

TE Uvs Bescheid 2008/4/29 314-002/08

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.04.2008

Norm

BVergG 2006 §106 Abs7

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg hat durch sein Mitglied Dr Böhler über den Antrag der E S Gesellschaft mbH & Co. KG, A, auf Nichtigerklärung einer Vergabeentscheidung der Gemeinde A I GmbH & Co. KG betreffend das Vergabeverfahren "Neubau Kleinturnsaal mit Bücherei bei VS/HS A - Elektroinstallationen" zu Recht erkannt: Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg hat durch sein Mitglied Dr Böhler über den Antrag der E S Gesellschaft mbH & Co. KG, A, auf Nichtigerklärung einer Vergabeentscheidung der Gemeinde A römisch eins GmbH & Co. KG betreffend das Vergabeverfahren "Neubau Kleinturnsaal mit Bücherei bei VS/HS A - Elektroinstallationen" zu Recht erkannt:

Gemäß den §§ 4 Abs 2 und 13 Abs 1 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Gemeinde A I GmbH & Co. KG, wonach das Angebot der E S Gesellschaft mbH & Co. KG ausgeschieden werde, abgewiesen. Gemäß den Paragraphen 4, Absatz 2 und 13 Absatz eins, des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Gemeinde A römisch eins GmbH & Co. KG, wonach das Angebot der E S Gesellschaft mbH & Co. KG ausgeschieden werde, abgewiesen.

Text

1.1. In einem am 1.4.2008 beim Unabhängigen Verwaltungssenat eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem brachte er im Wesentlichen vor:

„3.1 Bezeichnung des verletzten Rechtes

1 Wir erachten uns in unserem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, unter anderem gemäß § 19 Abs 1 BVergG, verletzt. Dies insbesondere dadurch, dass unser Angebot rechtswidrigerweise ausgeschieden worden ist und die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin daher nur auf das Angebot eines anderen Bieter fallen kann, welches nicht das tatsächlich beste Angebot ist. 2 Aus all diesen Gründen fechten wir erstens die Entscheidung der Auftraggeberin, uns auszuschneiden (Ausscheidensentscheidung) und zweitens gleichzeitig (eventualiter) die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin (Zuschlagsentscheidung) an. Beide Entscheidungen sind von wesentlichem Einfluss, da in der Folge der Zuschlag und somit die Auftragsvergabe an einen anderen als den Bestbieter ergehen würde (wir verweisen dazu auf unser Vorbringen im vorherigen Absatz, letzter Satz). 1 Wir erachten uns in unserem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, unter

anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, verletzt. Dies insbesondere dadurch, dass unser Angebot rechtswidrigerweise ausgeschieden worden ist und die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin daher nur auf das Angebot eines anderen Bieter fallen kann, welches nicht das tatsächlich beste Angebot ist. 2 Aus all diesen Gründen fechten wir erstens die Entscheidung der Auftraggeberin, uns auszuschneiden (Ausscheidensentscheidung) und zweitens gleichzeitig (eventualiter) die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin (Zuschlagsentscheidung) an. Beide Entscheidungen sind von wesentlichem Einfluss, da in der Folge der Zuschlag und somit die Auftragsvergabe an einen anderen als den Bestbieter ergehen würde (wir verweisen dazu auf unser Vorbringen im vorherigen Absatz, letzter Satz).

3.2 Gründe der Rechtswidrigkeiten betreffend die Ausscheidensentscheidung

3.2.1 Gleichwertigkeit angeblich nicht nachgewiesen 3 Die Auftraggeberin führt in ihrem Ausscheidungsschreiben (Beilage./6) als Begründung für das Ausscheiden gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG als ersten Punkt an: 3.2.1 Gleichwertigkeit angeblich nicht nachgewiesen 3 Die Auftraggeberin führt in ihrem Ausscheidungsschreiben (Beilage./6) als Begründung für das Ausscheiden gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG als ersten Punkt an:

* „Die Gleichwertigkeit von angebotenen Erzeugnissen konnte vom Angebotssteller lt. BVerG 2006 § 106 Abs (7) nicht nachgewiesen werden. Dies betrifft die LV-Positionen 110106G, 110315A, 110472A, 111501A“. 4 Dies ist unrichtig.* „Die Gleichwertigkeit von angebotenen Erzeugnissen konnte vom Angebotssteller lt. BVerG 2006 Paragraph 106, Abs (7) nicht nachgewiesen werden. Dies betrifft die LV-Positionen 110106G, 110315A, 110472A, 111501A“. 4 Dies ist unrichtig.

5 Gemäß § 106 Abs 7 BVergG gilt: 5 Gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVergG gilt:

„Erfolgt ausnahmsweise gemäß § 98 Abs. 7 und 8 die Ausscheidung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das entsprechende Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.“ „Erfolgt ausnahmsweise gemäß Paragraph 98, Absatz 7, und 8 die Ausscheidung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das entsprechende Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.“

6 Diese Bestimmung hat die Auftraggeberin in Punkt 5. „Gleichwertigkeit der angebotenen Leistungen“, Seite 7 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen übernommen. Weiters führt sie in Punkt 12. „Bemusterung“ dieser Ausschreibungsunterlagen aus:

„Eine Bemusterung ist auf Verlangen des Auftraggebers binnen einer von ihm festgesetzten angemessenen Frist einzureichen und ist für den Auftraggeber kostenlos. Wenn die für die Bemusterung vorgesehene Frist nicht eingehalten wird, wird das Angebot ausgeschieden.“

7 Die Auftraggeberin hat nun zu mehreren Positionen ihres Leistungsverzeichnisses gleichwertige Produkte für zulässig erklärt. So unter anderem auch zu den im Ausscheidensschreiben genannten Positionen. Wir haben zu insgesamt neun Positionen gleichwertige Produkte angeboten. So auch in den genannten Positionen 110106G, 110315A, 110472A, 111501A. Weshalb uns hinsichtlich der in diesen vier Positionen angeboten Erzeugnissen der Nachweis der Gleichwertigkeit nicht gelungen sein soll, ist für uns nicht nachvollziehbar:

8 Bereits im Angebot vom 22.2.2008 haben wir die konkrete Typenbezeichnung des gleichwertigen Erzeugnisses angegeben. Gemäß Aufforderung von Elektroplanung E L vom 28.2.2008, Beilage./2 sowie des Architekturbüros J M vom

3.3.2008, Beilage./3 haben wir die geforderten Bemusterungen und Lichtverteilungskurven fristgerecht (am 6.3. und 7.3.2008) und vollständig vorgelegt. Anhand dieser von uns erbrachten Nachweise konnte die Gleichwertigkeit der von uns angebotenen Erzeugnisse zu den Leitprodukten entsprechend den von der Auftraggeberin im Leistungsverzeichnis angeführten Kriterien jedenfalls sachverständig festgestellt werden.

Beweis/Bescheinigung: Von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt: Unser Angebot vom 22.2.2008 samt den von uns am 6.3. und 7.3.2008 nachgereichten Bemusterungen und Lichtverteilungskurven;

Zeuge Herr Ing. A S, p.A. Antragstellerin;

9 Zur Bekräftigung dieses Umstandes haben wir – obwohl dies nicht gefordert war – zusätzlich entsprechende Gutachten in Aussicht gestellt. Diese werden von einem allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für Elektrotechnik erstellt und können in Kürze vorgelegt werden. Diese Gutachten bestätigen noch einmal eindeutig die von uns durch die im Vergabeverfahren bereits fristgerecht und vollständig vorgelegten Muster und Lichtverteilungskurven nachgewiesene Gleichwertigkeit der von uns angebotenen Produkte.

