jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Erkenntnis 2020/9/8 LVwG-VG-7/002-2020

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 08.09.2020

Entscheidungsdatum

08.09.2020

Norm

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §16
BVergG 2018 §302 Abs1 Z5

1. BVergG 2018 § 302 heute
2. BVergG 2018 § 302 gültig ab 21.08.2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat durch den Vergabesenat 4 unter dem Senatsvorsitz des Richters Mag. Allraun, mit den weiteren Richtern

HR Dr. Grassinger (Berichterin) und MMag. Kammerhofer (Beisitzer) sowie mit den Laienrichtern Mag. Harald Schweiger und Dr. Andrea Wieser betreffend den am 20.07.2020 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangten Antrag

der A GmbH, ***, ***, vertreten durch B Rechtsanwälte GmbH, ***, *** (im Folgenden: AST) auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der C GmbH, ***, *** (im Folgenden: AG) vom 07.07.2020, der AST zugestellt am 08.07.2020, betreffend das Letztangebot der AST im Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung – Lieferung und Inbetriebsetzung von elektrischen Schutzeinrichtungen“, Los 1, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Nachprüfungsverhandlung wie folgt erkannt:

1.
Der Antrag der A GmbH, ***, ***, vertreten durch B Rechtsanwälte GmbH, ***, ***, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der C GmbH, ***, ***, vom 07.07.2020 (bekannt gegeben am 08.07.2020) betreffend das Letztangebot (LAFO) der A GmbH zu Los 1 im Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung – Lieferung und Inbetriebsetzung von elektrischen Schutzeinrichtungen“, wird abgewiesen.

2.
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).

§ 302 Abs. 1 Z 5 Bundesvergabegesetz 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, in der Fassung der letzten Änderung BGBl II 91/2019 (BVergG 2018),Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 5, Bundesvergabegesetz 2018, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 65 aus 2018,, in der Fassung der letzten Änderung Bundesgesetzblatt Teil 2, 91 aus 2019, (BVergG 2018),

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

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

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

Entscheidungsgründe:

Die C GmbH (im Folgenden: AG) hat im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Union vom ***, 2020/***, die beabsichtigte Vergabe eines Lieferauftrages, nämlich „elektrische Geräte zum Schalten oder Schützen von Stromkreisen“ unionsweit bekannt gemacht. In dieser Bekanntmachung bezeichnete die AG das Vergabeverfahren wie folgt:

„Rahmenvereinbarung – Lieferung und Inbetriebsetzung von elektrischen Schutzeinrichtungen, Referenznummer der Bekanntmachung: ***“.

Die AG hat dazu einen Lieferauftrag im Sektorenbereich in drei Losen (die Vergabe zum Auftrag betreffend das verfahrensgegenständliche Los 1 betrifft die „Neuerrichtungen von Schutzeinrichtungen“) ausgeschrieben.

Die Auftragsvergabe erfolgt nach den Bestimmungen des BVergG 2018 für den Oberschwellenbereich. Es wird ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt.

Die A GmbH (im Folgenden: AST) hat fristgerecht einen Teilnahmeantrag für die Lose 1 und 3 eingereicht und wurde von der AG zur Abgabe eines Erstangebotes eingeladen.

Die AST hat am 02.06.2020 ein Erstangebot u.a. für das Los 1 gelegt.

Am 24.06.2020 legte die AST im Verhandlungsverfahren zu Los 1 ein Letztangebot (im Folgenden: LAFO).

Der Termin für die Angebotsöffnung betreffend die LAFOS war der 25.06.2020.

Die AG hat im Bezug habenden Vergabeverfahren betreffend das Angebot der AST für Los 1 mit Schriftsatz vom 07.07.2020, der AST zugestellt am 08.07.2020 durch elektronische Übermittlung und gleichzeitiges Bereitstellen auf der Plattform, jeweils am 08.07.2020, um 12:34 Uhr, der AST mitgeteilt, dass ihr Angebot vom 02.06.2020 zum Verfahren „Rahmenvereinbarung – Schutzeinrichtungen Los 1

(***)“ ausgeschlossen werden muss.

Begründend führte die AG in dieser Ausscheidensentscheidung an:

„Die Prüfung Ihres Angebotes hat unter anderem ergeben. dass Sie im LAFO das Produkt des 110kV-Hauptschutzes vom Fabrikat der Firma D auf das Fabrikat der Firma E geändert haben. Für dieses geänderte Angebot liegt jedoch der gemäß dem ausschreibungsgegenständlichen Leistungsverzeichnis vor der

Angebotsabgabe zwingend erforderliche praxisgerechte Prüfaufbau hinsichtlich der geforderten Schutz- und Kommunikationsfunktionen nicht vor (siehe Seite 3 zweiter Absatz gemäß Dokument „***").

Weiters hat die AG in dieser Ausscheidensentscheidung mitgeteilt, dass die Prüfung ergeben hat, dass die im Leistungsverzeichnis für den 110kV-Hauptschutz gestellten Forderungen in vier von der AG in der Ausscheidensentscheidung konkret dargelegten Punkten nicht erfüllt wurden (eine Wiedergabe des Inhaltes der Bekanntgabe dieser Ausscheidensentscheidung erfolgt untenstehend im Zuge der Sachverhaltsfeststellungen).

Die AST wendete in ihrem am 20.07.2020 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich innerhalb der Frist nach § 12 Abs. 1 NÖ VNG u.a. eingebrachten Nachprüfungsantrag ein, in ihrem Recht aufDie AST wendete in ihrem am 20.07.2020 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich innerhalb der Frist nach Paragraph 12, Absatz eins, NÖ VNG u.a. eingebrachten Nachprüfungsantrag ein, in ihrem Recht auf

„– Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren;

– Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens;

– Gleichbehandlung aller Bieter und Nichtdiskriminierung;

– vergaberechtskonforme Beurteilung der eingelangten Angebote;

– Nichtausscheiden ihres Angebots bei Nichtverwirklichung eines

Ausscheidensgrundes;

– Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten;

– Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten;“

verletzt zu sein.

Weiters brachte die AST vor, dass sie sich auch in all den Rechten verletzt erachte, die an dieser Stelle des Antrages nicht ausdrücklich genannt seien, die sich jedoch aus der Gesamtheit des Antrages ergäben (VwGH 08.08.2013, 2001/04/0130).

Zum Interesse am Vertragsabschluss und dem drohenden/bereits eingetretenen Schaden brachte die AST vor, dass die AG bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise das Angebot der AST nicht vom Vergabeverfahren ausscheiden hätte dürfen, sondern vielmehr dieses Angebot für den Abschluss der Rahmenvereinbarung hätte vorsehen müssen.

Durch die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung drohe der AST ein unwiederbringlicher Schaden durch den Entgang des ihr gebührenden Auftrages und damit ein entgangener Deckungsbeitrag in branchenüblicher Höhe.

Zudem handle es sich bei dem ausgeschriebenen Auftrag um ein bedeutsames Referenzprojekt, welches die AST bei künftigen Auftragsvergaben durch öffentliche Auftraggeber vorweisen könne, um dadurch ihre Chancen auf Auftragserteilung zu erhöhen. Auch in dieser Hinsicht drohe der AST durch die angefochtene Entscheidung ein Schaden zu entstehen.

Die AST habe durch die Legung ihres Angebotes ihr maßgebliches Interesse am Vertragsabschluss dargelegt.

Zur behaupteten Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung führte die AST im Wesentlichen aus, dass die AG die angefochtene Ausscheidensentscheidung auf vier behauptete Ausschreibungswidrigkeiten des Angebotes der AST stütze.

Sämtliche der vorgebrachten Aspekte bezögen sich darauf, dass die AST mit ihrem Letztangebot für den Bereich Hochspannung eigene Geräte als ,,Hauptschutz" angeboten habe und nicht jene Geräte des Mitbewerbers, die bislang in der Rolle des Hauptschutzes bei der AG im Einsatz seien.

Die AST sei sich des Umstandes bewusst, dass die AG aus Gewohnheit die Geräte des Mitbewerbers D für den Hauptschutz präferiere. Dies komme schon darin deutlich zum Ausdruck, dass auch das Leistungsverzeichnis davon geprägt sei, dass die technischen Merkmale der Geräte des Mitbewerbers darin abgebildet seien.

Dessen ungeachtet entsprächen die von der AST in ihrem Letztangebot als Hauptschutz angebotenen

eigenen Geräte gleichermaßen den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses. Die angefochtene Ausscheidensentscheidung sei deshalb rechtswidrig.

Zur nicht bestehenden Notwendigkeit eines praxisgerechten Testaufbaues führte die AST aus, dass auf Seite 3 des Leistungsverzeichnisses zum LAFO Folgendes festgelegt sei:

„Im Falle einer erstmaligen Lieferung von Schutzgeräten an C GmbH sind sämtliche geforderten Schutz- und Kommunikationsfunktionen in Form eines praxisgerechten Testaufbaues bei C GmbH in *** durch den Anbieter vor der Abgabe des Angebotes nachzuweisen."

In der angefochtenen Ausscheidensentscheidung gehe die AG davon aus, dass für das Produkt des 110 kV-Hauptschutzes der AST der ,,zwingend erforderliche praxisgerechte Prüfaufbau hinsichtlich der geforderten Schutz- und Kommunikationsfunktionen" nicht durchgeführt worden wäre.

Vor dem Hintergrund der bestandsfesten Festlegungen der Ausschreibungsunterlage sei dies jedoch schon deshalb unrichtig, da die AST auch bislang schon derartige ,,E"-Schutzgeräte an die AG geliefert und die AG dieser Geräte auch im Einsatz habe. Es liege daher kein Fall einer "erstmaligen Lieferung" vor. Nur in diesem Fall würde gemäß den bestandsfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen aber eine Verpflichtung zur Durchführung eines praxisgerechten Testaufbaues bestehen.

Die AST habe bereits in der Vergangenheit derartige E-Geräte an die AG geliefert. Zwar seien diese bislang nicht als Hauptschutz sondern als Reserveschutz im Einsatz gewesen, dies ändere jedoch nichts daran, dass die von der AST für den Reserveschutz gelieferten Geräte die geforderten Schutz- und Kommunikationsfunktionen aufweisen würden, wie die für den Hauptschutz vorgesehenen, ausschreibungsgegenständlichen Geräte.

Vor diesem Hintergrund ergebe sich, dass gemäß der bestandsfest gewordenen Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen ein praxisgerechter Testaufbau gerade nicht erforderlich (gewesen) sei.

Ein Ausscheiden des Angebotes der AST aus diesem Grund komme somit nicht in Betracht.

Zur Erdschlussmeldefunktion finde sich auf Seite 17 des Leistungsverzeichnisses zum LAFO folgende Festlegung:

"Erdschlussmeldefunktion

angeschlossen an die offene Dreieckswicklung zur Abgabe der Meldung '110-kV-Erdschluss'

Die Auswertung dieser Funktion muss auf Messung der e-n-Spannung beruhen.

Eine rechnerische Ermittlung aus den drei gemessenen Phase-Erdspannungen ist nicht zulässig.“

„Erdschlussrichtungserfassung mit wattmetrischer Messung der Grundschwingung.

Der Anschluss eines Kabelumbaustromwandlers oder die Einschleifung des Nullstromes eines fremden Stromwandlerkreises muss möglich sein.

Die Auswertung dieser Funktion muss auf Messung der e-n-Spannung und des Kabelumbauwandlerstromes beruhen. Eine rechnerische Ermittlung der e-n-Spannung aus den 3 gemessenen Phase-Erdspannungen bzw. eine rechnerische Ermittlung des Nullstromes aus den 3 Phasenströmen ist nicht zulässig."

Entgegen der Ansicht der AG erfüllten die von der AST angebotenen Geräte die festgelegten Anforderungen. Wie aus dem Benutzerhandbuch zu dem angebotenen Gerät hervorgehe, sei eine direkte Messung der e-n-Spannung in jedem Fall möglich. Ebenso seien auch eine Nullstrommessung und eine wattmetrische Erdschlussrichtungsermittlung möglich.

Zur Auslösekreisüberwachung führte die AST aus, die AG gehe in der angefochtenen Ausscheidensentscheidung davon aus, dass im Leistungsverzeichnis zum LAFO "externe separate Auslösekreisüberwachungen" für den 110 kV-Schutz und für den Umspannschutz gefordert, aber im Letztangebot der AST nicht enthalten gewesen seien.

Auch dies erweise sich als unrichtig. Die Anforderungsbeschreibung an die Auslösekreisüberwachung auf Seite 15 des Leistungsverzeichnisses zum LAFO enthalte keinen Hinweis darauf, dass von der AG eine

Auslösekreisüberwachung in einem separaten Gerät vorgeben wäre. Die Geräte der AST würden im Gerät integriert eine Auslösekreisüberwachung enthalten. Dass dies nicht ausschreibungskonform wäre, lasse sich den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen aber nicht entnehmen. Darüber hinaus sei anzumerken, dass die ausgeschriebene und von der AST angebotene integrierte Auslösekreisüberwachung in der Mittelspannungsebene der C GmbH bereits seit Jahren von der AST geliefert und von der AG in dieser Weise auch als Standardlösung im operativen Einsatz genutzt werde.

Zum Überspannungszeitschutz im Trafo-Differentialschutz gehe die AG davon aus, dass die angebotenen Trafo-Differentialschutzeinrichtungen nicht die im Leistungsverzeichnis geforderte Überspannungszeitschutzfunktion besitzen würden. Auch dies sei unrichtig. Die (modular aufgebauten) Geräte der AST würden eine solche Funktion bieten. Es könne nicht nachvollzogen werden, aus welchem Grund die AG davon ausgehe, dass die von der AST angebotenen Geräte diese Funktion nicht aufweisen würden.

