

TE Bvwg Erkenntnis 2017/11/8 W123 2171271-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.11.2017

Entscheidungsdatum

08.11.2017

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §106 Abs7

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §97 Abs2

BVergG 2006 §97 Abs3

BVergG 2006 §98 Abs7

BVergG 2006 §98 Abs8

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §31 Abs1

1. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

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

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
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
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
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 § 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. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. VwGVG § 24 heute
 2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
 4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
-
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
-
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
-
1. VwGVG § 31 heute
 2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
 4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W123 2171271-2/28E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Friedrich RÖDLER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX, vertreten durch Kölly Anwälte OG in 7350 Oberpullendorf, betreffend das Vergabeverfahren "2700 Wr. Neustadt, Flugfeldgürtel 15, Flugfeldkaserne, Obj. 027, InstS Dachsanierung, Dachdecker- und Bauspenglerarbeiten" des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, vom 21.09.2017 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Friedrich RÖDLER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Kölly Anwälte OG in 7350 Oberpullendorf, betreffend das Vergabeverfahren "2700 Wr. Neustadt, Flugfeldgürtel 15, Flugfeldkaserne, Obj. 027, InstS Dachsanierung, Dachdecker- und Bauspenglerarbeiten" des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, vom 21.09.2017 zu Recht erkannt:

A)

I. römisch eins.

Der Antrag "auf Nichtigerklärung der Entscheidung[] des Militärischen Immobilienmanagementzentrum MIMZ als ausschreibende Behörde, zur Zahl: S95510/337-MIMZ/2017 (4) vom 15.09.2017, betreffend [die] AusschreibungsNr LV/16-0110-016/17-0110-002, wonach das Angebot der Antragstellerin gem § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden wurde" wird abgewiesen. Der Antrag "auf Nichtigerklärung der Entscheidung[] des Militärischen Immobilienmanagementzentrum MIMZ als ausschreibende Behörde, zur Zahl: S95510/337-MIMZ/2017 (4) vom 15.09.2017, betreffend [die] AusschreibungsNr LV/16-0110-016/17-0110-002, wonach das Angebot der Antragstellerin gem Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden wurde" wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs. 1, 98 Abs. 7 und 8, 106 Abs. 7, 129 Abs. 1 Z 7 iVm 312 Abs. 2 Z 2 und 320 Abs. 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 19, Absatz eins, 98, Absatz 7 und 8, 106 Absatz 7, 129, Absatz eins, Ziffer 7, in Verbindung mit 312 Absatz 2, Ziffer 2 und 320 Absatz eins, BVergG 2006

II. römisch zwei.

Der Antrag "auf Nichtigerklärung der Entscheidung[] des Militärischen Immobilienmanagementzentrum MIMZ als ausschreibende Behörde, zur Zahl: S95510/337-MIMZ/2017 (4) vom 15.09.2017, betreffend [die] AusschreibungsNr LV/16-0110-016/17-0110-002, wonach [] der Fa XXXX, Gewerbestraße 1, 7343 Neutal, der Zuschlag erteilt werden soll", wird zurückgewiesen. Der Antrag "auf Nichtigerklärung der Entscheidung[] des Militärischen Immobilienmanagementzentrum MIMZ als ausschreibende Behörde, zur Zahl: S95510/337-MIMZ/2017 (4) vom 15.09.2017, betreffend [die] AusschreibungsNr LV/16-0110-016/17-0110-002, wonach [] der Fa römisch 40, Gewerbestraße 1, 7343 Neutal, der Zuschlag erteilt werden soll", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs. 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 21.09.2017 stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren und brachten im Wesentlichen vor:

Mit Schreiben vom 15.09.2017 habe der Auftraggeber der Antragstellerin mitgeteilt, dass der Zuschlag der XXXX Gesellschaft m. b.H. erteilt werden solle und das Angebot der Antragstellerin gleichzeitig auszuschneiden sei, da die Antragstellerin vermeintlich vorhandene echte Bieterlücken nicht ausgefüllt habe. Mit Schreiben vom 15.09.2017 habe

der Auftraggeber der Antragstellerin mitgeteilt, dass der Zuschlag der römisch 40 Gesellschaft m. b.H. erteilt werden solle und das Angebot der Antragstellerin gleichzeitig auszuschneiden sei, da die Antragstellerin vermeintlich vorhandene echte Bieterlücken nicht ausgefüllt habe.

In den Ausschreibungsunterlagen bzw. im Leistungsverzeichnis auf Seite 2 unter Punkt 5 sei angegeben gewesen, dass sofern der Bieter in die Bieterlücken Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme seiner Wahl nichts einsetze, die beispielhaften Materialien etc. als angeboten gelten würden. Bei den geforderten Leistungsbeschreibungen sei bei den Positionen 560603, 560610 und 560614 jeweils unterhalb vermerkt gewesen "Angebotes Material: BL01". Aufgrund dieser detaillierten Anforderungen, die als Materialvorgabe eine Lichtkuppel aus Acrylglas beinhalten würden, habe ein redlicher Erklärungsempfänger davon ausgehen müssen, dass er die Bieterlücke ausfüllen könne, aber nicht ausfüllen müsse.

Die Ausschreibung enthalte bezüglich der genannten Positionen eine derart genaue Angabe, dass es sich um keine "echte" Bieterlücke handle. Neben den Qualitäts- und Größenangaben sei eben auch das Material der Lichtkuppel bestimmt gewesen, und zwar Acrylglas.

Auch die Rücksprache mit dem Lieferanten bzw. Hersteller habe ergeben, dass nach diesen Ausschreibungskriterien keine anderen Lichtkuppeln samt Aufsatzkranz etc. angeboten werden hätten können. Es habe also keine Auswahlmöglichkeit für den Bieter bestanden. Ein redlicher Erklärungsempfänger habe davon ausgehen können, dass nur, sofern ein anderes Material als Acrylglas bzw. zu den angegebenen Kriterien alternative Materialien/Typen/Systeme hinsichtlich der Lichtkuppeln angeboten werden würden, die Bieterlücke auszufüllen bzw. das Material oder eine weitere Angabe diesbezüglich verpflichtend anzugeben seien.

Zu erwähnen sei, dass die Antragstellerin im e-Verfahren das Angebot abgegeben habe. Im Rahmen dieser Eingabe und vor dem Absenden des Angebots habe das Protokoll keinerlei Fehler angezeigt, dh bei jedem Feld sei ein grünes Häkchen zu sehen gewesen.