Beweis/Bescheinigung: Unsere Gutachten zur Gleichwertigkeit der von uns in den Pos 110106G, 110315A, 110472A, 111501A angebotenen Produkte (werden in Kürze vorgelegt). 10 Die von der Auftraggeberin durchgeführte Bemusterung kann unseres Erachtens nur die Gleichwertigkeit der von uns angebotenen Produkte ergeben haben, da diese in den von der Auftraggeberin im Leistungsverzeichnis geforderten Kriterien den ausgeschriebenen Leitprodukten jeweils entsprechen.

Die von der Auftraggeberin angeblich vorgenommene Prüfung bzw. Bewertung der Gleichwertigkeit der von uns angebotenen Produkte kann daher fehlerhaft und somit rechtswidrig erfolgt sein. Das Ausscheiden unseres Angebotes ist daher bereits aus diesem Grund rechtswidrig.

Beweis/Bescheinigung: Von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt: Bewertungsprotokoll zur Angebotsprüfung unseres Angebotes. 11 Weiters bringen wir auf Anraten unserer Rechtsvertreter (anwaltlicher Vorsicht) vor, dass für den Fall, dass die Auftraggeberin die Gleichwertigkeit der von uns angebotenen Produkte tatsächlich auch bei korrekter sachverständiger Bewertung nicht feststellen konnte, dies einzig darin begründet sein kann, dass die Auftraggeberin die von ihr in ihren Ausschreibungsunterlagen vorgegeben Leitprodukte nicht korrekt ausgewiesen hat. So hat es die Auftraggeberin unterlassen, ihren Ausschreibungsunterlagen Datenblätter oder ähnliches zu diesen Leitprodukten beizulegen. Gerade hinsichtlich der Position 110472A (Deckeneinbauleuchte ballwurfsicher) wäre dies aber zwingend notwendig gewesen, da die Daten dieser Leuchte zur Zeit der Angebotabgabe und Verbesserung nicht öffentlich bekannt bzw. zugänglich waren. So sind die Daten dieser Leuchte bislang in keinem Katalog der Herstellerin des Leitproduktes veröffentlicht worden. Eine ordnungsgemäße Prüfung der Gleichwertigkeit der von uns angebotenen Produkte aber auch jener gemäß den Angeboten unserer Mitbieter ist gemäß den von der Auftraggeberin vorgegeben Kriterien an Hand der Leitprodukte daher gar nicht möglich. Da bei gesetzeskonformer Vorgehensweise ein anderer Ausgang dieses Vergabeverfahrens denkbar wäre, ist auch diese Rechtswidrigkeit von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens (siehe dazu etwa BVA N/0001-BVA/02/2006-71 vom 11.4.2006).

Beweis/Bescheinigung: Von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt: Ausschreibungsunterlagen.

3.2.2 Texte des Leistungsverzeichnisses angeblich unzulässig abgeändert 12 Die Auftraggeberin führt in ihrem Ausscheidungsschreiben (Beilage./6) als zweiten Ausscheidungsgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG an: 3.2.2 Texte des Leistungsverzeichnisses angeblich unzulässig abgeändert 12 Die Auftraggeberin führt in ihrem Ausscheidungsschreiben (Beilage./6) als zweiten Ausscheidungsgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG an:

* „Texte des Leistungsverzeichnisses wurden unzulässig abgeändert. BVerg 2006 § 106 Abs (1). Eine Mitteilung wie in BVerg 2006 § 106 Abs(6) vorgesehen über die Erfordernis der Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen im LV-Text wurde seitens des anbietenden Unternehmers nicht vorgenommen“ 13 Auch das ist unrichtig:* „Texte des Leistungsverzeichnisses wurden unzulässig abgeändert. BVerg 2006 Paragraph 106, Abs (1). Eine Mitteilung wie in BVerg 2006 Paragraph 106, Abs(6) vorgesehen über die Erfordernis der Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen im LV-Text wurde seitens des anbietenden Unternehmers nicht vorgenommen“ 13 Auch das ist unrichtig:

3.2.2.1 Angeblicher Verstoß gegen § 106 Abs 1 BVergG 14 § 106 Abs 1 BVergG bestimmt 3.2.2.1 Angeblicher Verstoß gegen Paragraph 106, Absatz eins, BVergG 14 Paragraph 106, Absatz eins, BVergG bestimmt:

„[...] Der vorgeschriebenen Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.“

15 Dies stellt die grundsätzliche Regelung zu diesem Themenkreis dar. 16 Ausgenommen davon (arg „Erfolgt ausnahmsweise [Anm: Hervorhebung durch uns] gemäß § 98 Abs.7 und 8 die Ausscheidung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben.“) ist unter anderem gemäß § 106 Abs 7 BVergG) jedoch der Fall des Zulassens von gleichwertigen Erzeugnissen durch den Auftraggeber. Denn dann muss der Bieter zwangsläufig das Leistungsverzeichnis ergänzen, da er das gleichwertige Produkt in die Bieterlücke eintragen muss. 17 Da die Auftraggeberin gleichwertige Erzeugnisse in bestimmten Positionen des Leistungsverzeichnisses zulässt, ist der Ausnahmetatbestand des § 106 Abs 7 BVergG gegenständlich erfüllt. 15 Dies stellt die grundsätzliche Regelung zu diesem Themenkreis dar. 16 Ausgenommen davon (arg „Erfolgt ausnahmsweise [Anm: Hervorhebung durch uns] gemäß Paragraph 98, Absatz 7, und 8 die Ausscheidung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben.“) ist unter anderem gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVergG) jedoch der Fall des Zulassens von gleichwertigen Erzeugnissen durch den Auftraggeber. Denn dann muss der Bieter zwangsläufig das Leistungsverzeichnis ergänzen, da er das gleichwertige Produkt in die Bieterlücke eintragen muss. 17 Da die Auftraggeberin gleichwertige Erzeugnisse in bestimmten Positionen des Leistungsverzeichnisses zulässt, ist der Ausnahmetatbestand des Paragraph 106, Absatz 7, BVergG gegenständlich erfüllt.

Beispiel: Seite 74 des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses:

„Pos. 110106G EBL.IP20 ESG.de.4/14 EVG Z [...]“

wie zB. Zumtobel Mirel 4/18W EVG oder gleichwertig [Anm: Hervorhebung durch uns]

