jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Erkenntnis 2017/7/26 LVwG 443.8-1457/2017, LVwG 443.8-1757/2017

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 26.07.2017

Entscheidungsdatum

26.07.2017

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG §139 Abs1 Z4
LVergRG Stmk 2012 §10 Abs1

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Senatsvorsitzende
Mag. Schnabl und die Richter Mag. Schlossar-Schiretz und Dr. Auprich im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Lieferung und Montage eines Abgasanalysesystems für den Allrad-Scheitelrollenprüfstand und Lieferung eines portablen Emissionsmesssystems (PEMS)“ durch die F GmbH, Pstraße, G, vertreten durch M & W Partnerschaft von Rechtsanwälten GmbH, Ngasse, G, über die Anträge der A GmbH, HPlatz, G, vertreten durch Dr. P G, Rechtsanwalt,
Gstraße, G,

z u R e c h t e r k a n n t:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 11.05.2017 wird

zurückgewiesen,

der Antrag, der Auftraggeberin den Ersatz der dafür entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen, wirdabgewiesen. Die Antragstellerin hat die noch ausstehenden Pauschalgebühren in Höhe von € 800,00 binnen zwei Wochen bei sonstigen Zwangsfolgen zu entrichten.

II. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 11.05.2017 wird

Folge gegeben,

und die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 11.05.2017 für nichtig erklärt.

III. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühren im Ausmaß von insgesamt € 3.000,00 binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstigen Zwangsfolgen zu ersetzen.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

Die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark vom 01.06.2017, GZ: LVwG 45.8-1458/2017-9, tritt mit dieser Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark außer Kraft.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Vorbringen der Parteien:

A.:

Mit Schriftsatz vom 26.05.2017 brachte die A GmbH, HPlatz, G, vertreten durch
Dr. P G, Rechtsanwalt, Gstraße, G (im Folgenden die Antragstellerin) einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (Antrag auf Nichtigerklärung) vor Zuschlagserteilung ein und beantragte, die Entscheidung der Auftraggeberin vom 11.05.2017, der H GmbH den Zuschlag im Vergabeverfahren „Lieferung und Montage eines Abgasanalysesystems für den Allrad-Scheitelrollenprüfstand und Lieferung eines portablen Emissionsmesssystems (PEMS) den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig zu erklären, der Antragstellerin Einsicht in den Vergabeakt zu gewähren, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen und die Auftraggeberin dazu zu verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen.

Gleichzeitig wurde der Antrag gestellt, der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages zu untersagen. Die Antragstellerin brachte vor, dass die F GmbH als Auftraggeberin das Vergabeverfahren „Lieferung und Montage eines Abgasanalysesystems für den Allrad-Scheitelrollenprüfstand und Lieferung eines portablen Emissionsmesssystems (PEMS)“ ausgeschrieben habe, es sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich handle und das Bestbieterprinzip zur Anwendung komme. Die Antragstellerin habe ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Mit Schreiben vom 11.05.2017 sei die Antragstellerin von der Auftraggeberin darüber informiert worden, dass beabsichtigt sei, der H GmbH als einziger Mitbieterin in diesem Verfahren den Zuschlag zu erteilen. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf ein Ausscheiden ausschreibungswidriger Angebote von Mitbietern, in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung sowie in ihrem Recht auf Abschluss eines Liefervertrages mit der Auftraggeberin als verletzt. Das Angebot der präsumtiven Bestbieterin sei ausschreibungswidrig, da ein Muss-Kriterium durch deren Angebot nicht erfüllt werde. Die Gesamtmasse des angebotenen mobilen Abgasmesssystems überschreite die in Tabelle 1 des Leistungsverzeichnisses festgehaltene Gesamtmasse deutlich. Da das Angebot der präsumtiven Bestbieterin ein Muss-Kriterium nicht erfülle, hätte es von der Auftraggeberin ausgeschieden werden müssen und dürfe die Auftraggeberin den Zuschlag nicht an die präsumtive Auftragnehmerin erteilen. Die Auftraggeberin habe auch gegen die allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (Beilage ./A, Randzahl 24ff) insofern verstoßen, als sie die mit Schreiben der Antragstellerin vom 18.04.2017 gestellten Fragen zur Ausschreibung erst am Montag den 24.04.2017 um 14.14 Uhr beantwortet habe (Beilage ./E). Dies stelle einen Verstoß gegen die allgemeinen Ausschreibungsbedingungen dar. Die Auftraggeberin habe die Nichtberücksichtigung des Angebots der Antragstellerin damit begründet, dass „die Erklärung über die mögliche Erbringung von Service-Leistungen gemäß Teil 3.4.2, die im Angebot ausdrücklich als Mindesterfordernis angeführt ist“, nicht beigebracht worden sei. Dies stelle aber einen unqualifizierten Ablehnungsgrund dar. Der Auftraggeberin müsse bekannt sein, dass die Antragstellerin sowohl einen telefonischen Kundendienst anbiete, als auch ein in unmittelbarer Nähe der Antragstellerin situiertes Ersatzteillager unterhalte. Die von der Auftraggeberin geforderte Erklärung sei von der Antragstellerin aufgrund eines Versehens nicht beigebracht worden. Das Angebot der präsumtiven Bestbieterin liege um fast 50 % höher als jenes der Antragstellerin. Im Rahmen des Bestbieterprinzips komme der wirtschaftlichen Gebahrung ein hoher Stellenwert zu. Dies unterstrichen die allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (Beilage ./A, Randzahl 114 und 125). Demnach seien wirtschaftliche Aspekte zu 40 % für die Auftragserteilung ausschlaggebend. Der Preis selbst werde mit 25 % Vergabewirksamkeit bewertet – ein im Vergleich zu nationalen und internationalen Ausschreibungen unüblich niedriger Wert. Es sei nicht ersichtlich, wie das technisch und wirtschaftlich unzulängliche Angebot der präsumtiven Bestbieterin über jenes der Antragstellerin