Die Zuschlagsentscheidung sei daher aus folgenden Gründen rechtswidrig:

- * den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere dem Leistungsverzeichnis, zufolge habe eine unechte Bieterlücke bestanden, die nicht ausgefüllt hätte werden müssen
- * bei Annahme einer echten Bieterlücke wäre der Mangel der unausgefüllten Bieterlücke behebbar gewesen und das Angebot der Antragstellerin hätte nicht ausgeschieden werden dürfen

2. Am 26.09.2017 erteilte der Auftraggeber zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

3. Am 29.09.2017 erstattete die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag und führte im Wesentlichen aus, dass in den Bieterlücken bestimmte Bauprodukte anzugeben gewesen wären und nicht bloß die Materialeigenschaften eines Bauproduktes. Bei diesen Bieterlücken handle es sich nach der ständigen Rechtsprechung um sogenannte echte Bieterlücken, also Bieterlücken ohne Leitprodukt. Inwieweit eine Bieterlücke auszufüllen sei oder nicht, müsse vom Bieter bei der Angebotsausarbeitung einzelfallbezogen geprüft werden.

4. Am 02.10.2017 gab der Auftraggeber eine Stellungnahme ab, in welcher im Wesentlichen ausgeführt wurde, dass klar ersichtlich sei, dass seitens des Auftraggebers weder ein Leitprodukt angegeben worden sei noch sonstige dahingehende Festlegungen hinsichtlich eines solchen angeführt worden seien. Vielmehr werde seitens des Auftraggebers lediglich eine Beschreibung der anzubietenden Leistung in den dahingehenden Festlegungen des Leistungsverzeichnisses angeführt. Der Antragstellerin sei daher zu entgegen, dass es den Bietern nicht zur Disposition gestanden habe, ob die Bieterlücke ausgefüllt werde oder nicht. Dementsprechend habe auch ein redlicher Erklärungsempfänger ebenso gerade nicht davon ausgehen können, dass er die Bieterlücke ausfüllen könne, aber nicht müsse, wenn eben kein Leitprodukt angegeben worden sei und demgemäß eindeutig eine echte Bieterlücke vorliege. Des Weiteren stehe der von der Antragstellerin definierte Verständnishorizont eines redlichen Erklärungsempfängers im Widerspruch zum Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, wenn von dieser die echte Bieterlücke ausgefüllt werde. Das Angebot der Antragstellerin sei daher mit einem unbehebbaen Mangel behaftet gewesen, weshalb dieses zwingend auszuschneiden gewesen sei.

5. Mit Schreiben vom 20.10.2017 übermittelte die Antragstellerin eine Stellungnahme, in welcher im Wesentlichen ausgeführt wurde, dass richtigerweise im gegenständlichen Fall keine echte Bieterlücke vorliege, da die Leistungsbeschreibung derartig detailliert hinsichtlich der Eigenschaften des erforderlichen Produktes sei, dass es

praktisch keine wirkliche Auswahlmöglichkeit für den Bieter gebe. Selbst wenn es sich um eine echte Bieterlücke gehandelt hätte, läge ein behebbarer Mangel vor. Durch die nachträgliche Benennung des konkreten Produktes bzw. des Herstellers hätte sich daher für die Antragstellerin keinerlei Verbesserung in der Wettbewerbsstellung gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergeben.

6. Am 30.10.2017 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Die Niederschrift lautet auszugsweise:

"[]

Über Befragen des Vorsitzenden führt die Antragstellerin aus, dass ein Angebot vom Hersteller XXXX vor Angebotseröffnung eingeholt wurde, jedoch irrtümlich nicht in den Bieterlücken eingesetzt wurde. Über Befragen des Vorsitzenden führt die Antragstellerin aus, dass ein Angebot vom Hersteller römisch 40 vor Angebotseröffnung eingeholt wurde, jedoch irrtümlich nicht in den Bieterlücken eingesetzt wurde.

Der Vorsitzende weist auf die Stellungnahme der Mitbeteiligten Partei vom 29.09.2017 hin und zeigt der Antragstellerin die Beilage/1 mit den verschiedenen Herstellerfirmen.

Die Antragstellerin kann zu dieser Beilage keine näheren Auskünfte abgeben. Richtig ist zwar, dass diese Hersteller Lichtkuppeln anbieten. Bei der genannten XXXX GmbH wird jedoch bestritten, dass diese Firma genau die in der Ausschreibung verlangten Lichtkuppeln anbieten. Die Antragstellerin kann zu dieser Beilage keine näheren Auskünfte abgeben. Richtig ist zwar, dass diese Hersteller Lichtkuppeln anbieten. Bei der genannten römisch 40 GmbH wird jedoch bestritten, dass diese Firma genau die in der Ausschreibung verlangten Lichtkuppeln anbieten.

[]

Der Auftraggeber führt nunmehr zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 20.10.2017 aus:

1. Kein Leitprodukt vorgegeben:

Während die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag vom 21.09.2017 noch angegeben hatte, dass ‚keine anderen Lichtkuppeln samt Aufsatzkranz etc. angeboten werden hätten können‘, gibt sie in ihrer Stellungnahme vom 20.10.2017 selbst an, dass nach ihrem Wissenstand zumindest zwei Produkte zweier verschiedener Hersteller, mit zwei unterschiedlichen Preisen, die in den Positionen 560603G, 560610G und 560614G genannten Anforderungen erfüllen. Zudem stellt die Antragstellerin zu Recht außer Streit, dass in den genannten Positionen kein Leitprodukt vorgegeben wurde, sondern es sich lediglich um eine Leistungsbeschreibung handelt.

Tatsächlich kann eine Vielzahl an Produkten von unterschiedlichen Herstellern die Anforderungen der genannten Positionen erfüllen. Der Auftraggeberin sind zumindest sechs solcher Produkte bekannt.

2. Vorliegen einer echten Bieterlücke:

Punkt fünf der ständigen Vorbemerkung der LB betrifft ausschließlich den Fall, wenn der Auftraggeber unechte Bieterlücken vorsehen würde. Dies ergibt sich einerseits aus der Formulierung von Punkt fünf, welcher auf zusätzliche Informationen sowie Gleichwertigkeitserfordernisse abstellt, sowie andererseits aus der Zusammenschau mit Punkt drei, aus welchem hervorgeht, dass Bauprodukte mit dem Begriff ‚Material‘ bezeichnet werden, und für technische Geräte und Anlagen die Begriffe ‚Erzeugnis/Type/Systeme‘ verwendet werden.