Kriterien der Gleichwertigkeit: Optik, Abmessung und Technik 8,00ST

Beweis/Bescheinigung: Von der Auftraggeberin vorzulegendes Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis Seite 74 Pos. 110106G. 18 Die Zulässigkeit des Anbietens von gleichwertigen Produkten wurde von der Auftraggeberin auch in den Allgemeinen Angebotsbestimmungen ausdrücklich für zulässig erklärt (siehe Punkt 5. „Gleichwertigkeit der angebotenen Leistungen“, Seite 7 Allgemeine Angebotsbestimmungen). 19 Dementsprechend haben wir lediglich bei solchen Positionen, bei welchen die Auftraggeberin ausdrücklich den Zusatz „oder gleichwertig“ samt Kriterien vorgesehen hat, die Bieterlücke ausgefüllt und das entsprechende gleichwertige Produkt („Schrack [...]“) eingefügt. Andere Ergänzungen ? oder gar Änderungen – des Leistungsverzeichnisses haben wir nicht vorgenommen. Beweis/Bescheinigung: Von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt: Unser Angebot vom 22.2.2008. 20 Durch die von uns vorgenommenen Anmerkungen betreffend die gleichwertigen Erzeugnisse im Leistungsverzeichnis (Ausfüllen von Bieterlücken) können wir daher nicht gegen § 106 Abs 1 BVergG verstoßen, da die Ausnahme des § 106 Abs 7 BVergG erfüllt ist: Beweis/Bescheinigung: Von der Auftraggeberin vorzulegendes Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis Seite 74 Pos. 110106G. 18 Die Zulässigkeit des Anbietens von gleichwertigen Produkten wurde von der Auftraggeberin auch in den Allgemeinen Angebotsbestimmungen ausdrücklich für zulässig erklärt (siehe Punkt 5. „Gleichwertigkeit der angebotenen Leistungen“, Seite 7 Allgemeine Angebotsbestimmungen). 19 Dementsprechend haben wir lediglich bei solchen Positionen, bei welchen die Auftraggeberin ausdrücklich den Zusatz „oder gleichwertig“ samt Kriterien vorgesehen hat, die Bieterlücke ausgefüllt und das entsprechende gleichwertige Produkt („Schrack [...]“) eingefügt. Andere Ergänzungen ? oder gar Änderungen – des Leistungsverzeichnisses haben wir nicht vorgenommen. Beweis/Bescheinigung: Von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt: Unser Angebot vom 22.2.2008. 20 Durch die von uns vorgenommenen Anmerkungen betreffend die gleichwertigen Erzeugnisse im Leistungsverzeichnis (Ausfüllen von Bieterlücken) können wir daher nicht gegen Paragraph 106, Absatz eins, BVergG verstoßen, da die Ausnahme des Paragraph 106, Absatz 7, BVergG erfüllt ist:

3.2.2.2 Angeblicher Verstoß gegen § 106 Abs 6 BVergG 21 Die Auftraggeberin führt im Ausscheidungsschreiben (Beilage./6) weiters in der Begründung an, dass unsererseits keine Mitteilung gemäß § 106 Abs 6 BVergG vorgenommen worden sei. Auch diese Begründung ist nicht richtig. 22 § 106 Abs 6 BVergG sieht vor: 3.2.2.2 Angeblicher Verstoß gegen Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 21 Die Auftraggeberin führt im Ausscheidungsschreiben (Beilage./6) weiters in der Begründung an, dass unsererseits keine Mitteilung gemäß Paragraph 106, Absatz 6, BVergG

vorgenommen worden sei. Auch diese Begründung ist nicht richtig. 22 Paragraph 106, Absatz 6, BVergG sieht vor:

„Ist aus der Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so hat er dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen. Der Auftraggeber hat erforderlichen falls eine Berichtigung gemäß § 90 durchzuführen.“ „Ist aus der Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so hat er dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen. Der Auftraggeber hat erforderlichen falls eine Berichtigung gemäß Paragraph 90, durchzuführen.“

23 Weshalb wir gegen diese Bestimmung verstoßen haben sollten, ist uns nicht klar:

24 Wir haben keine solche Mitteilung an die Auftraggeberin vorgenommen, da wir in den Ausschreibungsunterlagen keine Unklarheiten gesehen haben, welche eine Berichtigung erforderlich gemacht hätten.

25 Offenbar ist die Auftraggeberin der Ansicht, wir hätten die Bekanntgabe des gleichwertigen Produktes an einer falschen Stelle des Leistungsverzeichnisses vorgenommen. Dies ist nicht richtig:

26 Für uns war bei Erstellen unseres Angebotes klar, dass sich die Bieterlücke zur Bekanntgabe des gleichwertigen Produktes nur jeweils rechts vom Positionstext neben der Wortfolge „oder gleichwertig“ befinden kann: Da die Auftraggeberin keine separate freie Zeile für das Einfügen des gleichwertigen Produktes vorgesehen hat, bringt sie klar zum Ausdruck, dass sie dort an der Stelle der Nennung (direkt nach der Wortfolge „oder gleichwertig“) eine Bieterlücke vorsieht: Denn die in der Zeile unter den Gleichwertigkeitskriterien angeführte, unterbrochene gepunktete Linie kann nicht für das Einfüllen eines gleichwertigen Produktes verwendet werden, da an dieser Stelle - wie bei allen anderen Positionen (auch solchen ohne Bieterlücken) - nur Lohn- und Materialpreise einzufüllen sind (siehe dazu sämtliche anderen Positionen, welche die Bezeichnung „oder gleichwertig“ nicht enthalten.) Beweis/Bescheinigung: Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis zB Beispiel Pos. 111501H „Deckenbefestigung“ Seite 84 für viele andere. 27 Doch selbst wenn die Auftraggeberin annehmen durfte – was wir ausdrücklich bestreiten –, dass ihre Ausschreibungsunterlage in diesen Punkten (Bieterlücken) unklar ist, so muss sie sich entgegen halten lassen, dass auch im Vergaberecht § 915 ABGB Anwendung findet, wonach eine undeutliche Vertragsformulierung zum Nachteil desjenigen ausgelegt wird, der sich dieser bedient hat (siehe dazu für viele andere BVA vom 23.12.2003, 17N-129/03-21, wonach die Bedeutung der Angebotsunterlagen in Zweifelsfällen nach den Regelungen der §§ 914 f ABGB zu ermitteln sind). 28 Doch ungeachtet unserer Motivation stellt § 106 Abs 6 BVergG lediglich eine Obliegenheit des Bieters dar, an welche keine Rechtsfolge geknüpft werden kann. Das Unterlassen dieser Mitteilung über die Erforderlichkeit einer Berichtigung der Ausschreibung hat daher keine unmittelbar vergaberechtliche normative Wirkung (BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20). 29 Bezugsrahmen für das Verständnis einer Bestimmung ist gemäß BVA (27.6.2006, N/0038-BVA/04/2006-28 mit Verweis auf EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wienstrom GmbH); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25) daher, was „für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt [...] erkennbar [war].“ Dass unser Verständnis von der Platzierung der Bieterlücke durch die Auftraggeberin dieser Vorgabe entspricht, ergibt sich schon aus der herrschenden Literaturmeinungen zu diesem Thema: So führt etwa Pachner zum (insofern zu § 98 BVergG 2006 gleichlautenden) § 75 BVergG 2002 aus: „Die Bieterlücken sind freie Zeilen oder Teile davon [Anm: Hervorhebung durch uns], in die der Bieter das (die) von ihm angebotene(n) Produkt(e), Verfahren oder Leistungsmerkmal(e) einträgt.“ (Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel § 75 Rz 54). 30 Auch der als zweiter Grund für die Ausscheidungsentscheidung angeführte Punkt, wonach Texte des Leistungsverzeichnisses unzulässig abgeändert worden seien und keine Mitteilung gemäß § 106 Abs 6 BVergG erfolgt sei, ist daher nicht geeignet, um das Ausscheiden unseres Angebotes zu rechtfertigen. 26 Für uns war bei Erstellen unseres Angebotes klar, dass sich die Bieterlücke zur Bekanntgabe des gleichwertigen Produktes nur jeweils rechts vom Positionstext neben der Wortfolge „oder gleichwertig“ befinden kann: Da die Auftraggeberin keine separate freie Zeile für das Einfügen des gleichwertigen Produktes vorgesehen hat, bringt sie klar zum Ausdruck, dass sie dort an der Stelle der Nennung (direkt nach der Wortfolge „oder gleichwertig“) eine Bieterlücke vorsieht: Denn die in der Zeile unter den Gleichwertigkeitskriterien angeführte, unterbrochene gepunktete Linie kann nicht für das Einfüllen eines gleichwertigen Produktes verwendet werden, da an dieser Stelle - wie bei allen anderen Positionen (auch solchen ohne Bieterlücken) - nur Lohn- und Materialpreise einzufüllen sind (siehe dazu sämtliche anderen Positionen, welche die Bezeichnung „oder gleichwertig“ nicht enthalten.) Beweis/Bescheinigung: Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis zB Beispiel Pos. 111501H „Deckenbefestigung“ Seite 84 für viele andere. 27 Doch selbst wenn die Auftraggeberin annehmen durfte – was wir ausdrücklich bestreiten –, dass ihre Ausschreibungsunterlage in diesen Punkten (Bieterlücken) unklar ist, so muss sie

