

TE Lvwg Erkenntnis 2014/5/23 LVwG-314-001/14

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.05.2014

Entscheidungsdatum

23.05.2014

Norm

BVergG 2006 §98 Abs8

BVergG 2006 §106 Abs7

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

1. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Im Namen der Republik!

Erkenntnis

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch seinen Senat 1 mit den Mitgliedern Dr. Herzog, Dr. Böhler und Mag. Pathy über den Antrag der T G GmbH, N, auf Nichtigerklärung einer Vergabeentscheidung der Gemeinde B Immobilienverwaltungs GmbH & Co KG betreffend das Vergabeverfahren „Schulen B Sanierung BA 2, Gewerk Keramik Fassade“ zu Recht erkannt:

Gemäß den §§ 3, 4 Abs 2 und 12 Abs 1 lit b und Abs 2 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abgewiesen. Gemäß den Paragraphen 3, 4, Absatz 2 und 12 Absatz eins, Litera b und Absatz 2, des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

Begründung

1. In einem am 10.04.2014 beim Landesverwaltungsgericht eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem

brachte er auszugsweise wie folgt vor:

„.....

Zur Ausscheidungsbeurteilung betreffend Subunternehmer:

Dem Angebot vom 20.01.2014 hat T den „Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern“ unterfertigt angeschlossen und in diesem genau angegeben, welche Positionen des Leistungsverzeichnisses von diesen Subunternehmern erbracht werden und welcher Prozentsatz der Gesamtleistung diese Subunternehmerleistungen ausmachen. Die angegebenen LV-Positionen betreffen Spengler- und Holzbauarbeiten. Entgegen der Ansicht der Immobilienverwaltung handelt es sich hierbei nicht um notwendige Subunternehmerleistungen, welche von T nicht erbracht werden können, da T im Umfang ihres Baunebengewerbes zu solchen Leistungen berechtigt ist. Im übrigen ist die Frage, ob es sich um notwendige Subunternehmerleistungen handelt oder nicht, hier ohne rechtliche Relevanz.

T hat im „Antrag auf Genehmigung von Subunternehmer“, welcher dem Angebot angeschlossen war, die vorgesehenen Subunternehmer nicht namentlich angeführt. Die Immobilienverwaltung erblickt darin einen Verstoß gegen § 108 Absatz 1 Z 2 BVergG. Richtig ist, dass gemäß leg.cit. im Angebot die Subunternehmer bekannt zu geben sind. Ebenso richtig ist aber auch, dass dies nach dem Gesetzestext nur für jene Subunternehmer gilt „auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt“. T hat sich nicht zum Nachweis seiner Eignung auf Subunternehmer gestützt, da T zur Erbringung der gesamten ausgeschriebenen Leistungen auch ohne Beiziehung von Subunternehmern geeignet ist. T war daher nach § 108 Absatz 1 Z 2 BVergG gar nicht zur namentlichen Bekanntgabe seiner Subunternehmer verpflichtet. T hat im „Antrag auf Genehmigung von Subunternehmer“, welcher dem Angebot angeschlossen war, die vorgesehenen Subunternehmer nicht namentlich angeführt. Die Immobilienverwaltung erblickt darin einen Verstoß gegen Paragraph 108, Absatz 1 Ziffer 2, BVergG. Richtig ist, dass gemäß leg.cit. im Angebot die Subunternehmer bekannt zu geben sind. Ebenso richtig ist aber auch, dass dies nach dem Gesetzestext nur für jene Subunternehmer gilt „auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt“. T hat sich nicht zum Nachweis seiner Eignung auf Subunternehmer gestützt, da T zur Erbringung der gesamten ausgeschriebenen Leistungen auch ohne Beiziehung von Subunternehmern geeignet ist. T war daher nach Paragraph 108, Absatz 1 Ziffer 2, BVergG gar nicht zur namentlichen Bekanntgabe seiner Subunternehmer verpflichtet.

Diese Rechtslage hat auch die Immobilienverwaltung als Ausschreibende dadurch Rechnung getragen, dass in dem von ihr vorgegebenen Formular „Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern“ ausdrücklich vorgesehen ist, dass Nachweise der Eignung, Leistungsfähigkeit etc. der Subunternehmen nur über Aufforderung beizubringen sind. Einen solchen Auftrag hat T nie erhalten.