In den konkret in Frage stehenden Positionen werden jedoch weder Produkte genannt, noch Kriterien der Gleichwertigkeit beschrieben. Es werden lediglich neutrale Anforderungen an die Leistung gestellt. Daher ist nach dem objektiven Erklärungswert für jeden Bieter klar ersichtlich gewesen, dass es sich um eine echte Bieterlücke handelt.

[]

Die Antragstellerin bringt vor: Bestritten wurde nicht, dass es unterschiedliche Hersteller der geforderten Lichtkuppel gebe, allerdings liegt aufgrund der geforderten Eigenschaften der Lichtkuppel, siehe dazu Seite 43 f der Leistungsbeschreibung de facto ein Leitprodukt vor.

[]"

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Der Auftraggeber hat die gegenständlichen Leistungen im Wege eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ausgeschrieben; es erfolgte eine e-Vergabe.

2. Die ständigen Vorbemerkungen im Leistungsverzeichnis lauten auszugsweise:

"3. Material/Erzeugnis/Type/Systeme:

Bauprodukte (z. B. Baumaterialien, Bauelemente, Bausysteme) werden mit dem Begriff Material bezeichnet, für technische Geräte und Anlagen werden die Begriffe Erzeugnis/Type/Systeme verwendet.

4. Bieterangaben zum Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme:

Die in den Bieterlücken angebotenen Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme entsprechen mindestens den in der Ausschreibung bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Anforderungen.

Angebote Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme gelten für den Fall des Zuschlages als Vertragsbestandteil. Änderungen sind nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers zulässig.

Auf Verlangen des Auftraggebers weist der Bieter die im Leistungsverzeichnis bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Anforderungen vollständig nach (Erfüllung der Mindestqualität).

5. Beispielhaft genannte Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme:

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

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

3. Die Antragstellerin setzte in folgenden Positionen des Bieterlückenprotokolls namentlich keine Fabrikate bzw. Produkte des entsprechenden Herstellers ein:

Protokoll Bieterlücken

LGPosNr. Z

P V ZZP römisch fünf ZZ

Positionstext

Menge

W EH

LNr.

Lückentext

560603G V560603G römisch fünf

Lichtkup+A-kranz h=b.20cm 2-sch.NW 120x120

10,00

Stk

BL01

560610G V560610G römisch fünf

Az Lichtkuppel 3-schalig NW 120x 120

10,00

Stk

BL01

560614G V560614G römisch fünf

Az Lichtk+A-kranz 2-sch.Lüft.1Mot.NW120x120

6,00

Stk

BL01

.

4. Mehrere Hersteller erfüllen die Anforderungen zur Herstellung der verfahrensgegenständlichen Lichtkuppeln aus Acrylglas zu den Positionen 560603G, 560610G und 560614G.

5. Am 15.09.2017 übermittelte der Auftraggeber der Antragstellerin die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung. Darin wurde insbesondere ausgeführt, dass die Antragstellerin die Bieterlücken nicht ausgefüllt habe. Das Angebot der Antragstellerin sei daher unvollständig und mit einem unbehebbar Mangel behaftet, sodass es gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuscheiden sei. Am 15.09.2017 übermittelte der Auftraggeber der Antragstellerin die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung. Darin wurde insbesondere ausgeführt, dass die Antragstellerin die Bieterlücken nicht ausgefüllt habe. Das Angebot der Antragstellerin sei daher unvollständig und mit einem unbehebbar Mangel behaftet, sodass es gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuscheiden sei.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien bzw. deren Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen des Auftraggebers keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A)

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit der Anträge

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG 2006 ist der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG 2006. Nach den Angaben des Auftraggebers beträgt der geschätzte Gesamtauftragswert EUR 258.000.--, sodass es sich gemäß § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handelt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG 2006 ist der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG 2006. Nach den Angaben des Auftraggebers beträgt der geschätzte Gesamtauftragswert EUR 258.000.--, sodass es sich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG 2006. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit. a B-VG gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG 2006. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG 2006 in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG gegeben.

Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs. 1 BVergG 2006 eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 iVm § 1 BVwG-PauschGebV). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs. 2 BVergG 2006 liegt nicht vor. Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG 2006 liegt nicht vor.

3.2. Inhaltliche Beurteilung

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

3.2.1. Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive des Auftraggebers, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, vgl. VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (vgl. EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, I 3353, Rn 39; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54). 3.2.1. Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive des Auftraggebers, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, vergleiche VwGH 14.04.2011,

2008/04/0065). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend vergleiche EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, römisch eins 3353, Rn 39; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden vergleiche EuGH 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54).

Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (vgl. VwGH 07.11.2005, 2003/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zugrunde zu legen (vgl. VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090 mwN; 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (vgl. BVA 30.04.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (vgl. EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89; vgl. BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden vergleiche VwGH 07.11.2005, 2003/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zugrunde zu legen vergleiche VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090 mwN; 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen vergleiche BVA 30.04.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde vergleiche EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89; vergleiche BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (vgl. BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 2007/04/0019; 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen vergleiche BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 2007/04/0019; 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157;

ebenso ua BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 02.05 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; ua BVwG 01.08.2014, W187 2008946-1/23E;

BVwG 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E).

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung 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, auszuschneiden.

3.2.2. Im Nachprüfungsantrag wird zusammengefasst vorgebracht, dass im vorliegenden Fall eine unechte Bieterlücke vorgelegen habe, die nicht auszufüllen gewesen sei. Zudem wäre, selbst bei Annahme einer echten Bieterlücke, der Mangel der unausgefüllten Bieterlücke behebbar gewesen. Ferner seien bei dem im e-Verfahren abgegebenen Angebot vor dessen Absendung keinerlei Fehler angezeigt worden und ein grünes "Hakerl" zu sehen gewesen.

