg. 1993, I-3353; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 39 mwN; VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090).

Die Ausschreibungsunterlagen sind der Ausscheidensentscheidung zu Grunde zu legen (VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (VwGH 20. 5. 2010, 2007/04/0072; BVwG 16. 4. 2014, W187 2003334-1/25E), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark – Brücke über den „Storebælt“, Rn. 37, Slg. 1993, I-3353; BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).Die Ausschreibungsunterlagen sind der Ausscheidensentscheidung zu Grunde zu legen (VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (VwGH 20. 5. 2010, 2007/04/0072; BVwG 16. 4. 2014, W187 2003334-1/25E), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (EuGH 22. 6. 1993,, C-243/89, Kommission/Dänemark – Brücke über den „Storebælt“, Rn. 37, Slg. 1993, I-3353; BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Änderungen des Angebotes nach Angebotsöffnung sind grundsätzlich ausgeschlossen (EuGH 14. 9. 2017, C-223/16, Casertana Costruzioni, Rn. 35; VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0015).

Zulässig sind nur die Behebung verbesserbarer Mängel und geringfügige, unerlässliche Änderungen von Alternativangeboten iSd § 138 BVergG 2018. Das Verhandlungsverbot nach § 112 Abs 3 BVergG 2018 (bzw. verfahrensgegenständlich: nach § 113 Abs. 2 BVergG 2018) ist Ausdruck dieser Unabänderlichkeit (EuGH 11. 5. 2017, C-131/16, Archus und Gama, Rn. 27).Zulässig sind nur die Behebung verbesserbarer Mängel und geringfügige, unerlässliche Änderungen von Alternativangeboten iSd Paragraph 138, BVergG 2018. Das Verhandlungsverbot nach Paragraph 112, Absatz 3, BVergG 2018 (bzw. verfahrensgegenständlich: nach Paragraph 113, Absatz 2, BVergG 2018) ist Ausdruck dieser Unabänderlichkeit (EuGH 11. 5. 2017, C-131/16, Archus und Gama, Rn. 27).

Ein Mangel ist verbesserbar, wenn die Behebung des Mangels nicht zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann (VwGH 5. 10. 2016, Ra 2015/04/0002 mwN; 27. 2. 2019, Ra

2017/04/0054 mwN).

Dabei darf ein Bieter nicht gegenüber seinen Mitbieterinnen bevorzugt werden (z.B. VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0015 mwN). Der Bieter darf in Wirklichkeit kein neues Angebot einreichen (EuGH 4. 5. 2017, C-387/14, Esaprojekt, Rn 39 mwN; VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087 mwN), der Auftraggeber darf keine Behebung von Mängeln zulassen, die nach den Festlegungen der Ausschreibung mit dem Ausscheiden bedroht sind (EuGH 6. 11. 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda und CEM Ambiente, Rn 46; 28. 2. 2018, C-523/16 und C-536/16, MA.T.I. SUD ua, Rn 65). Auszuscheiden ist ein Angebot, das etwa nicht den technischen Spezifikationen der Ausschreibung entspricht (EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 31).

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts,

ÖZW 1999, 1).

Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2011-23 u.v.a.).

Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 961).

Fehlende Unterfertigung der Beilage „Dateneingabe Technik“ zum Regelprofil D – Nebenstraßen/dekorative Aufsatzleuchte:

Dazu liegt ein Ausscheidensgrund nicht vor.

Durch die fehlende Unterfertigung dieses Datenblattes lag – gemessen an den grundlegenden, bestandsfesten Vorgaben in den Ausschreibungsbestimmungen – ein nicht der Ausschreibung entsprechendes und somit mangelhaftes Angebot vor. Bei diesem Mangel handelte es sich allerdings um einen behebbaren Mangel (vgl. VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201). Durch die fehlende Unterfertigung dieses Datenblattes lag – gemessen an den grundlegenden, bestandsfesten Vorgaben in den Ausschreibungsbestimmungen – ein nicht der Ausschreibung entsprechendes und somit mangelhaftes Angebot vor. Bei diesem Mangel handelte es sich allerdings um einen behebbaren Mangel vergleiche VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201).

Die AG hat dazu in sämtlichen Angebotsbestimmungen mit den von ihr gewählten Formulierungen die unabdingbare Folge des Ausscheidens eines Angebotes bei Nichtunterfertigung dieses Datenblattes für das Regelprofil D nicht explizit festgelegt.