hätte gereiht werden können. Auffällig sei, dass die präsumtive Bestbieterin im Rahmen des Vergabeverfahrens scheinbar keine Fragen an die Auftraggeberin gestellt habe, obwohl die Ausschreibung teilweise unklar und erörterungsbedürftig gewesen sei. Die Antragstellerin habe weltweit richtungsweisend die Labore und Zertifizierungsstellen mit Abgasmesstechnik ausgestattet und sei insbesondere bei portablen Emissionsmesssystemen (PEMS) weltweit Marktführer. Trotz des Angebots jahrelang erprobter, weltweit in Verwendung stehender stationärer Laborgasmess- und PEMS-Systeme zu einem wesentlich günstigeren Gesamtpreis sei das Angebot der Antragstellerin nicht zum Zug gekommen. Dies nähere den Verdacht, dass die präsumtive Bestbieterin von der Auftraggeberin bereits vorab als gewünschter Ausschreibungssieger auserkoren worden sei. Dies stelle einen schweren Verstoß gegen die Grundsätze eines fairen Vergabeverfahrens dar und beeinträchtige die Antragstellerin in ihren durch das Vergabegesetz gesicherten Rechten. Der Antragstellerin entgehe durch die Rechtswidrigkeiten der Auftraggeberin die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung, weshalb ihr ein wirtschaftlicher Verlust in der Höhe der nun anfallenden Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag sowie der aufzuwendenden Kosten für die rechtliche Vertretung im Nachprüfungsverfahren drohe. Außerdem entginge der Antragstellerin der mit dem Auftrag zu lukrierende Deckungsbeitrag und stelle das ausgeschriebene Projekt ein Referenzprojekt dar, welches die Antragstellerin künftig in die Lage versetzen würde, bei ähnlichen Ausschreibungsverfahren die Rolle eines bevorzugten Anbieters einzunehmen. Die beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung sei zwingend erforderlich, da die Auftraggeberin durch die angefochtene Entscheidung unumkehrbare Tatsachen schaffen würde, die mit Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. In der vorliegenden Konstellation überwiege das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei Weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin.

Mit Schriftsatz vom 09.06.2017 bezifferte die Antragstellerin ihre einzelnen Schadenspositionen und führte aus, dass zum Schaden auch die schwer quantifizierbare Rufschädigung, die sie durch ihr Ausscheiden aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren erleide, gehöre. Die Antragstellerin sei Weltmarktführer auf dem Gebiet der PEMS und ein wichtiger Arbeitgeber im technischen Bereich in der Region G. Darüber hinaus würde die Antragstellerin, sollte die Auftraggeberin den Zuschlag, wie geplant, an die präsumtive Zuschlagsempfängerin erteilen, eine wichtige Referenz verlieren. Der Antragstellerin sei bekannt, dass auch das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin das Muss-Kriterium der maximalen Masse von 55 kg des PEMS nicht erfüllen könne. Somit sei auch deren Angebot auszuscheiden. Die Anforderungen gemäß der Ausschreibung der Auftraggeberin an eine gesetzeskonforme Ausführung PEMS-Messtechnik bestimme sich nach dem Standard GTR-15 und solle gleichzeitig die Gesamtmasse (ohne Energieversorgung) kleiner als 55 kg sein. Allein die Gesamtmasse der beiden „Main Units“ des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen PEMS belaufe sich bereits auf rund 50 kg. Mit den beiden „Main Units“ allein könne aber noch kein ausschreibungskonformes Angebot gelegt werden. Für ein messbereites System (ohne Spannungsversorgung, die gemäß Ausschreibung beim Gewicht nicht berücksichtigt werde) werde Zubehör mit einer Masse von rund 17,2 kg benötigt. Die Antragstellerin präzisierte ihre Anträge wie folgt:

„Anträge

a. auf Nichtigerklärung der zu Gunsten der H GmbH ergangenen Entscheidung vom 11.05.2017, mit welcher die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin ausschied und bekannt gab, der H GmbH den Zuschlag zur „Lieferung und Montage eines Abgasanalysesystems für den Allrad-Scheitelrollenprüfstand und Lieferung eines portablen Emissionsmesssystems (PEMS)“ erteilen zu wollen;

b. auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung;

c. auf Gewährung von Akteneinsicht gemäß § 17 AVG in alle von der Auftraggeberin vorgelegten Bestandteile des Vergabeaktes sowie des Nachprüfungsaktes;

d. auf Rückerstattung allenfalls zu viel entrichteter Pauschalgebühren;

e. der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution die angefallenen Pauschalgebühren zu Handen des Vertreters der Antragstellerin zu ersetzen.“