Aber selbst dann, wenn man die namentliche Bekanntgabe der Subunternehmer als zwingenden Bestandteil des Angebotes ansehen würde, wäre dies beim konkreten Sachverhalt kein Grund, das Angebot von T auszuschließen.

In diesem Fall würde das Fehlen der Namhaftmachung der vorgesehenen Subunternehmer im Angebot einen Mangel desselben darstellen. Ein Mangel führt aber nicht zwingend zum Ausscheiden des Angebotes. Vielmehr ist in jedem Fall zu prüfen, ob ein verbesserungsfähiger Mangel vorliegt oder nicht.

Ein Mangel ist jedenfalls als behebbar zu qualifizieren, wenn die Behebung nach Angebotseröffnung zu keiner Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führt (BVA 23.02.2007, N/0015-BVA/05/2007-32). Ein unbehebbarer Mangel liegt nur dann vor, wenn dessen Behebung den Bieter im Wettbewerb erkennbar begünstigt, dies insbesondere im Hinblick auf Leistungsumfang, Leistungsinhalt und/oder Preis.

Die Zulassung der Behebung von verbesserungsfähigen Mängeln liegt nicht im Ermessen der Ausschreibenden, sondern diese haben einen objektiven Maßstab anzuwenden.

Liegt ein behebbarer Mangel vor, hat der Ausschreibende dem Bieter unter klarer Beschreibung des Mangels ein Mangelbehebungsauftrag unter Setzung einer angemessenen Erfüllungsfrist zu setzen, ansonsten der Ausscheidungsgrund des § 129 Absatz 1 Z 7 BVergG nicht zur Anwendung kommt (BVA 23.03.2007, N/0015-BVA/05/2007-32). Die Immobilienverwaltung hat T keinen solchen Mangelbehebungsauftrag expressis verbis erteilt, die Anwendung leg.cit. ist daher schon aus diesem Grunde rechtswidrig. Liegt ein behebbarer Mangel vor, hat der Ausschreibende dem Bieter unter klarer Beschreibung des Mangels ein Mangelbehebungsauftrag unter Setzung einer angemessenen Erfüllungsfrist zu setzen, ansonsten der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 1 Ziffer 7,

BVergG nicht zur Anwendung kommt (BVA 23.03.2007, N/0015-BVA/05/2007-32). Die Immobilienverwaltung hat T keinen solchen Mängelbehebungsauftrag expressis verbis erteilt, die Anwendung leg.cit ist daher schon aus diesem Grunde rechtswidrig.

Gemäß § 129 Absatz 1 Z 7 BVergG dürfen fehlerhafte oder unvollständige Angebote nur ausgeschieden werden, wenn der Mangel nicht behoben wurde oder nicht behebbar ist. Sofern das Fehlen der namentlichen Bezeichnung der Subunternehmer im Angebot überhaupt als Mangel qualifiziert wird, liegt jedenfalls ein behebbarer Mangel vor, der auch fristgerechter Nennung der Subunternehmer am 06.02.2014 behoben wurde. Gemäß Paragraph 129, Absatz 1 Ziffer 7, BVergG dürfen fehlerhafte oder unvollständige Angebote nur ausgeschieden werden, wenn der Mangel nicht behoben wurde oder nicht behebbar ist. Sofern das Fehlen der namentlichen Bezeichnung der Subunternehmer im Angebot überhaupt als Mangel qualifiziert wird, liegt jedenfalls ein behebbarer Mangel vor, der auch fristgerechter Nennung der Subunternehmer am 06.02.2014 behoben wurde.

So wurden z. B. folgende Mängel als behebbar qualifiziert:

- Entgegen den Ausschreibungsanforderungen hat der Bieter nur das Leistungsverzeichnis, nicht aber das Angebotsschreiben unterfertigt (BVA 26.07.2007, N/0064-BVA/14/2007/26).
- Der in der Ausschreibung geforderte Nachweis der Insolvenzfreiheit (Eignungsnachweis) wurde nachgereicht (VwGH 03.09.2008, 2007/04/0017).