sich entgegen halten lassen, dass auch im Vergaberecht Paragraph 915, ABGB Anwendung findet, wonach eine undeutliche Vertragsformulierung zum Nachteil desjenigen ausgelegt wird, der sich dieser bedient hat (siehe dazu für viele andere BVA vom 23.12.2003, 17N-129/03-21, wonach die Bedeutung der Angebotsunterlagen in Zweifelsfällen nach den Regelungen der Paragraphen 914, f ABGB zu ermitteln sind). 28 Doch ungeachtet unserer Motivation stellt Paragraph 106, Absatz 6, BVergG lediglich eine Obliegenheit des Bieters dar, an welche keine Rechtsfolge geknüpft werden kann. Das Unterlassen dieser Mitteilung über die Erforderlichkeit einer Berichtigung der Ausschreibung hat daher keine unmittelbar vergaberechtliche normative Wirkung (BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20). 29 Bezugsrahmen für das Verständnis einer Bestimmung ist gemäß BVA (27.6.2006, N/0038-BVA/04/2006-28 mit Verweis auf EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wienstrom GmbH); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25) daher, was „für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt [...] erkennbar [war].“ Dass unser Verständnis von der Platzierung der Bieterlücke durch die Auftraggeberin dieser Vorgabe entspricht, ergibt sich schon aus der herrschenden Literaturmeinungen zu diesem Thema: So führt etwa Pachner zum (insofern zu Paragraph 98, BVergG 2006 gleichlautenden) Paragraph 75, BVergG 2002 aus: „Die Bieterlücken sind freie Zeilen oder Teile davon [Anm: Hervorhebung durch uns], in die der Bieter das (die) von ihm angebotene(n) Produkt(e), Verfahren oder Leistungsmerkmal(e) einträgt.“ (Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 75, Rz 54). 30 Auch der als zweiter Grund für die Ausscheidungsentscheidung angeführte Punkt, wonach Texte des Leistungsverzeichnisses unzulässig abgeändert worden seien und keine Mitteilung gemäß Paragraph 106, Absatz 6, BVergG erfolgt sei, ist daher nicht geeignet, um das Ausscheiden unseres Angebotes zu rechtfertigen.

3.2.3 Weitere Rechtswidrigkeiten

Weiters ist anzumerken, dass das Vergabeverfahren auch an sonstigen Rechtswidrigkeiten leidet:

3.2.3.1 Widerspruch in den Ausschreibungsunterlagen 31 So ist etwa im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis als ausschreibende Stelle „e E L“ angeführt. Auch in der Einladung zur Offertstellung Elektroinstallationsarbeiten tritt die Elektroplanung E L auf, wobei die Auftraggeberin Gemeinde A I GmbH & Co KG nicht genannt ist. Hingegen wird in den Allgemeinen Angebotsunterlagen als „Auftraggeber/Ausschreibende Stelle“ die „Gemeinde A I GmbH & Co KG“ angeführt. Beweis/Bescheinigung: Von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt. 3.2.3.1 Widerspruch in den Ausschreibungsunterlagen 31 So ist etwa im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis als ausschreibende Stelle „e E L“ angeführt. Auch in der Einladung zur Offertstellung Elektroinstallationsarbeiten tritt die Elektroplanung E L auf, wobei die Auftraggeberin Gemeinde A römisch eins GmbH & Co KG nicht genannt ist. Hingegen wird in den Allgemeinen Angebotsunterlagen als „Auftraggeber/Ausschreibende Stelle“ die „Gemeinde A römisch eins GmbH & Co KG“ angeführt. Beweis/Bescheinigung: Von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt.

3.2.3.2 Ausscheidenssschreiben per Post (Einschreiben) übermittelt 32 Gemäß § 129 Abs 3 BVergG gilt 3.2.3.2 Ausscheidenssschreiben per Post (Einschreiben) übermittelt 32 Gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG gilt:

„Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax [Anm: Hervorhebung durch uns] zu verständigen.“

33 Die Auftraggeberin hat das Ausscheidenssschreiben (Datum der Ausscheidungsentscheidung: 19.3.2008) gemäß Kouvert am 21.3.2008 per „Einschreiben“ versandt. Die Ausscheidungsentscheidung ist uns am 25.3.2008 per Einschreiben zu eigenen Händen zugestellt (an unserer Zustelladresse übergeben) worden.

34 Das Vorgehen der Auftraggeberin ist daher jedenfalls rechtswidrig. Wir verweisen dazu auch auf die Entscheidung des UVS Vorarlberg vom 20.5.2005, 314-007/05, wonach im vergleichbaren Fall, dass eine Zuschlagsentscheidung auf falschem Übermittlungsweg erfolgte, dies als anfechtungsbegründender Mangel bewertet wurde.

Beweis/Bescheinigung: Ausscheidenssschreiben (Beilage ./6).

3.2.3.3 Verstoß gegen § 131 BVergG 3.2.3.3 Verstoß gegen Paragraph 131, BVergG

35 Für den Fall, dass die Auftraggeberin bereits eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben hat, hat sie zudem gegen § 131 BVergG verstoßen: Uns wurde eine derartige Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegeben. Gemäß § 131 BVergG hat die Auftraggeberin „den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter(n) unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll.“ Da die Anfechtungsfrist für unser rechtswidriges Ausscheiden noch nicht abgelaufen ist, sind wir als „im Vergabeverfahren verbliebene Bieter“ zu betrachten. Indem die

Auftraggeberin uns die Zuschlagsentscheidung nicht mitteilt, verstößt sie gegen § 131 BVergG. Auch hierzu verweisen wir auf die bereits oben angeführte Entscheidung des UVS Vorarlberg vom 20.5.2005, 314-007/05: Stellt bereits die Wahl des falschen Übermittlungsweges einen anfechtungsbegründenden Mangel dar, so muss erst recht das Unterlassen der Übermittlung der Zuschlagsentscheidung einen derart schwerwiegenden Mangel darstellen, dass die Anfechtung dieser Zuschlagsentscheidung gerechtfertigt ist.³⁵ Für den Fall, dass die Auftraggeberin bereits eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben hat, hat sie zudem gegen Paragraph 131, BVergG verstoßen: Uns wurde eine derartige Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegeben. Gemäß Paragraph 131, BVergG hat die Auftraggeberin „den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll.“ Da die Anfechtungsfrist für unser rechtswidriges Ausscheiden noch nicht abgelaufen ist, sind wir als „im Vergabeverfahren verbliebene Bieter“ zu betrachten. Indem die Auftraggeberin uns die Zuschlagsentscheidung nicht mitteilt, verstößt sie gegen Paragraph 131, BVergG. Auch hierzu verweisen wir auf die bereits oben angeführte Entscheidung des UVS Vorarlberg vom 20.5.2005, 314-007/05: Stellt bereits die Wahl des falschen Übermittlungsweges einen anfechtungsbegründenden Mangel dar, so muss erst recht das Unterlassen der Übermittlung der Zuschlagsentscheidung einen derart schwerwiegenden Mangel darstellen, dass die Anfechtung dieser Zuschlagsentscheidung gerechtfertigt ist.