Mit ihren Schriftsätzen legte die Antragstellerin nachstehende Urkunden vor:

Beilage ./A allgemeine Ausschreibungsbedingungen für das offene Verfahren gemäß BVergG 2006 im Oberschwellenbereich-Teil 1 der Ausschreibung-betreffend Lieferung und Montage eines Abgasanalysesystems für

einen Allrad-Scheitelrollenprüfstand und Lieferung eines portablen Emissionsmesssystems (PEMS), Beilage ./B das Schreiben der Auftraggeberin vom 11.05.2017, Beilage ./C Impressum der F GmbH, aus welchem sich ergibt, dass das Land Steiermark Mehrheitsgesellschafter ist, Beilage ./D Leistungsverzeichnis für das offene Verfahren gemäß BVerG 2006 im Oberschwellenbereich-Teil 3 der Ausschreibung, Beilage ./E Schreiben der Antragstellerin vom 18.04.2017 und Schreiben der Auftraggeberin vom 24.04.2017, Zahlungsbelege, Beilage ./F Auszug aus der Homepage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin H GMBH über On-board Emissions Measurement System OBS-ONE GS Unit und Beilage ./G Prospekt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betreffend die Spezifikationen von PN-Messsystemen.

Anlässlich der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Steiermark am 03.07.2017 brachte die Antragstellerin durch ihren ausgewiesenen Vertreter ergänzend vor, dass die ursprünglich nicht korrekte Bezeichnung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung im vorliegenden Fall einen behebbaren Mangel darstelle und das Gericht zur Behebung eines solchen Mangels im Sinne des §13 Abs 3 AVG bzw. § 13a AVG anzuleiten habe. Der Mangel könne durch Anpassung der Formulierung des Nachprüfungsantrages an den gesamten übrigen Inhalt des Vorbringens im verfahrenseinleitenden Schriftsatz, aber jedenfalls auch im jetzigen Verfahrensstadium durch die Antragstellerin behoben werden. Die Antragstellerin berichtigte ihren Antrag wie folgt: „Beantragt wird die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, der H GmbH den Zuschlag zur Lieferung und Montage eines Abgasanalysesystems für den Allrad-Scheitelrollenprüfstand und Lieferung eines portablen Emissionsmesssystems (PEMS) erteilen zu wollen.“ Das Interesse am Ausschluss des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin könne laut Rechtsprechung auch dann geltend gemacht werden, wenn das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden sei. Andernfalls gäbe es keinen effektiven Rechtschutz. Das Angebot der Antragstellerin sei laut Inhalt der Urkunde Beilage ./B auch gar nicht explizit ausgeschieden worden. Die Auftraggeberin habe nur mitgeteilt, dass das Angebot der präsumtiven Auftragnehmerin am besten den Ausschreibungskriterien entspreche und dass das Angebot der Antragstellerin nicht berücksichtigt werden könne.

B.:

Mit E-Mail vom 30.05.2017 hat die F GmbH, Pstraße, G, vertreten durch M & W Partnerschaft von Rechtsanwälten GmbH, Ngasse, G (im Folgenden die Auftraggeberin genannt), eine Stellungnahme abgegeben und ausgeführt, dass die Antragstellerin weder im Zusammenhang mit ihrem Nachprüfungsantrag, noch im Zusammenhang mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung den behaupteten oder drohenden Schaden bescheinigt oder der Höhe nach konkretisiert habe. Sowohl der Nachprüfungsantrag als auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien mangelhaft ausgeführt und sei von keinem drohenden Schaden der Antragstellerin auszugehen, weshalb diese zurück- allenfalls abzuweisen seien. Die Auftraggeberin habe die beabsichtigte Vergabe eines Auftrages zur Lieferung und Montage eines Abgasanalysesystems für einen Allrad-Scheitelrollenprüfstand und Lieferung eines portablen Emissionsmesssystems (PEMS) im Oberschwellenbereich im Rahmen eines offenen Verfahrens ordnungsgemäß sowohl im Amtsblatt der EU wie auch im Amtsblatt des Landes Steiermark bekannt gemacht. Die Ausschreibungsunterlage gliedere sich in drei Teile. Der Zuschlag werde entsprechend den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen dem technisch und wirtschaftlich besten Angebot erteilt werden. Die Angebotsfrist habe am 02.05.2017 um 12.00 Uhr geendet, die Angebotsöffnung sei am 02.05.2017 um 12.30 Uhr erfolgt. Mangels Anfechtung seien die Feststellungen der Ausschreibungsunterlagen bestandfest geworden. Richtig sei, dass im Sinne der RZ 24 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen die Bieter spätestens bis zwei Wochen vor Ablauf der Angebotsfrist an die öffentliche Auftraggeberin Rückfragen erstatten hätten können und gemäß RZ 26 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen das Schreiben so rasch wie möglich, spätestens aber neun Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist zu beantworten gewesen sei. Der Fragenkatalog der Antragstellerin mit E-Mail vom 18.04.2017 sei von der Auftraggeberin mit Schreiben vom 24.04.2017 beantwortet worden. Die Fragen bzw. Antworten hätten offensichtlich keinen Einfluss auf die Legung eines Angebots, nachdem die Antragstellerin fristgerecht ein Angebot gelegt habe. Vor Ablauf der Angebotsfrist seien zwei Angebote abgegeben worden. In Anwesenheit der Vertreter der beiden Bieter seien die Angebote vom 02.05.2017 kommissionell geöffnet und bekannt gegeben worden, in wie fern die abverlangten Bestandteile der Angebote vorlägen. Die Auftraggeberin habe im Rahmen der Leistungsbeschreibung auf Seite 4 in Tabelle 1 die entscheidenden technischen Daten als sogenannte Muss-Kriterien in übersichtlicher Form dargestellt. Diese Kriterien müssten von der angebotenen Leistung jedenfalls erfasst sein. Im Zuge der Angebotsbewertung anhand der Zuschlagskriterien habe erst anhand der Kann-Kriterien der Prüfstandsausrüstung im Sinne der Tabelle 2 eine gesonderte Überprüfung über darüber hinaus gehende technische Ausstattungen zu erfolgen.