3.2.3. Bei Bieterlücken handelt es sich um freie Zeilen oder Teile davon, in die der Bieter das von ihm angegebene Produkt, Verfahren oder Leistungsmerkmal einträgt (BVwG 13.10.2016, W123 2133597-2/24E; 17.09.2015, W123 2112177-1/21E):

"Bei Bieterlücken mit Nennung eines Leitprodukts handelt es sich um ‚unechte Bieterlücken‘, bei solchen ohne Nennung eines Leitprodukts um ‚echte Bieterlücken‘. Echte Bieterlücken haben den Zweck, dass der Auftraggeber ausschließlich anhand objektiver Merkmale angibt, welche Leistung er erwartet. Der Bieter muss ein Produkt auswählen und anbieten. Dazu ist in der Ausschreibung eine Bieterlücke vorgesehen, die der Bieter ausfüllen muss. Füllt er sie nicht oder nur unzureichend aus, ist dem Auftraggeber die Prüfung gemäß § 123 BVergG verwehrt, ob die angebotene Leistung der nachgefragten Leistung entspricht und ob die Preise angemessen sind. (BVA 30.05.2012, N/0040-BVA/10/2012-27).""Bei Bieterlücken mit Nennung eines Leitprodukts handelt es sich um ‚unechte Bieterlücken‘, bei solchen ohne Nennung eines Leitprodukts um ‚echte Bieterlücken‘. Echte Bieterlücken haben den Zweck, dass der Auftraggeber ausschließlich anhand objektiver Merkmale angibt, welche Leistung er erwartet. Der Bieter muss ein Produkt auswählen und anbieten. Dazu ist in der Ausschreibung eine Bieterlücke vorgesehen, die der Bieter ausfüllen muss. Füllt er sie nicht oder nur unzureichend aus, ist dem Auftraggeber die Prüfung gemäß Paragraph 123, BVergG verwehrt, ob die angebotene Leistung der nachgefragten Leistung entspricht und ob die Preise angemessen sind. (BVA 30.05.2012, N/0040-BVA/10/2012-27)."

Der Auftraggeber kann auch ohne Nennung eines Leitproduktes im Fall einer Beschreibung der anzubietenden Leistung gemäß § 97 Abs. 2 oder 3 BVergG 2006 vom Bieter verlangen, dass er das angebotene Produkt oder System spezifiziert und bezeichnet. Da die Ausschreibung dafür Raum vorsehen muss, handelt es sich um eine der Bieterlücke ähnliche Angabe. Sie wird auch als "echte Bieterlücke" bezeichnet (vgl. BVA 27.09.2010, N/0071-BVA/10/2010-34). Der Auftraggeber kann auch ohne Nennung eines Leitproduktes im Fall einer Beschreibung der anzubietenden Leistung gemäß Paragraph 97, Absatz 2, oder 3 BVergG 2006 vom Bieter verlangen, dass er das angebotene Produkt oder System spezifiziert und bezeichnet. Da die Ausschreibung dafür Raum vorsehen muss, handelt es sich um eine der Bieterlücke ähnliche Angabe. Sie wird auch als "echte Bieterlücke" bezeichnet vergleiche BVA 27.09.2010, N/0071-BVA/10/2010-34).

In einem vergleichbaren Fall hat das BVA folgendes festgehalten (vgl. BVA 27.09.2010, N/0071-BVA/10/2010-34). In einem vergleichbaren Fall hat das BVA folgendes festgehalten vergleiche BVA 27.09.2010, N/0071-BVA/10/2010-34):

"In den ständigen Vertragsbestimmungen des Leistungsverzeichnisses in Hauptgruppe 00 Obergruppe 00 wird zuerst unter dem Titel ‚Bieterangaben‘ als allgemeine Regel gefordert, dass der Bieter an den im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Stellen in den Bieterlücken ‚Materialien/Erzeugnisse/Typen‘ angibt. Diese werden Vertragsbestandteil und dürfen nur mit Zustimmung des Auftraggebers geändert werden. Bei Nennung von Leitprodukten wird danach unter dem Titel ‚Beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen‘ die Möglichkeit eingeräumt, andere als die von der Auftraggeberin genannten ‚Materialien/Erzeugnisse/Typen‘ anzubieten. Als Ausnahme kann in diesem Fall die Nennung eines Produktes bei Vorliegen einer entsprechenden Erklärung des Bieters ganz entfallen. Die Auftraggeberin verwendet Bieterlücken mit Leitprodukten, ‚unechte Bieterlücken‘, und Bieterlücken ohne Leitprodukte, ‚echte Bieterlücken‘.

Die beiden Arten von Bieterlücken unterscheiden sich auch systematisch. Die technischen Spezifikationen der Leistung können gemäß § 98 Abs 7 und 8 BVergG ausnahmsweise durch Nennung eines bestimmten Produkts mit dem Beisatz ‚oder gleichwertig‘ erfolgen. Macht der Auftraggeber von dieser Möglichkeit Gebrauch, muss er zur Wahrung des Wettbewerbs eine Bieterlücke vorsehen. Nennt der Bieter kein Produkt, gilt das Leitprodukt gemäß § 106 Abs 7 BVergG als angeboten. §§ 98 Abs 7 und 106 Abs 7 BVergG sind auch die einzigen Stellen, an denen das BVergG das Wort ‚Bieterlücke‘ erwähnt. Dabei handelt es sich um die Bieterlücken, die das BVergG definiert. Sie werden auch als ‚unechte Bieterlücke‘ bezeichnet. Die beiden Arten von Bieterlücken unterscheiden sich auch systematisch. Die technischen Spezifikationen der Leistung können gemäß Paragraph 98, Absatz 7 und 8 BVergG ausnahmsweise durch Nennung eines bestimmten Produkts mit dem Beisatz ‚oder gleichwertig‘ erfolgen. Macht der Auftraggeber von dieser

Möglichkeit Gebrauch, muss er zur Wahrung des Wettbewerbs eine Bieterlücke vorsehen. Nennt der Bieter kein Produkt, gilt das Leitprodukt gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVergG als angeboten. Paragraphen 98, Absatz 7 und 106 Absatz 7, BVergG sind auch die einzigen Stellen, an denen das BVergG das Wort ‚Bieterlücke‘ erwähnt. Dabei handelt es sich um die Bieterlücken, die das BVergG definiert. Sie werden auch als ‚unechte Bieterlücke‘ bezeichnet.