In der mit Schriftsatz vom 31.07.2020 erstatteten Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag führte die AG nach Festhaltungen betreffend die

elektrische Schutztechnik im Allgemeinen zur verfahrensgegenständlichen Ausgangssituation aus, dass sich die AG und die AST aktuell in einem aufrechten Vertragsverhältnis befänden, welches ebenfalls die Lieferung von elektrischen Schutzeinrichtungen betreffe. Das Vertragsverhältnis für Schutzgeräte ende am 28.02.2021.

Die AG verwende derzeit Geräte von F GmbH als Hauptschutz und Geräte der AST als Reserveschutz. Ausdrücklich zurückgewiesen werde die Behauptung der AST, wonach die AG „aus Gründen der Gewohnheit“ eine Präferenz für „F“-Produkte hätte.

Die AG habe das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung – Lieferung und Inbetriebsetzung von elektrischen Schutzeinrichtungen“ mit unionsweiter Auftragsbekanntmachung (abgesendet am 07.04.2020) bekanntgemacht. Das Vergabeverfahren sei im Sektorenoberschwellenbereich ausgeschrieben. Es werde als Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt.

Die Antragstellerin habe sich für das Los 1 („Neuerrichtung von Schutzeinrichtungen"), das Los 2 („Erweiterung von bestehenden D-Schutzsystemen“) und das Los 3 („Erweiterung von bestehenden E-Schutzsystemen“) beworben.

Im hier relevanten Los 1 sei die AST zur Abgabe eines Erstangebotes aufgefordert worden.

Nach Durchführung und Abschluss der Verhandlungsphase am 18.06.2020 sei die AST am 19.06.2020 zur Abgabe ihres letztgültigen Angebotes aufgefordert worden. Auf Grund von unbehebbaren Angebotsmängeln – die näher ausgeführt würden – sei das Angebot der AST als ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot (§ 302 Abs 1 Z 5 „Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 2018“ [BGBl I 65/2018 idF BGBl II 91/2019; „BVergG 2018“]) ausgeschieden worden. Die Ausscheidensentscheidung (datiert mit 07.07.2020) sei der AST am 08.07.2020 bekannt gegeben worden. Nach Durchführung und Abschluss der Verhandlungsphase am 18.06.2020 sei die AST am 19.06.2020 zur Abgabe ihres letztgültigen Angebotes aufgefordert worden. Auf Grund von unbehebbaren Angebotsmängeln – die näher ausgeführt würden – sei das Angebot der AST als ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot (Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 5, „Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 2018“ [BGBl römisch eins 65 aus 2018, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 91 aus 2019,; „BVergG 2018“]) ausgeschieden worden. Die Ausscheidensentscheidung (datiert mit 07.07.2020) sei der AST am 08.07.2020 bekannt gegeben worden.

Diese Ausscheidensentscheidung sei von der AST mit Nachprüfungsantrag vom 20.07.2020 beim LVwG NÖ angefochten worden.

Gemäß § 302 Abs 1 Z 5 BVergG 2018 sei ein Angebot auszuscheiden, das den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche. Gemäß Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2018 sei ein Angebot auszuscheiden, das den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche.

Das von der AST gelegte (letztgültige) Angebot habe in mehrfacher Weise den Ausschreibungsbestimmungen widersprochen.

Zu den im Angebot festgestellten Widersprüchen verwies die AG darauf, dass

die im (letztgültigen) Angebot festgestellten Widersprüche nachstehend – und auch unter Berücksichtigung der Ausführungen der AST im Nachprüfungsantrag – dargestellt würden:

Notwendigkeit eines praxisgerechten Testaufbaus:

lm Leistungsverzeichnis (Seite 3) sei folgende Festlegung zur „Notwendigkeit eines praxisgerechten Testaufbaus“ getroffen worden:

„lm Fall einer erstmaligen Lieferung von Schutzgeräten an C GmbH sind sämtliche geforderten Schutz- und Kommunikationsfunktionen in Form eines praxisgerechten Testaufbaues bei C GmbH in *** durch den Anbieter vor der Abgabe des Angebots nachzuweisen.“

Die AST behaupte nun, dass ein praxisgerechter Testaufbau nicht erforderlich gewesen sei. Begründet werde dies damit, dass die AST nicht erstmalig „E“-Geräte an die AG liefere.

Die Ausführungen der AST seien unrichtig. Zunächst müsse darauf hingewiesen werden, dass die Geräte der AST bislang nur als Reserveschutz – nicht jedoch als Hauptschutz – eingesetzt worden seien.

Für den Hauptschutz würden im Leistungsverzeichnis explizit zahlreiche Zusatzfunktionen, nämlich die Zusatzfunktionen „Erdschlussauslösung“, „Anregeauslösung“, „Synchronkontrollautomatik“, „Signalvergleich über Wirkschnittstelle und deren Zusammenwirken mit der AWE“ gefordert.

Bei diesen Zusatzfunktionen handle es sich um Schutzfunktionen, für die ein praxisgerechter Testaufbau jedenfalls erforderlich sei.

Da die Geräte der AST bislang „nur“ als Reserveschutz verwendet worden seien, sei für diese Geräte – bzw. genauer: für die notwendigen Zusatzfunktionen – nie ein praxisgerechter Testaufbau durchgeführt worden. Diese Zusatzfunktionen würden auch im laufenden Vertragsverhältnis durch ein Hauptschutzrelais einer Mitbewerberin erfüllt.

Die Ausscheidensentscheidung sei sohin schon aus diesem Grund rechtskonform und zulässig gewesen.

Erdschlussmeldefunktion und Erdschlussrichtungserfassung

Im Leistungsverzeichnis (Seite 17) sei folgende Festlegung zur Erdschlussmeldefunktion getroffen worden:

„Erdschlussmeldefunktion

Angeschlossen an die offene Dreieckswicklung zur Abgabe der Meldung ‚110-kV-Erdschluss‘ Die Auswertung dieser Funktion muss auf Messung der e-n-Spannung beruhen. Eine rechnerische Ermittlung aus den 3 gemessenen Phase-Erdspannungen ist nicht zulässig."

Und weiter:

„Erdschlussrichtungserfassung mit wattmetrischer Messung der Grundschwingung. Der Anschluss eines Kabelumbaustromwandlers oder die Einschleifung des Nullstroms eines fremden Stromwandlerkreises muss möglich sein.“

Die Auswertung dieser Funktion müsse auf einer Messung der e-n-Spannung und des Kabelumbauwandlerstroms beruhen. Eine rechnerische Ermittlung der

e-n-Spannung aus den drei gemessenen Phase-Erdspannungen bzw. eine rechnerische Ermittlung des Nullstroms aus den drei Phasenströmen sei nicht zulässig.

In der Ausscheidensentscheidung sei der AST bekannt gegeben worden, dass ihr Angebot die Mindestanforderungen, wonach die Auswertung der Erdschlussmeldefunktion auf einer Messung der e-n-Spannung beruhen müsse, und eine rechnerische Ermittlung aus den drei gemessenen Phase-Erdspannungen nicht zulässig sei, nicht erfülle.

Die AST behaupte nun – unter Verweis auf ihr Benutzerhandbuch –, dass ihr Angebot diese Mindestanforderung erfüllen würde.

Die AST führe in ihrer Beilage ./4 jedoch selbst aus, dass bei ihren Geräten die

e-n-Spannung nur unter Nutzung von zwei statt drei Spannungseingängen (zwei Phase-Phase-Spannungen = zwei Außenleiterspannungen) für die Distanzschutzfunktion gemessen werden könne. Aus den Festlegungen des Leistungsverzeichnisses ergebe sich, dass – wie bei den Produkten der AST– zwei Eingangswandler nicht ausreichten, um die e-n-Spannung hinreichend zu messen.

Das von der AST angebotene Produkt habe insgesamt nur vier Eingangswandler; drei würden grundsätzlich für die Funktion „Distanzschutz“ benötigt, einen Eingangswandler benötige die AG für die Erfassung der Verlagerungsspannung

(e-n-Spannung), sodass kein Eingangswandler für die erforderlichen „Synchrochecks“ verbleibe.

Die direkte Messung der e-n-Spannung für die Distanzschutzfunktion erfolge bei den Geräten der AST mithin nur unter Nutzung von zwei Phase-Phase Spannungseingängen. Die Distanzschutzfunktion sei aber bei einer solcherart vorgenommenen Messung in erheblichem Maße von der Amplituden- und Winkelgenauigkeit der e-n-Wicklung im Fall von Erdkurzschlüssen abhängig.

Die e-n-Spannung sei für die Berechnung aller Erdkurzschlüsse notwendig. Gleichzeitig werde die e-n-Wicklung standardmäßig zwecks Dämpfung von Ferroresonanzen in den ersten zwei Sekunden nach Erdfehlereintritt bis zur thermischen Grenze belastet, wodurch sich – bei einer Messung anhand von nur zwei Phase-Spannungseingängen – eine nicht tragbare Ungenauigkeit in der erforderlichen Impedanzmessung bei Phase-Erdkurzschlüssen ergebe. Diese Messung sei in den ersten ca. 0,02 bis ca. 1,0 Sekunden von entscheidender Bedeutung für die sichere Funktion des Distanzschutzes und daher wesentlich für die selektive Abschaltung des fehlerbehafteten Anlagenteiles und damit zusammenhängend der Versorgungssicherheit.

Für eine korrekte Funktion des Distanzschutzes (bei einer Messung anhand von nur zwei Phase-Spannungseingängen) sei die zusätzliche Vorgabe einer amplituden- und winkelgetreuen e-n-Prüfspannung erforderlich. Bei Einsatz der von der AST angebotenen Funktionen ihrer Schutzgeräte würde dies zusätzlich für die halbjährlich vorgegebenen Überprüfungen der Schutzgeräte durch das Betriebspersonal der AG (non protection experts) einen Umbau des vor Ort befindlichen Prüfsystems bedeuten.

Die Ausscheidensentscheidung sei sohin auch aus diesem Grund rechtskonform und zulässig gewesen.

Auslösekreisüberwachung

Die separaten Auslösekreisüberwachungen würden im Leistungsverzeichnis nur für den 110kV-Leitungsschutz und für den 110/20-30kV-Umspannerschutz gefordert, nicht jedoch für den Schutz in den 20-30kV-Abzweigen.

Aus technischer Sicht weise die AG darauf hin, dass beim 110kV-Leitungsschutz und beim 110/20kV-Umspannerschutz je Auslösekreis immer mindestens zwei verschiedene Auslösekontakte unterschiedlicher Schutzrelais auf eine Auslösespule wirkten, wodurch Parallelschaltungen von Optokopplereingängen – auch unterschiedlicher Gerätetypen – notwendig würden.

Diese Auslösekreisüberwachungen müssten in einem weiten Bereich betriebsmäßig anpassbar sein. Ein praxisgerechter Testaufbau sei auch für diese Funktion erforderlich.

In der Ausscheidensentscheidung sei der AST bekannt gegeben worden, dass ihr Angebot die Mindestanforderungen, wonach eine externe separate Auslösekreisüberwachung für den 110kV-Leitungsschutz und den

110/20-30kV-Trafoschutz notwendig sei, nicht erfülle.

Die AST behaupte nun, dass keine – in einem separaten Gerät vorhandene – Auslösekreisüberwachung gefordert gewesen wäre. Diese Ansicht sei unrichtig. Im Leistungsverzeichnis (Seite 56) sei festgelegt worden, dass die Auslösekreisüberwachung als ein eigenes Gerät anzubieten sei; eine integrierte Lösung sei unzulässig. Dieses Verständnis ergebe sich eindeutig aus der Festlegung im Leistungsverzeichnis, wonach „2 Stk“ Auslösekreisüberwachung – und unter Bekanntgabe von Fabrikat und Type – anzubieten gewesen seien.

Die Ausscheidensentscheidung sei sohin auch aus diesem Grund rechtskonform und zulässig gewesen.

Überspannungszeitschutz im Trafodifferentialschutz

Im Leistungsverzeichnis (Trafoschutz, Seite 43) sei folgende Festlegung zum „Überspannungszeitschutz im Trafodifferentialschutz“ getroffen worden:

„Funktionsumfang:

?
Differentialschutz mit:
?
dreisystemiger Messung
?
Amplituden- und Schaltgruppenanpassung
?
Einschaltstabilisierung mit zweiter Harmonischer
?
Durchgangsstromstabilisierung
?
Überlastschutz für die Unterspannungsseite und Abgabe der Meldung ‚Überlast‘
?
Überspannungsschutz, 2-stufig
?
…“

In der Ausscheidensentscheidung sei der AST bekanntgegeben worden, dass ihr Angebot die Mindestanforderung, wonach der im Leistungsverzeichnis geforderte Überspannungszeitschutz notwendig sei, nicht erfülle.

Die AST behaupte nun – aber ohne jeglichen Beleg „(sic!)“ –, dass ihre Geräte den geforderten Überspannungszeitschutz aufweisen würden. Die AST habe das Produkt „***“ angeboten (siehe Seite 52 des Leistungsverzeichnisses). Aus der angeschlossenen Beilage/1 (Beschreibung des angebotenen Produktes) gehe jedoch eindeutig hervor, dass das angebotene Produkt nicht über den geforderten Überspannungszeitschutz im Trafodifferentialschutz verfüge. Die Funktion „Überspannungszeitschutz“ sei für dieses Gerät aus dieser Beschreibung nicht ersichtlich und im Übrigen auch in keiner anderen zugänglichen Beschreibung.

Die Ausscheidensentscheidung sei sohin auch aus diesem Grund rechtskonform und zulässig gewesen.