Wenn auch im Vorblatt, Seite 2, der AB die Forderung aufgestellt wurde, dass alle Bestandteile des Angebotes entsprechend auszufüllen bzw. zu erstellen seien, in Punkt 2.2 der AB von der AG darauf verwiesen wurde, dass sich die AG auf Basis der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen und der Fragenbeantwortung verbindliche Angebote über den Ausschreibungsgegenstand erwerbe und allfällige behebbare Mängel in den Angeboten in vergaberechtlicher Hinsicht zum Ausscheiden des betreffenden Angebotes führten, in Punkt 2.11. der AB von der AG festgelegt wurde, dass der Bieter der Ausschreibungsunterlagen insbesondere auf Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit zu prüfen habe, in Punkt 2.14.2. der AB von der AG normiert wurde, dass alle im Beilagenverzeichnis (gemäß Punkt 5.) angeführten Bestandteile des Angebotes entsprechend auszufüllen bzw. zu erstellen seien, die AG ausdrücklich darauf aufmerksam machte, dass nur vollständig ausgefüllte und mit allen Nachweisen versehene Angebote

bewertet würden, der Bieter für die Vollständigkeit und Richtigkeit aller im Angebot gemachten Angaben hafte und die Angebote, um vollständig zu sein, alle in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vorgaben abdecken müssten, weiters in der Ausfüllhilfe für die Beilage Dateneingabe, Technik und Kosten seitens der AG normiert wurde, dass, wenn die Beilage nicht richtig ausgefüllt und sowohl vom Hersteller wie auch vom Bieter nicht abgestempelt und unterfertigt sei, diese als nicht abgegeben gelte, lag gegenständlich in Bezug auf das Angebot der AST wegen Nichtunterfertigung des Datenblattes zum Regelprofil D durch den Leuchtenhersteller im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zwar ein mangelhaftes, weil unvollständiges, Angebot vor, in Bezug auf welchen Mangel jedoch nach einer diesbezüglichen Aufforderung durch die AG eine Mängelbehebung durch die AST erfolgen hätte können. Wenn auch im Vorblatt, Seite 2, der Ausschussbericht die Forderung aufgestellt wurde, dass alle Bestandteile des Angebotes entsprechend auszufüllen bzw. zu erstellen seien, in Punkt 2.2 der Ausschussbericht von der AG darauf verwiesen wurde, dass sich die AG auf Basis der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen und der Fragenbeantwortung verbindliche Angebote über den Ausschreibungsgegenstand erwarte und allfällige unbehebbarer Mängel in den Angeboten in vergaberechtlicher Hinsicht zum Ausscheiden des betreffenden Angebotes führten, in Punkt 2.11. der Ausschussbericht von der AG festgelegt wurde, dass der Bieter der Ausschreibungsunterlagen insbesondere auf Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit zu prüfen habe, in Punkt 2.14.2. der Ausschussbericht von der AG normiert wurde, dass alle im Beilagenverzeichnis (gemäß Punkt 5.) angeführten Bestandteile des Angebotes entsprechend auszufüllen bzw. zu erstellen seien, die AG ausdrücklich darauf aufmerksam machte, dass nur vollständig ausgefüllte und mit allen Nachweisen versehene Angebote bewertet würden, der Bieter für die Vollständigkeit und Richtigkeit aller im Angebot gemachten Angaben hafte und die Angebote, um vollständig zu sein, alle in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vorgaben abdecken müssten, weiters in der Ausfüllhilfe für die Beilage Dateneingabe, Technik und Kosten seitens der AG normiert wurde, dass, wenn die Beilage nicht richtig ausgefüllt und sowohl vom Hersteller wie auch vom Bieter nicht abgestempelt und unterfertigt sei, diese als nicht abgegeben gelte, lag gegenständlich in Bezug auf das Angebot der AST wegen Nichtunterfertigung des Datenblattes zum Regelprofil D durch den Leuchtenhersteller im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zwar ein mangelhaftes, weil unvollständiges, Angebot vor, in Bezug auf welchen Mangel jedoch nach einer diesbezüglichen Aufforderung durch die AG eine Mängelbehebung durch die AST erfolgen hätte können.

Dass das Fehlen der Unterfertigung durch den Leuchtenhersteller auf den zwei Seiten des Datenblattes des Regelprofils D im Angebot der AST – aus diesem Grund – das Vorliegen eines den Ausschreibungsbedingungen widersprechenden Angebotes bewirken würde und dass es sich um einen unbehebbarer Mangel gehandelt hätte, war nicht festzustellen.