3.3 Gründe der Rechtswidrigkeiten betreffend die Zuschlagsentscheidung 36 Da unser Angebot aufgrund der in Punkt 3.2 angeführten Gründe nicht auszuschneiden gewesen wäre, befände sich unser Angebot bei vergaberechtskonformem Vorgehen der Auftraggeberin noch im Kreise jener Angebote, aus welchem die Auftraggeberin gem § 130 BVergG das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot für die Zuschlagserteilung auszuwählen hat. Wie unter Punkt 1 bereits dargestellt, lag unser Angebot gemäß Verlesung bei Angebotsöffnung an erster Stelle. 37 Das bedeutet, dass jede Zuschlagsentscheidung, welche seit dem Ausscheiden unseres Angebotes ergangen ist oder ergehen wird, zwingend nicht auf den tatsächlichen Bestbieter lauten kann und daher jedenfalls gegen Vergaberecht verstößt.“3.3 Gründe der Rechtswidrigkeiten betreffend die Zuschlagsentscheidung 36 Da unser Angebot aufgrund der in Punkt 3.2 angeführten Gründe nicht auszuschneiden gewesen wäre, befände sich unser Angebot bei vergaberechtskonformem Vorgehen der Auftraggeberin noch im Kreise jener Angebote, aus welchem die Auftraggeberin gem Paragraph 130, BVergG das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot für die Zuschlagserteilung auszuwählen hat. Wie unter Punkt 1 bereits dargestellt, lag unser Angebot gemäß Verlesung bei Angebotsöffnung an erster Stelle. 37 Das bedeutet, dass jede Zuschlagsentscheidung, welche seit dem Ausscheiden unseres Angebotes ergangen ist oder ergehen wird, zwingend nicht auf den tatsächlichen Bestbieter lauten kann und daher jedenfalls gegen Vergaberecht verstößt.“

1.2. Gleichzeitig wurde beantragt, der Unabhängige Verwaltungssenat möge dem Auftraggeber durch einstweilige Verfügung untersagen, den Zuschlag für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens zu erteilen.

2. Mit Bescheid vom 7.4.2008, UVS-314a-001/E5-2008, hat der Unabhängige Verwaltungssenat dem im obigen Punkt 1.2. erwähnten Antrag des Antragstellers auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insoweit Folge gegeben, als dem Auftraggeber untersagt wurde, im gegenständlichen Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates über den ebenfalls eingebrachten Antrag des Antragstellers auf Nichtigerklärung den Zuschlag zu erteilen.

3. Der Auftraggeber hat eine Gegenschrift zu dem Vorbringen nach Punkt 1.1. erstattet und ist diesem darin entgegengetreten.

4.1. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat in gegenständlicher Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Auftraggeber beabsichtigt, in einer näher genannten Gemeinde einen Kleinturnsaal mit Bücherei VS/HS neu zu bauen. Zu diesem Zweck wurde ua das Gewerk „Elektroinstallationen“ ausgeschrieben. Es handelt sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich, wobei das gegenständliche Gewerk in einem offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben wurde.

In den allgemeinen Angebotsbestimmungen der Ausschreibungsunterlagen ist ua Nachstehendes ausgeführt:

„5. Gleichwertigkeit der angebotenen Leistung

Erfolgt ausnahmsweise die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, so kann

der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.

...

12. Bemusterung

Eine Bemusterung ist auf Verlangen des Auftraggebers binnen einer von ihm festgesetzten angemessenen Frist einzureichen und ist für den Auftraggeber kostenlos. Wenn die für die Bemusterung vorgesehene Frist nicht eingehalten wird, wird das Angebot ausgeschieden.“

Im Leistungsverzeichnis ist ua wie folgt festgehalten:

„Beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen:

Sind im Leistungsverzeichnis zu den in den einzelnen Unterleistungsgruppen angegebenen Positionen zusätzlich beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen angeführt, können - sofern vorgesehen - in der jeweiligen Bieterlücke gleichwertige Bauprodukte angeboten werden. Die Kriterien der Gleichwertigkeit sind bei den angegebenen Positionen beschrieben.

Auf Verlangen des Auftraggebers weist der Bieter die Erfüllung der Gleichwertigkeit vollständig nach.

Setzt der Bieter in die Bieterlücke keine Materialien/Erzeugnisse/Typen seiner Wahl ein, gelten die beispielhaft genannten Bauprodukte als angeboten.

Für die vom Auftraggeber genannten beispielhaften Bauprodukte gilt die Erfüllung der Kriterien auch ohne Nachweis als erbracht.

...

110315A Decken Einbauleuchte 2x18W EVG Z Decken-Einbauleuchte; Bestückung: 2/18W TC-DEL;

horizontale Lampenposition; mit elektronischem

Vorschaltgerät, (separate Einheit); Reflektor: mattiert, glatt, aluminiumfarben beschichtet; Abdeckring weiss;

Reflektor/Abdeckring eine Einheit aus hochwertigem, UV-beständigem Polycarbonat; Einbauring aus Aluminiumdruckguss; Anschluss: 5-polige Steckverbindungsklemme; werkzeuglose

Schnellmontage für Deckenstärken von 1-25mm;

Deckenausschnitt: 200mm, Einbautiefe: 100mm;

Hinweis: Beim Einsatz von separat zu bestellenden Vorsatzelementen ist der Montagering im Lieferumfang des Zubehörs enthalten. zB. Fabrikat Zumtobel

Type: Panos LM 2/18W TC-DEL EVG 200 WH oder gleichwertig

Kriterien der Gleichwertigkeit: Optik, Abmessungen und Technik

..... 16,00 ST

...

110472A Deckeneinbauleuchte 2x49W ballwurfs. dimmb. Z

Ballwurfsichere Sonderleuchte aus Stahlblechgehäuse RAL 9006, mit

BWS Abdeckung 3mm PC opal, Lichteinsatz mit EVG Vorschaltgerät

2x49W, inkl. Innenreflektor, Abmessungen B=95mm x T=80mm

L=1488mm, inkl. Enddeckelset, Verbindungsmuffe für

Lichtbandmontage,

mit allem erforderlichen Montagezubehör für den Einbau in

Holzdecken liefern, montieren und anschliessen.

Fabrikat: Zumtobel RE DP 2/49W Dali oder gleichwertig.

Kriterien der Gleichwertigkeit: Optik, Abmessungen und Technik, Materialbeschaffenheit

..... 65,00 ST“

Bis zum Ende der Angebotsfrist wurden vier Angebote, ua jenes des Antragstellers abgegeben. Das Angebot des Antragstellers war jenes mit dem billigsten Preis (151.476,91 Euro).

Der Antragsteller hat ua in seinem Angebot abweichend von den ausgeschriebenen Leitprodukten bei der Positionsnummer 110315A des Leistungsverzeichnisses das Produkt „Schrack Dodeca 2/18“ und bei der Positionsnummer 110472A das Produkt „Schrack LU492BW“ angeboten.