Die AG stellte die Anträge, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge den Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung vom 07.07.2020 (bekannt gegeben am 08.07.2020) und den Antrag auf Kostenersatz zurück- bzw. in eventu abweisen.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat im Nachprüfungsverfahren zur Erstellung von Befund und Gutachten und zur Teilnahme an der Nachprüfungsverhandlung dem Verfahren einen Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft des Amtes der NÖ Landesregierung beigezogen, welchem sämtliche von der AG im Auftrag des erkennenden Gerichtes vorgelegte Vergabeunterlagen einschließlich der mit Schriftsatz des Amtssachverständigen vom 05.08.2020, Zl. ***, für erforderlich bezeichneten und durch das Gericht beigeschafften Unterlagen (von der C GmbH vorgelegte Musterpläne je Abzweigtyp und von der AST vorgelegte Datenblätter für die angebotenen Schutzgeräte) für die Erstellung von Befund und Gutachten zur Verfügung standen, wie auch die Parteien des Verfahrens, soweit nicht Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen waren, die Möglichkeit zur Einsichtnahme in diese Unterlagen hatten.

Der Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft erstattete im Nachprüfungsverfahren nachstehenden Befund und nachstehendes Gutachten vom 12.08.2020, welche den Parteien des Verfahrens mit Schriftsatz des erkennenden Gerichtes vom 13.08.2020, Zl. LVwG-7/002-2020, zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme und zur Vorbereitung für die Nachprüfungsverhandlung übermittelt wurden und auf

deren Verlesung die in der Nachprüfungsverhandlung anwesenden Parteien bzw. deren Vertreter verzichteten, welche somit in das Beweisverfahren vor dem erkennenden Gericht in die öffentliche mündliche Verhandlung einbezogen wurden.

Der Befund und das Gutachten des Amtssachverständigen lauten wie folgt:

„Die A GmbH, vertreten durch B Rechtsanwälte GmbH, ***, ***, hat mit einem am 20.07.2020 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangten Schriftsatz in Bezug auf das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung - Lieferung und Inbetriebsetzung von elektrischen Schutzeinrichtungen“ den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der öffentlichen Auftraggeberin, C GmbH, vom 07.07.2020 gestellt.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich übermittelte mit Schreiben

LVwG-VG-7/002-2020 vom 04.08.2020 den Nachprüfungsantrag der AST vom 20.07.2020 samt Beilagen, die Stellungnahme der Antragsgegnerin zum Nachprüfungsantrag vom 31.07.2020 samt Beilage sowie die wesentlichen Vergabeunterlagen (insbesondere die Ausschreibungsunterlage zum „Last and final offer“ und dem LAFO der Ast vom 25.06.2020) mit dem Auftrag zur Erstellung von Befund und Gutachten binnen zwei Wochen ab Zustellung dieser Ladung zu folgendem Beweisthema:

1. Erfüllt das von der Ast im LAFO angebotene Fabrikat E, Type *** oder *** die Anforderungen laut Leistungsverzeichnis S 17 betreffend die Erdschlussmeldefunktion und Erdschlussrichtungserfassung

2. Erfüllt das von der Ast im LAFO auf Seite 52 angebotene Fabrikat E, Type *** den geforderten Überspannungszeitschutz laut dem im Leistungsverzeichnis auf Seite 43 geforderten Funktionsumfang

Dazu wurde vom Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft im Schreiben *** vom 05.08.2020 festgehalten, dass die vorliegenden Unterlagen für Befund und Gutachten zu den beiden Beweisthemen nicht ausreichen. An die C GmbH erging das Ersuchen, die Musterpläne je Abzweigtyp zur Verfügung zu stellen. An die A GmbH erging das Ersuchen, Datenblätter für die angebotenen Schutzgeräte zur Verfügung zu stellen.

Mit Schreiben LVwG-VG-7/002-2020 vom 10.08.2020 übermittelte das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich die von der Auftraggeberin vorgelegten Musterpläne je Abzweigtyp:

?
***
?
***

Mit Schreiben LVwG-VG-7/002-2020, ebenfalls vom 10.08.2020, übermittelte das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich die von der Antragstellerin vorgelegten Datenblätter der Schutzeinrichtungen:

?
***
?
***
?
***

Befund des Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft. Die Anforderung laut Leistungsverzeichnis Seite 17 lautet:

Erdschlussmeldefunktion

angeschlossen an die offene Dreieckswicklung zur Abgabe der Meldung "110-kV-Erdschluss" Die Auswertung dieser Funktion muss auf Messung der e-n-Spannung beruhen. Eine rechnerische Ermittlung aus den 3 gemessenen Phase-Erdspannungen ist nicht zulässig.

Erdschlussrichtungserfassung mit wattmetrischer Messung der Grundschwingung. Der Anschluss eines Kabelumbaustromwandlers oder die Einschleifung des Nullstromes eines fremden Stromwandlerkreises muss möglich sein.

Die Auswertung dieser Funktion muss auf Messung der e-n-Spannung und des

Kabelumbauwandlerstromes beruhen. Eine rechnerische Ermittlung der e-n-Spannung aus den 3 gemessenen Phase—Erdspannungen bzw. eine rechnerische Ermittlung des Nullstromes aus den 3 Phasenströmen ist nicht zulässig.

Die Anforderung laut Leistungsverzeichnis Seite 43 lautet:

Funktionsumfang:

[…]

Überspannungsschutz, 2-stufig

[…]

Von der Auftraggeberin wurden die Musterpläne zu einem Leitungsabzweig und zu einem Umspannerabzweig vorgelegt.

Von der Antragstellerin wurde zum angebotenen Schutzgerät *** das Datenblatt für das Schutzgerät *** in den Varianten ***, *** und *** vorgelegt.

Von der Antragstellerin wurde zum angebotenen Schutzgerät *** das Datenblatt für das Schutzgerät *** vorgelegt.

Von der Antragstellerin wurde zum angebotenen Schutzgerät *** das Datenblatt für das Schutzgerät *** in den Varianten *** und *** vorgelegt.

Gutachten des Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft Zum Beweisthema 1:

Die Anforderungen laut Leistungsverzeichnis zur Erdschlussmeldefunktion und zur Erdschlussrichtungserfassung implizieren, dass für beide Funktionen die drei Phase-Erdspannungen sowie die e-n-Spannung mittels je einem eigenen Spannungsmesseingang am Schutzgerät gemessen werden müssen. Dies geht auch aus dem Musterplan 110kV Leitungsschutz, Seite +RR04.T010/1 hervor:

?
Abzweigspannung UL1 auf -F310-T5
?
Abzweigspannung UL2 auf -F310-T6
?
Abzweigspannung UL3 auf -F310-T7
?
Abzweigspannung Ue auf -F310-T90
?
Sammelschienenspannung SSNB_U-SSNB_V auf -F310-T15

Weiters muss laut Musterplan 110kV Leitungsschutz, Seite +RR04.T001/1 neben den drei Phasenströmen ein zusätzlicher Strom gemessen werden:

?
Abzweigstrom IL1-1 auf -F310-T1
?
Abzweigstrom IL2-1 auf -F310-T2
?
Abzweigstrom IL3-1 auf -F310-T3
?
Abzweigstrom IKU-1-IKU-2 auf -F310-T4

Aufgrund der Vorlage der Antragstellerin wird angenommen, dass die Daten des Schutzgerätes *** – bis auf die Möglichkeit der Erweiterung des Schutzgerätes mit zusätzlichen Befehls-/Eingangs-Melde-/Analoge Eingangs-/Analoge Ausgangsbaugruppen – auch auf das angebotene Schutzgerät *** zutreffen. Laut dem Datenblatt (Tabelle Seite 4) hat das Schutzgerät *** nur drei Spannungsmesseingänge, womit eine Messung der e-n-Spannung mittels einem eigenen Spannungsmesseingang nicht möglich ist. Weiters hat das Schutzgerät nur drei Strommesseingänge, womit eine Messung eines vierten Stromsignals mittels eines eigenen Strommesseingang nicht möglich ist. Weiters ist bei den implementierten Schutzfunktionen die „Erdschlussrichtungsermittlung“ nicht angehakt.

Aufgrund der Vorlage der Antragstellerin wird angenommen, dass die Daten des Schutzgerätes *** – bis auf die Möglichkeit der Erweiterung des Schutzgerätes mit zusätzlichen Befehls-/Eingangs-Melde-/Analoge Eingangs-/Analoge Ausgangsbaugruppen – auch auf das angebotene Schutzgerät *** zutreffen. Laut dem Datenblatt (Tabelle Seite 4) hat das Schutzgerät *** keine Spannungseingänge, womit eine Messung der e-n-Spannung mittels einem eigenen Spannungsmesseingang nicht möglich ist. Weiters ist bei den implementierten Schutzfunktionen die „Erdschlussrichtungsermittlung“ nicht angehakt.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass laut vorliegenden Unterlagen das von der Ast im LAFO angebotene Fabrikat E, Type *** oder *** die Anforderungen laut Leistungsverzeichnis Seite 17 betreffend die Erdschlussmeldefunktion und Erdschlussrichtungserfassung nicht erfüllt.

Zum Beweisthema 2:

Nach dem technischen Verständnis des Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft muss zur Detektion einer Überspannung zumindest eine Spannung (mittels einem eigenen Spannungsmesseingang am Schutzgerät) gemessen werden. Dies geht auch aus dem Musterplan 110kV Umspannerschutz, Seite +RR03.T010/1 hervor:

?
Abzweigspannung UL1-UL2 auf -F320-T5

Aufgrund der Vorlage der Antragstellerin wird angenommen, dass die Daten des Schutzgerätes *** – bis auf die Möglichkeit der Erweiterung des Schutzgerätes mit zusätzlichen Befehls-/Eingangs-Melde-/Analoge Eingangs-/Analoge Ausgangsbaugruppen – auch auf das angebotene Schutzgerät *** zutreffen. Laut dem Datenblatt (Technische Daten, Seite 15-23) hat das Schutzgerät *** keine Spannungsmesseingänge, womit eine Messung von Spannungen nicht möglich ist. Weiters ist bei den implementierten Schutzfunktionen (Tabelle Seite 4) kein „Überspannungsschutz“ angeführt.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass laut vorliegenden Unterlagen das von der Ast im LAFO auf Seite 52 (Anmerkung: Zum Leistungsverzeichnis auf Seite 43 ist auf Seite 44 das gleiche Fabrikat wie auf Seite 52 angeboten) angebotene Fabrikat E, Type *** den geforderten Überspannungszeitschutz laut dem im Leistungsverzeichnis auf Seite 43 geforderten Funktionsumfang nicht erfüllt.“

Die AST hat mit Schriftsatz vom 24.08. 2020 im Wesentlichen ausgeführt, dass betreffend die nicht bestehende Notwendigkeit eines praxisgerechten Testaufbaues

die AG vermeine, dass ein praxisgerechter Testaufbau erforderlich gewesen wäre, da die Geräte der AST bislang nur als Reserveschutz, nicht jedoch als Hauptschutz eingesetzt worden seien (vgl. Punkt 1.2.2.a. der Stellungnahme vom 31.07.2020). die AG vermeine, dass ein praxisgerechter Testaufbau erforderlich gewesen wäre, da die Geräte der AST bislang nur als Reserveschutz, nicht jedoch als Hauptschutz eingesetzt worden seien vergleiche Punkt 1.2.2.a. der Stellungnahme vom 31.07.2020).

Dabei übersehe die AG aber, dass in der bestandsfest gewordenen Festlegung des Leistungsverzeichnisses ein praxisgerechter Testaufbau nur für den Fall der ,,erstmaligen Lieferung von Schutzgeräten" an die AG gefordert gewesen sei.

Dass die AST bislang schon Schutzgeräte an die AG liefere, bestreite diese nicht.

Da damit kein Fall der erstmaligen Lieferung von Schutzgeräten an die AG vorliege, sei die in Rede stehende Festlegung im Leistungsverzeichnis nicht einschlägig.

Der in Rede stehende Ausscheidensgrund sei damit nicht verwirklicht.

Hätte die AG gewünscht, dass ein praxisgerechter Testaufbau immer dann durchgeführt werde, wenn die angebotenen Geräte in einer anderen Rolle als bislang zum Einsatz kommen sollten, hätte sie derartiges auch festlegen müssen. Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH seien Ausschreibungsunterlagen anhand der allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen der §§ 914 f ABGB auszulegen (vgl. etwa VwGH 22.03.2019, Ra 2018/04/0176 mwH). Demgemäß gingen allenfalls unklare Äußerungen zu Lasten desjenigen, der sich ihrer bediene, im Fall von Ausschreibungsunterlagen also zu Lasten des Auftraggebers (so ausdrücklich VwGH 20.05.2010, 2009/04/0083).Hätte die AG gewünscht, dass ein praxisgerechter Testaufbau immer dann durchgeführt werde, wenn die angebotenen Geräte in einer anderen Rolle als bislang zum Einsatz kommen sollten, hätte sie derartiges auch festlegen müssen. Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH seien Ausschreibungsunterlagen anhand der allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen der Paragraphen 914, f ABGB auszulegen vergleiche etwa VwGH 22.03.2019, Ra 2018/04/0176 mwH). Demgemäß gingen allenfalls unklare Äußerungen zu Lasten desjenigen, der sich ihrer bediene, im Fall von Ausschreibungsunterlagen also zu Lasten des Auftraggebers (so ausdrücklich VwGH 20.05.2010, 2009/04/0083).

Offenbar habe das aber die AG selbst in der Vergangenheit auch so gesehen, hätte sie doch anderenfalls schon im Zuge der Vergabeverhandlung, in der die AST angekündigt habe, in diesem Los für den Hauptschutz im Letztangebot eigene Geräte (und nicht mehr jene des Mitbewerbers) anzubieten, auf eine dann erforderliche Teststellung hingewiesen. Damit zeige sich, dass erst jetzt nachträglich, als in Ansehung eines vermutlichen Preisvorsprunges der AST ein Ausscheiden erforderlich erschienen sei, um einem (teureren) Angebot des Mitbewerbers zuschlagen zu können, dieser Ausscheidensgrund vorgeschoben worden sei.

Das passe auch zu der der AST informell übermittelten Aussage, dass die AG für den Fall, dass das Ausscheiden der AST für rechtswidrig erkannt werde, das Vergabeverfahren widerrufen würde. Die AG wolle offenbar ,,auf Biegen und Brechen" dem (teureren) Angebot des Mitbewerbers zuschlagen und müsse daher verhindern, dass die AST die gegenwärtige Ausschreibung gewinne.