Wenn auch das Angebot der AST in diesem Punkt, wie von ihr abgegeben und im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegend, unvollständig war, hätte seitens der AG gegenüber der AST diesbezüglich ein Mängelbehebungsauftrag unter gleichzeitiger Fristsetzung (wie auch gegenüber allen anderen Bietern des Vergabeverfahrens, deren Angebot einen solchen Mangel aufgewiesen hätte, womit dem Gleichbehandlungsprinzip Rechnung getragen wäre) zu ergehen gehabt.

Dass somit auf Grund des Fehlens der Unterschrift des Leuchtenherstellers ein unbehebbarer Mangel vorgelegen wäre, war daher nicht festzustellen, hätte die AST doch – bei korrekter Beibringung dieser Unterfertigung in einer den Formalerfordernissen entsprechenden Weise ohne inhaltliche Abänderungen im Datenblatt selbst – nach Aufforderung durch die AG mit gleichzeitiger Fristsetzung aus diesem Vorgang keinen Wettbewerbsvorteil gehabt.

Ein solcher konnte von der AG auch im Zuge der Nachprüfungsverhandlung nicht benannt werden.

Bei Nichtbehebung dieses – behebbaren – Mangels hätte die AG das Angebot der AST bereits aus diesem Grund im Interesse einer Gleichbehandlung der Bieter und einer Berücksichtigung der Vorgaben in den Angebotsbestimmungen auch ausscheiden müssen.

Dazu wird im Hinblick auf die nach der Angebotsöffnung erst im Vergabenachprüfungsverfahren von der AST vorgelegten, Bezug habenden Datenblätter zum Regelprofil D (mit den laut obigen Feststellungen behafteten gravierenden Mängeln in Form von sogar inhaltlichen Abweichungen zu dem im Zeitpunkt der

Angebotsöffnung vorliegenden Datenblatt) festgestellt, dass bei Abgabe eines solcherart ausgefüllten Datenblattes bereits aus diesem Grund wegen Nichterfüllung des Mängelbehebungsauftrages bzw. wegen Abgabe eines geänderten Angebotsbestandteiles und einer somit nach Angebotsöffnung erfolgten weiteren Angebotsabgabe das Angebot der AST durch die AG bereits aus diesem Grund auszuschneiden gewesen wäre.

Anbot der AST Leuchtenfabrikat des F, Type *** mit einem Ausleger mit der Länge von 0,491 m und der Neigung von 5,0 Grad und einer Farbtemperatur von 3.000 K:

Der öffentliche Auftraggeber darf von einem Bewerber, dessen Angebot seiner Auffassung nach ungenau ist oder nicht den in den Bedingungsunterlagen enthaltenen technischen Spezifikationen entspricht, keine Erläuterungen verlangen (EuGH 07.04.2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz; 10.10.2013, C-336/12, Manova).

Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, sind ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit auszuschneiden. Eine Aufklärung kommt bei solchen Angeboten von vornherein nicht in Betracht. Eine Aufklärung würde nur eine rechtswidrige Angebotsänderung darstellen (vgl. BVwG 04.02.2016, W1382118883-2 u.a.). Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, sind ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit auszuschneiden. Eine Aufklärung kommt bei solchen Angeboten von vornherein nicht in Betracht. Eine Aufklärung würde nur eine rechtswidrige Angebotsänderung darstellen vergleiche BVwG 04.02.2016, W1382118883-2 u.a.).

Wird ein Produkt angeboten, dass den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Maßen nicht entspricht, stellt dies keine Unklarheit für die AG dar, die aufzuklären wäre (vgl. BVA 05.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39). Wird ein Produkt angeboten, dass den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Maßen nicht entspricht, stellt dies keine Unklarheit für die AG dar, die aufzuklären wäre vergleiche BVA 05.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39).

Die AST hat, dies in Nichterfüllung der technischen Vorgaben der AG entsprechend den diesbezüglichen Ausschreibungsbestimmungen, eine Leuchte mit einem Ausleger in der Länge von 0,491 m und mit einer Neigung von 5,0 Grad angeboten.

Dass die AG in Bezug auf diese Positionen durch Anführen von „-“ das Anbot von Leuchten ohne Ausleger und ohne Neigung vorgeschrieben hat, ergab sich selbstredend aus dem objektiven Erklärungswert der Angebotsunterlage und musste auf Grund des klar verständlichen Inhaltes der Ausschreibung der fachkundige, durchschnittlich informierte Bieter davon ausgehen, dass die AG mit diesen Vorgaben das Anbot einer Leuchte ohne Ausleger und ohne Neigung eingefordert hat (objektiver Erklärungswert).