Es ist offenkundig, dass die Immobilienverwaltung das Fehlen der Namen der Subunternehmer im Angebot zumindest als verbesserungsfähig angesehen hat, ansonsten wäre T nicht zum Aufklärungsgespräch am 06.02.2014 betreffend „Antrag Subunternehmer“ eingeladen und nach Akzeptanz der in dieser Besprechung bekanntgegebenen Subunternehmer aufgefordert worden, diese auch schriftlich im Antragsformular einzusetzen und dieses nachzureichen. Dies ist von T noch am selben Tag erledigt worden.

T hat die Subunternehmer daher namhaft gemacht. Von einer Wettbewerbsverzerrung durch nachträgliche Bekanntgabe der Namen kann keine Rede sein. Die Namen haben nicht die geringste Auswirkung auf die entscheidungsrelevanten Kriterien, wie insbesondere Leistungsumfang, Leistungsinhalt und/oder Preis. Die Wettbewerbsstellung von T ändert sich dadurch nicht im geringsten. Dies gilt umso mehr, als T bereits im Angebot angegeben hat, dass Subunternehmer eingesetzt werden und für welche Leistungen (LV-Positionen). Es wurden lediglich Namen ergänzt.

Zusammenfassend ergibt sich sohin, dass hinsichtlich der Thematik Subunternehmer kein Ausscheidungsgrund i.S. des § 129 BVergG vorliegt und die Ausscheidungsentscheidung sich insoweit daher als rechtswidrig zum Nachteil von T erweist. Zusammenfassend ergibt sich sohin, dass hinsichtlich der Thematik Subunternehmer kein Ausscheidungsgrund i.S. des Paragraph 129, BVergG vorliegt und die Ausscheidungsentscheidung sich insoweit daher als rechtswidrig zum Nachteil von T erweist.

Zur Ausscheidungsbeurteilung betreffend Bieterlücken:

Als Ausscheidungsgrund macht die Immobilienverwaltung geltend, es bestehe hinsichtlich der Bieterlücken ein Widerspruch zwischen Angebot und nachgereichter Beilage. Hier sei von einer nachträglichen Veränderung bzw. Nachbesserung des Angebotes auszugehen.

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass die Immobilienverwaltung im Gegensatz zum behaupteten Ausscheidungsgrund betreffend Subunternehmer, wo dieser auf § 108 Absatz 1 Z 2 iVm 129 Absatz 1 Z 7 BVergG gestützt wird, nicht angeben kann, auf welche Gesetzesbestimmung die Ausscheidung hinsichtlich der Bieterlücken gestützt wird. Es fehlt der Entscheidung insoweit schon eine taugliche Rechtsgrundlage. Zunächst einmal ist festzuhalten, dass die Immobilienverwaltung im Gegensatz zum behaupteten Ausscheidungsgrund betreffend Subunternehmer, wo dieser auf Paragraph 108, Absatz 1 Ziffer 2, in Verbindung mit 129 Absatz 1 Ziffer 7, BVergG gestützt wird, nicht angeben kann, auf welche Gesetzesbestimmung die Ausscheidung hinsichtlich der Bieterlücken gestützt wird. Es fehlt der Entscheidung insoweit schon eine taugliche Rechtsgrundlage.

Im übrigen ist aber auch die Begründung sachlich unrichtig.

Im Angebot hat T in den Bieterlückentexten die Ausführung der Keramikfassade bei den entsprechenden Leistungspositionen zulässig „lt. Ausschreibung oder gleichwertig“ angeboten. Mit E-Mail vom 03.02.2014 wurde T

hinsichtlich der Bieterlücken zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen. Bei diesem Aufklärungsgespräch wurde C K als Vertreter von T von den Vertretern der Immobilienverwaltung ersucht, die vorgesehene Ausführungsart der im Bieterlückentext ausgewiesenen Positionen bekannt zu geben. C K hat daraufhin erklärt, da diese Position jeweils unverändert gemäß Ausschreibung, sohin entsprechen den jeweils gleich lautenden Positionen auf den Seiten 6 – 8 des im Angebot enthaltenen Leistungsverzeichnisses ausgeführt werden. Diese Art war für die Vertreter der Immobilienverwaltung zufriedenstellend und waren sie mit der Ausführung laut Ausschreibung einverstanden. Sie haben C K abschließend ersucht, die Ausführung laut Ausschreibung noch kurz schriftlich zu bestätigen.