Der Auftraggeber kann jedoch auch ohne Nennung eines Leitproduktes im Fall einer Beschreibung der anzubietenden Leistung gemäß § 97 Abs 2 oder 3 BVergG vom Bieter verlangen, dass er das angebotene Produkt oder System spezifiziert und bezeichnet. Da die Ausschreibung dafür Raum vorsehen muss, handelt es sich um eine der Bieterlücke ähnliche Angabe. Sie wird auch als ‚echte Bieterlücke‘ bezeichnet (idS auch BVA 11. 8. 2008, N/0075-BVA/07/2008-36, RPA-Slg 2008/40; 15. 2. 2010, N/0120-BVA/05/2009-52, Tunnel Amras, RPA 2010, 149 [Estermann] = ZVB 2010/68 [Hackl])."Der Auftraggeber kann jedoch auch ohne Nennung eines Leitproduktes im Fall einer Beschreibung der anzubietenden Leistung gemäß Paragraph 97, Absatz 2, oder 3 BVergG vom Bieter verlangen, dass er das angebotene Produkt oder System spezifiziert und bezeichnet. Da die Ausschreibung dafür Raum vorsehen muss, handelt es sich um eine der Bieterlücke ähnliche Angabe. Sie wird auch als ‚echte Bieterlücke‘ bezeichnet (idS auch BVA 11. 8. 2008, N/0075-BVA/07/2008-36, RPA-Slg 2008/40; 15. 2. 2010, N/0120-BVA/05/2009-52, Tunnel Amras, RPA 2010, 149 [Estermann] = ZVB 2010/68 [Hackl])."

3.2.4. Im vorliegenden Fall gilt es daher zu klären, ob eine Bieterlücke vorliegt und bejahendenfalls, ob eine echte oder eine unechte.

Der Auftraggeber ließ im Leistungsverzeichnis für die Positionen der Lichtkuppeln aus Acrylglas zu den Positionen 560603G, 560610G und 560614G Raum für die Nennung von Fabrikaten bzw. Produkten des entsprechenden Herstellers:

Protokoll Bieterlücken

LGPosNr. Z

P V ZZP römisch fünf ZZ

Positionstext

Menge

W EH

LNr.

Lückentext

560603G V560603G römisch fünf

Lichtkup+A-kranz h=b.20cm 2-sch.NW 120x120

10,00

Stk

BL01

560610G V560610G römisch fünf

Az Lichtkuppel 3-schalig NW 120x 120

10,00

Stk

BL01

560614G V560614G römisch fünf

Az Lichtk+A-kranz 2-sch.Lüft.1Mot.NW120x120

6,00

Stk

BL01

.

Mehrere Hersteller erfüllen die Anforderungen zur Herstellung der verfahrensgegenständlichen Lichtkuppeln aus Acrylglas zu den Positionen 560603G, 560610G und 560614G. Dieser Umstand wurde im Übrigen auch von der Antragstellerin selbst nicht bestritten (vgl. Stellungnahme der Antragstellerin vom 20.10.2017 bzw. Aussagen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, in der die Antragstellerin zur Beilage /1 des Schriftsatzes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lediglich hinsichtlich des Herstellers VELUX Österreich GmbH bestritt, dass diese Firma genau die in der Ausschreibung verlangten Lichtkuppeln anbietet). Mehrere Hersteller erfüllen die Anforderungen zur Herstellung der verfahrensgegenständlichen Lichtkuppeln aus Acrylglas zu den Positionen 560603G, 560610G und 560614G. Dieser Umstand wurde im Übrigen auch von der Antragstellerin selbst nicht bestritten vergleiche Stellungnahme der Antragstellerin vom 20.10.2017 bzw. Aussagen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, in der die Antragstellerin zur Beilage /1 des Schriftsatzes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lediglich hinsichtlich des Herstellers VELUX Österreich GmbH bestritt, dass diese Firma genau die in der Ausschreibung verlangten Lichtkuppeln anbietet).

Im vorliegenden Fall steht außer Streit, dass die Antragstellerin in den seitens des Auftraggebers in der im

Leistungsverzeichnis bzw. im Bieterlückenprotokoll einzeln angeführten Positionen keine Fabrikate bzw. Produkte der entsprechenden Hersteller einsetzte. Demgegenüber bot beispielsweise die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Leistungsverzeichnis bzw. im Bieterlückenprotokoll den Namen des entsprechenden Unternehmens an.

Im gegenständlichen Fall wurde vom Auftraggeber daher kein Leitprodukt angegeben, welcher Umstand von der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 20.10.2017 bzw. in der mündlichen Verhandlung auch außer Streit gestellt wurde, weshalb es der Antragstellerin auch nicht zur Disposition stand, Fabrikate bzw. Produkte eines entsprechenden Herstellers einzusetzen oder nicht. Viel eher wäre die Antragstellerin sogar dazu verpflichtet gewesen.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes musste ein redlicher Erklärungsempfänger beim Ausfüllen des Bieterlückenprotokolls daher davon ausgehen, dass er das dafür anzubietende Produkt bzw. Fabrikat des entsprechenden Herstellers auch einzusetzen hat.

Es handelt sich somit bei den seitens der Antragstellerin nicht ausgefüllten Positionen um Bieterlücken ohne Leitprodukte, daher um "echte Bieterlücken", welche verpflichtend auszufüllen gewesen wären.

Wenn die Antragstellerin diesbezüglich ausführt, dass aufgrund der geforderten Eigenschaften der gegenständlichen Lichtkuppeln de facto ein Leitprodukt vorliege, ist dieser entgegenzuhalten, dass – so wie von der Antragstellerin bereits eingeräumt – es mehrere Hersteller für die vorliegenden Lichtkuppeln gibt, die Antragstellerin daher verpflichtet gewesen wäre, die Fabrikate bzw. Produkte eines konkreten Herstellers einzusetzen und daher bereits deshalb schon nicht vom Vorliegens eines "de-facto-Leitprodukt" auszugehen ist.

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang noch darauf hinzuweisen, dass Punkt 5 der Ständigen Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung das Vorgehen bei unechten Bieterlücken betrifft. Diese liegt im vorliegenden Fall gerade nicht vor, da im Leistungsverzeichnis bzw. im Bieterlückenprotokoll, wie von der Antragstellerin auch außer Streit gestellt wurde, kein entsprechendes Leitprodukt angeführt wurde.