Zur Frage der Erdschlussmeldefunktion und zur Stellungnahme der AG dazu wendete die AST ein, dass die Ausführungen der AG in ihrer Stellungnahme am eigentlichen Thema vorbeigingen. Die möglichen Probleme, die die AG bei der Verwendung der angebotenen Lösung beschreibe, bezögen sich nämlich nicht auf die eingesetzten Schutzgeräte sondern auf die Auswahl der Art der externen Spannungswandler.

Da im Leistungsverzeichnis nicht die Qualität der eingesetzten Spannungswandler (Klassengenauigkeit) beschrieben sei, müsse ein Bieter an dieser Stelle von Folgendem ausgehen: Im Leistungsverzeichnis werde angegeben, dass zur

Erdschlussrichtungserkennung die cos(phi)-Methode (wattmetrische Erdschlussrichtungsermittlung in kompensierten Netzen) zum Einsatz komme. Damit diese Methode funktionieren könne, sei die exakte Ermittlung des Winkels zwischen dem Nullstrom und der e-n-Spannung Voraussetzung. Es müssten also sowohl der Nullstrom als auch die e-n-Spannung mit hoher Genauigkeit gemessen werden. Aus diesem Grund könne und müsse davon ausgegangen werden, dass die gemessene e-n-Spannung in ausreichender Qualität für die Weiterverarbeitung für den Distanzschutz zur Verfügung stehe.

Die Probleme, die mit ungenauer Messung der e-n Spannung auftreten würden, wurden von der AST im Folgenden grafisch dargestellt und erläutert.

Schutzgeräte, die nicht in der Lage seien, die e-n-Spannung zu berechnen, wie beispielsweise ältere analoge Erdschlusswischerrelais, müssten an die Erdschlusshilfswicklung (da-dn) angeschlossen werden. Moderne Schutzgeräte seien in der Lage, aus den Daten der sekundären Messwicklung die e-n-Spannung zu ermitteln.

Es erfolgten weitere grafische Darstellungen und Erläuterungen.

Bei der Verwendung der e-n-Spannung mit der Klasse 6P würde die Spannung mit einer Genauigkeit von 6% der Amplitude und 4 Grad im Winkel erfasst. Diese Fehler müssten ebenfalls geometrisch addiert werden.

Beim Vergleich der Abweichungen falle auf, dass die Daten für die Ermittlung der

e-n-Spannung nach dieser Methode um den Faktor 30 (Amplitude) bzw. 24 (Winkel) genauer seien als die Daten für die direkte Messung.

Es erfolgten weitere grafische Darstellungen und deren Erläuterung.

Wenn ein Netzbetreiber derartige Spannungswandler einsetze, dann sei aus technischer Sicht von der Nutzung der Erdschlusshilfswicklung abzuraten. Vielmehr sollten die 3 Messwicklungsspannungen sowohl für den Distanzschutz als auch für die Erdschlussrichtungserkennung herangezogen werden. Das habe zur Folge, dass 4 Spannungseingänge im Schutzgerät benötigt würden (3 x Leiter-Erdespannung und 1 x Synchronisierspannung) - genau jene Konstellation, die die von der AST angebotenen Geräte aufwiesen. Kämen allerdings auch für die Erdschlusshilfswicklung derart genaue Spannungswandler zum Einsatz, dann seien die Bedenken, die die AG in der Stellungnahme geäußert habe, gegenstandlos.

Zum in der Stellungnahme der AG angesprochenen dynamischen Verhalten von Erdschlusshilfswicklungen sei anzumerken, dass es nicht unbedingt notwendig sei, eine Bedämpfung vorzusehen, um Ferroresonanzen zu vermeiden. Vielmehr könnten etwa auch kippschwingungsarme Spannungswandler eingesetzt werden.

Zur Auslösekreisüberwachung und zur diesbezüglichen Stellungnahme der AG

brachte die AST vor, dass entgegen der Darstellung der AG sich aus den

bestandsfesten Festlegungen des Leistungsverzeichnisses nicht ergebe, dass die Auslösekreisüberwachungen als eigenes Gerät anzubieten gewesen seien und dass eine integrierte Lösung unzulässig wäre.

Zwar verwende die AG die Bezeichnung ,,St" (wohl für:,,Stück"), um die Anzahl der Auslöseüberwachungseinheiten anzugeben. Alleine aus der Verwendung der Einheit ,,St" ergebe sich aber natürlich nicht die Vorgabe, dass diese Funktion jeweils in einem separaten Gerät verwirklicht sein müsse (realisiert werde dies i.d.R. durch eine entsprechende Anzahl von Einschubkarten in einem Gerät).

So verwende die AG die Einheit ,,St" auch an anderen Stellen des Leistungsverzeichnisses, ohne damit stets separate Geräte zu bezeichnen (vgl. etwa Seite 56 des Leistungsverzeichnisses; hier werde die ,,rückwärtige Verriegelung" als Funktion gefordert, die in einem Distanzschutzgerät umgesetzt werde).So verwende die AG die Einheit ,,St" auch an anderen Stellen des Leistungsverzeichnisses, ohne damit stets separate Geräte zu bezeichnen vergleiche etwa Seite 56 des Leistungsverzeichnisses; hier werde die ,,rückwärtige Verriegelung" als Funktion gefordert, die in einem Distanzschutzgerät umgesetzt werde).

Zusätzlich habe die AG an anderer Stelle, wo sie den Einsatz eines separaten Gerätes gewünscht habe, dies ausdrücklich festgehalten. So heiße es zu der Position „1 St. Prüfschalter, für die Prüfung des 20-kV-Abzweigschutzes“ explizit: „ausgeführt als separate Einheit“ (vgl. etwa S 47 des Leistungsverzeichnisses).Zusätzlich habe die AG an anderer Stelle, wo sie den Einsatz eines separaten Gerätes gewünscht habe, dies ausdrücklich festgehalten. So heiße es zu der Position „1 St. Prüfschalter, für die Prüfung des 20-kV-Abzweigschutzes“ explizit: „ausgeführt als separate Einheit“ vergleiche etwa S 47 des Leistungsverzeichnisses).

Vor diesem Hintergrund sei es unrichtig, wenn die AG davon ausgehe, dass in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen vorgegeben wäre, dass die Auslösekreisüberwachung als separates Gerät ausgeführt sein müsse. Dass die AG im Leistungsverzeichnis hier die Angabe von Fabrikat und Type abfrage, bedeute daher nur, dass diese Funktion auch in einem separaten Gerät geliefert werden könne; dass damit eine integrierte Lösung ausgeschlossen sei, lasse sich dieser Festlegung aber, wie dargelegt, nicht entnehmen.

Auch in dieser Hinsicht sei der von der AG angeführte Ausscheidensgrund daher nicht verwirklicht.

Zur Stellungnahme der AG zum Überspannungsschutz im Trafo-Differentialschutz wurde von der AST ausgeführt, dass, wie die AST bereits in ihrem Nachprüfungsantrag vom 20.07.2020 ausgeführt habe, ihre modular aufgebauten Geräte mit - wie von der AG auf Seite 51 des Leistungsverzeichnisses explizit gefordert

- frei programmierbarer Logik auch die Funktion des Überspannungsschutzes im Trafo-Differentialschutzgerät bieten würden.

Bei allen Schutzgeräten namhafter Hersteller gebe es die Möglichkeit, zusätzliche Funktionen kundenspezifisch zu programmieren. Diese Funktionen seien natürlich nicht in Handbüchern beschrieben. Dass die hier in Rede stehende Funktion des Überspannungsschutzes in den Handbüchern und Broschüren der AST nicht beschrieben sei, liege daher darin, dass diese Funktion als Applikation für einzelne Kunden bereitgestellt werde; dessen ungeachtet sei diese Funktion gemäß den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen Teil der von der AST angebotenen Geräte.

Der Wunsch seitens der AG, derartige Funktionen zu nutzen, ergebe sich aber aus Seite 51, wo explizit eine frei parametrierbare Logik gefordert werde.

Ein anderes großes österreichisches Landes-EVU setze diese Funktion in ähnlicher Weise um, wie es hier angeboten worden sei.

Richtig sei, dass die Implementierbarkeit der Wandlerbaugruppe AX-2X00, mit der der Überspannungsschutz in den angebotenen Geräten realisiert werde, aus den vorgelegten Technischen Produktbeschreibungen nicht ersichtlich sei. Die Technischen Produktbeschreibungen seien - wie bereits dargestellt - zu Marketingzwecken erstellte Unterlagen und würden daher nur zyklisch aktualisiert; üblicherweise erfolge diese Aktualisierung etwa im März jeden Jahres. Heuer habe sich die Bearbeitung jedoch auf Grund der COVID-19-Pandemie verzögert. Demgegenüber würden Benutzerhandbücher und Systemhandbücher jedes Mal, wenn eine neue Firmenware erstellt werde, aktualisiert, seien somit immer aktuell. Hierbei handle es sich jedoch um 500-1.000 Seiten starke Dokumente, die daher im Rahmen der Anbotslegung nicht vorgelegt würden.

Dessen ungeachtet sei der Einsatz der angesprochenen Wandlerbaugruppe

AX-2X00 bei den angebotenen Geräten bereits seit 11/2019 möglich, sei demgemäß im entsprechenden Benutzerhandbuch vom 02.12.2019 so dargestellt (siehe dazu die Auszüge der Seiten 135 und 349ff - Beilage ./19), und komme auch tatsächlich bei einem anderen Verteilernetzbetreiber so zum Einsatz. AX-2X00 bei den angebotenen Geräten bereits seit 11 aus 2019, möglich, sei demgemäß im entsprechenden Benutzerhandbuch vom 02.12.2019 so dargestellt (siehe dazu die Auszüge der Seiten 135 und 349ff - Beilage ./19), und komme auch tatsächlich bei einem anderen Verteilernetzbetreiber so zum Einsatz.

Auch hier sei nochmals auf die Rechtsprechung des VwGH hinzuweisen, wonach im Zweifel davon auszugehen sei, dass ein Bieter das von ihm bezeichnete Gerät in einer ausschreibungskonformen Ausführung angeboten habe. Immerhin erkläre jeder Bieter mit Abgabe seines Angebotes gemäß § 127 Abs 2 BVergG 2018, dass er die angebotene Leistung zu den in der Ausschreibung enthaltenen Bedingungen erbringen werde. Deshalb müsse nach Ansicht des VwGH ein Bieter, der ein ausschreibungswidriges Angebot legen wolle, dies entsprechend klar zum Ausdruck bringen. Auch hier sei nochmals auf die Rechtsprechung des VwGH hinzuweisen, wonach im Zweifel davon auszugehen sei, dass ein Bieter das von ihm bezeichnete Gerät in einer ausschreibungskonformen Ausführung angeboten habe. Immerhin erkläre jeder Bieter mit Abgabe seines Angebotes gemäß Paragraph 127, Absatz 2, BVergG 2018, dass er die angebotene Leistung zu den in der Ausschreibung enthaltenen Bedingungen erbringen werde. Deshalb müsse nach Ansicht des VwGH ein Bieter, der ein ausschreibungswidriges Angebot legen wolle, dies entsprechend klar zum Ausdruck bringen.

Dem gegenüber lasse sich dem Angebot der AST keineswegs entnehmen, dass diese ein ausschreibungswidriges Angebot legen habe wollen. Vielmehr seien sämtliche angebotenen Geräte in einer ausschreibungskonformen Ausführung angeboten und entsprechend kalkuliert worden.

Somit sei auch dieser in Rede stehende Ausscheidensgrund nicht verwirklicht.

Die AST verwies dazu auf den Auszug aus dem Benutzerhandbuch vom 02.12.2019 laut vorgelegter Beilage 12.

Zum Distanzschutz sei zu den Ausführungen des Gutachters anzumerken, dass dieser - fälschlich - davon ausgehe, dass die AST Geräte des Typs „*** “ bzw. „***“ angeboten hätte. Dies sei jedoch unrichtig. Vielmehr habe die AST in ihrem Angebot lediglich die jeweilige Gerätefamilie angegeben. Wie aus den vorgelegten

Technischen Produktbeschreibungen ersichtlich, seien die Geräte jeweils in unterschiedlichen Schutzausführungen erhältlich. Aus der Familie der Geräte des Distanzschutzes „***“ sei - wie der AG wohl bekannt - das angebotene Gerät „***“, welches mit 4 Strom- und Spannungswandlern ausgestattet sei.

Wie aus der Übersicht der implementierten Schutzfunktionen ersichtlich sei (siehe Beilage ./7, S 4), weise das angebotene Gerät daher sehr wohl die geforderte „Erdschlussrichtungsermittlung“ auf.

Gleiches gelte auch für die Geräte der Gerätefamilie „***“ bzw. „***“. Hier verfüge die angebotene Geräteausführung „***“ über einen Distanzschutz und erfülle daher die vorgegebenen Ausschreibungsbedingungen.

Der guten Ordnung halber werde darauf hingewiesen, dass die genannten Geräteausführungen in den derzeitigen (und mit der Urkundenvorlage vom 10.08.2020 vorgelegten) Technischen Produktbeschreibungen der AST noch nicht beschrieben seien. Die Technischen Produktbeschreibungen seien zu Marketingzwecken erstellte Unterlagen und würden daher nur zyklisch aktualisiert; üblicherweise erfolge diese Aktualisierung etwa im März jeden Jahres, heuer habe sich die Bearbeitung jedoch auf Grund der COVID-19-Pandemie verzögert.

Dass ein Ausscheiden des Angebotes der AST daher nicht auf die Ausführungen dieser Technischen Produktbeschreibungen gestützt werden könne, müsse auch dem Amtssachverständigen klar sein, zumal die zweifellos angebotenen Geräte des Typs * (das ,,D" an der dritten Stelle des Bezeichnungscodes stehe hierbei für die Distanzschutzfunktion) in dieser Ausgabe der Produktbeschreibung gar nicht enthalten seien.