Noch am selben Tag, sohin am 06.02.2014, hat C K T D als Vertreter der Immobilienverwaltung den Bieterlückentext übermittelt, in welchem bei jeder Leistungsposition vereinbarungsgemäß „lt. Ausschreibung“ angegeben und der Zusatz des Angebotes „oder gleichwertig“ entfernt worden war.

Ein Widerspruch zwischen Angebot und nachgereichtem Bieterlückentext liegt nicht vor. Schon im Angebot war die Keramikfassade „laut Ausschreibung“ angeboten worden und war T berechtigt, die Ausführung laut Ausschreibung oder gleichwertig vorzunehmen. T hat sich beim Aufklärungsgespräch dann für die schon bei Angebotslegung beinhaltete Ausführung „laut Ausschreibung“ entschieden. Die Ausführung „laut Ausschreibung“ ist über die im Leistungsverzeichnis beschriebenen Texten zu den einzelnen Leistungspositionen genau und abschließend definiert. Da sohin das Angebot bereits die Ausführung laut Ausschreibung beinhaltet hat, und diese zur Ausführung kommt, kann keine Rede davon sein, dass da ein Widerspruch zwischen Angebot und nachgereichter Beilage vorliegt oder von einer nachträglichen Veränderung bzw. Nachbesserung des Angebotes auszugehen wäre. Die Immobilienverwaltung vermag auch keinerlei Begründung für ihre gegenteilige Ansicht anzugeben. Insofern ist diese Begründung mangelhaft und unüberprüfbar.

Es ist auch höchst verwunderlich und sachlich nicht nachvollziehbar, weshalb T zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen, bei diesem die Ausfüllung/Ausführung der Bieterlücken „laut Ausschreibung“ akzeptiert und dies dann als Ausscheidungsgrund herangezogen wurde.

Die Immobilienverwaltung bleibt jede Begründung schuldig, weshalb die Ausführung „laut Ausschreibung“ gemäß nachgereichtem Bieterlückentext eine Veränderung oder gar Nachbesserung des ursprünglichen Angebotes sein soll. Vielmehr wurde gar nichts verändert oder verbessert, da diese Ausführung bereits im Angebot enthalten war. Eine Veränderung der Wettbewerbsstellung von T ist dadurch nicht erfolgt.

Das Vorgehen der Immobilienverwaltung hinsichtlich der Bieterlücken erweist sich als rechtswidrig und die Ausscheidung von T als unsachgemäß und ohne Rechtsgrundlage.

.....“

2. Der Auftraggeber hat eine Gegenschrift zu dem Vorbringen nach Punkt 1. erstattet und ist diesem darin entgegengetreten.

3. Das Landesverwaltungsgericht hat in gegenständlicher Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender, im Wesentlichen unbestrittener Sachverhalt steht fest:

Der Auftraggeber beabsichtigt, seine Volks- und Mittelschule zu sanieren. Zu diesem Zweck wurde ua das gegenständliche Gewerk „Keramik Fassade“ ausgeschrieben. Es handelt sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, wobei der Auftrag im Rahmen eines offenen Verfahrens vergeben wird.

In den Ausschreibungsunterlagen, und zwar in den ständigen Vertragsbestimmungen des Leistungsverzeichnisses ist ua Folgendes festgehalten:

„5. Beispielhaft genannte Materialien/Erzeugnisse/Typen:

Sind im Leistungsverzeichnis zu einzelnen Positionen zusätzlich beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen angeführt, können in der Bieterlücke gleichwertige Materialien/Erzeugnisse/Typen angeboten werden. Die Kriterien der Gleichwertigkeit sind in der Position beschrieben.

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

Weiters ist im Leistungsverzeichnis ua wie folgt festgehalten:

„00 11 21 Die Weitergabe der gesamten Leistung an Subunternehmer ist unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insofern zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt.“

Bei Weitergabe an Subunternehmer bzw. bei Lieferfirmen müssen die Auftragsbedingungen des Vertrages zwischen AG und AN dem Subunternehmer überbunden werden.

Auf Verlangen des AG ist Einsicht in die vertraglichen Vereinbarungen des AN mit seinen Subunternehmern zu gestatten und jede in diesem Zusammenhang verlangte Auskunft zu erteilen.