Mit E-Mail vom 28.02.2008 wurde dem Antragsteller Folgendes mitgeteilt:

„Die Firma S [Anm.: = Antragsteller] hat bei der Beleuchtung das Fabrikat Schrack eingesetzt. Zum Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter innerhalb 7 Tagen Musterleuchten und Lichtverteilungskurven zu besorgen (wie in Punkt 5. Vorbemerkungen ersichtlich, die Bemusterung erfolgt wie im Punkt 12. beschrieben).“

Mit weiterem E-Mail vom 03.03.2008 wurde der Antragsteller ua ersucht, jede von ihm angebotene Type samt den Lichtverteilungskurven zu bemustern. Die Muster müssten bis spätestens 07.03.2008, 14.00 Uhr, in einem näher bezeichneten Büro vorgelegt werden.

Bei der anlässlich am 06.03.2008 erfolgten Bemusterung hat der Antragsteller ua statt der in der Positionsnummer 110315A angebotenen Leuchte „Schrack Dodeca“ eine Leuchte des Typs „Schrack Segon“ vorgelegt. Weiters wurden dem Auftraggeber von der antragsstellenden Seite vier Datenblätter überreicht (SERH 4/18W EVG M600, SEGON 175 2/18W EVG TC-DEL, Idaho Control und Lucie T5 – Eloxierte Aluminiumbalken T5/T16). Bezüglich der in der Positionsnummer 110472A angebotenen Leuchte „Schrack LU492BW“ hat der Antragsteller kein Muster vorgelegt. Weiters hat der Antragssteller keine Lichtverteilungskurven ua für die angebotenen Schrackleuchten Dodeca und LU492BW vorgelegt.

Der Antragsteller wurde bei der Bemusterung am 06.03.2008 vom Auftraggeber ua aufgefordert, bis zum nächsten Tag (07.03.2008) um 14.00 Uhr ein Muster der Leuchte LU492BW samt Datenblatt für die Leuchtstärke sowie die fehlenden Lichtverteilungskurven nachzureichen. Vom Antragssteller wurde dabei keine Bemerkung dahingehend gemacht, dass er bis zu diesem Zeitpunkt hinsichtlich der Leuchte LU492BW nur ein den Abmessungen entsprechendes Muster besorgen könne.

Der Antragsteller gab am darauffolgenden Tag beim Auftraggeber bezüglich der Positionsnummer 110472A ein Muster ab, wobei es sich bei diesem Muster nicht um die angebotene Leuchte LU492BW handelte. Weiters legte der Berufungswerber zwei Schreiben vor. Eines der beiden Schreiben lautet dabei ua wie folgt:

„Wie Ihnen schon mündlich bei der Bemusterung mitgeteilt, konnte ich die Leuchte lt. Pos. 110472A Deckeneinbauleuchte ballwurfsicher, in der kurzen Zeit nur ein hinsichtlich den Abmessungen entsprechendes Muster besorgen.

Selbstverständlich wird die Leuchte mit denselben Kriterien wie gefordert geliefert. Die Bestätigung der Ballwurfsicherheit wird selbstverständlich auch ausgestellt. Ebenfalls möglich ist die Lieferung der Leuchte mit den Maßen lt. der von Ihnen zur Verfügung gestellten Maßzeichnung.

Die Position 110315A Deckeneinbauleuchte 2/18 besteht im Muster aus einem Metallreflektor glatt. Sollten Sie einen Wabenreflektor wie lt. Beispieltyp angegeben bevorzugen, ist dieser selbstverständlich auch lieferbar, obwohl dieser aus Kunststoff besteht und somit eine wesentlich kürzere Lebensdauer besitzt.“

Andere Unterlagen, insbesondere ein Datenblatt für die Leuchtstärke betreffend die Leuchte LU492BW bzw Lichtverteilungskurven wurden vom Antragsteller bis zum Ende der Frist nicht mehr vorgelegt. Der Antragsteller beantragte auch keine Verlängerung der Frist.

Am 10.03.2008 führte der Auftraggeber eine Gleichwertigkeitsprüfung mit einer aus drei Personen bestehenden Prüfkommision durch. Diese Kommission kam ua zur Auffassung, dass die vom Antragsteller unter den Positionsnummern 110315A (Dodeca 2/18) und 110472A (LU492BW) angebotenen Produkte jenen Produkten nicht gleichwertig seien, die in der Ausschreibung als Leitprodukte angeführt gewesen seien. Bezüglich der Positionsnummer 110315A wurde diesbezüglich festgehalten, dass die Leuchte Segon bemustert worden sei, die ausgeschriebene Leuchte Panos eine Einbautiefe von 100 mm jene der Leuchte Segon 175 mm aufweise und die Lichtverteilungskurve für Dodeca 2/18W vorgelegt worden sei. Dem Prüfbericht war ua ein Foto beigegeschlossen, auf welchem das Leitprodukt und das vom Antragsteller vorgelegte Muster Segon abgebildet sind. Hinsichtlich der Positionsnummern 110472A wurde ua vermerkt, dass eine andere Leuchte bemustert worden sei; weiters wurden die Punkte „Optik und Abmessungen“ angeführt. Die dem Prüfbericht beigegeschlossen Fotos zeigen ua eine Ansicht und eine Draufsicht des Leitproduktes und des vom Antragsteller nachgereichten Leuchtenmusters.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 19.03.2008 wurde dem Antragsteller mitgeteilt, dass sein Angebot ausgeschieden worden sei. Einerseits habe der Antragsteller hinsichtlich der LV-Positionen 110106G, 110315A, 110472A und 111501A die Gleichwertigkeit nicht nachgewiesen; andererseits seien Texte des Leistungsverzeichnisses unzulässig abgeändert worden.

4.2. Hinsichtlich der Frage, welche Datenblätter bzw Lichtverteilungskurven der Antragssteller dem Auftraggeber vorgelegt hat, stützt sich der Verwaltungssenat auf die bei der mündlichen Verhandlung getätigten Angaben des M vom gleichnamigen Architekturbüro in der Verhandlung, wonach er bei der Bemusterung am 06.03.2008 vom Antragsteller die im Sachverhalt genannten vier Datenblätter erhalten habe. Für die Richtigkeit dieser Angaben spricht der von M auf diesen Datenblättern angebrachte Vermerk „erh am 06.03.08“. Im Übrigen hat auch der Geschäftsführer des Antragstellers in der Verhandlung nicht ausgeschlossen, dass diese Datenblätter von dem an diesem Tag anwesenden Schrack-Vertreter G überreicht worden waren.

Weiters geht der Verwaltungssenat davon aus, dass der Antragssteller bei der Bemusterung am 06.03.2008 aufgefordert worden war, ein Muster der Leuchte LU492BW samt Datenblatt für die Leuchtstärke sowie die fehlenden Lichtverteilungskurven nachzureichen. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Besprechungsprotokoll vom 06.03.2008 sowie aus den Angaben des M anlässlich der mündlichen Verhandlung. Der Antragssteller hat in seiner Äußerung vom 16.4.2008 und in der mündlichen Verhandlung selbst vorgebracht, es sei dem Auftraggeber bei der Bemusterung am 06.03.2008 mitgeteilt worden, dass die fehlenden Lichtverteilungskurven dem Elektroplaner L des Auftraggebers fristgerecht bis zur Bemusterung am nächsten Tag (mit E-Mail) übermittelt würden. Tatsächlich sind diese Lichtverteilungskurven dem Auftraggeber nicht übermittelt worden. Der Geschäftsführer des Antragstellers hat diesbezüglich lediglich darauf hingewiesen, der Vertreter der Firma Schrack habe ihm mitgeteilt, dass er (Schrack-Vertreter) die fehlenden Lichtverteilungskurven Herrn L bis spätestens 07.03.2008 noch überreichen werde. Demgegenüber hat Herr L in der Verhandlung angegeben, dass ihm der Vertreter der Firma Schrack nach der Besprechung am 06.03.2008 nur solche Lichtverteilungskurven geschickt habe, die nicht die gegenständliche Ausschreibung betroffen hätten; lediglich ein paar Tage später habe ihnen der Schrack-Vertreter ein Datenblatt bezüglich der Beleuchtung LU492 geschickt.