Die in den angebotenen Geräten implementierten Schutzfunktionen seien daher aktuell nur in gesonderten, hiermit ergänzend vorgelegten Produktdatenblättern beschrieben.

Beweis:
Produktdatenblatt der Geräteausführung „***“ aus der Gerätefamilie „***“; Beilage ./10
Produktdatenblatt der Geräteausführung „***“ aus der Gerätefamilie „***“; Beilage ./11

Der Vollständigkeit halber werde darauf hingewiesen, dass bei Unklarheit über die konkrete Ausführung, in der ein bestimmtes Gerät angeboten werde, ein öffentlicher Auftraggeber nach der Rechtsprechung des VwGH dazu verpflichtet sei, den betreffenden Bieter zur Aufklärung aufzufordern (VwGH 01.07.2010, 2007/04/0113). Dies auch deshalb, da der VwGH in ständiger Rechtsprechung annehme, dass ein Bieter, der ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot legen wolle, dies klar zum Ausdruck bringen müsse (VwGH 19.11.2008, 2004/04/0102). Dies insbesondere vor dem Hintergrund des § 127 Abs 2 BVergG 2018, demzufolge jeder Bieter mit der Abgabe seines Angebotes erkläre, die angebotene Leistung zu den in der Ausschreibung enthaltenen Bedingungen zu erbringen.Der Vollständigkeit halber werde darauf hingewiesen, dass bei Unklarheit über die konkrete Ausführung, in der ein bestimmtes Gerät angeboten werde, ein öffentlicher Auftraggeber nach der Rechtsprechung des VwGH dazu verpflichtet sei, den betreffenden Bieter zur Aufklärung aufzufordern (VwGH 01.07.2010, 2007/04/0113). Dies auch deshalb, da der VwGH in ständiger Rechtsprechung annehme, dass ein Bieter, der ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot legen wolle, dies klar zum Ausdruck bringen müsse (VwGH 19.11.2008, 2004/04/0102). Dies insbesondere vor dem Hintergrund des Paragraph 127, Absatz 2, BVergG 2018, demzufolge jeder Bieter mit der Abgabe seines Angebotes erkläre, die angebotene Leistung zu den in der Ausschreibung enthaltenen Bedingungen zu erbringen.

Wie die AST nunmehr klargestellt habe, würden die von ihr angebotenen

Geräte die von der AG geforderte Funktion aufweisen.

Die in Rede stehende Ausschreibungswidrigkeit liege daher nicht vor.

Wenn der Amtssachverständige bei der Prüfung der Ausschreibungskonformität des Angebotes der AST die von der AG übermittelten Musterpläne zu Grunde lege, so missverstehe er die Rolle und Bedeutung dieser Musterpläne. An keiner Stelle der Ausschreibung sei festgelegt, dass die Musterpläne als exakte Vorlage zu verstehen seien. Vielmehr stellten sie lediglich eine ergänzende Funktionsbeschreibung für die Funktionalitäten bezüglich der Schrankverdrahtung, wie interne Spannungsversorgung; Prüfschalteinbindung etc., dar. Die Anforderungen an den Schaltschrank würden in der Ausschreibung nämlich eher grob

beschrieben. Um klar herauszustreichen, welche Funktionen der Schaltschrank (nota bene: nicht jedoch die Geräte) haben sollten, werde unter dem Titel „Hinweise für den Aufbau der Schaltung“ die Einsicht in Musterpläne angeboten (siehe dazu etwa Seite 14/15, 41 sowie 73 des Leistungsverzeichnisses). An keiner Stelle der Ausschreibung sei festgelegt, dass sich der Auftragnehmer bei der Umsetzung der Anforderungen exakt an die Musterpläne halten müsse.

Keinesfalls müssten aus den Musterplänen daher zusätzliche technische Spezifikationen der Schutzgeräte selbst entnommen werden und dürfe schon gar nicht ein Ausscheiden eines Angebotes auf ein derartiges Verständnis der Musterpläne gegründet werden.

Aus all diesen Gründen beantrage die AST, dass der Amtssachverständige seine Stellungnahme im Lichte der vorliegenden Stellungnahme und ihrer Beilagen überarbeite; im Übrigen halte die AST sämtliche mit dem Nachprüfungsantrag vom 20.07.2020 gestellten Anträge aufrecht.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat hierzu in Entsprechung des

§ 15 Abs. 1 NÖ VNG i.V.m. § 24 VwGVG, nach vorheriger Kundmachung im Internet gemäß § 13 Abs. 6 NÖ VNG, eine öffentliche mündliche Nachprüfungsverhandlung durchgeführt, in welcher durch Befragen der anwesenden Vertreter der AST und der AG, anhand der von der AG entsprechend dem gerichtlich erteilten Auftrag vorgelegten vollständigen Vergabeunterlagen (einschließlich sämtlicher im gerichtlichen Verfahren ergänzend von den Parteien vorgelegter Unterlagen) sowie anhand des vom Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft des Amtes der NÖ Landesregierung im Vorfeld der Verhandlung erstellten, oben wiedergegebenen und den Parteien zur Stellungnahme übermittelten Befundes samt Gutachten sowie anhand der vom Amtssachverständigen in der Nachprüfungsverhandlung erstatteten gutachtlichen Stellungnahmen Beweis erhoben wurde. Paragraph 15, Absatz eins, NÖ VNG in Verbindung mit Paragraph 24, VwGVG, nach vorheriger Kundmachung im Internet gemäß Paragraph 13, Absatz 6, NÖ VNG, eine öffentliche mündliche Nachprüfungsverhandlung durchgeführt, in welcher durch Befragen der anwesenden Vertreter der AST und der AG, anhand der von der AG entsprechend dem gerichtlich erteilten Auftrag vorgelegten vollständigen Vergabeunterlagen (einschließlich sämtlicher im gerichtlichen Verfahren ergänzend von den Parteien vorgelegter Unterlagen) sowie anhand des vom Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft des Amtes der NÖ Landesregierung im Vorfeld der Verhandlung erstellten, oben wiedergegebenen und den Parteien zur Stellungnahme übermittelten Befundes samt Gutachten sowie anhand der vom Amtssachverständigen in der Nachprüfungsverhandlung erstatteten gutachtlichen Stellungnahmen Beweis erhoben wurde.

Die anwesenden Parteien haben in der öffentlichen mündlichen BeschwerdeNachprüfungsverhandlung auf die Verlesung des vom Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft des Amtes der NÖ Landesregierung schriftlich erstellten Gutachtens verzichtet.

Über ergänzendes Befragen des Vertreters der AST in der Nachprüfungsverhandlung, wonach sich die Frage an den ASV für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft darauf konzentriere und beschränke, ob die aus Sicht der AST angebotene Hauptschutzeinrichtung *** die fraglichen Funktionen erfülle, hat der Amtssachverständige für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft des Amtes der NÖ Landesregierung in Bezug auf das erstattete Gutachten nachstehende ergänzende gutachtliche Stellungnahme abgegeben:

„Seitens des ASV für Elektrotechnik wird dazu ausgeführt, dass aufgrund der von der Antragstellerin vorgelegten Datenblätter das Gerät *** aufgrund der im Datenblatt angehakten Funktionen die Bedingungen an den Distanzschutz erfüllt, wobei unter Zugrundelegung der Beschreibung im Leistungsverzeichnis die nach technischer Interpretation des Sachverständigen eine Messung aller drei Phase-Erdspannungen voraussetzt, nicht erfüllt, da dieses Gerät nur über vier Eingänge verfügt.

Es müsste über fünf Eingänge verfügen, um dieser Voraussetzung nachzukommen.“

Weiters hat der Amtssachverständige für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft in der Nachprüfungsverhandlung zum Themenkreis „externe Auslösekreisüberwachung“ dahingehend gutachtlich Stellung genommen, dass dazu ausgeführt werde, dass sich aus dem Leistungsverzeichnis aus technischer

Sicht erschließen lasse, dass eine externe Auslösekreisüberwachung gefordert sei, da dies einerseits aus den Musterplänen zu ersehen sei und daraus, dass die Beschreibung des Distanzschutzes auf Seite 20 ende und die Forderung nach einer Auslösekreisüberwachung unter einem eigenen Punkt beschrieben sei.

An den Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft wurden von den Parteien des Verfahrens in der öffentlichen mündlichen Nachprüfungsverhandlung keine weiteren Fragen gestellt.

Ein externes Gegengutachten wurde von der AST nicht vorgelegt.

Auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens hatte das erkennende Gericht von folgendem, als feststehend anzusehenden, entscheidungswesentlichem Sachverhalt auszugehen:

Die C GmbH hat im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Union vom ***, ***, die beabsichtigte Vergabe eines Lieferauftrages, nämlich „elektrische Geräte zum Schalten oder Schützen von Stromkreisen“ unionsweit bekannt gemacht. In dieser Bekanntmachung bezeichnete die AG das Vergabeverfahren wie folgt:

„Rahmenvereinbarung – Lieferung und Inbetriebsetzung von elektrischen Schutzeinrichtungen, Referenznummer der Bekanntmachung: ***“. Die AG hat dazu einen Lieferauftrag im Sektorenbereich in drei Losen (die Vergabe zum Auftrag betreffend das verfahrensgegenständliche Los 1 betrifft die „Neuerrichtungen von Schutzeinrichtungen“) ausgeschrieben.

Die Auftragsvergabe erfolgt nach den Bestimmungen des BVergG 2018 für den Oberschwellenbereich. Es wird ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt.

Die AST hat fristgerecht einen Teilnahmeantrag u.a. für das Los 1 eingereicht und wurde von der AG zur Abgabe eines Erstangebotes eingeladen.

Die AST hat am 02.06.2020 ein Erstangebot u.a. für das Los 1 gelegt.

Am 18.06.2020 fand im Bezug habenden Verhandlungsverfahren zwischen der AG und der AST die letzte und einzige Verhandlung in Bezug auf das LAFO zu Los 1 statt.

Das Ende der Angebotsfrist und der Termin für die Angebotsöffnung betreffend die LAFOS zu Los 1 war der 25.06.2020.

Am 24.06.2020 legte die AST zum verfahrensgegenständlichen Los 1 ein Letztangebot.

Darin wurde (in Abänderung zum Erstangebot der AST) das Angebotskonzept dahingehend umgestellt, dass im Teilbereich Hochspannung (110 kV) nicht, wie im Erstangebot der AST, die Geräte des Mitbewerbers als Hauptschutz und die Geräte der AST als Reserveschutz angeboten wurden. Vielmehr hat die AST nunmehr in diesem Teilbereich Hochspannung ihre eigenen Geräte als Hauptschutz angeboten. Durch diese Umstellung verringerte sich der bewertungsrelevante Preis des Angebotes der AST zwischen dem Erstangebot und dem Letztangebot.

Die Angebotsbedingungen für die Abgabe des LAFO zu Los 1 im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren wurden innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist nicht angefochten und sind bestandsfest geworden.

Die AG hat im Bezug habenden Vergabeverfahren betreffend das Angebot der AST für Los 1 mit Schriftsatz vom 07.07.2020, der AST zugestellt am 08.07.2020 durch elektronische Übermittlung und gleichzeitiges Bereitstellen auf der Plattform, jeweils am 08.07.2020, um 12:34 Uhr, mitgeteilt, dass das Angebot der AST vom 02.06.2020 zum Verfahren „Rahmenvereinbarung – Schutzeinrichtungen Los 1 (***)“ ausgeschlossen werden muss.

Begründend führte die AG in dieser Ausscheidensentscheidung an:

„Die Prüfung Ihres Angebotes hat unter anderem ergeben. dass Sie im LAFO das Produkt des 11 0kV-Hauptschutzes vom Fabrikat der Firma D auf das Fabrikat der Firma E geändert haben. Für dieses geänderte Angebot liegt jedoch der gemäß dem ausschreibungsgegenständlichen Leistungsverzeichnis vor der Angebotsabgabe zwingend erforderliche praxisgerechte Prüfaufbau hinsichtlich der geforderten Schutz- und

Kommunikationsfunktionen nicht vor (siehe Seite 3 zweiter Absatz gemäß Dokument „***"). Weiters hat die Prüfung ergeben, dass die im Leistungsverzeichnis für den 11 0kV-Hauptschutz gestellten Forderungen in folgenden Punkten nicht erfüllt werden:

1. Erdschlussmeldefunktion angeschlossen an die offene Dreieckswicklung zur Abgabe der Meldung „110-kV-Erdschluss".

Die Auswertung dieser Funktion muss auf Messung der e-n-Spannung beruhen.

Eine rechnerische Ermittlung aus den 3 gemessenen Phase-Erdspannungen ist nicht zulässig.

2. Erdschlussrichtungserfassung mit wattmetrischer Messung der Grundschwingung.

Der Anschluss eines Kabelumbaustromwandlers oder die Einschleifung des Nullstromes eines fremden Stromwandlerkreises muss möglich sein. Die Auswertung dieser Funktion muss auf Messung der e-n-Spannung und des Kabelumbauwandlerstromes beruhen. Eine rechnerische Ermittlung der e-n-Spannung aus den 3 gemessenen Phase-Erdspannungen bzw. eine rechnerische Ermittlung des Nullstromes aus den 3 Phasenströmen ist nicht zulässig.

3. Die im Leistungsverzeichnis geforderten „externe separate Auslösekreisüberwachungen" für den 110-kV-Schutz und für den Umspannerschutz sind im letzten Angebot nicht enthalten.