Im Rahmen der Überprüfung der Muss-Kriterien habe die Auftraggeberin bereits im Zuge der ersten Prüfung des Angebotes der Antragstellerin festgestellt, dass die Muss-Kriterien von Seiten der Antragstellerin im Messbereich DHC, Messbereich CH4, Messbereich NOX und NO, Messbereich N2O sowie Messbereich CO, nicht eingehalten worden seien. Auch sei festgestellt worden, dass die Gesamtmasse (ohne Energieversorgung), die aufgrund der Muss-Kriterien kleiner gleich 55 kg zu sein hätte, von der Antragstellerin nicht eingehalten worden sei, sondern diese ein Produkt mit einer Gesamtmasse von 75 kg (Seite 48 ihres Angebotes) angeboten habe. Damit habe sie die Muss-Kriterien nicht erfüllt und tatsächlich ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot gelegt. Das Angebot wäre gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden gewesen. Genau diese Feststellung habe die Kommission im Rahmen ihrer Prüfung getroffen und im Protokoll über die Prüfung vom 02.05.2017 und 03.05.2017 festgehalten. Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Produkt mit einem höheren Endpreis angeboten, dieses verfüge über eine Gesamtmasse von 51 kg. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfülle alle Muss-Kriterien, weshalb die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten zu treffen gewesen sei. Mit Schreiben vom 11.05.2017 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin ihre Zuschlagsentscheidung unter Angabe der dafür maßgeblichen Gründe bekannt gegeben. In technischer Hinsicht seien von der Antragstellerin die geforderten Messbereiche sowie die zugehörige Messgenauigkeit im Abgasanalysesystem nicht erfüllt und aus formaler Sicht die zwingend vorzulegende Erklärung über die mögliche Erbringung von Serviceleistungen nicht vorgelegt worden. Der formale Mangel sei aber unerheblich, da schon eine weitere Beurteilung des Angebots der Antragstellerin mangels Erfüllung der Muss-Kriterien nicht in Frage komme. Der Zuschlag sei bis jetzt nicht erteilt worden. Es würde keine Aktivlegitimation der Antragstellerin bestehen, da diese einen Schaden nicht einmal konkret behauptet habe. Der Antragstellerin mangle es aber auch deshalb an der erforderlichen Antragslegitimation, da ihr Angebot tatsächlich für einen Zuschlag nicht in Frage komme. Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten lägen nicht vor. Tatsächlich habe die Antragstellerin kein den Vergabeunterlagen konformes Angebot gelegt, eine Mängelbehebung sei aufgrund des Umstandes, dass die Antragstellerin ein anderes Produkt anbieten müsste unter Zugrundelegung der vergaberechtlichen Grundsätze im Sinne des § 19 BVergG nicht möglich. Der Fragegegenstand der Anfrage der Antragstellerin vom 18.04.2017 sei nicht entscheidungswesentlich gewesen und habe nicht den Bereich des Angebotes der Antragstellerin umfasst, in welcher diese Muss-Kriterien verletzt habe. Die Antragstellerin habe auch nicht behauptet, dass sie nicht in der Lage gewesen sei, ihr Angebot fristgerecht zu legen, oder dass die Nichteinhaltung der Frist für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss gewesen sei. Die Antragstellerin habe im Rahmen ihrer Kalkulation dem Zuschlagskriterium Preis ein großes Augenmerk geschenkt und die Muss-Kriterien außer Acht gelassen. Ein Unternehmer, der ein ausschreibungswidriges Angebot lege, könne daher von vorn herein nicht für einen Zuschlag in Frage kommen. Die Auftraggeberin beantragte die Anträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der zu Gunsten der H GmbH ergangenen Entscheidung vom 11.05.2017, zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Ersatz der angefallenen Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin zu Handen der Vertreter der Antragstellerin, zurück- allenfalls abzuweisen.