3.2.5. Der Verwaltungsgerichtshof führte zur Behebbarkeit bzw. zur Unbehebbarkeit von Mängeln in Angeboten Folgendes aus (vgl. VwGH 03.09.2008, 2007/04/0017): 3.2.5. Der Verwaltungsgerichtshof führte zur Behebbarkeit bzw. zur Unbehebbarkeit von Mängeln in Angeboten Folgendes aus vergleiche VwGH 03.09.2008, 2007/04/0017):

"Zur Behebbarkeit von Mängeln in Angeboten hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2003/04/0186, mit ausführlicher Begründung unter Bezugnahme auf Literatur und weitere Judikatur ausgeführt, dass solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebots (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2003, Zl. 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (siehe dazu das zitierte hg. Erkenntnis, Zl. 2003/04/0186), das Fehlen des Nachweises einer vorhandenen Befugnis (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 29. März 2006, Zl. 2003/04/0192), die Nachreichung eines Datenträgers (siehe dazu den hg. Beschluss vom 27. Juni 2007, Zl. 2005/04/0111) oder das Fehlen eines Formblatts (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2005/04/0024) als behebbare Mängel, das Anbot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 16. Februar 2005, Zl. 2004/04/0030) oder das Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung gemäß § 373c GewO 1994 (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2006, Zl. 2004/04/0078) jedoch als unbehebbaere Mängel gewertet." Zur Behebbarkeit von Mängeln in Angeboten hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2003/04/0186, mit ausführlicher Begründung unter Bezugnahme auf Literatur und weitere Judikatur ausgeführt, dass solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebots (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2003, Zl. 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (siehe dazu das zitierte hg. Erkenntnis, Zl. 2003/04/0186), das Fehlen des Nachweises einer vorhandenen Befugnis (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 29. März 2006, Zl. 2003/04/0192), die Nachreichung

eines Datenträgers (siehe dazu den hg. Beschluss vom 27. Juni 2007, Zl. 2005/04/0111) oder das Fehlen eines Formblatts (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2005/04/0024) als behebbare Mängel, das Anbot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 16. Februar 2005, Zl. 2004/04/0030) oder das Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung gemäß Paragraph 373 c, GewO 1994 (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2006, Zl. 2004/04/0078) jedoch als unbehebbarer Mängel gewertet."

3.2.6. Auch das BVA (vgl. BVA 27.09.2010, N/0071-BVA/10/2010-34) hatte sich mit den rechtlichen Konsequenzen von nicht ausgefüllten "echten Bieterlücken" auseinanderzusetzen. Die Erwägungen des BVA lauten auszugsweise: 3.2.6. Auch das BVA (vgl. BVA 27.09.2010, N/0071-BVA/10/2010-34) hatte sich mit den rechtlichen Konsequenzen von nicht ausgefüllten "echten Bieterlücken" auseinanderzusetzen. Die Erwägungen des BVA lauten auszugsweise:

"Das Angebot der Antragstellerin wurde ausgeschieden. Unstrittig hat sie in den Bieterlücken in den Positionen 01 04 85.07 00 A, 01 04 87 01.00 A, 01 04 87.03 00 A, 01 04 87.06 00 A, 01 04 87.07 00 A, 01 04 87.08 00 A, 01 04 88.01 00 A, 03 04 62.01 00 A, 03 04 62.02 00 A, 03 04 62.03 00 A, 03 05 87.02 00 A, 03 05 87.06 00 A, 03 05 87.10 00 A, 04 01 46.09 00 A und 05 01 46.09 00 A kein Produkt genannt.

[]

Dadurch, dass die Antragstellerin diese Positionen nicht ausgefüllt hat, ist ihr Angebot unvollständig und damit mangelhaft (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] § 129 Rz 77). Dadurch, dass die Antragstellerin diese Positionen nicht ausgefüllt hat, ist ihr Angebot unvollständig und damit mangelhaft (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] Paragraph 129, Rz 77).

Fraglich ist, ob es sich um einen verbesserbaren oder einen unverbesserbaren Mangel handelt. Eine Verbesserung könnte nur darin bestehen, dass die Antragstellerin Produkte in den oben genannten 'echten Bieterlücken' einsetzt und das Angebot auf diese Art ausschreibungskonform macht.

[]

Stellt der Auftraggeber Mängel fest, hat er die Frage der Verbesserbarkeit zu beurteilen. Bei der Beurteilung der Behebbarkeit eines Mangels sind die Grundsätze eines freien und lauterer Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bieter zu berücksichtigen. Zudem liegt es nach ständiger Rechtsprechung des VwGH und des BVA nicht im Belieben des Auftraggebers, Mängel als unbehebbar oder hebbbar zu deklarieren (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1426). Es ist vielmehr ein objektiver Beurteilungsmaßstab anzulegen. Verbesserbar sind nach Aicher (Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes [1985] 111) nur jene Mängel, 'die nicht nach Angebotsöffnung zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen'. Kropik betrachtet die Behebung eines Mangels nur dann als zulässig, wenn ein zivilrechtliches Angebot vorliegt, sowie durch die Mängelbehebung weder Wert noch Preis der angebotenen Leistung modifiziert und die zur Leistungserbringung aufzuwendenden Kosten nur in einem unwesentlichen Ausmaß geändert werden. Die zwingenden Ausschlussbestimmungen sind einzuhalten, der ursprüngliche Angebotswille darf nicht verloren gehen, die Vergabegrundsätze dürfen nicht verletzt werden und die Mängelbehebung muss eindeutig, transparent und nachvollziehbar sein (Kropik, Mängel im Angebot [2001] 66). Schramm geht nur dann von einem behebbaren Mangel aus, wenn zwar eine Wert- oder Preisänderung eintritt, es jedoch zu keiner Veränderung der Wettbewerbsstellung kommt (Schramm, Zum Ausscheiden von Angeboten, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP [2004] 45).

Der VwGH schloss sich der 'Aicher-Formel' an (VwGH 26. 2. 2003,

2001/04/0037, VwSlg 16031 A/2003 = ÖJZ 2004/55 A [VwGH A] = wbl

2003/262 = ZfVB 2004/784 = ZVB 2003/69 [G. Gruber] = ZVB-LSK

2003/70). Er hat ausgesprochen, dass 'bei der Abgrenzung zwischen

behebbarer und unbehebbarer Mängeln darauf abzustellen [ist], ob

durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters

gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde'. Eine andere

Sicht könnte nur dann geboten sein, ,wenn durch eine Mängelbehebung eine 'wenn auch nur mittelbare' materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten', oder ein derartiger formaler Mangel vorliegt, ,dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden könne' (VwGH 25. 2. 2004, 2003/04/0186, Ansprechpartner Tunnelbau, RdW 2004/317 [Öhler] = RPA 2004, 92 [Latzenhofer] = ZVB 2004/102 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2004/80 = ZVB-LSK 2004/81). Für die Unterscheidung zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel kommt es nicht darauf an, ob die Behebung eines Mangels einen Bietersturz zur Folge hätte. Vielmehr kann ein Mangel auch dann als unbehebbar gelten, wenn die Mängelbehebung nicht zu einem Bietersturz führen würde (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] § 129 Rz 84). ,Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen (vgl. dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C-87/94, Rz 56). (RV 1171 BlgNR 22 GP 85) unbehebbar. Mangel kommt es nicht darauf an, ob die Behebung eines Mangels einen Bietersturz zur Folge hätte. Vielmehr kann ein Mangel auch dann als unbehebbar gelten, wenn die Mängelbehebung nicht zu einem Bietersturz führen würde (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] Paragraph 129, Rz 84). ,Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen vergleiche dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C-87/94, Rz 56). Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 85)