4. Die angebotenen Trafodifferentialschutzeinrichtungen besitzen nicht die im Leistungsverzeichnis geforderte Überspannungszeitschutzfunktion.“

Im Einzelnen waren zu den von der AG in der Ausscheidensentscheidung vom 07.08.2020 bezeichneten Ausscheidensgründen nachstehende Feststellungen zu treffen:

Praxisgerechter Prüfaufbau:

Im Leistungsverzeichnis „110 kV Leitungsschutzeinrichtung, 110/20-30 kV-Umspannerschutzeinrichtungen 20 bis 30 kV-Schutzeinrichtungen (Rahmenvereinbarung)“, verfahrensgegenständlich betreffend Los 1 „Neuerrichtungen von Schutzeinrichtungen – umfasst auch den kompletten Austausch von alten Schutzsystemen“, ist auf Seite 3 dazu vorgegeben:

„Im Fall einer erstmaligen Lieferung von Schutzgeräten an C GmbH sind sämtliche geforderten Schutz- und Kommunikationsfunktionen in Form eines praxisgerechten Testaufbaues bei C GmbH in *** durch den Anbieter vor der Abgabe des Angebotes nachzuweisen.

In diesem Fall ist auch für die Erstinbetriebnahme eines jeden einzelnen Abzweigtyps die Unterstützung und die Übernahme der Verantwortung für die voll geforderte Funktionalität vor Ort während der gesamten Dauer der Inbetriebnahme durch den Auftragnehmer inkludiert. Die dafür anfallenden Kosten müssen im Gesamtpreis enthalten sein.“

Im Punkt 2.1. des Leistungsverzeichnisses für das LAFO mit der Überschrift

„110 kV-Leitungsabzweigschutz, nur Hauptschutz, mit Platzvorsorge für Reserveschutz“ werden in Bezug auf den Funktionsumfang (in der Folge jeweils näher definiert durch Untergliederung) folgende Parameter vorgegeben:

Distanzschutz, Signalvergleichsschutz, Schlussmeldefunktion, Richtungserfassung, Platzvorsorge für die Nachrüstung der Erdschlusswischererfassung, Überstrommeldung, automatische Wiedereinschaltung (AWE) dreipolig, Synchronkontrollautomatik, Erdschlussauslösung, L/DT-Erkennung, Anregeauslösung.

Für den Hauptschutz wurden von der AG somit im Leistungsverzeichnis für das LAFO explizit zahlreiche Zusatzfunktionen, nämlich z.B. „Erdschlussauslösung“, „Anregeauslösung“, „Synchronkontrollautomatik“, „Signalvergleich über Wirkschnittstelle und deren Zusammenwirken mit der AW“ bezeichnet und gefordert.

Für den Teil Hochspannung (110 kV) werden üblicher Weise die Schutzgeräte verschiedener Hersteller für den Haupt- oder den Reserveschutz eingesetzt, um die Netzsicherheit zu gewährleisten.

Die AST hat bis zur Erstattung des verfahrensgegenständlichen LAFO keine Geräte im Bereich des 110 KV-

Bereiches als Hauptschutzgeräte an die AG angeboten und geliefert. Die AST hat vielmehr bis dato gegenüber der AG ausschließlich Geräte in der Rolle als Reserveschutzgeräte angeboten und geliefert, für welche kein praxisgerechter Testaufbau erforderlich war und seitens der AST auch nicht durchgeführt wurde, da bei den Geräten in der Rolle als Reserveschutzgeräte nicht die in Punkt 2.1. des Leistungsverzeichnisses bezeichneten, jedoch für diese Verwendung erforderlichen, Zusatzfunktionen eingesetzt werden müssen.

Wenn auch die angebotenen Schutzgeräte identisch sind, besteht ein Unterschied in der Rolle der Verwendung dieser Geräte, da bei der Verwendung des Schutzgerätes als Hauptschutzgerät (im Unterschied zur Verwendung als Reserveschutzgerät) weitere Abzweigtypen (für die vorbezeichneten zusätzlichen Funktionen als Hauptschutzgerät) hinzukommen.

Die AST hat, obwohl sie im LAFO gegenüber der AG erstmals eigene Geräte in der Rolle als Hauptschutzgeräte angeboten hat, vor der Angebotsabgabe den auf Seite 3 des Leistungsverzeichnisses der Angebotsbedingungen zum LAFO geforderten praxisgerechten Prüfaufbau bei der AG zum Testen sämtlicher geforderter

Schutz- und Kommunikationsfunktionen für die erstmals in dieser Rolle als Hauptschutzgeräte bei der AG zum Einsatz gelangenden Geräte und die diesbezüglichen, zusätzlich hinzutretenden, vorgenannten Abzweigtypen nicht vorgenommen.

Erdschlussmeldefunktion angeschlossen an die offene Dreieckswicklung zur Abgabe der Meldung „110-kV-Erdschluss“

Erdschlussrichtungserfassung mit wattmetrischer Messung der Grundschwingung:

Auf Seite 17 des Leistungsverzeichnisses zum LAFO ist dazu festgelegt:

„Erdschlussmeldefunktion

angeschlossen an die offene Dreieckswicklung zur Abgabe der Meldung „110-kV-Erschluss“.

Die Auswertung dieser Funktion muss auf Messung der e-n-Spannung beruhen. Eine rechnerische Ermittlung aus den 3 gemessenen Phase-Erdspannungen ist nicht zulässig.“

„Erdschlussrichtungserfassung mit wattmetrischer Messung mit Grundschwingung.

Der Anschluss eines Kabelumbaustromwandlers oder die Einschleifung des Nullstromes eines fremden Stromwandlerkreises muss möglich sein.

Die Auswertung dieser Funktion muss auf Messung der e-n-Spannung und des Kabelumbauwandlerstromes beruhen. Eine rechnerische Ermittlung der e-n-Spannung aus den 3 gemessenen Phase-Erdespannungen bzw. eine rechnerische Ermittlung des Nullstromes aus den 3 Phasenströmen ist nicht zulässig.“

Die AST hat laut Seite 20 des Leistungsverzeichnisses zu ihrem LAFO das Fabrikat E, Type *** (oder *** wahlweise) angeboten.

Das von der AST angebotene Schutzgerät *** hat nur drei Spannungsmesseingänge, womit eine Messung der e-n-Spannung mittels eines eigenen Spannungsmesseinganges nicht möglich ist.

Weiters hat das Schutzgerät nur drei Strommesseingänge, womit eine Messung eines vierten Stromsignals mittels eines eigenen Strommesseinganges nicht möglich ist.

Im Datenblatt ist bei den implementierten Schutzfunktionen die Erdschlussrichtungsermittlung nicht angehakt.

Auch das Schutzgerät *** hat, bis auf die Möglichkeit der Erweiterung des mit zusätzlichen Befehls-/Eingangs-Melde-/Analoge Eingangs-/analoge Ausgangsbaugruppen, laut dem Datenblatt keine Spannungseingänge, womit eine Messung der e-n-Spannung mittels eines eigenen Spannungsmesseinganges nicht möglich ist.

Weiters ist bei den implementierten Schutzfunktionen im Datenblatt die „Erdschlussrichtungsermittlung“ nicht angehakt.

Das von der AST in ihrem Angebot auf Seite 20 des Leistungsverzeichnisses bezeichnete Gerät *** (wahlweise ***) erfüllt die Anforderungen laut Leistungsverzeichnis zum LAFO, Seite 17, betreffend die Erdschlussmeldefunktion und Erdschlusserfassungsrichtung daher nicht.

Auch das Schutzgerät ***, welches von der AST im zu Grunde liegenden Leistungsverzeichnis auf Seite 20 als verwendetes Fabrikat in der echten Bieterlücke nicht eingetragen wurde, würde die von der AG auf Seite 17 des Leistungsverzeichnisses im Zusammenhang mit der Erdschlussmeldefunktion und der Erdschlussrichtungserfassung von der AG ausdrücklich vorgegebene Voraussetzung, dass die Auswertung der jeweiligen Funktion auf der Messung der

e-n-Spannung beruhen muss und eine rechnerische Ermittlung aus den 3 gemessenen Phase-Erdspannungen nicht zulässig ist, nicht erfüllen.

Das (von der AST nicht angebotene) Gerät *** würde nach dem von der AST nach Angebotsöffnung vorgelegten Datenblatt und den dort angehakten Funktionen die Bedingungen an den Distanzschutz erfüllen; unter Zugrundelegung der diesbezüglichen Forderungen im Leistungsverzeichnis ist jedoch jene nach einer Messung aller drei Phase-Erdspannungen (ebenfalls) nicht erfüllt, da dieses Gerät nur über vier Eingänge verfügt.

Es müsste über fünf Eingänge verfügen, um den von der AG vorgegebenen Bedingungen nachzukommen.

Externe separate Auslösekreisüberwachungen:

Die Auslösekreisüberwachung war nach den Vorgaben im Leistungsverzeichnis zum LAFO in Bezug auf den 110 kV-Schutz und den Transformatorschutz als eigenes Gerät (in Form des Anbietens von zwei Stück) anzubieten.

Von der AST wurde jedoch eine integrierte Auslösekreisüberwachung mit dem LAFO angeboten.

Im Erstangebot hat die AST eine eigene separate Auslösekreisüberwachung angeboten, und wurde diese auch in den letzten Jahren so seitens der AST an die AG geliefert.

Die Notwendigkeit einer separaten Auslösekreisüberwachung findet sich im Leistungsverzeichnis, auf Seite 26, wo seitens der AG zwei Stück Auslösekreisüberwachung gefordert wurden, dies unter Angabe von Fabrikat und Type. Diese Forderung nach der separaten Auslösekreisüberwachung bezieht sich auf den 110 kV-Schutz und auf den Transformatorschutz.

Nur für die Mittelspannungsabzweige war nach der Beschreibung im Leistungsverzeichnis zum LAFO, Seite 82, die integrierte Auslösekreisüberwachung zulässig.

Die Notwendigkeit der separaten Auslösekreisüberwachung ergab sich daraus, dass sowohl für den Reserve- als auch für den Hauptschutz an dem jeweiligen Auslösekontakt eine Messung stattfinden muss.

Diese Notwendigkeit ergab sich auch aus den Musterplänen (Hinweis auf Seite 15 des Leistungsverzeichnisses), die laut Leistungsverzeichnis bei Bedarf herangezogen werden konnten. Diese Musterpläne wurden auch von der AST gezeichnet. Die Musterpläne standen der AST seit drei Jahren zur Verfügung und wurden seither nicht geändert.

Dass eine externe Auslösekreisüberwachung gefordert war, ergab sich aus den Musterplänen und daraus, dass die Beschreibung des Distanzschutzes auf Seite 20 des Leistungsverzeichnisses endet und die Forderung nach einer Auslösekreisüberwachung unter einem eigenen Punkt beschrieben wurde.

In der Preisverhandlung vom 18. Juni 2020 wurde seitens der AG gegenüber der AST darüber hinaus darauf hingewiesen, dass die AG eine integrierte Lösung nicht wolle, weil es sich hier auch um eine Zusatzfunktion handle, die die AG bisher nicht in Verwendung gehabt habe und für welche sonst ein Testaufbau notwendig gewesen wäre.

Überspannungszeitschutz im Trafodifferenzialschutz

Im Leistungsverzeichnis (Seite 43, „Trafoschutz“) wurde im Rahmen der Vorgaben betreffend Funktionsumfang von der AG ausdrücklich ein zweistufiger Überspannungsschutz gefordert.

Die AST hat mit ihrem LAFO dazu das Schutzgerät *** angeboten. Das Gerät in der angebotenen Ausführung verfügte im Zeitpunkt der Angebotsöffnung des LAFO nicht über Spannungsmesseingänge, womit eine Messung von Spannungen nicht möglich war. In den mit dem Erstangebot vorgelegten Unterlagen war bei den implementierten Schutzfunktionen kein „Überspannungsschutz“ angeführt. Mit dem LAFO wurde seitens der AST diesbezüglich kein Datenblatt oder ein Auszug aus dem Benutzerhandbuch vorgelegt.

Die Angebotsöffnung in Bezug auf das LAFO erfolgte am 25.06.2020.

Für das von der AST angebotene Fabrikat bestand die Möglichkeit einer Erweiterung des Funktionsumfanges durch Ergänzung einer Messwandlerbaugruppe.

In Bezug auf den von der AG geforderten Überspannungszeitschutz existierten aktuelle Datenblätter dazu jedoch erst nach erfolgter Angebotsöffnung, nämlich erst ab August 2020.

Die AG hat hinsichtlich der diesbezüglichen Funktionalität des von der AST angebotenen Gerätes im Hinblick auf den Überspannungszeitschutz Rücksprache mit einem Vertreter der AST gehalten. Dieser hat dem Vertreter der AG gegenüber geäußert, dass die AST das nicht habe, weshalb von der AST ein Gerät eines anderen Herstellers angeboten wurde.

Das von der AST mit dem LAFO angebotene Fabrikat E, Type

*** hat den von der AG im Leistungsverzeichnis zum LAFO geforderten Überspannungsschutz im Zeitpunkt der Angebotsöffnung des LAFO somit im geforderten Funktionsumfang nicht erfüllt.

Beweiswürdigung:

Die Art des Auftrages sowie der Ablauf des Vergabeverfahrens ergaben sich aus den von der AG vorgelegten Unterlagen. Aus diesen Unterlagen ergab sich weiters, dass am 18.06.2020 zuletzt vor der Erstattung des LAFO durch die AST eine Verhandlungsbesprechung zwischen der AG und der AST stattgefunden hat.

Bereits aus den Ausführungen der AST ergab sich, dass sie im Erstangebot die eigenen Schutzgeräte ausschließlich als Reserveschutzgeräte angeboten hat, in der Folge im LAFO jedoch als Hauptschutzgeräte erstmals solche der eigenen Erzeugung angeboten hat.

Sowohl aus den Ausführungen der AG als auch jener der AST ergab sich, dass es zum Schutz der Netzsicherheit üblich ist, für den Haupt- und Reserveschutz Geräte unterschiedlicher Hersteller einzusetzen.