Ausnahmeregelung: Weitergabe an „verbundene Unternehmer“ laut Paragraph 83 (1) BVergG 2006 (Änderung Bundesgesetzblatt 4. März 2010)

00 11 21 A Bekanntgabe wesentlicher Subaufträge

Der Bieter hat mit dem Angebot die wesentlichen Leistungsteile, die er jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, unter Nennung der in Frage kommenden Subunternehmer bekannt zu geben.

Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Subauftrag ist zulässig.

Als wesentliche Leistungsteile gelten: Zimmererarbeiten, Keramikfassade

Bei Nennung von Subunternehmer ist folgendes bekannt zu geben:

- Leistungsteil des Subunternehmers – Firmenname – Anschrift –
Ansprechperson –

Telefon – E-mail“

In den Positionsnummern 33.15.12 A, 33.15.12 B, 36.30.01 B, 36.30.01 C, 36.30.01 D, 36.30.07 A, 36.30.07 B und 36.90.06 F sind jeweils Leitprodukte mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ angeführt; gleichzeitig sind in diesen Positionsnummern jeweils Bieterlücken vorhanden.

Die Ausschreibung blieb unangefochten und ist somit bestandsfest geworden.

Bis zum Ende der Angebotsfrist (20.01.2014, 11.00 Uhr) sind vier Angebote eingelangt.

Das Angebot des Antragstellers war preislich das günstigste. Der Antragsteller hat das Angebot nicht händisch ausgefüllt; vielmehr hat er ein Kurzleistungsverzeichnis vorgelegt, in welchem die Preise eingetragen waren.

Das Angebot beinhaltetete ua das Beiblatt „Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern“. In diesem Beiblatt gab der Antragsteller bekannt, dass er 49 % der angebotenen Gesamtleistung selbst erbringe. Die Positionsnummern 33.15.13 G bis 33.15.13 V mit einem Anteil von 14 % an der Gesamtleistung sowie die Leistungsgruppe „36“ („Zimmermeisterarbeiten“) mit einem 37 %-igen Anteil an der Gesamtleistung würden an Subunternehmer vergeben, wobei die Subunternehmer für die Leistungsfähigkeit nicht erforderlich seien. In der Rubrik „Handelsrechtlicher Firmenwortlaut und Standort der Subunternehmer“ hat der Antragsteller jeweils keine Angaben getätigt.

Weiters war dem Angebot ein Blatt „Bieterlückentexte“ angeschlossen, in welchem bei den Positionsnummern 33.15.12 A, 33.15.12 B, 36.30.01 B, 36.30.01 C, 36.30.01 D, 36.30.07 A, 36.30.07 B und 36.90.06 F vom Antragsteller jeweils der Vermerk „lt. Ausschreibung oder gleichwertig“ eingetragen wurde.

Am 06.02.2014 fand zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer ein Aufklärungsgespräch statt. Bei diesem Gespräch hat der Antragsteller zwei Subunternehmer namentlich genannt und mitgeteilt, dass bei den Bieterlücken jeweils die Ausführung „lt. Ausschreibung“ erfolge. Am selben Tag hat der Antragsteller dies schriftlich bestätigt.

Der Auftraggeber teilte dem Antragsteller mit E-Mail und Fax vom 19.03.2014 mit, dass sein Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden werde. Als Begründung führte der Auftraggeber aus, bei den Leistungen, welche von Subunternehmern zu erbringen gewesen wären, handle es sich um notwendige Subunternehmerleistungen, da diese vom Unternehmen des Antragstellers nicht selbst erbracht werden könnten. Die Subunternehmer wären daher zwingend der Angebotsabgabe beizuschließen gewesen. Weiters bestehe hinsichtlich der Bieterlücken ein Widerspruch zwischen Angebot und nachgereichter Beilage. Der Auftraggeber teilte dem Antragsteller mit E-Mail und Fax vom 19.03.2014 mit, dass sein Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden werde. Als Begründung führte der Auftraggeber aus, bei den Leistungen, welche von Subunternehmern zu erbringen gewesen wären, handle es sich um notwendige Subunternehmerleistungen, da diese vom Unternehmen des Antragstellers nicht selbst erbracht werden könnten. Die Subunternehmer wären daher zwingend der Angebotsabgabe beizuschließen gewesen. Weiters bestehe hinsichtlich der Bieterlücken ein Widerspruch zwischen Angebot und nachgereichter Beilage.