Die Frage des Ausscheidens oder Nichtausscheidens des Angebots der Antragstellerin beeinflusst in erster Linie ihre Teilnahme an der Auswahl des Angebots für den Zuschlag. Der Angebotspreis und die einzige Angabe, die qualitativ bewertet wird, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist, würden durch eine Verbesserung nicht verändert. Ihre Wettbewerbsstellung wird durch die Herstellung eines ausschreibungskonformen Angebots vorerst formal verbessert (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz² [2009] § 129 Rz 83). Im Gegensatz dazu zieht der Verwaltungsgerichtshof die Grenze zwischen verbesserbaren und unverbesserbaren Mängeln bei der materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung, die auch in einem längeren Zeitraum zur Erstellung des Angebots bestehen kann (VwGH 25. 2. 2004, 2003/04/0186, Ansprechpartner Tunnelbau, RdW 2004/317 [Öhler] = RPA 2004, 92 [Latzenhofer] = ZVB 2004/102 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2004/80 = ZVB-LSK 2004/81).

Im vorliegenden Fall bekäme die Antragstellerin durch die Verbesserung, die inhaltlich eine Ergänzung ihres Angebots darstellt, eine längere Frist für die Erstellung ihres - vollständigen - Angebots. Weiters hat sie es in der Hand, in Kenntnis der Angebotspreise der anderen Bieter den Wert ihres Angebots zu beeinflussen. Der Mangel ist unbehebbar

(BVA 10. 11. 2009, N/0109-BVA/08/2009-52, RdW 2010/99 = ZVB 2010/18 [Grasböck]; UVS Steiermark 19. 4. 2007, 44.7-1/2007; VKS Wien 4. 7. 2003, VKS-4497/03). Daher schied die Auftraggeberin ihr Angebot zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG aus."Im vorliegenden Fall bekäme die Antragstellerin durch die Verbesserung, die inhaltlich eine Ergänzung ihres Angebots darstellt, eine längere Frist für die Erstellung ihres - vollständigen - Angebots. Weiters hat sie es in der Hand, in Kenntnis der Angebotspreise der anderen Bieter den Wert ihres Angebots zu beeinflussen. Der Mangel ist unbehebbar (BVA 10. 11. 2009, N/0109-BVA/08/2009-52, RdW 2010/99 = ZVB 2010/18 [Grasböck]; UVS Steiermark 19. 4. 2007, 44.7-1/2007; VKS Wien 4. 7. 2003, VKS-4497/03). Daher schied die Auftraggeberin ihr Angebot zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG aus."

Auch nach der Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich (vgl. LVwG Niederösterreich 16.03.2017, LVwG-VG-3/001-2017) liegt im Nichtausfüllen bzw. unzureichenden Ausfüllen von Bieterlücken ein unbehebbarer Mangel, wenn durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbieterinnen eintreten würde (Verbesserung der Wettbewerbssituation durch Zeitgewinn für die Festlegung von Spezifikationen und exakter Typen und Fabrikate). Auch nach der Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich (vergleiche LVwG Niederösterreich 16.03.2017, LVwG-VG-3/001-2017) liegt im Nichtausfüllen bzw. unzureichenden Ausfüllen von Bieterlücken ein unbehebbarer Mangel, wenn durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbieterinnen eintreten würde (Verbesserung der Wettbewerbssituation durch Zeitgewinn für die Festlegung von Spezifikationen und exakter Typen und Fabrikate).

Das Bundesverwaltungsgericht schließt sich den rechtlichen Ausführungen in der zitierten Entscheidung des BVA und des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich an.

Im vorliegenden Fall füllte die Antragstellerin die im Sachverhalt unter Punkt II.1.3., einzeln angeführten Bieterlücken nicht aus. Daher ist das Angebot der Antragstellerin mit einem Mangel behaftet. Da die Antragstellerin, würde man dieser in diesem Fall eine Frist zur Behebung des Mangels einräumen, noch im Nachhinein die Möglichkeit hätte, die geforderten Fabrikate bzw. Produktes eines entsprechenden Herstellers festzulegen, würde man der Antragstellerin zusätzliche Zeit zur Verfügung stellen, die den anderen Bietern bei der Ausarbeitung ihres Angebotes nicht gewehrt wurde. Damit käme der Antragstellerin jedenfalls eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung zu. Im vorliegenden Fall füllte die Antragstellerin die im Sachverhalt unter Punkt römisch zwei.1.3., einzeln angeführten Bieterlücken nicht aus. Daher ist das Angebot der Antragstellerin mit einem Mangel behaftet. Da die Antragstellerin, würde man dieser in diesem Fall eine Frist zur Behebung des Mangels einräumen, noch im Nachhinein die Möglichkeit hätte, die geforderten Fabrikate bzw. Produktes eines entsprechenden Herstellers festzulegen, würde man der Antragstellerin zusätzliche Zeit zur Verfügung stellen, die den anderen Bietern bei der Ausarbeitung ihres Angebotes nicht gewehrt wurde. Damit käme der Antragstellerin jedenfalls eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung zu.

Folglich ist hier von einem Mangel auszugehen, der nach ständiger Judikatur der Verwaltungsgerichte nicht verbesserbar ist (vgl. auch BVwG 13.10.2016, Folglich ist hier von einem Mangel auszugehen, der nach ständiger Judikatur der Verwaltungsgerichte nicht verbesserbar ist vergleiche auch BVwG 13.10.2016,

W123 2133597-2/24E; 12.02.2016, W134 2118711-2/23E; 28.08.2014, W138 2009787-2/16E).