Dass bei der Bemusterung am 06.03.2008 seitens des Antragstellers keine Bemerkung dahingehend gemacht wurde, dass er bis zum nächsten Tag nur ein den Abmessungen entsprechendes Muster der Leuchte LU492BW besorgen könne, ergibt sich insbesondere aus der Angabe des Herrn M anlässlich der mündlichen Verhandlung. Letztere Angaben finden ihre Deckung im Besprechungsprotokoll vom 06.03.2008, wonach sowohl der Antragsteller als auch der Schrack-Vertreter zugestimmt hätten, diese Leuchte am nächsten Tag verlässlich vorzulegen. Auch der Geschäftsführer des Antragstellers hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, der Schrack-Vertreter habe ihm bei der Übergabe dieser Leuchte gesagt, dass er in der kurzen Zeit bezüglich des Innenlebens nicht die angebotene Type bewerkstelligen habe können; hätte der Schrack-Vertreter bereits am 06.03.2008 den Auftraggeber davon informiert, dass nur ein den Abmessungen entsprechendes Muster vorgelegt werden kann, so wäre es nach Ansicht des Verwaltungssenaates nicht erforderlich gewesen, dass der Schrack-Vertreter diesen Umstand bei der Übergabe der Leuchte nochmals extra betont.

5.1. Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegt, fällt gemäß Art 14b Abs 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes. 5.1. Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegt, fällt gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des

Landes.

Bei dem Auftraggeber handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen Bauauftrag in einem offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung dar. Der gegenständliche Auftrag ist dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Bei dem Auftraggeber handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen Bauauftrag in einem offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung dar. Der gegenständliche Auftrag ist dem Unterschwellenbereich zuzuordnen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat ist daher für die Behandlung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages sachlich und örtlich zuständig.

5.2. Gemäß § 4 Abs 2 Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklage 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. 5.2. Gemäß Paragraph 4, Absatz 2, Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklage 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.

Der Antragsteller hat glaubhaft gemacht, dass er ein Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrages hat und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden zu entstehen droht. Der vorliegende Nachprüfungsantrag ist daher von vornherein zulässig.

6.1. § 106 Abs 7 BVerG 2006 lautet wie folgt: „Erfolgt ausnahmsweise gemäß § 98 Abs 7 und 8 die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.“ 6.1. Paragraph 106, Absatz 7, BVerG 2006 lautet wie folgt: „Erfolgt ausnahmsweise gemäß Paragraph 98, Absatz 7 und 8 die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ so kann der Bieter in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses ein gleichwertiges Erzeugnis angeben. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Die in den Ausschreibungsunterlagen als Beispiele genannten Erzeugnisse gelten als angeboten, wenn vom Bieter keine anderen Erzeugnisse in die freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses eingesetzt wurden. Wenn die vom Bieter genannten Erzeugnisse nach sachverständiger Prüfung den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit nicht entsprechen, gilt das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat.“

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVerG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

6.2. Wie sich aus der zitierten Bestimmung des § 106 Abs 7 BVerG 2006 ergibt, ist dann, wenn der Bieter in einer Bieterlücke ein Produkt angibt, anhand der festgelegten Kriterien die Gleichwertigkeit zu beurteilen, wobei der Bieter

den Nachweis der Gleichwertigkeit zu führen hat. Diesem Nachweis der Gleichwertigkeit ist der Antragsteller im vorliegenden Fall (vgl die folgenden Punkte 6.3. und 6.4.) nicht nachgekommen. 6.2. Wie sich aus der zitierten Bestimmung des Paragraph 106, Absatz 7, BVergG 2006 des ergibt, ist dann, wenn der Bieter in einer Bieterlücke ein Produkt angibt, anhand der festgelegten Kriterien die Gleichwertigkeit zu beurteilen, wobei der Bieter den Nachweis der Gleichwertigkeit zu führen hat. Diesem Nachweis der Gleichwertigkeit ist der Antragsteller im vorliegenden Fall vergleiche die folgenden Punkte 6.3. und 6.4.) nicht nachgekommen.

6.3. Bezüglich der Positionsnummer 110315A (Decken Einbauleuchte 2x18W EVG) hat der Antragsteller nicht das Leitprodukt, sondern eine nicht näher typisierte Lampe „Schrack Dodeca 2/18“ angeboten. Zur Bemusterung hat der Antragsteller nicht diese Leuchte, sondern die Schrack Type Segon und die Lichtverteilungskurve Segon vorgelegt. Entgegen der Auffassung des Antragstellers bestand seitens des Auftraggebers keine Verpflichtung dahingehend, den Antragsteller nach Vorlage der Leuchte samt Lichtverteilungskurve „Segon“ zur Vorlage des tatsächlich angebotenen Produktes bzw dessen Lichtverteilungskurve aufzufordern, zumal im Verfahren nicht hervorgekommen ist, dass die Frist zur Vorlage des angebotenen Musters unangemessen kurz gewesen ist. Der Antragsteller hat auch nie behauptet, dass er um eine diesbezügliche Fristverlängerung angesucht habe.

Im Übrigen ist der Antragsteller bei der Bemusterung am 06.03.2008 sogar noch ausdrücklich aufgefordert worden, sämtliche nicht vorgelegten Lichtverteilungskurven am 07.03.2008 vorzulegen.

Die für die Beurteilung der Gleichwertigkeit eingesetzte Prüfungskommission des Auftraggebers ist zur Auffassung gelangt, dass die angebotene Leuchte nicht gleichwertig ist. Der Verwaltungssenat hegt an der Schlüssigkeit dieser Beurteilung keine Zweifel. Im Übrigen ist auch der vom Antragsteller beigezogene Privatsachverständige DI H in seinem Gutachten vom 14.04.2008 zu demselben Schluss gekommen, nämlich, dass hinsichtlich der Lichtverteilung und Schutzart zwischen ausgeschriebener und bemusterter Leuchte keine Gleichwertigkeit gegeben sei.

Zwar hat der Privatsachverständige DI H in seinem Gutachten auch darauf hingewiesen, dass es sich bei der angebotenen Leuchte Dodeca um eine höherwertige Leuchte handle, „womit die Anforderung nach zumindest Gleichwertigkeit gegeben“ sei. Hier ist aber darauf hinzuweisen, dass diesem Gutachten das Leuchtendatenblatt „Dodeca 2x18W EVG“ zu Grunde gelegen ist, welches Datenblatt vom Antragsteller dem Auftraggeber gerade nicht vorgelegt worden ist, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, der Antragsteller sei seiner Verpflichtung gemäß § 106 Abs 7 BVergG zum Nachweis der Gleichwertigkeit nachgekommen. Zwar hat der Privatsachverständige DI H in seinem Gutachten auch darauf hingewiesen, dass es sich bei der angebotenen Leuchte Dodeca um eine höherwertige Leuchte handle, „womit die Anforderung nach zumindest Gleichwertigkeit gegeben“ sei. Hier ist aber darauf hinzuweisen, dass diesem Gutachten das Leuchtendatenblatt „Dodeca 2x18W EVG“ zu Grunde gelegen ist, welches Datenblatt vom Antragsteller dem Auftraggeber gerade nicht vorgelegt worden ist, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, der Antragsteller sei seiner Verpflichtung gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVergG zum Nachweis der Gleichwertigkeit nachgekommen.