Die von einem in der Rolle als Hauptschutzgerät eingesetzten Gerät seitens der AG geforderten und im Leistungsverzeichnis konkret bezeichneten, erforderlichen Zusatzfunktionen (im Unterschied zu einem Reserveschutzgerät) finden sich in Punkt 2.1. des Leistungsverzeichnisses zum LAFO. Bereits daraus ging eindeutig hervor, dass ein Hauptschutzgerät mehrere Zusatzfunktionen aufweisen muss, über welche ein Gerät bei der Verwendung in der Rolle als Reserveschutz nicht verfügen muss.

Der Umstand, dass die AST vor dem Erstatten des gegenständlichen LAFO gegenüber der AG noch nie Geräte als Hauptschutzgeräte angeboten hatte, ergab sich übereinstimmend aus den Ausführungen der AG und der AST in der öffentlichen mündlichen Nachprüfungsverhandlung, ebenso aus den schriftlichen Eingaben.

Nach den Ausführungen der AG und der AST fand in Bezug auf die bis dato von der AST angebotenen Geräte in der Rolle als Reserveschutzgeräte kein praxisgerechter Prüfaufbau statt, da ein solcher für Geräte in der Rolle als Reserveschutzgeräte nicht erforderlich ist.

Aus den Ausführungen der AST und auch der AG in der Nachprüfungsverhandlung ergab sich, dass sowohl anlässlich eines Telefonates vor dem Verhandlungsgespräch am 18.06.2020 zwischen einem Vertreter der AST und einem Vertreter der AG als auch anlässlich der letzten vor dem Erstatten des LAFO durch die AST stattgefundenen Besprechung zwischen einem Vertreter der AG und einem Vertreter der AST (am 18.06.2020) der Umstand, dass für die Geräte im Fall des Angebotes als Hauptschutzeinrichtung ein praxisgerechter Prüfaufbau durchzuführen ist, u.a. Gegenstand der Besprechungen zwischen dem Vertreter der AG und dem Vertreter der AST gewesen sind.

Nach den Ausführungen des Vertreters der AST in der Nachprüfungsverhandlung selbst war auch die Überprüfung, dass die Geräte (als Hauptschutzgeräte) den Anforderungen laut Leistungsverzeichnis entsprechen, ohne die Durchführung eines praxisgerechten Testaufbaues gar nicht möglich.

Auf Grund des Inhaltes der Leistungsbeschreibung im Leistungsverzeichnis zum LAFO, insbesondere im Hinblick auf die Forderung in den Ausschreibungsbedingungen laut Seite 3 des Leistungsverzeichnisses, wonach die volle geforderte Funktionalität vor Ort eines jeden einzelnen Abzweigtyps durch einen praxisgerechten Testaufbau seitens der AG klar gefordert wurde, im Zusammenhalt mit der Tatsache, dass die AST bis dato ein Geräte in der Rolle eines Hauptschutzgerätes gegenüber der AG nie angeboten hatte und ein solches bei der AG auch nicht in Verwendung gestanden ist bzw. einem praxisgerechten Testaufbau unterzogen wurde, gelangte das erkennende Gericht zur Überzeugung, dass die AST mit ihrem LAFO die diesbezügliche Forderung der AG nach einem praxisgerechten Testaufbau vor der Angebotsabgabe trotz erstmaliger Lieferung eines Hauptschutzgerätes an die AG nicht erfüllt hat.

Die Feststellungen betreffend das von der AST in ihrem LAFO angebotene Gerät „***“, wahlweise „***“ basieren auf den schlüssigen und nachvollziehbaren gutachtlichen Ausführungen des Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft.

Unbeschadet des Umstandes, dass die AST nach ihren eigenen Ausführungen in der Nachprüfungsverhandlung durch ihren Vertreter ausdrücklich ausgeführt hat, dass das Produkt mit der Endung „DD6-2“ und „auf Grund eines Versehens nicht die Type ***“ angeboten worden sei, ergab sich aus dem Gutachten des Amtssachverständigen dazu, dass auch das Gerät dieser Type die Forderungen der AG im Sinne der oben bezeichneten Festlegungen im Leistungsverzeichnis nicht erfüllt hätte.

Auf Grund des zu diesem Themenbereich erzielten Beweisergebnisses war daher festzustellen, dass das Fabrikat „E“ in der von der AST im LAFO angebotenen Form die eindeutigen Vorgaben laut Leistungsverzeichnis der AG in Bezug auf die Erdschlussmeldefunktion und die Erdschlussrichtungserfassung nicht erfüllte.

Sowohl aus dem Leistungsverzeichnis zum LAFO (nämlich der Forderung nach 2 Stück Auslösekreisüberwachung auf Seite 26) für den Bereich des 110-kV-Schutzes und den Transformatorschutz als auch aus den Musterplänen, auf welche die AG in ihren Ausschreibungsunterlagen verwiesen hat und welche der AST seit drei Jahren unverändert zur Verfügung standen, weiters auf Grund des Umstandes, dass die Beschreibung des Distanzschutzes auf Seite 20 des Leistungsverzeichnisses zum LAFO endet und die Forderung nach einer Auslösekreisüberwachung unter einem eigenen Punkt im Leistungsverzeichnis beschrieben ist, ergab sich unter gleichzeitiger Berücksichtigung der dazu erfolgten gutachtlichen Stellungnahme des der Nachprüfungsverhandlung beigezogenen Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft, dass für einen ständigen Bieter aus dem Bezug habenden Verkehrskreis die Forderung je nach einer externen Auslösekreisüberwachung klar verstanden worden sein musste und dass die AST mit ihrem Angebot laut LAFO auf Grund des Anbietens einer integrierten Lösung dieser Forderung der AG nicht nachgekommen ist.

Aus den Ausführungen des Vertreters der AG in der Nachprüfungsverhandlung ergab sich darüber hinaus, dass die AST seitens der AG in der Preisverhandlung vom 18.06.2020 überdies darauf hingewiesen wurde, dass die AG eine integrierte Lösung nicht wolle, weil es sich hier um eine Zusatzfunktion handle, die die AG bisher nicht in Verwendung gehabt hätte und in Bezug auf welche ein Testaufbau notwendig gewesen wäre.

Der Umstand, dass das von der AST mit ihrem LAFO angebotene Schutzgerät *** den von der AG in den Angebotsbedingungen laut Leistungsverzeichnis zum LAFO geforderten Höhenspannungszeitschutz nicht erfüllte, da dieses Gerät über keine Spannungsmesseingänge verfügte und daher eine Messung von Spannung nicht möglich war, ergab sich aus der schlüssigen und nachvollziehbaren gutachtlichen Stellungnahme des Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft.

Weiters ergab sich aus den Ausführungen des Vertreters der AG in der Nachprüfungsverhandlung, dass die AG die Funktionalität des angebotenen Gerätes im Hinblick auf den Überspannungszeitschutz durch eine Rücksprache mit dem Vertreter der AST überprüfen wollte und dass dieser Vertreter der AST gegenüber der AG im Rahmen dieser Besprechung geäußert habe, dass die AST das nicht habe und daher ein Gerät eines

anderen Herstellers angeboten habe.

Es war daher auf Grund des zu diesem Themenbereich erzielten Beweisergebnisses festzustellen, dass das von der AST in ihrem LAFO angebotene Gerät der Type *** der von der AG in den Ausschreibungsbedingungen, Leistungsverzeichnis zum LAFO, an die Bieter gestellten Forderung nach einem Höhenspannungszeitschutz nicht entsprach, da das von der AST angebotene Gerät mit der von der AST in ihrem Angebot bezeichneten Type eine solche Funktion nicht aufwies.

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

§ 1 Abs. 1 und 3 Z 1Paragraph 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 15Paragraph 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 2Paragraph 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 2Paragraph 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. 1Paragraph 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. 1Paragraph 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.

Die zur Beurteilung der Vergabe des verfahrensgegenständlichen Auftrages im Sektorenbereich maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVergG 2018) lauten:

Gemäß § 2 Z 15 lit. a) sublit. jj) sind bei der Rahmenvereinbarung als jede Festlegung eines Auftraggebers im Verhandlungsverfahren nach sublit. dd) gesondert anfechtbar u.a. folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:Gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a,) Sub-Litera, j, j,) sind bei der Rahmenvereinbarung als jede Festlegung eines Auftraggebers im Verhandlungsverfahren nach Sub-Litera, d, d,) gesondert anfechtbar u.a. folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

…das Ausscheiden eines Angebotes...

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind Gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind

der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände…

§ 193 Abs. 1 BVergG 2018:Paragraph 193, Absatz eins, BVergG 2018:

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 lauteren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

§ 203 Abs. 5 und Abs. 7 BVergG 2018:Paragraph 203, Absatz 5 und Absatz 7, BVergG 2018:

(5) Beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte geeignete Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den Auftragsinhalt verhandelt werden.

(7) Eine Rahmenvereinbarung ist eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Sektorenauftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Aufgrund einer Rahmenvereinbarung wird nach Abgabe von Angeboten eine Leistung von einer Partei der Rahmenvereinbarung mit oder ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb bezogen.

§ 281 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 8 BVergG 2018:Paragraph 281, Absatz eins,, Absatz 2 und Absatz 8, BVergG 2018:

(1) Im Verhandlungsverfahren hat der Sektorenauftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen den Auftragsgegenstand anzugeben, indem er seine Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Leistung beschreibt und die Zuschlagskriterien spezifiziert. Der Sektorenauftraggeber hat anzugeben, welche Elemente der Leistungsbeschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die Ausschreibungsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt.

(2) Jeder Unternehmer, der vom Sektorenauftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, kann ein Erstangebot abgeben, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen darstellt. Der Sektorenauftraggeber hat mit dem betreffenden Bieter über das von ihm abgegebene Erstangebot und alle Folgeangebote, mit Ausnahme des endgültigen Angebotes gemäß Abs. 8, zu verhandeln. Die in den Ausschreibungsunterlagen vom Sektorenauftraggeber festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien dürfen nicht Gegenstand von Verhandlungen sein.(2) Jeder Unternehmer, der vom Sektorenauftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, kann ein Erstangebot abgeben, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen darstellt. Der Sektorenauftraggeber hat mit dem betreffenden Bieter über das von ihm abgegebene Erstangebot und alle Folgeangebote, mit Ausnahme des endgültigen Angebotes gemäß Absatz 8,, zu verhandeln. Die in den Ausschreibungsunterlagen vom Sektorenauftraggeber festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien dürfen nicht Gegenstand von Verhandlungen sein.

(8) Der Sektorenauftraggeber hat den verbliebenen Bietern den beabsichtigten Abschluss der Verhandlungen bekannt zu geben und eine einheitliche Frist für die Abgabe eines endgültigen Angebotes festzulegen. Von den endgültigen Angeboten, die den Mindestanforderungen entsprechen und nicht auszuscheiden sind, hat der Sektorenauftraggeber das erfolgreiche Angebot gemäß den Zuschlagskriterien auszuwählen.

§ 292 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG 2018:Paragraph 292, Absatz eins und Absatz 2, BVergG 2018:

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

(2) Sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich anderes festgelegt wird, ist das Angebot mit sämtlichen dazugehörenden Unterlagen (z.B. Prüfzertifikate) in deutscher Sprache und in Euro zu erstellen.

§ 294 Abs. 2 BVergG 2018:Paragraph 294, Absatz 2, BVergG 2018:

Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibung kennt, über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt und sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

§ 302 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018:Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2018:

Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuscheiden:

...

5. 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

...

§ 302 Abs. 3 BVergG 2018:Paragraph 302, Absatz 3, BVergG 2018:

Der Sektorenauftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes zu verständigen.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat hierüber rechtlich Folgendes erwogen:

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang, die Vergabe eines Lieferauftrages im

Sektorenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit öffentlicher Bekanntmachung, liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018 iVm dem NÖ VNG. Sektorenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit öffentlicher Bekanntmachung, liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018 in Verbindung mit dem NÖ VNG.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen, die Rahmenvereinbarung wurde bis dato nicht abgeschlossen, 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 Rahmenvereinbarung wurde bis dato nicht abgeschlossen, 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.

Es war kein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gegeben.

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

Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind an die Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen gebunden (z.B. VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065).

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 rechtgeschäftliche 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 (vgl. 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.). 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 rechtgeschäftliche 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 vergleiche 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.).

Auch die Auslegung von Angeboten - als zivilrechtliche Willenserklärungen - hat anhand des objektiven Erklärungswertes zu erfolgen (vgl BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44; BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 u.a.), sodass sich die Bedeutung der Angebotserklärung weder nach den Motiven des erklärenden Bieters (wie etwa Unklarheiten oder Unmöglichkeiten, unnötige Leistungsdetaillierung oder allfälliger Widersprüche der Ausschreibungsbestimmungen bzw. der Auspreisung diverser Leistungspositionen) noch danach richtet, wie dies der Erklärungsempfänger (Auftraggeber) subjektiv verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26. 4. 1961, 5 Ob 135/61) und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht, wie bereits ausgeführt, auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es sind vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und auch des Angebotes maßgebend (st Rspr, zB VwGH 29. 3. 2006, 2004/04/0144; BVA 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 961). Auch die Auslegung von Angeboten - als zivilrechtliche Willenserklärungen - hat anhand des objektiven Erklärungswertes zu erfolgen vergleiche BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44; BVA 9.6.2009, N/0040- BVA/14/2009-31 u.a.), sodass sich die Bedeutung der Angebotserklärung weder nach den Motiven des erklärenden Bieters (wie etwa Unklarheiten oder Unmöglichkeiten, unnötige Leistungsdetaillierung oder allfälliger Widersprüche der Ausschreibungsbestimmungen bzw. der Auspreisung diverser Leistungspositionen) noch danach richtet, wie dies der Erklärungsempfänger (Auftraggeber) subjektiv verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26. 4. 1961, 5 Ob 135/61) und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht, wie bereits ausgeführt, auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es sind vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und auch des Angebotes maßgebend (st Rspr, zB VwGH 29. 3. 2006, 2004/04/0144; BVA 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 961).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind die Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (vgl. VwGH 04.07.2016, Ra 2016/04/0015, 0016). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind die Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen vergleiche VwGH 04.07.2016, Ra 2016/04/0015, 0016).