Der Zuschlag ist im zugrundeliegenden Vergabeverfahren bislang noch nicht erfolgt.

4. Dieser Sachverhalt wird aufgrund der in der gegenständlichen Angelegenheit durchgeführten mündlichen Verhandlung und der Akten als erwiesen angenommen.

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 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen Bauauftrag im offenen Verfahren dar. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt ca 19.000.000 Euro (exkl MwSt) und ist somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Bei dem Auftraggeber handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen Bauauftrag im offenen Verfahren dar. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt ca 19.000.000 Euro (exkl MwSt) und ist somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Das Landesverwaltungsgericht ist daher für die Behandlung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages sachlich und örtlich zuständig.

5.2. Gemäß § 3 Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er 5.2. Gemäß Paragraph 3, Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er

a) ein Interesse an einem dem Bundesvergabegesetz unterliegenden Vertrag hat oder hatte, und

b) durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden erleidet oder zu erleiden droht.

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

6.1. § 98 Abs 8 BVergG 2006 lautet wie folgt: „Erfolgt ausnahmsweise die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz ‚oder gleichwertig‘, sind in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses nach der entsprechenden Position vom Bieter Angaben über Fabrikat und Type der von ihm gewählten gleichwertigen Produkte und, sofern gefordert, sonstige diese Produkte betreffende Angaben zu verlangen. Die maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit sind in der Beschreibung der Leistung anzugeben.“ 6.1. Paragraph 98, Absatz 8, BVergG 2006 lautet wie folgt: „Erfolgt ausnahmsweise die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses mit dem Zusatz ‚oder gleichwertig‘, sind in freien Zeilen (Bieterlücken) des Leistungsverzeichnisses nach der entsprechenden Position vom Bieter Angaben über Fabrikat und Type der von ihm gewählten gleichwertigen Produkte und, sofern gefordert, sonstige diese Produkte betreffende Angaben zu verlangen. Die maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit sind in der Beschreibung der Leistung anzugeben.“

§ 106 Abs 7 BVergG 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.“Paragraph 106, Absatz 7, BVergG 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.“

Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber in den im Sachverhalt näher genannten Positionen ein bestimmtes Erzeugnis mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ ausgeschrieben; gleichzeitig hat der Auftraggeber in diesen Positionen Bieterlücken vorgesehen, in welchen der Bieter jeweils ein gleichwertiges Erzeugnis angeben konnte.

Der Antragssteller hat nunmehr in seinem Angebot in diese Bieterlücken jeweils die Angabe „lt. Ausschreibung oder gleichwertig“ eingetragen. Dem Antragssteller wäre es demzufolge offen gestanden, entweder das Leitprodukt oder ein – im Angebot des Antragstellers aber nicht näher bezeichnetes – gleichwertiges Produkt auszuführen; dass er diese Wahlmöglichkeit aufgrund seines Angebotes gehabt hätte, hat auch der Antragssteller im Nachprüfungsverfahren bekräftigt.

Damit hat sich aber der Antragssteller bei seinem Angebot nicht an die Ausschreibungsbestimmungen gehalten. Zusage dieser Bestimmungen war der Antragsteller verpflichtet, entweder das in der Ausschreibung angeführte Leitprodukt oder ein anderes näher zu bezeichnendes gleichwertiges Produkt anzubieten; lediglich für den Fall, dass die angebotenen Produkte nicht gleichwertig sind, wäre er berechtigt gewesen, statt dessen das Leitprodukt anzubieten. Das Angebot des Antragstellers entspricht dem nicht: Anstatt sich für das Leitprodukt oder ein gleichwertiges Produkt zu entscheiden und dieses anzubieten, hat der Antragsteller sich eine Wahlmöglichkeit offen gelassen. Außerdem hat er kein konkretes gleichwertiges Produkt namentlich angeboten.

Das Angebot entspricht daher nicht den Vorgaben der Ausschreibung.

Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind aber keiner Verbesserung zugänglich, vielmehr sind solche Angebote ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit auszuschneiden (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rz 73 zu § 129). Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sind aber keiner Verbesserung zugänglich, vielmehr sind solche Angebote ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit auszuschneiden (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rz 73 zu Paragraph 129,).