In ihrer Äußerung vom 26.06.2017 brachte die Auftraggeberin ergänzend vor, dass es sich nach der Formulierung der Antragstellerin beim Zuschlag um keine gesondert anfechtbare Entscheidung handle, diesbezüglich keine Umdeutungsmöglichkeit bestehe, ein Nachprüfungsantrag ein bestimmtes Begehren zu enthalten habe und die Behörde an ein solches Begehren gebunden sei. Eine rechtliche Grundlage für eine amtswegige Umdeutung eines von vorn herein verfehlten Begehrens lasse sich aus dem Gesetz nicht ableiten. Die Anfechtung des Zuschlags könne daher von der Nachprüfungsbehörde nicht in eine Anfechtung der Zuschlagsentscheidung uminterpretiert werden, auch wenn das gesamte Vorbringen der Antragstellerin die Zuschlagserteilung nicht unterstellt und eine solche auch im Schreiben vom 11.05.2017 nicht enthalten sei. Nach der herrschenden Judikatur sei schon aus diesem Grund allein der Antrag der Antragstellerin als unzulässig zurückzuweisen. Mit Schreiben vom 11.05.2017 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da dieses von den Muss-Kriterien, somit von den grundsätzlich notwendigen Leistungsinhalten abgewichen sei. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin somit nicht nur bekannt gegeben, dass der Zuschlag der H GmbH erteilt werden solle, sondern habe ihr darüber hinaus auch mitgeteilt, dass ihr Angebot von den Festlegungen der Ausschreibung abweiche, es für einen Zuschlag nicht in Frage komme, da es den Ausschreibungsbedingungen widerspreche und daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden sei. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Zusammenhang lediglich den Zuschlag zum Gegenstand der nachprüfenden Kontrolle erhoben, die gesondert anfechtbare Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren auszuschließen, was ihr mit Schreiben vom 11.05.2017 bekannt gegeben

worden sei, sei nicht angefochten worden. Die Ausscheidensentscheidung sei deshalb bestandfest geworden und sei somit das Angebot der Antragstellerin rechtswirksam ausgeschieden worden. In Folge rechtskräftigen Ausscheidens fehle es der Antragstellerin an jedweder Aktivlegitimation, da ja bereits die Ausscheidensentscheidung angefochten werden hätte können, was im gegenständlichen Fall nicht geschehen sei. Der Antrag der Antragstellerin sei somit zurückzuweisen. Die Antragstellerin begehre aufgrund der von ihr vorgenommenen Präzisierung nunmehr die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, dieser Antrag sei zurückzuweisen, da er nicht innerhalb der Frist gemäß § 6 Abs 1 StVergRG eingebracht worden sei. Die Antragstellerin habe im Gegensatz zur präsumtiven Auftragnehmerin ein externes Gerät angeboten, welches auf einer Anhängerkupplung montiert werde. Die externe Montage des Produktes der Antragstellerin bedinge naturgemäß einen entsprechend erhöhten Materialaufwand, wie beispielsweise eine massive Montageplatte und eine Abdeckhaube. Die Antragstellerin habe somit ein anderes Messverfahren verwendet und sei das von ihr angebotene System anders ausgerichtet als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Dass die Heizleitungen nicht in die Gesamtmasse einzurechnen seien, erkläre sich von selbst, da diese variabel je nach Fahrzeuggröße genutzt würden und deren Maße nicht entscheidend für das Anheben des PEMS oder für die vertikale Stützlast bei einer Anhängekupplung sei. Doch selbst unter diesem Blickwinkel überschreite die Antragstellerin die bestandfeste Vorgabe einer Gesamtmasse von ? 55 kg. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in ihrem Angebot die Gesamtmasse nachvollziehbar und ohne irgendwelche begründete Zweifel mit 51 kg ausgewiesen. Die Auszüge aus dem Internet sowie aus dem Prospekt, die die Antragstellerin vorgelegt habe, seien nicht abschließend deckungsgleich mit den angebotenen Produkten. Die Antragstellerin erreiche beim Abgas-Analysesystem nicht die in der Ausschreibung als Muss-Kriterium festgelegten Ansprechzeiten und Messbereiche bei mehreren Abgaskomponenten, weshalb auch in diesem Bereich ihr Angebot nicht ausschreibungskonform und deshalb auszuscheiden gewesen sei. Die marginale Verzögerung der Beantwortung der von der Antragstellerin gestellten Bieterfragen habe keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens und habe die Antragstellerin nicht dargelegt, weshalb dies einen relevanten Verstoß gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellen sollte. Die Auftraggeberin beantragte, die Anträge der Antragstellerin zurück- allenfalls abzuweisen.

Sachverhalt:

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark geht aufgrund des vorgelegten Vergabeaktes, des Parteienvorbringens, der vorgelegten Unterlagen und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 03.07.2017 von nachstehendem, entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

Die F GmbH, Pstraße, A-G, führt durch die vergebende Stelle: Institut für Fahrzeugtechnik der F GmbH, Pstraße, G, das Vergabeverfahren „Lieferung und Montage eines Abgasanalysesystems für den Allrad-Scheitelrollenprüfstand und Lieferung eines portablen Emissions-Messsystems (PEMS)“ in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich durch. Die Ausschreibungsunterlagen, die sich in drei Teile aufteilen, waren von der Online-Plattform des amtlichen Lieferanzeigers für interessierte Unternehmer herunterladbar. Der Zuschlag sollte nach der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich besten Angebot erteilt werden. Die Angebotsfrist endete am 02.05.2017, 12.00 Uhr. Die Angebotsöffnung erfolgte am 02.05.2017 um 12.30 Uhr. An der Ausschreibung nahm neben der Antragstellerin auch die H GmbH teil. Mit der Prüfung und Bewertung der Angebote waren technische Mitarbeiter der vergebenden Stelle, Herr FH Prof. DI Dr. K S, DI R G und FH Prof. DI M T betraut.