Bereits auf Grund dieser Angaben im Angebot der AST zum Regelprofil D hat diese ein den Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen der AG widersprechendes Angebot abgegeben, das zu diesen Parametern nicht verbesserbar war, da eine solche (nicht zulässige) Verbesserung des Angebotes der AST der Abgabe eines abgeänderten Angebotes gleichgekommen wäre und somit zu einer Ungleichbehandlung der übrigen Bieter gegenüber der AST geführt hätte.

Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend.

Zu verweisen ist weiters darauf, dass die AG in Punkt 2.8. der AB festgelegt hat, dass Alternativ- und Variantenangebote gemäß § 96 BVergG 2018 sowie Abänderungsangebote gemäß § 97 BVergG 2018 unzulässig sind. Zu verweisen ist weiters darauf, dass die AG in Punkt 2.8. der Ausschussbericht festgelegt hat, dass Alternativ- und Variantenangebote gemäß Paragraph 96, BVergG 2018 sowie Abänderungsangebote gemäß Paragraph 97, BVergG 2018 unzulässig sind.

Bereits auf Grund der zu den bezeichneten Positionen „Ausleger“ und „Neigung“ wider die Ausschreibungsbestimmungen angebotenen Leuchtenprodukte zum Regelprofil D waren daher die Ausschreibungsbestimmungen nicht erfüllt.

Die (darüber hinausgehende) durch die AG veranlasste Überprüfung der „Gleichwertigkeit“ der von der AST angebotenen Leuchtenprodukte im Zusammenhang mit dem Regelprofil D unter Berücksichtigung der Leuchtendaten laut Angaben der AST in ihrem Angebot unter gleichzeitiger Berücksichtigung einer Änderung

der Vorgabe der Neigung auf die ausschreibungsgemäß geforderten

0° nach den Feststellungen des dem Prüfungsverfahren durch die AG beigezogenen Sachverständigen sowie nach dessen Aussage als Zeuge in der Nachprüfungsverhandlung ergab darüber hinaus eine nicht normgerechte Beleuchtung für das Regelprofil D gemäß dem Angebot der AST, wie danach auch in Bezug auf das Angebot der AST vom Sachverständigen und Zeugen festgestellt wurde, dass bei einer Auslegerlänge von 0,491m und einer Montagehöhe von 4 m die Bestimmungen der RVS und der StVO 1960 nicht eingehalten werden könnten.

Dazu wird auf die obigen Feststellungen und die dazu vorgenommene Beweiswürdigung verwiesen.

Bezüglich des von der AST in ihrem Angebot bezeichneten Leuchtenfabrikates der Type *** lag im Zeitpunkt der Angebotsöffnung ein Produktdatenblatt vor, in welchem die Farbtemperatur der so angebotenen Leuchtentype mit „3.000 K“ angegeben war.

Unabhängig von der später durch die MA*** erfolgten messtechnischen Überprüfung der von der AST angebotenen Leuchte (welche eine Farbtemperatur von 2.777 K, +/- 50 K ergab) und unabhängig davon, dass die AST nach der Angebotsöffnung im Vergabeverfahren in Bezug auf diese Leuchte ein Datenblatt mit einer dort angegebenen Farbtemperatur von 2.700 K vorgelegt hat, weiters unabhängig von den Auswirkungen dieser (im Vergleich zu den Ausschreibungsbestimmungen) bestehenden Divergenz zu den von der AG laut Angebotsbestimmungen ausdrücklich geforderten Farbtemperatur von < 2.700 K war festzustellen, dass die AST mit dem im Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegenden Angebot entsprechend dem diesem Angebot in diesem Zeitpunkt angeschlossenen Produktdatenblatt eine Leuchtentype angeboten hat, welche nicht den diesbezüglichen Ausschreibungsbestimmungen in den Angebotsunterlagen der AG entsprach, da diesbezüglich im Zeitpunkt der Angebotsöffnung in Bezug auf das angebotene Leuchtenprodukt (die von der AST im Angebot bezeichnete Leuchtentype) eine Farbtemperatur von 3.000 K ausgewiesen war, weshalb auch zu diesem Punkt vom Vorliegen eines der Verbesserung nicht zugänglichen ausschreibungswidrigen Bestandteiles des Angebotes der AST auszugehen war. Unabhängig von der später durch die MA*** erfolgten messtechnischen Überprüfung der von der AST angebotenen Leuchte (welche eine Farbtemperatur von 2.777 K, , +/- 50 K ergab) und unabhängig davon, dass die AST nach der Angebotsöffnung im Vergabeverfahren in Bezug auf diese Leuchte ein Datenblatt mit einer dort angegebenen Farbtemperatur von 2.700 K vorgelegt hat, weiters unabhängig von den Auswirkungen dieser (im Vergleich zu den Ausschreibungsbestimmungen) bestehenden Divergenz zu den von der AG laut Angebotsbestimmungen ausdrücklich geforderten Farbtemperatur von < 2.700 K war festzustellen, dass die AST mit dem im Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegenden Angebot entsprechend dem diesem Angebot in diesem Zeitpunkt angeschlossenen Produktdatenblatt eine Leuchtentype angeboten hat, welche nicht den diesbezüglichen Ausschreibungsbestimmungen in den Angebotsunterlagen der AG entsprach, da diesbezüglich im Zeitpunkt der Angebotsöffnung in Bezug auf das angebotene Leuchtenprodukt (die von der AST im Angebot bezeichnete Leuchtentype) eine Farbtemperatur von 3.000 K ausgewiesen war, weshalb auch zu diesem Punkt vom Vorliegen eines der Verbesserung nicht zugänglichen ausschreibungswidrigen Bestandteiles des Angebotes der AST auszugehen war.