6.4. Hinsichtlich der Positionsnummer 110472A (Decken Einbauleuchte 2x49W, ballwurfsichere Sonderleuchte) wurde vom Antragsteller ebenfalls nicht das Leitprodukt, sondern die Leuchte „Schrack LU492BW“ angeboten. Der Antragsteller hat zur Bemusterung am 06.03.2008 bezüglich seiner angebotenen Leuchte kein Muster und keine Lichtverteilungskurve vorgelegt und über entsprechende Aufforderung des Auftraggebers, ein Muster dieser Leuchte, die Lichtverteilungskurve und ein Datenblatt mit der Leuchtstärke nachzureichen, am nächsten Tag lediglich ein Muster einer Leuchte vorgelegt, die nicht der angebotenen Leuchte entsprach; weiters hat der Antragsteller kein Datenblatt mit der Leuchtstärke und keine Lichtverteilungskurve vorgelegt.

Im Übrigen hat das Ermittlungsverfahren nicht erbracht, dass die dem Antragsteller vom Auftraggeber eingeräumte Frist zur Vorlage eines der angebotenen Leuchte entsprechenden Musters zu kurz gewesen ist. Insbesondere hat der Antragsteller auch nie die Behauptung aufgestellt, er habe den Auftraggeber um eine diesbezügliche Verlängerung der Frist ersucht. Abgesehen davon hat der Antragsteller nach dem Ergebnis des durchgeführten Ermittlungsverfahrens bei der Bemusterung am 06.03.2008 keine Mitteilung dahingehend gemacht, dass in der kurzen Zeit nur ein hinsichtlich der Abmessungen entsprechendes Muster besorgt werden könne.

Die Prüfungskommission ist auch hinsichtlich der gegenständlichen Leuchte zur Auffassung gelangt, dass die angebotene Leuchte nicht gleichwertig sei. Die Prüfungskommission hat in diesem Zusammenhang zutreffend auf den Umstand hingewiesen, dass nicht die angebotene Leuchte zur Bemusterung vorgelegt worden sei. Es wäre aber am

Antragsteller gelegen gewesen, den Nachweis der Gleichwertigkeit zu erbringen. Im Übrigen ist die Prüfungskommission auch auf Grund der Optik und der Abmessungen nicht von einer Gleichwertigkeit der angebotenen Leuchte ausgegangen, welcher Umstand durch die dem Prüfbericht beigegebenen Fotos dokumentiert wird. Insgesamt ist somit auch bei dieser Leuchte das Prüfungsergebnis der Prüfungskommission nicht zu beanstanden.

An dieser Beurteilung vermag auch das Privatgutachten DI H nichts zu ändern. Der Sachverständige DI H hat hier wie folgt ausgeführt: „Unter Berücksichtigung des Positionstextes, der Werkzeichnung für die Sonderleuchte zur Turnsaalbeleuchtung, der Gegenüberstellung der Eigenschaften zur Beschreibung der Gleichwertigkeit und der Zusage des Bieters zur Lieferung einer gleichwertigen Leuchte nach den Wünschen des Bauherrn, ist besonders unter dem Aspekt der Ausrüstung mit einem DALI-Buskomponenten eine gleichwertige Leuchte zu erwarten.“ Hier ist zunächst festzuhalten, dass dem Sachverständigen DI H eine Werkzeichnung der angebotenen, ballwurfsicheren Leuchte zur Verfügung gestanden ist, wohingegen der Antragsteller dem Auftraggeber eine derartige Unterlage nicht übergeben hatte. Es ist somit davon auszugehen, dass der Antragsteller auch hier die Gleichwertigkeit nicht nachgewiesen hat. Darüber hinaus ist das Gutachten des DI H insofern nicht schlüssig, als dieser Gutachter mit keinem Wort auf die vom Antragsteller vorgelegte Musterleuchte eingeht, sondern sich lediglich auf die „Zusage des Bieters zur Lieferung einer gleichwertigen Leuchte nach den Wünschen des Bauherrn“ stützt. In der Zusage, eine gleichwertige Leuchte zu liefern, kann aber kein Nachweis der Gleichwertigkeit erblickt werden.

6.5. Bei diesem Ergebnis war nicht mehr von Belang, ob hinsichtlich des Angebotes des Antragstellers allenfalls noch weitere Ausscheidungsgründe vorgelegen sind.

Nicht von Relevanz ist auch – entgegen der Auffassung des Antragstellers – der Umstand, dass der Auftraggeber seinen Ausschreibungsunterlagen keine Datenblätter betreffend die Leitprodukte beigelegt hatte. Es wäre am Antragsteller gelegen gewesen, sich beim Auftraggeber allenfalls um derartige Unterlagen zu bemühen.

6.6. Der Antragsteller hat darauf hingewiesen, dass das Ausscheidensschreiben nicht der gesetzlichen Bestimmung des § 129 Abs 3 BVergG 2006 entsprochen habe, da diese Mitteilung nicht elektronisch oder mittels Telefax, sondern per „Einschreiben“ erfolgt sei. Diesem Umstand kommt im vorliegenden Fall aber deshalb keine Bedeutung zu, da der Antragsteller jedenfalls Kenntnis von der Ausscheidensentscheidung erhielt. 6.6. Der Antragsteller hat darauf hingewiesen, dass das Ausscheidensschreiben nicht der gesetzlichen Bestimmung des Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006 entsprochen habe, da diese Mitteilung nicht elektronisch oder mittels Telefax, sondern per „Einschreiben“ erfolgt sei. Diesem Umstand kommt im vorliegenden Fall aber deshalb keine Bedeutung zu, da der Antragsteller jedenfalls Kenntnis von der Ausscheidensentscheidung erhielt.

Auch der weitere Einwand des Antragstellers, die Firma E werde im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis als ausschreibende Stelle genannt und trete diese Firma auch in der Einladung zur gegenständlichen Offertstellung auf, wohingegen der gegenständliche Auftraggeber in den Allgemeinen Angebotsunterlagen als „Auftraggeber/Ausschreibende Stelle“ angeführt werde, ist nicht von Belang. Einerseits wurde die Einladung zur gegenständlichen Offertstellung von der genannten Firma „Im Namen und Auftrage der Bauherrschaft“ versendet. Andererseits ergibt sich aus den Ausschreibungsunterlagen insgesamt zweifelsfrei, dass der gegenständliche Auftraggeber im zugrundeliegenden Vergabeverfahren als Auftraggeber anzusehen ist.

7. Gemäß § 13 Abs 1 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers auf Antrag mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie 7. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, des Vergabenachprüfungsgesetzes hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers auf Antrag mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. a) Litera a
im Widerspruch zu Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und
2. b) Litera b
für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, steht auf Grund der unter den obigen Punkten 6.3. und 6.4. getroffenen Ausführungen nicht im Widerspruch zu den Bestimmungen des

Bundesvergabegesetzes. Der Antrag, die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers diesbezüglich für nichtig zu erklären, war daher abzuweisen.

Ein Abspruch über den vom Antragsteller in eventu gestellten Antrag, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, erübrigte sich, da der Auftraggeber noch keine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben hat.

Schlagworte

Vergabeverfahren, Gleichwertigkeit

Zuletzt aktualisiert am

06.02.2018

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvv/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at