Punkt 9.2 Zuschlagskriterien RZ 116 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lautet:

„Alle Forderungen in der Leistungsbeschreibung bzw. im Leistungsverzeichnis – sofern nicht dort konkret als Kann-Forderung bezeichnet – sind Muss-Forderungen. Muss-Forderungen verstehen sich für (Haupt)Angebote als zwingend zu erfüllende Forderungen. Die Nichterfüllung auch nur eines Muss-Kriteriums führt zum Ausscheiden des (Haupt)Angebotes aus dem Vergabeverfahren.“

Punkt 1.2 Ausschreibungszweck, Ziel-Zustand, Lieferumfang des Leistungsverzeichnisses lautet:

„...portables Emissionsmesssystem (PEMS) für Montage an Anhängerkupplung oder Unterbringung im Kofferraum bzw. auf (Rück-)Sitz des Versuchsfahrzeugs. Mobile Energieversorgung und Netzteil mit unterbrechungsfreiem Übergang zur mobilen Versorgung. Diese Messeinrichtung dient zur Überprüfung der tatsächlichen im Straßenbetrieb abgegebenen Emissionen entsprechend EEC-715/2017 (GTR15). Software inklusive etwaiger Hardware-Schnittstellen zum automatisierten Auswerten der PEMS-Messungen.

Tabelle 1 listet die entscheidenden technischen Daten (Muss-Kriterien) in übersichtlicher Form auf. Tabelle 2 zeigt Kann-Kriterien, im Anhang findet sich eine adäquate Tabelle als Formblatt. Das ausgefüllte Formblatt ist obligater Bestandteil des Angebots.

Tab. 1 Anforderungen technischer Daten und Charakteristik der Prüfstandsausrüstung (Muss-Kriterien)

Bezeichnung	Wert	Einheit	Bemerkung
CVS-Anlage			
Abgas-Verdünnungsluftmischstelle			
			fahrzeugnah und beheizt
Volumendurchsatz	4 - 20	m^3/min	
Aufschaltbarer Messgasbeutel	8	Stk.	für Verdünnungsluft und verdünntes Abgas
Verdünnungsmesskanal isoliert			
			gem. EPA
Beheizte Probeentnahme für verdünntes Abgas			
Gesetzeskonforme Probenentnahme für gravimetrische Partikelmessung			
			gem. GTR 15, EPA
Gesetzeskonforme Entnahme für Partikelzählung			
			gem. GTR 15, EPA
Abgas-Analysesystem			
Analysatoren für THC, CH4, NOx, NO und N2O			

gem. GTR 15, EPA

Weitere zu erfassende Gase: CO und CO2

gem. GTR 15, EPA

Ansprechzeit T10-90

? 1,4

s

Messgenauigkeit

? 1% v. Messbereichende

Messbereich THC

0 bis 5.000

ppm

Messbereich CH4

0 bis 5.000

ppm

Messbereich NOX und NO

0 bis 10.000

ppm

Messbereich N2O

0 bis 200

ppm

gem. EPA GHG Regulation

Bezeichnung

Wert

Einheit

Bemerkung

Messbereich CO

0 bis 5000

ppm

Messbereich CO2

0 bis 20

Vol. %

Gasteiler für Kalibriervorgang

Fortsetzung Tab. 1

Bezeichnung

Richtwert

Einheit

Bemerkung

PEMS

Gesetzeskonforme Ausführung zur mobilen Anwendung. Montage im Kofferraum, auf Sitz und/oder auf einer Standardanhängerkupplung.

Erfassung von NO/NOX (NO2 gerechnet); CO/CO2 und PN. Inkl. OBD-II-Schnittstelle.

Inkl. Notfallschalter, GPS, Wetterstation, Auswertesoftware und Endrohraufsätze für gesetzeskonforme Abgasvolumen-erfassung

Hubraum der Prüffahrzeuge 1,4 bis 6 l

gem. GTR 15

Mobile Energieversorgung für PEMS

Stationäre Energieversorgung (Netzteil) für PEMS

Unterbrechungsfreier Übergang zu mobiler Versorgung

Nachrüstmöglichkeit für zukünftig notwendige Messaufgaben

z. B. THC

(GTR 15)

Max. Abmessungen (ohne Endrohraufsatz und Spritzwasserschutzabdeckungen)

L x B x H

500x500x400

mm

Falls Partikelzähler separates Gerät ist: Max. Abmessungen L x B x H

500x400x300

mm

Gesamtmasse (ohne Energieversorgung)

? 55

kg

Das Schreiben der Auftraggeberin an die Bieter vom 11.05.2017 lautet wie folgt:

„Ausschreibung „Lieferung und Montage Abgasanalysesystem für Scheitelrollenprüfstand und PEMS“

Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die formale, rechnerische und sachliche Prüfung der Angebote gemäß BVergG hat zum Ergebnis geführt, dass die Firma H GmbH das den Ausschreibungskriterien am besten entsprechende Angebot gelegt hat.

Es ist daher beabsichtigt, H GmbH den Zuschlag zu erteilen.