Selbst wenn man die Auffassung vertreten würde, dass das Angebot des Antragstellers dadurch nicht den Ausschreibungsbestimmungen widersprochen hätte, wäre sein Angebot diesbezüglich jedenfalls mit einem unbeheblichen Mangel behaftet, da durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Antragstellers gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert worden wäre. Eine solche materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung könnte insofern eintreten, als nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten; durch die Möglichkeit der Mängelbehebung würde dem Antragsteller ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt werden (vgl. Öhler, Schramm a.a.O., Rz 82 zu § 129). Zudem gäbe eine Mängelbehebung dem Antragsteller die Möglichkeit, sein Angebot inhaltlich zu verändern, weil er sich in seinem Angebot in den Positionen, die eine Bieterlücke enthalten, weder auf das Leitprodukt noch auf ein konkretes gleichwertiges Produkt festgelegt hat. Damit hätte er die Möglichkeit, seine eigene Position in Kenntnis der Angebotspreise der Mitbewerber in unzulässiger Weise zu verbessern (vgl. in diesem Sinne ZVB-LKS 2014/12). Selbst wenn man die Auffassung vertreten würde, dass das Angebot des Antragstellers dadurch nicht den Ausschreibungsbestimmungen widersprochen hätte, wäre sein Angebot

diesbezüglich jedenfalls mit einem unbehebbaran Mangel behaftet, da durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Antragsstellers gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert worden wäre. Eine solche materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung könnte insofern eintreten, als nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten; durch die Möglichkeit der Mängelbehebung würde dem Antragsteller ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt werden (vergleiche Öhler, Schramm a.a.O., Rz 82 zu Paragraph 129.). Zudem gäbe eine Mängelbehebung dem Antragsteller die Möglichkeit, sein Angebot inhaltlich zu verändern, weil er sich in seinem Angebot in den Positionen, die eine Bieterlücke enthalten, weder auf das Leitprodukt noch auf ein konkretes gleichwertiges Produkt festgelegt hat. Damit hätte er die Möglichkeit, seine eigene Position in Kenntnis der Angebotspreise der Mitbewerber in unzulässiger Weise zu verbessern (vergleiche in diesem Sinne ZVB-LKS 2014/12).

6.2. Gemäß § 83 Abs 2 BVergG 2006 hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind. 6.2. Gemäß Paragraph 83, Absatz 2, BVergG 2006 hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind.

Gemäß § 108 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 muss jedes Angebot insbesondere enthalten: Bekanntgabe der Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage des Nachweises, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Auftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile oder – sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat – nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Die Nennung mehrere Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt. Gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 muss jedes Angebot insbesondere enthalten: Bekanntgabe der Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage des Nachweises, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Auftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile oder – sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat – nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Die Nennung mehrere Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt.

Wie sich aus den obzitierten Bestimmungen ergibt, sind Subunternehmer jedenfalls dann anzugeben, wenn es sich um einen „erforderlichen“ Subunternehmer oder um einen solchen Subunternehmer handelt, der einen laut Ausschreibung „wesentlichen“ Teil des Auftrages erbringt.

Der Auftraggeber hat in seiner Ausschreibung die Zimmermeisterarbeiten (LG 36) und die Keramikfassade (U1 33.15 der LG 33) als wesentliche Leistungsteile bezeichnet. Der Antragssteller hat in seinem Angebot angegeben, für die Zimmermeisterarbeiten (37% an der Gesamtleistung) und für die Spenglerarbeiten (Positionsnummern 33.15.13 G bis 33.15.13 V), einer Teilleistung der Keramikfassade (14% an der Gesamtleistung), Subunternehmen beizuziehen, wobei er die Subunternehmer namentlich nicht bezeichnet hat. Der Auftraggeber hat in seiner Ausschreibung die Zimmermeisterarbeiten (LG 36) und die Keramikfassade (U1 33.15 der LG 33) als wesentliche Leistungsteile bezeichnet. Der Antragssteller hat in seinem Angebot angegeben, für die Zimmermeisterarbeiten (37% an der Gesamtleistung) und für die Spenglerarbeiten (Positionsnummern 33.15.13 G bis 33.15.13 römisch fünf), einer Teilleistung der Keramikfassade (14% an der Gesamtleistung), Subunternehmen beizuziehen, wobei er die Subunternehmer namentlich nicht bezeichnet hat.