Angesichts des Vorliegens der oben aufgezeigten Ausscheidensgründe konnte von einer rechtlichen Beurteilung der seitens der AG in ihrer Ausscheidensentscheidung weiters herangezogenen Ausscheidensgründe Abstand genommen werden.

Ist bereits das Vorliegen von Ausscheidensgründen festgestellt (verfahrensgegenständlich jedenfalls zumindest das ausschreibungswidrige Anbot einer Neigung und eines Auslegers der angebotenen Leuchte beim Regelprofil D - Nebenstraßen sowie das ausschreibungswidrige Anbot einer Leuchte mit der Farbtemperatur im Ausmaß von 3.000 K, allesamt laut Angebotsunterlagen der AST im Zeitpunkt der Angebotsöffnung), konnte die Prüfung weiterer Ausscheidensgründe dahinstehen, da solche Angebote jedenfalls auszuschneiden sind und für den Zuschlag nicht in Betracht kommen (vgl. BVwG 22.01.2018, Ist bereits das Vorliegen von Ausscheidensgründen festgestellt (verfahrensgegenständlich jedenfalls zumindest das ausschreibungswidrige Anbot einer Neigung und eines Auslegers der angebotenen Leuchte beim Regelprofil D - Nebenstraßen sowie das ausschreibungswidrige Anbot einer Leuchte mit der Farbtemperatur

im Ausmaß von 3.000 K, allesamt laut Angebotsunterlagen der AST im Zeitpunkt der Angebotsöffnung), konnte die Prüfung weiterer Ausscheidensgründe dahinstehen, da solche Angebote jedenfalls auszuschneiden sind und für den Zuschlag nicht in Betracht kommen vergleiche BVwG 22.01.2018, W131217970 – 4 – 2/40E).

Die Ausführungen der AST in dem nach Schluss des Beweisverfahrens beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingebrachten Schriftsatz vom 16. 06.2021 betreffend allfällige Regelwidrigkeiten in Bezug auf das von der AG vorgegebene Leitprodukt und betreffend das durchgeführte Beweisverfahren zum Wartungsfaktor waren nicht geeignet, eine Änderung in der Beurteilung der Sach- und Rechtslage laut obigen Ausführungen herbeizuführen, weshalb das Beweisverfahren nicht neuerlich zu öffnen war.

Eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines hypothetischen Angebotes unter Zugrundelegung des von der AG vorgegebenen Leitproduktes fällt nicht in die Zuständigkeit und Entscheidungsbefugnis des erkennenden Gerichtes, wie auch die durch Sachverständigengutachten untermauerten Mängel im Angebot der AST im Zusammenhang mit dem von der AST zu Grunde gelegten Wartungsfaktor entsprechend den oben ausgeführten rechtlichen Erwägungen nicht einmal mehr entscheidungswesentlich war.

Im Hinblick auf das oben Ausgeführte war daher der Antrag der AST auf Nichtigerklärung der Entscheidung der AG vom 19.04.2021, in der Fassung vom 20.04.2021, das Angebot der AST auszuschneiden, spruchgemäß abzuweisen.

Hinweis:

Betreffend den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ergeht nach der Erlassung der verfahrensgegenständlichen Entscheidung eine gesonderte Entscheidung.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Schlagworte

Vergabe; Nachprüfung; Nichtigerklärung; Ausscheidensentscheidung; Angebot; Mangel;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGNI:2021:LVwG.VG.5.002.2021

Zuletzt aktualisiert am

03.08.2021

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwG Niederösterreich, <http://www.lvwg.noel.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at