Die zur Vergabe gelangende Auftragssumme beträgt € 905.840,00 (exkl. USt).

Ihr Angebot konnte nicht berücksichtigt werden, da die formale sowie technische Beurteilung ihres Angebotes unter Zugrundelegung der Zuschlagskriterien hervorgebracht hat, dass Ihr Angebot nicht allen in der Ausschreibung festgelegten Muss-Kriterien entspricht. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers hingegen erfüllt jedoch sämtliche Anforderungen der Ausschreibung.

Folgende Gründe können angeführt werden, warum Ihr Angebot nicht berücksichtigt werden konnte:

In formaler Hinsicht fehlt die Erklärung über die mögliche Einbringung von Service-Leistungen gemäß Teil 3 Punkt 4.2, die im Angebot ausdrücklich als Mindesterfordernis angeführt ist.

In technischer Hinsicht erfüllt das Angebot die geforderten Messbereiche sowie die zugehörige Messgenauigkeit im Abgasanalysesystem nicht.

Die in der Beilage 1 des Leistungsverzeichnisses der Ausschreibung geforderten Daten des Abgasanalysesystems sind für die rot markierten Punkte nicht bzw. nicht dem Angebot entsprechend erfüllt: ...

Zusätzlich wird das maximal zulässige Höchstgewicht der PEMS überschritten...

Die Stillhaltefrist gemäß § 132 BVergG endet am 26.05.2017.“

Entgegen der bestandfesten Festlegung im Leistungsverzeichnis, wonach eine Ansprechzeit von T10 bis T90 von ? 1,4 sek erfüllt sein muss, bot die Antragstellerin im Messbereich N2O eine Ansprechzeit T10 bis 90 ? 2 sek und im Messbereich CO eine Ansprechzeit T10 bis 90 ? 1,5 sek. Damit weicht die Antragstellerin von den vorgegebenen Mindestkriterien des Leistungskatalogs ab. Das von der Antragstellerin angebotene Abgas-Analysesystem verfügt anstatt des als Muss-Kriterium in der Ausschreibung festgelegten Messbereichs THC 0 bis 5.000 ppm über einen davon abweichenden Messbereich THC (D) 0 bis 3.000 ppm; anstatt des ausschreibungsgegenständlichen Messbereiches für NOX und NO von 0 bis 1.000 ppm einen davon abweichenden Messbereich NOX und NO HHD von 0 bis 1.000 ppm und für den ausschreibungsgegenständlichen Messbereich für N2O von 0 bis 200 ppm über einen davon abweichenden Messbereich N2O von 0 bis 100 ppm.

Auf Seite 48 ihres Angebots führte die Antragstellerin betreffend die Gesamtmasse des PEMS (ohne Energieversorgung) an:

„Gesamtmasse 75 kg, davon Gas-PEMS 30 kg, PN-PEMS + VPR 27 kg, EFM 9,5 kg und Träger und Zubehör 8,5 kg."

Im Angebot der H GmbH wird auf Seite 61 ein mobiles und portables Emissionsmesssystem angeboten, bestehend aus einer Haupteinheit (bestehend aus Analysator- und Kontrolleinheit), PN-Messmodul, Abgasdurchflussrate (Pitot-Durchflussmesser) bestehend aus vier Endrohraufsätzen und einem Stück Verstärkereinheit für Pitot-Durchflussmesser, Messgasleitungen, Energieversorgung und zusätzliches Equipment bestehend aus einem Stück OBD-Interface und USB-Kabel 5 m, ein Stück Not-Aus-Taster und einem Stück CO Security Alarm für Fahrzeuginnenraumüberwachung. Auf Seite 63 des Angebotes der H GmbH ist hinsichtlich des Gewichts angeführt:

„Haupteinheit GS: 32 kg

Haupteinheit PN: 19 kg"

Damit das PEMS funktionsfähig ist, benötigt man neben den Haupteinheiten GS und PN, Druckleitungen, ein Pitot-Rohr und ein GPS-System. Im Zuge der Angebotsprüfung wurden die Bieter nicht hinsichtlich der Masse der von ihnen angebotenen PEMS bzw. der einzelnen Teile derselben befragt, diese Angaben wurden nicht überprüft, sondern ging die Auftraggeberin von den Angaben in den jeweiligen Angeboten aus und wurden die Angaben betreffend die zwei Haupteinheiten bezüglich der Masse einander gegenübergestellt. Erst nach Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens nahm FH Prof. DI Dr. K S mit dem Geschäftsführer der H GmbH Kontakt auf und fragte nach, welche Bestandteile die von der H GMBH in ihrem Angebot angegebene Gesamtmasse umfasst. Der Geschäftsführer der H GmbH teilte mit, dass auch die Verkabelung bei den Gewichtsangaben inkludiert sei. Es wurde versucht, von der H GmbH schriftlich die Gesamtmasse mit allen variablen Teilen in Erfahrung zu bringen, was bis dato nicht gelang, da das Gesamtgerät in J zusammengestellt wird und sich in Österreich nur eine Vertriebsstelle befindet. Auf Nachfrage von DI R G nach Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens bei der H GmbH hinsichtlich der Masse der die Haupteinheit GS und Haupteinheit PN verbindenden Elektronikverkabelung wurde diesem von einem Mitarbeiter der H GmbH mitgeteilt, dass die Masse der Verkabelung mit etwa 1 kg geschätzt werde.

Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf das Vorbringen der Parteien, die vorliegenden schriftlichen Unterlagen des Vergabeverfahrens und die Ergebnisse der öffentlich, mündlichen Verhandlung, insbesondere die Aussagen des Geschäftsführers der Antragstellerin, G S, des informierten Vertreters der Auftraggeberin, FH Prof. DI Dr. K S und des Zeugen, DI R G.

Aus den weitgehend übereinstimmenden Angaben von FH Prof. DI Dr. K S und DI R G war festzustellen, dass die Auftraggeberin hinsichtlich der Gesamtmasse der angebotenen PEMS von den Angaben der Bieter in deren Angeboten ausgegangen sind, und die Massen der jeweils angebotenen Haupteinheiten einander gegenübergestellt haben, sich aber mit den Massenangaben der variablen Einzelteile, die für ein funktionsfähiges PEMS erforderlich sind, nicht auseinandergesetzt haben. Erst nach Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens wurde von Seiten der Auftraggeberin bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nachgefragt, welche Bestandteile von der von ihr angegebenen Gesamtmasse umfasst sind und wurde diesbezüglich von der H GmbH bis dato keine schriftliche Stellungnahme abgegeben. Es ist somit nicht feststellbar, welche Masse das PEMS in gesetzeskonformer Ausführung zur mobilen Anwendung, Montage im Kofferraum, auf Sitz und/oder auf einer Standard-Anhängerkupplung inklusive Notfallschalter, GPS, Wetterstation, Auswertesoftware und Endrohraufsätze für die gesetzeskonforme Abgasvolumenstromerfassung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß GTR 15 hat. Da bereits die beiden Haupteinheiten des von der H GmbH angebotenen PEMS, GS und PN zusammen 51 kg an Masse aufweisen, ist nicht auszuschließen, dass unter Berücksichtigung sämtlicher Teile die zur gesetzeskonformen Ausführung und den Betrieb des PEMS erforderlich sind, die Gesamtmasse (ohne Energieversorgung) des von der H GmbH angebotenen PEMS die laut Ausschreibung festgelegte Gesamtmasse von ? 55 kg überschreitet.

Die Feststellungen, wonach die Antragstellerin ein PEMS mit einer Gesamtmasse von 75 kg, davon fallen 30 kg auf das Gas-PEMS, 27 kg auf das PN-PEMS und VPR, angeboten hat, konnten aufgrund des vorliegenden Angebots der Antragstellerin in Zusammenschau mit deren Vorbringen und der sich im Akt befindlichen Bewertung technischer Aspekte vom 02.05.2017 getroffen werden.

Dass die Antragstellerin in dem von ihr abgegebenen Angebot die im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung festgelegten Muss-Kriterien betreffend die Prüfstandausrüstung nicht erfüllt, als sie die bestandfest festgelegten

Messbereiche und Ansprechzeiten bei mehreren Abgaskomponenten nicht eingehalten hat, konnten aufgrund der Bewertung technischer Aspekt vom 02.05.2017 in Zusammenschau mit dem Angebot der Antragstellerin getroffen werden. Die Antragstellerin hat diesbezüglich auch in der Verhandlung vom 03.07.2017 bestätigt, dass ihr Angebot bei der CVS-Anlage die in der Ausschreibung festgelegten Ansprechzeiten und Messbereiche bei einigen Abgaskomponenten nicht in voller Breite erfüllt und führte diesbezüglich erklärend aus, dass diese nicht in voller Breite maßgeblich seien.

Der Inhalt des Schreibens der Auftraggeberin an die Antragstellerin vom 11.05.2017 konnte aufgrund der im Akt aufliegenden Urkunde Beilage ./B getroffen werden.

Auch wenn FH Prof. DI Dr. K S anlässlich seiner Einvernahme vor dem Landesverwaltungsgericht Steiermark angegeben hat, dass es etwa ein bis zwei Tage vor Verfassen des Schreibens vom 11.05.2017 einen Vorstandbeschluss gegeben habe, wonach das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden sei, so hat sich hinsichtlich dieses Beschlusses, der mündlich gefasst worden sein soll, keinerlei Nachweis im vorgelegten Vergabeakt gefunden.

In Hinblick auf die klaren und eindeutigen Beweisergebnisse in Bezug darauf, dass das Angebot der Antragstellerin in bestimmten Bereichen zu den bestandsfest festgelegten Musskriterien der Ausschreibung widersprüchlich war, die Auftraggeberin von ihrer Festlegung im Leistungsverzeichnis in Bezug auf die Gesamtmasse des PEMS insofern abgewichen war als sie das Zubehör und die variablen Teile nicht zur Gesamtmasse gezählt hatte und die Auftraggeberin eine abschließende Überprüfung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht durchgeführt hatte, erübrigte sich die Einvernahme der weiteren von der Antragstellerin und der Auftraggeberin namhaft gemachten Zeugen.

Rechtliche Beurteilung:

1. Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark und Zulässigkeit der Anträge:

Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt den materiellen Bestimmungen des Bundes-Vergabegesetzes,

Quelle: Landesverwaltungsgericht Steiermark LVwg Steiermark, http://www.lvwg-stmk.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at