Dadurch, dass der Antragsteller jene Subunternehmer, die „wesentliche“ Leistungsteile bzw Teile von „wesentlichen“ Leistungsteilen erbringen, in seinem Angebot nicht namentlich genannt hat, ist sein Angebot mit einem unbehebbaran Mangel behaftet (Zellhofer/Schramm, a.a.O., Rz 29 zu § 83), auch wenn die Nichtnennung – wie vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vorgebracht – auf einem Versehen beruhen sollte. Dadurch, dass der Antragsteller jene Subunternehmer, die „wesentliche“ Leistungsteile bzw Teile von „wesentlichen“ Leistungsteilen erbringen, in seinem Angebot nicht namentlich genannt hat, ist sein Angebot mit einem unbehebbaran Mangel behaftet

(Zellhofer/Schramm, a.a.O., Rz 29 zu Paragraph 83,), auch wenn die Nichtnennung – wie vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vorgebracht – auf einem Versehen beruhen sollte.

Dazu kommt, dass im vorliegenden Fall der Subunternehmer für die Spenglerarbeiten jedenfalls auch deshalb namentlich zu bezeichnen gewesen wäre, da es sich hierbei um einen „notwendigen“ Subunternehmer handelt. Hinsichtlich der gegenständlichen Spenglerarbeiten ist nämlich festzuhalten, dass der Antragsteller nicht über eine Gewerbeberechtigung für das Spenglergewerbe verfügt. Weiters hat der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung diesbezüglich wie folgt angegeben: „Da wir keine Spenglerei haben, haben wir auch nicht die Geräte zur Durchführung der Spenglerarbeiten. Die Spenglerarbeiten könnten wir daher nicht selbst durchführen.“ Es handelt sich somit bei dem Subunternehmer für die Spenglerarbeiten um einen „notwendigen“ Subunternehmer.

Bei diesem Ergebnis war nicht mehr näher zu prüfen, ob es sich auch bei dem Subunternehmer für Zimmermeisterarbeiten um einen „notwendigen“ Subunternehmer handelt.

6.3. Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund 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. 6.3. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund 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.

Wie in den obigen Punkten 6.1. und 6.2. ausgeführt, hat das Angebot des Antragsstellers den Ausschreibungsbestimmungen widersprochen bzw war dieses mit einem unbehebbaeren Mangel behaftet. Der Auftraggeber hat daher das Angebot des Antragsstellers zu Recht ausgeschieden.

An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Auftraggeber ein Aufklärungsgespräch durchgeführt hat. Im Übrigen hat der Auftraggeber bei der mündlichen Verhandlung erklärt, ihm sei es darum gegangen, abzuklären, ob er hinsichtlich der angeführten Mängel allenfalls etwas übersehen hat.

7. Gemäß § 12 Abs 1 lit b des Vergabenachprüfungsgesetzes ist das Landesverwaltungsgericht bis zum Zuschlag oder Widerruf zuständig, Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären. 7. Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Litera b, des Vergabenachprüfungsgesetzes ist das Landesverwaltungsgericht bis zum Zuschlag oder Widerruf zuständig, Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären.

Gemäß § 12 Abs 2 leg cit darf eine Entscheidung nur dann für nichtig erklärt werden (Abs 1 lit b), wenn sie wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat. Gemäß Paragraph 12, Absatz 2, leg cit darf eine Entscheidung nur dann für nichtig erklärt werden (Absatz eins, Litera b,), wenn sie wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat.

Die Entscheidung des Auftraggebers steht auf Grund der im Punkt 6. dargelegten Ausführungen nicht im Widerspruch zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Die Entscheidung des Auftraggebers war daher nicht für nichtig zu erklären.

8. Die Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. 8. Die Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Bieterlücke gleichwertiges Angebot ohne Konkretisierung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGVO:2014:LVwG.314.001.14

Zuletzt aktualisiert am

03.06.2014

Quelle: Landesverwaltungsgericht Vorarlberg LVwg Vorarlberg, <http://www.lvwg-vorarlberg.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at