Die AG legt durch das Leistungsverzeichnis einen technischen Standard fest, von dem sie während der Angebotsprüfung nicht mehr abgehen darf.

Die Prüfung der Ausschreibungskonformität eines Angebotes stellt stets eine im Einzelfall vorzunehmende Beurteilung dar (ständige höchstgerichtliche Rechtsprechung vgl. Ra 2015/04/0084).Die Prüfung der Ausschreibungskonformität eines Angebotes stellt stets eine im Einzelfall vorzunehmende Beurteilung dar (ständige höchstgerichtliche Rechtsprechung vergleiche Ra 2015/04/0084).

Die Überprüfung des Vorliegens eines Ausscheidenstatbestandes erfordert somit die Auslegung der bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen und der von dem betreffenden Bieter erstatteten Angebotslegung, dies in einzelfallbezogener Auslegung anhand der vom Bezug habenden Bieter erstatteten Ausschreibungsunterlagen und anhand von Parteierklärungen (vgl. VwGH vom 26.06.2019, Ra 2019/04/0064). Die Überprüfung des Vorliegens eines Ausscheidenstatbestandes erfordert somit die Auslegung der bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen und der von dem betreffenden Bieter erstatteten Angebotslegung, dies in einzelfallbezogener Auslegung anhand der vom Bezug habenden Bieter erstatteten Ausschreibungsunterlagen und anhand von Parteierklärungen vergleiche VwGH vom 26.06.2019, Ra 2019/04/0064).

Zu den einzelnen, in der Ausscheidensentscheidung vom 07.08.2020 enthaltenen, von der AG gegenüber der AST bekannt gegebenen Ausscheidensgründen, war in rechtlicher Hinsicht festzustellen:

Die auf Seite 3 des Leistungsverzeichnisses zum LAFO aufgestellte Forderung, dass im Fall einer erstmaligen Lieferung von Schutzgeräten an die AG sämtliche geforderte Schutz- und Kommunikationsfunktionen in Form eines praxisgerechten Testaufbaues bei der AG durch den Anbieter vor Abgabe des Angebotes nachzuweisen sind, wurde von der AST nicht erfüllt.

Die Rechtsansicht der AST, wonach sie ohnedies bereits Geräte an die AG geliefert habe und daher ein praxisgerechter Testaufbau nicht erforderlich gewesen wäre, wird vom erkennenden Gericht nicht geteilt.

Eine identische Leistungserbringung durch Anbieten der Schutzgeräte nunmehr in der Rolle als Hauptschutzgeräte (gegenüber vormals: als Reserveschutzgeräte) liegt im Hinblick auf die auf Seite 3 des Leistungsverzeichnisses für das LAFO seitens der AG klar aufgestellten Forderungen nach den für die Hauptschutzfunktion zu erfüllenden Zusatzfunktionen und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die AST bis zum Erstatten des verfahrensgegenständlichen LAFO der AG keine Geräte in der Rolle als Hauptschutzgeräte mit den hierfür erforderlichen, ausgewiesenen und zu testenden Zusatzfunktionen geliefert hatte, für welche somit auch bis dato kein praxisgerechter Testaufbau vorzunehmen war bzw. durchgeführt wurde, nicht vor.

Die Unterschiedlichkeit des anzubietenden Produktes eines Schutzgerätes in der Rolle als Hauptschutzgerät oder als Reserveschutzgerät musste sich für die AST als fachkundige Bieterin aus dem einschlägigen, fachspezifischen Tätigkeitssegment bereits auf Grund der zahlreichen, explizit im Leistungsverzeichnis differenziert und exakt angeführten Zusatzfunktionen für das Anbot des Schutzgerätes in der Rolle eines Hauptschutzgerätes (beispielhaft „Erdschlussauslösung“, „Anregeauslösung“, „Synchronkontrollautomatik“, „Signalvergleich über Wirkschnittstelle und deren Zusammenwirken mit der AWE“) sowie aus der klaren Unterteilung des Leistungsverzeichnisses unzweifelhaft ergeben.

Bereits aus dem eindeutigen Erklärungswert der einschlägigen Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses

für das LAFO musste sich somit für die AST ergeben, dass sie bisher ein „Aliud“, nämlich bloß ein Reserveschutzgerät, angeboten hatte, weshalb sie nunmehr erstmals gegenüber der AG ein Gerät in der Rolle eines Hauptschutzgerätes anbot und daher gemäß den klaren Vorgaben in den Ausschreibungsbedingungen das Erfordernis des praxisgerechten Testaufbaus vor der Angebotsabgabe einzuhalten gehabt hätte.

Darüber hinaus wurde auf dieses Erfordernis seitens der AG in der Verhandlungsbesprechung vom 18.06.2020 hingewiesen, wie auch die Notwendigkeit des praxisgerechten Testaufbaus vom Vertreter der AST in der Nachprüfungsverhandlung in Bezug auf die Zusatzfunktionen des Gerätes in der Rolle als Hauptschutzgerät als gegeben bezeichnet wurde.

Es war daher in Bezug auf die klar formulierte und vorgegebene Forderung der AG laut Angebotsbedingungen hinsichtlich eines praxisgerechten Testaufbaus betreffend sämtliche geforderte Schutz- und Kommunikationsfunktionen im Fall einer erstmaligen Lieferung und das von der AST erstmals in der Rolle als Hauptschutzgerät angebotene Gerät festzustellen, dass die diesbezügliche Vorgabe laut 1.1.2.a. des Leistungsverzeichnisses zum LAFO durch die AST mit ihrem dazu erstatteten Angebot nicht erfüllt wurde.

Die AG hat daher das Angebot der AST aus diesem Grund, da es den Ausschreibungsbedingungen widersprach, gemäß § 302 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 rechtmäßiger Weise ausgeschieden. Die AG hat daher das Angebot der AST aus diesem Grund, da es den Ausschreibungsbedingungen widersprach, gemäß Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2018 rechtmäßiger Weise ausgeschieden.

Betreffend die von der AG geforderte Form der Erdschlussmeldefunktion und Erdschlussrichtungserfassung für den Bereich des 110 kV Leitungsschutzes war unter Berücksichtigung der eindeutigen und einer anderen Auslegung nicht zugänglichen Vorgaben der AG auf Seite 17 des Leistungsverzeichnisses zum LAFO im Zusammenhalt mit den diesbezüglich nachvollziehbaren und schlüssigen gutachtlichen Ausführungen des dem Verfahren beigezogenen Amtssachverständigen für Elektrotechnik festzustellen, dass durch das von der AST entsprechend dem Befüllen der echten Bieterlücke in ihrem LAFO angebotene Produkt „***, wahlweise ***“, die Forderungen der AG sowohl in Bezug auf die Erdschlussmeldefunktion als auch in Bezug auf die Erdschlussrichtungserfassung, wonach die Auswertung der jeweiligen Funktion auf einer Messung zu beruhen hatte und eine rechnerische Ermittlung aus den drei gemessenen Phase-Erdspannungen bzw. eine rechnerische Ermittlung des Nullstromes aus den drei Phasenströmen nicht als zulässig bezeichnet wurde, somit die klar formulierten Ausschreibungsbedingungen, von der AST mit ihrem diesbezüglich erstatteten LAFO nicht erfüllt wurden.

Es war daher davon auszugehen, dass die AG rechtmäßiger Weise festgestellt hat, dass das Angebot der AST in Form des LAFO zu diesen Punkten den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht, weshalb die AG das LAFO der AST auch aus diesem Grund gemäß § 302 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 rechtmäßiger Weise ausgeschieden hat.Es war daher davon auszugehen, dass die AG rechtmäßiger Weise festgestellt hat, dass das Angebot der AST in Form des LAFO zu diesen Punkten den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht, weshalb die AG das LAFO der AST auch aus diesem Grund gemäß Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2018 rechtmäßiger Weise ausgeschieden hat.

Entsprechend der gutachtlichen Stellungnahme des der Nachprüfungsverhandlung beigezogenen Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft im Zusammenhalt mit den Vorgaben im Leistungsverzeichnis zum LAFO laut obigen Ausführungen war zur Auslösekreisüberwachung festzustellen, dass für einen fachkundigen Bieter aus dem gegenständlichen Tätigkeitssegment (nicht zuletzt bei Unklarheiten unter Heranziehung der Musterpläne, auf welche seitens der AG in den Ausschreibungsunterlagen als heranziehbare Informationsquellen verwiesen wurde),

klar feststellbar war und sein musste, dass für den 110-kV-Leitungsschutz und für den 110/20-30-kV-Umspannerschutz seitens der AG nicht eine integrierte Lösung sondern eine Auslösekreisüberwachung in Form von zwei eigenen Geräten gefordert wurde.

Da die AST in ihrem LAFO im gegenständliche Vergabeverfahren externe separate Auslösekreisüberwachungen für den 110-kV-Schutz und für den Umspannerschutz nicht angeboten hat, war festzustellen, dass die AST auch in diesem Punkt ein den Ausschreibungsbestimmungen der AG

widersprechendes Angebot erstattet hat, weshalb das Angebot der AST auch diesem Grund durch die AG rechtmäßiger Weise gemäß § 302 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 ausgeschieden wurde.Da die AST in ihrem LAFO im gegenständliche Vergabeverfahren externe separate Auslösekreisüberwachungen für den 110-kV-Schutz und für den Umspannerschutz nicht angeboten hat, war festzustellen, dass die AST auch in diesem Punkt ein den Ausschreibungsbestimmungen der AG widersprechendes Angebot erstattet hat, weshalb das Angebot der AST auch diesem Grund durch die AG rechtmäßiger Weise gemäß Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2018 ausgeschieden wurde.

Betreffend die Forderung der AG im Leistungsverzeichnis zum LAFO betreffend den Überspannungszeitschutz im Trafodifferenzialschutz war unter Berücksichtigung der diesbezüglich vom Amtssachverständigen für Elektrotechnik und Elektrizitätswirtschaft in seinem Gutachten erstatteten gutachtlichen Stellungnahme unter Zugrundelegung des von der AST angebotenen Produktes

*** festzustellen, dass betreffend das von der AST angebotene Produkt im Zeitpunkt der Angebotsöffnung (der LAFOS) ein Nachweis dafür, dass dieses Produkt über den geforderten Überspannungszeitschutz im Trafodifferenzialschutz verfügte, nicht erbracht war.

Eine Möglichkeit zum Nachausrüsten dieses Gerätes mit mobilen Softwareelementen im Nachhinein vermochte nicht das Erfordernis des Feststehens der Erfüllung der diesbezüglich von der AG klar gestellten Anforderung spätestens im Zeitpunkt der Öffnung der LAFOs zu ersetzen.

Da somit die AST in dem von ihr erstatteten LAFO die Forderung der AG zur Detektion einer Überspannung durch zumindest eine Spannung (mittels eines eigenen Spannungsmesseinganges am Schutzgerät) und Messung der Überspannung nicht nachgewiesen hat, war davon auszugehen, dass die AST auch in diesem Punkt ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot erstattet hat.

Es war daher davon auszugehen, dass die AG auch in Bezug auf dieses Faktum rechtmäßiger Weise vom Vorliegen eines Ausscheidenstatbestandes nach

§ 302 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 ausgegangen ist.Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2018 ausgegangen ist.

Festgestellt wird, dass gemäß der Ausschreibungsunterlage Alternativangebote und Abänderungsangebot beim LAFO seitens der AG nicht mehr zugelassen wurden.

In Punkt 6. der Allgemeinen Bedingungen laut Ausschreibungsunterlage für das LAFO wurde dazu seitens der AG vorgegeben, dass es keine weiteren Änderungsvorschläge gibt. Die Legung eines verbindlichen Angebotes auf der Grundlage der übermittelten Unterlagen (ohne Änderung) war Voraussetzung für die weitere Teilnahme am Vergabeverfahren.

Da nach dem erzielten Beweisergebnis vor dem erkennenden Gericht laut obigen Ausführungen unter Berücksichtigung der zitierten gesetzlichen Bestimmungen und der zitierten (höchst-)gerichtlichen Judikatur festzustellen war, dass das von der AST erstattete verbindliche LAFO den bezeichneten, nicht auslegungsbedürftigen Ausschreibungsbedingungen laut Angebotsunterlagen für das LAFO gemäß den in der Ausscheidensentscheidung der AG vom 07.07.2020 (bekannt gegeben am 08.07.2020) bezeichneten Gründen widersprochen hat, war festzustellen, dass das Letztangebot der AST im gegenständlichen Vergabeverfahren von der AG rechtmäßiger Weise gemäß § 302 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 ausgeschieden wurde.Da nach dem erzielten Beweisergebnis vor dem erkennenden Gericht laut obigen Ausführungen unter Berücksichtigung der zitierten gesetzlichen Bestimmungen und der zitierten (höchst-)gerichtlichen Judikatur festzustellen war, dass das von der AST erstattete verbindliche LAFO den bezeichneten, nicht auslegungsbedürftigen Ausschreibungsbedingungen laut Angebotsunterlagen für das LAFO gemäß den in der Ausscheidensentscheidung der AG vom 07.07.2020 (bekannt gegeben am 08.07.2020) bezeichneten Gründen widersprochen hat, war festzustellen, dass das Letztangebot der AST im gegenständlichen Vergabeverfahren von der AG rechtmäßiger Weise gemäß Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2018 ausgeschieden wurde.

Es hatte daher spruchgemäß die Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung zu erfolgen.

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; Angebot; Ausscheidung; Ausschreibungsunterlagen; objektiver Erklärungswert;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGNI:2020:LVwG.VG.7.002.2020

Zuletzt aktualisiert am

10.11.2020

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreic, http://www.lvwg.noe.gv.at

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at