Zudem ist anzumerken, dass schon aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung iSd § 19 Abs. 1 BVergG 2006 den übrigen (nicht ausgeschiedenen) Bietern eines Vergabeverfahrens grundsätzlich das Recht auf das Ausscheiden eines tatsächlich auszuscheidenden Angebotes zukommt. Hätte sich beispielsweise der Auftraggeber den rechtlichen Ausführungen der Antragstellerin angeschlossen und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin getroffen, hätte die übrige Mitbieterin erfolgreich das unterlassene Ausscheiden der Antragstellerin mit eigenen Nachprüfungsanträgen bekämpfen können. Zudem ist anzumerken, dass schon aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 den übrigen (nicht ausgeschiedenen) Bietern eines Vergabeverfahrens grundsätzlich das Recht auf das Ausscheiden eines tatsächlich auszuscheidenden Angebotes zukommt. Hätte sich beispielsweise der Auftraggeber den rechtlichen Ausführungen der Antragstellerin angeschlossen und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin getroffen, hätte die übrige Mitbieterin erfolgreich das unterlassene Ausscheiden der Antragstellerin mit eigenen Nachprüfungsanträgen bekämpfen können.

3.2.7. Wenn die Antragstellerin in weiterer Folge noch vorbringt, dass vor dem Absenden des Angebots im e-Verfahren das Protokoll keinerlei Fehler angezeigt habe und daher ein grünes Hakerl zu sehen gewesen sei, ist der Antragstellerin diesbezüglich entgegenzuhalten, dass – wie der Auftraggeber bereits in zutreffender Weise ausführte – das Programm

der jeweiligen elektronischen Vergabeplattform naturgemäß nur die Vollständigkeit der geforderten Unterlagen, jedoch nicht aber deren Vollständigkeit oder Inhalt überprüfen kann. Würde der Anwender dieses Programmes Gegenteiliges verlangen, dh das Programm hätte die Vollständigkeit und/oder den Inhalt einer Überprüfung zu unterziehen, würde an das Programm der jeweiligen Vergabeplattform das Verlangen gestellt werden, nicht nur zu erkennen, ob in einem einzelnen Dokument an der richtigen Stelle von Seiten des Bieters die korrekten Ausführungen getroffen wurden, sondern auch ob diese richtig bzw. zulässig sind. Eine derartige Aufgabe kann dem Programm der Vergabeplattform jedoch nicht zugeschrieben werden, weshalb das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin ins Leere geht.

3.2.8. Die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin aus diesem Grunde auszuschneiden, erfolgte daher zu Recht.

Zu Spruchpunkt II.:Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

3.2.9. Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahrens wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet (Z 1) und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Z 2).3.2.9. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahrens wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet (Ziffer eins,) und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Ziffer 2,).

Der Verwaltungsgerichtshof sprach diesbezüglich Folgendes aus (vgl. VwGH 20.05.2010,2007/04/0077):Der Verwaltungsgerichtshof sprach diesbezüglich Folgendes aus vergleiche VwGH 20.05.2010, 2007/04/0077):

"Wurde das Angebot der Antragstellerin (bereits) durch den Auftraggeber ausgeschieden, so ist die Rechtmäßigkeit dieser Auftraggeberentscheidung und damit die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde, die Hauptfrage und nicht bloß Vorfrage des Nachprüfungsverfahrens (Hinweis E vom 11. November 2009, 2009/04/0203, mwN). Kommt die Nachprüfungsbehörde zum Ergebnis, dass die Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden ist, so hat sie den Nachprüfungsantrag ungeachtet allfälliger Rechtswidrigkeiten im Rahmen des Verfahrens zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlag jedenfalls abzuweisen (Hinweis E vom 12. September 2007, 2005/04/0181, mwN). In dem E vom 18. Mai 2005,2004/04/0094, führte der Verwaltungsgerichtshof zusätzlich aus, der Systematik des BVergG 2002 folgend könne ein Bieter, dessen Angebot zu Recht ausgeschieden wurde, durch Rechtswidrigkeiten, die das Verfahren betreffend die Wahl eines - nicht ausgeschiedenen - Angebots für den Zuschlag betreffen, nicht in Rechten verletzt werden. Dies gilt auch nach der Rechtslage des BVergG 2006."

Da das Angebot der Antragstellerin aber zu Recht ausgeschieden wurde und deshalb der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abgewiesen wird, kann der Antragstellerin auch aus einer allfälligen rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung kein Schaden entstehen, da ihr - zu Recht ausgeschiedenes - Angebot für eine Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht kommt. Es mangelt der Antragstellerin daher hinsichtlich des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung an der Antragslegitimation, weshalb der hierauf gerichtete Antrag zurückzuweisen war (siehe dazu bereits BVwG 13.10.2016, W123 2133597-2, und BVA 10.05.2007, N/0007-BVA/15/2007-67; siehe auch Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel [Hrsg], Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar, § 320 Rz 46). Ein dem EuGH in der Rs C-100/12, Fastweb SpA, vergleichbarer Sachverhalt liegt gegenständlich nicht vor und wurde von der Antragstellerin auch nicht behauptet.Da das Angebot der Antragstellerin aber zu Recht ausgeschieden wurde und deshalb der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abgewiesen wird, kann der Antragstellerin auch aus einer allfälligen rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung kein Schaden entstehen, da ihr - zu Recht ausgeschiedenes - Angebot für eine Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht kommt. Es mangelt der Antragstellerin daher hinsichtlich des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung an der Antragslegitimation, weshalb der hierauf gerichtete Antrag zurückzuweisen war (siehe dazu bereits BVwG 13.10.2016, W123 2133597-2, und BVA 10.05.2007, N/0007-BVA/15/2007-67; siehe auch Thienel in

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel [Hrsg], Bundesvergabegesetz 2006 – Kommentar, Paragraph 320, Rz 46). Ein dem EuGH in der Rs C-100/12, Fastweb SpA, vergleichbarer Sachverhalt liegt gegenständlich nicht vor und wurde von der Antragstellerin auch nicht behauptet.

Zu Spruchpunkt B)

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe dazu etwa VwGH 20.05.2010, 2007/04/0077; 26.02.2003, 2001/04/0037; 25.02.2004, 2003/04/0186), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe dazu etwa VwGH 20.05.2010, 2007/04/0077; 26.02.2003, 2001/04/0037; 25.02.2004, 2003/04/0186), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsmangel, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausschreibungskriterien, Bauauftrag, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Bietergleichbehandlung, Bieterlücke, echte Bieterlücken, Gleichbehandlung, Mängelbehebung, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigklärung, Nichtigklärung Auftraggeberentscheidung, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Schaden, unechte Bieterlücken, unvollständiges Angebot, Unvollständigkeit, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Vergabeverfahren, Vollständigkeit des Angebots, Wettbewerb, Zurückweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W123.2171271.2.00

Zuletzt aktualisiert am

30.11.2017

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at